

## 1 INTRODUÇÃO

A partir do século XVI a sociedade começou a repensar os seus aspectos sociais, políticos, econômicos, culturais, bem como o Direito. Partindo dessa premissa os estudiosos entenderam ser necessário, antes de qualquer coisa, assegurar o direito à liberdade.

Com advento dessa ideia moderna o homem passou a possuir o direito à liberdade, o qual poderia ser exercido de acordo com os padrões previamente estabelecidos. Em seguida, não sendo suficiente apenas a liberdade estabelecida nos contornos da lei, o homem teve a necessidade de resgatar o valor igualdade.

O valor igualdade buscou seus fundamentos no tempo antigo, apresentando à modernidade o sentido de igualdade, que representa a igualdade material entre os semelhantes, ou ainda, a efetiva igualdade de condições. Nos dias modernos esse valor recebe o nome de Democracia.

Os valores liberdade e igualdade, além de possuírem uma carga axiológica densa, possuem orientações contrapostas, à medida que o primeiro visa resguardar os valores libertários, os valores formais, os quais priorizam o justo em detrimento do bom. Enquanto que, o valor igualdade busca a realização material e efetiva da igualdade, para tanto prioriza o bom em desfavor do justo.

De qualquer sorte, esses valores, em tese contrapostos, têm orientado várias discussões, em distintas temáticas, como o dilema entre Constituição e Democracia, ou ainda: Liberalismo e Comunitarismo; Soberania Popular e Direitos Fundamentais, e; Universalismo e o Comunitarismo.

O objeto do presente estudo gravita em torno de uma dessas discussões, a relação tensionada entre Constituição e Democracia, pelo que se pretende analisar essa discussão sob o paradigma político filosófico moderno, bem como investigar qual a influência que esses valores exercem sobre direito, inclusive na aplicação desse pelo Poder Judiciário.

Essa abordagem tornou-se imperiosa pelo fato da sociedade moderna ser complexa, plural e multicultural, o que, por consequência, obrigou o Poder Judiciário, conformar as demandas sociais de acordo com os anseios dessa sociedade.

Em continuidade, verificando-se que nem sempre o Poder Legislativo conseguiu acompanhar a evolução da sociedade, o Poder Judiciário encontra-se na obrigação de apresentar uma resposta qualificada a essa sociedade complexa, plural e multicultural.

Dessa feita, constitui objeto do presente estudo verificar se quando do exercício da jurisdição constitucional, isto é, no exercício do controle abstrato de constitucionalidade das normas, pode-se constatar a influência das propostas político-filosóficas da modernidade nas decisões do Supremo Tribunal Federal.

Serve ainda a presente pesquisa para identificar que propostas o Supremo Tribunal Federal tem tomado em conta para proferir suas decisões, eis que, por vezes, a somente a legislação pátria não tem sido suficiente para apresentar respostas adequadas às demandas sociais.

Esclarece-se que, as propostas político-filosóficas da modernidade são orientadas pelos valores liberdade e igualdade, eis que seus respectivos defensores, a seguir apresentados, construirão seus castelos doutrinários a partir do valor que entender mais importante.

Nessa senda, em primeiro plano será realizada uma abordagem a respeito das Constituições e a relação com o controle de abstrato de constitucionalidade das normas, elaborando-se uma sumária evolução da construção do Estado, e, em seguida, será apresentado o lugar da Constituição no período imperial.

Por seguinte, se verificará a influência que o republicanismo, de matriz norte-americana, exercera na Constituição da República, Constituição de 1891, bem como na realização do controle de constitucionalidade das normas, onde se instituirá o controle difuso de constitucionalidade.

Ademais, se observará a influência dos princípios na Constituição de 1934, a qual inaugurará um novo paradigma constitucional. A Constituição de 1946, a qual restabelecerá a democracia no Brasil, estará comprometida com a reafirmação de princípios e direitos fundamentais, como ainda, fortalecerá a ideia de um controle por via de ação.

Num segundo momento a temática cinge-se à relação entre Constituição e Democracia, apresentando-se a conceituação, a relação tensionada e a influência desses valores na perspectiva político filosófica, bem como no direito, e em especial na proposta de Constituição.

Em razão da tensão anunciada entre Constituição e Democracia serão apresentadas propostas para o fim de conciliar, ou mesmo moderar os efeitos dessa relação dialética, ou ainda, outras que refutem a existência dessa tensão, eis que são institutos que se completam.

No contexto da filosofia política esses valores liberdade (constitucionalismo) e igualdade (democracia) orientarão a discussão entre o Universalismo e o Comunitarismo, representada pelo dilema entre o liberalismo e comunitarismo, como ainda, proporcionarão o surgimento de matrizes intermediárias, como a proposta discursivo deliberativa.

Essa discussão entre os valores liberdade e igualdade envolverá o direito quando do movimento de *retorno ao direito*, o qual tem por pressuposto essencial a ligação entre ética, política e direito, e a partir do qual esses valores passarão a orientar as decisões jurídicas.

A partir dessa necessidade de ligação entre ética e direito o presente estudo se propõe a apresentar parcela do pensamento político-filosófico apto a influenciar o direito, alcançando assim o controle abstrato de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal.

Em relação à proposta dos liberais, será apresentado o pensamento político filosófico proposto pelo contratualista John Rawls, o qual o denominou de liberalismo político. Por seguinte, serão enunciados os argumentos de Ronald Dworkin, traçados em defesa de um liberalismo ético.

De maneira diametralmente contraposta se apresentará o comunitarismo, o qual rejeitará as premissas liberais, com fundamento nas ideias de Rousseau, Hegel, Alasdair Macintyre, Charles Taylor e Bruce Ackerman. Numa matriz intermediária será apresentado o pensamento de Jürgen Habermas, o qual defenderá uma ética discursiva.

O capítulo terceiro versará sobre a influência que as propostas políticas filosóficas exercem sobre a jurisdição constitucional nacional, em especial no exercício do controle abstrato de constitucionalidade das normas.

Em razão disso se verificará se as propostas do liberalismo político, liberalismo ético, comunitarismo e a orientação discursivo deliberativa influenciam o direito, inclusive a jurisdição constitucional, em especial quando do exercício do controle abstrato de constitucionalidade das normas, e de que maneira essas se manifestam quando da aferição da constitucionalidade de uma norma.

Noutro viés, objetiva-se ainda observar se o Supremo Tribunal Federal, quando do exercício do controle abstrato de constitucionalidade, em caso de acolhida de quaisquer das orientações aludidas, tem seguido apenas uma proposta política filosófica, ou se esse tem acolhido teses distintas, variando a posição seguida de acordo com o caso em apreço.

Por derradeiro, presta-se ainda para constatar se a Suprema Corte tem se valido das propostas políticas filosóficas para apresentar uma resposta para além do direito, apta a resolver as demandas sociais oriundas de uma sociedade complexa, plural e multicultural.

## 2 AS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS E O CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE

### 2.1 A construção do Estado de Direito e o lugar da Constituição no Império

A filosofia dos séculos XVI, XVII e XVIII pretendia demonstrar o erro dos fundamentos metafísicos do direito, bem como mostrar ser o direito um estabelecimento humano que os poderes da razão tornam possível. Assim, deslocasse o fundamento do direito para o *humanismo* e o *racionalismo*.<sup>1</sup>

Nesse contexto filosófico, a lei, determinada pelo legislador humano, passa ser a chave de uma concepção estatista e centralizadora.<sup>2</sup> Desde então,

“as premissas racionalistas da filosofia do direito suscitavam por um lado um *estatismo*, criador da ordem jurídica pela mediação da lei e, por outro, um *objetivismo* que, por uma contradição paradoxal, culminou na eliminação do valor do pensamento jurídico.”<sup>3</sup>

Essa ideia de que o direito é definido pela lei, manifestação do poder estatal que os racionalistas edificaram por meio da teoria do contrato social, possui suas origens nas filosofias de Hobbes e Rousseau.<sup>4</sup>

Thomas Hobbes entendia que a formação do Estado ou da sociedade está embasada num contrato social.<sup>5</sup> A partir de então já não se encontrava a essência do direito no céu, pois o universo jurídico é um universo profano.<sup>6</sup>

No entanto, foi preciso esperar Rousseau e Kant para se entender que, “na sociedade civil, o direito privado está necessariamente subsumido no direito público:

<sup>1</sup> GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. Tradução: Claudia Berliner. Martins Fontes: São Paulo, 2002, p. 71.

<sup>2</sup> *Ibidem.*, p. 72.

<sup>3</sup> *Id.*

<sup>4</sup> *Ibidem.*, p. 77.

<sup>5</sup> “(...) Os homens viveriam naturalmente, sem poder, sem organização – que somente surgiriam depois de um pacto firmado por eles, estabelecendo as regras de convívio social e de subordinação política.” *In*: RIBERO, Renato Janine. **Hobbes: o medo e a esperança**. *In*: WEFFORT, Francisco C. (Org.). Os clássicos da política. 13. ed. São Paulo: Ática, 2001, p. 53.

<sup>6</sup> “O único direito verdadeiramente jurídico é o *jus civile*; ele traz a marca da do racionalismo e do voluntarismo que a instituição do Estado e o exercício de sua autoridade exigem. No Estado, o direito, determinado e definido pela lei civil, nada mais tem a ver com o direito da natureza. Ele se desenha como um tecido de regras prescritas e obrigatórias que, em seus comandos e proibições, conferem teor e limites ao justo e ao injusto e ao ilícito, mas também à propriedade, ao roubo, ao direito de família.” *In*: GOYARD-FABRE, Simone. *Op. cit.*, p. 72.

os direitos do cidadão têm de estar fundados e garantidos pela ordem objetiva determinada pelo poder legislador do soberano.”<sup>7</sup>

Os homens da Revolução abrem as portas para o legalismo, que em seguida se vinculará a ideia de direitos do homem. Rousseau inverte as teses naturalistas, sem, contudo, negar o direito natural de que toda justiça vem de Deus.<sup>8</sup>

Com isso o direito natural deixa de ser o paradigma da ordem jurídica, pois, cabe às leis civis dar às normas naturais vindas de Deus o formato humano, de modo que as torne acessíveis e efetivas para regular a conduta humana.<sup>9</sup> Constitui-se então o humanismo jurídico, no qual o homem, pressupostamente cidadão, passa a ser reconhecido como sujeito de direito.<sup>10</sup>

Em virtude dessa tendência legalista, o direito, em regra, passou a ser, após a Revolução Francesa, apenas “um conjunto de regras possíveis de serem ordenadas de acordo com exigências de condicionamento lógico.”<sup>11</sup> Constitui-se então o objetivismo jurídico, onde são as regras jurídicas que os códigos reúnem e ordenam que determinam um espaço normativo em que os sujeitos de direito encontrarão as máximas que regerão suas condutas.<sup>12</sup>

Nesse contexto, com a fundação do Estado de Direito<sup>13</sup>, os pensadores naturalistas, inclusive os de ordem racionalista, imaginavam haver estabelecido uma

<sup>7</sup> GOYARD-FABRE, Simone. Op. cit., p. 80.

<sup>8</sup> “Toda justiça vem de Deus, ele é a sua única fonte; mas se soubéssemos recebê-la de tão alto, não teríamos necessidade nem de governo nem de leis.” In: ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Trad. de Lourdes Santos Machado. In. Col. Os Pensadores. V. 24. São Paulo: Abril, 1973, p. 59.

<sup>9</sup> GOYARD-FABRE, Simone. Op. cit., p. 84.

<sup>10</sup> Id.

<sup>11</sup> Ibidem., p. 86.

<sup>12</sup> GOYARD-FABRE, Simone. Op. cit., p. 86.

<sup>13</sup> “No final do século XVII, com a chamada Revolução Gloriosa (1688) e a obra de John Locke, é que se inicia propriamente o liberalismo político, e um Estado constitucional se erige subordinado ao controle parlamentar e comprometido com o respeito aos *novos* direitos individuais. Locke – considerado o “pai do liberalismo”- lança as bases do ideal de governo limitado nutrido pelo jusnaturalismo racionalista, que afirma a existência de direitos inerentes à natureza humana e preexistentes ao Estado. Segundo sua conhecida formulação, a legitimidade do exercício do poder político decorre do respeito às liberdades inatas e inalienáveis, os direitos naturais. A cartas de declarações de direitos, tão caros ao constitucionalismo inglês, desde a Magna Carta *Libertatum*, de 1215, simbolizavam o reconhecimento de tais direitos e estabelecem os limites da liberdade individual que não poderiam ser invadidos pelo poder político. Tais documentos se apresentam como contratos

“formulação teórica capaz de salvar, em parte, a liberdade ilimitada de que o homem desfrutava na sociedade pré-estatal, ou dar a essa liberdade função preponderante, fazendo do Estado o acanhado servo do indivíduo.”<sup>14</sup>

O Estado de Direito surge moldado pelo liberalismo vivenciado na Inglaterra a partir do século XVIII e, sobretudo, pelas instituições criadas a partir das Revoluções liberais vitoriosas na França e na América.<sup>15</sup>

O Estado moderno, constituído sob a influência dessas revoluções possui como notas permanentes:

*“Governo Constitucional (com pluralidade de órgãos no seu vértice, entre os quais, pelo menos, uma Assembleia Legislativa eletiva), aceitação do princípio da divisão dos poderes, plena garantia jurisdicional dos direitos públicos subjetivos.”*<sup>16</sup>

Assim, após a instituição do Estado importava organizar a liberdade no campo social. Na concepção kantiana o indivíduo, titular de direito inatos, poderia exercê-los na sociedade, por meio de uma ordem positiva para o Estado, sendo uma liberdade negativa frente ao poder do Estado, que se afiguram verdadeiras limitações para que se garantam a inviolável e a soberana supremacia do indivíduo.<sup>17</sup>

Destaca-se que a doutrina filosófica jusnaturalista empenhou-se em elaborar uma técnica de liberdade, representada por meio da limitação do poder e a construção de instrumentos que possibilitassem deter os excessos do grande Leviatã.<sup>18</sup>

---

entre povo e governantes, e acabam por se convolverem verdadeiros instrumentos de governo. Essa tradição de ‘ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito’, viria a se constituir, a partir da Constituição norte-americana, promulgada em 1787, na idéia síntese de Estado Constitucional contemporâneo.” *In: BINENBOJM, Gustavo. A nova jurisdição constitucional brasileira.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 17.

<sup>14</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado Social.** 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 40.

<sup>15</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito: Do Estado de Direito Liberal ao Estado Social e Democrático de Direito.** Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Coimbra, 1987, p. 37.

<sup>16</sup> GARCIA, Maria. **A República no Brasil.** Instituto dos Advogados de São Paulo: Brasília, 1985, p. 15-16.

<sup>17</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do.** Op. cit., p. 41.

<sup>18</sup> Id.

Por seguinte, toma-se que a primeira noção de Estado de direito é oriunda da oposição histórica e secular, ocorrida na Idade Moderna, entre a liberdade do indivíduo e o absolutismo do monarca, sendo essa formada por meio de um ciclo de evolução teórica e decantação conceitual, que se completa com a filosofia de Kant.<sup>19</sup>

Nessa perspectiva originária o Estado de Direito passa a ser um instrumento de defesa e proteção da liberdade individual<sup>20</sup>, possuindo a seguinte ideia de elementar: “a racionalização do Estado operada mediante uma limitação jurídica dirigida à eliminação do arbitrário e à proteção de uma esfera indisponível de autonomia individual.”<sup>21</sup>

No Estado de direito, o indivíduo tem, em face do Estado, não apenas direitos privados, mas também públicos. O Estado de direito é o Estado dos cidadãos.<sup>22</sup> O primeiro Estado jurídico, guardião das liberdades individuais, atingiu seu mais elevado nível de experimentação histórica na Revolução Francesa.<sup>23</sup>

Entende-se que esse “primeiro *Estado de Direito*, com seu formalismo supremo, que despira o Estado de substantividade ou conteúdo, sem força criadora, reflete a pugna da liberdade contra o despotismo na área continental europeia.”<sup>24</sup>

A partir do século XIX, quando os fundamentos do Estado jurídico de primeira ordem apresentaram-se vazios, bem como se exteriorizou seu logicismo exageradamente abstrato, em razão de seu contato com a realidade social, imprevistas e reais, que transbordavam as linhas costumeiras, o curso das ideias pede um novo fundamento.<sup>25</sup> Desse modo,

“da liberdade do homem perante o Estado, a saber, da idade do liberalismo, avança-se para a ideia mais democrática da participação total e indiscriminada desse Homem na formação da vontade estatal. Do princípio liberal chega-se ao princípio democrático. Do governo de uma classe para o governo de todas as classes.”<sup>26</sup>

---

<sup>19</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do**. Op. cit., p. 41.

<sup>20</sup> Id.

<sup>21</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Op. cit., p. 39.

<sup>22</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 68.

<sup>23</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do**. Op. cit., p. 41.

<sup>24</sup> Id.

<sup>25</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do**. Op. cit., p. 43.

<sup>26</sup> Id.

Após essas premissas sobre o Estado de Direito, faz-se necessário transportar essa ideia para o contexto nacional, para o fim de se verificar a relação entre a ideia do Estado de Direito e o lugar da Constituição no Império.

Em termos históricos, a gênese do Direito Constitucional no Brasil deu-se com a colonização, ou seja, começou em 1532, quando a Portugal criou várias capitanias no Brasil, estabelecendo por meio dos termos de doação os limites dos poderes dos donatários, os direitos dos colonos e os privilégios da Coroa Portuguesa, no território dessas capitanias.<sup>27</sup> Em termos de Constituição, tem-se que a primeira tentativa de elaboração de uma Constituição verificou-se com a Revolução de 1817, em Pernambuco.<sup>28</sup>

De outra maneira, para Bonavides a evolução constitucional no Brasil teve três fases: a) a primeira, vinculada ao modelo constitucional francês e inglês do século XIX; b) a segunda, representando já uma ruptura, atada ao modelo norte-americano; c) e a terceira, em curso, em que se percebe a presença de traços fundamentais presos ao constitucionalismo alemão do século XX.<sup>29</sup>

O primeiro período da história constitucional do Brasil<sup>30</sup> se inicia em 1822, ano da proclamação da independência, e finda em 1889, ano em que as instituições

---

<sup>27</sup> “(...) quando a Corôa Portuguesa criou várias capitanias no Brasil, traçando no foral de doação a extensão dos poderes dos donatários, os direitos dos colonos e os privilégios dela, Corôa, no território dessas capitanias. E, eram quase ilimitados os poderes dos donatários, salvo raríssimas exceções, pois exerciam na Colônia todos os direitos majestáticos pertencentes no Reino à Corôa, quer quanto a nomeação de autoridades, quer quanto ao exercício de poderes.” In: FREITAS, Herculano de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Câmara Municipal de São Paulo. 1923, p. 35.

<sup>28</sup> FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Direito Constitucional: Teoria da Constituição. As Constituições do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 159.

<sup>29</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 361.

<sup>30</sup> “Os fatos políticos mais relevantes daquela fase, numa seqüência de desdobramentos dignos de registro são os seguintes: o decreto de 3 de julho de 1822, que convocou uma Assembleia Luso-Brasiliense” ou uma Assembleia Geral Constituinte e Legislativa”, conforme linguagem do próprio decreto, sendo essa medida de constitucionalização do Brasil anterior ao ato de independência formal do Reino; a instalação da Assembleia Constituinte, em 03 de maio de 1823 no Rio de Janeiro, com a presença de D. Pedro I, que já assinava Imperador Constitucional e Defensor Perpétuo do Brasil; a dissolução da Constituinte, em 12 de Novembro de 1823, por um golpe de Estado, de raízes militares, encabeçado pelo próprio Imperador; a outorga da Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de Março de 1824, por ato de D. Pedro I; o Ato Adicional, de 12 de Agosto de 1834, durante a Regência, aliás a única emenda introduzida no texto constitucional da monarquia e, finalmente, a Lei de 12 de Maio de 1840, instrumento conservador de interpretação de alguns artigos da reforma constitucional de 1840.” In: BONAVIDES, Paulo. **Curso**. Op. cit., p. 362.

imperiais da monarquia entram em colapso, ocorrendo então o advento da República, obra do golpe de Estado instaurado em 15/11/1889, por militares que hostilizavam o sistema imperial centralizador.<sup>31</sup>

A princípio, não se descurando de parcela da história do poder político no Brasil<sup>32</sup>, tem-se que o percurso para a outorga da Carta de 1824 inicia-se em 1820, após a derrota das hostes de Napoleão Bonaparte, com o início da revolução liberal portuguesa, momento que Dom Pedro I e a Corte Portuguesa, por questões de conveniências políticas<sup>33</sup>, decidem separar a colônia da metrópole, por seguinte, aquele instaura uma Constituinte e, em seguida, a dissolução dessa e a outorga da Carta de 1824.<sup>34</sup>

Por seguinte, o Projeto da Constituinte de 1824, em relação à organização de poderes, obedecia ao esquema de Montesquieu: Poder Executivo, Legislativo e Judiciário. E ainda, garantia os direitos individuais e políticos, sob a inspiração da Constituição Francesa de 1891.<sup>35</sup>

No entanto, a Constituição do Império,

“aquela que resultou do ato de outorga, não se arredou do círculo doutrinário das influências francesas no campo teórico, mas ao aplicar-se viu paralelamente prosperar, por obra do costume constitucional, uma forma de governo parlamentar, um tanto híbrido e primitivo. Todavia, do ponto de vista doutrinário e fático, essa modalidade deveras se assemelhava o modelo inglês. A Constituição real, desprezando a Constituição formal, decerto fora inspirar-se ali.”<sup>36</sup>

<sup>31</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso**. Op. cit., p. 362.

<sup>32</sup> “Em 1640, deu-se ao Brasil o título de Vice-Reinado, mas título honorário, a que não correspondia a existência de qualquer instituição de ação real. Em 1793, o governo geral foi definitivamente instituído no Rio de Janeiro, que se transformou na capital da Colônia, para depois ser a capital do Império e, atualmente, a capital da República. (...) Em 1815, pelos desenvolvimentos conseqüentes e pela situação de fato em que se achava colocada a Corôa, isto é, exercendo seus poderes no Brasil, o Brasil foi elevado à categoria de Reino – Reino Unido do Brasil, Portugal e Alvares.” In: FREITAS, Herculano de. Op. cit., p. 35-37.

<sup>33</sup> “Era, simplesmente, como vos disse, a preocupação em manter o Brasil era para a Côroa portuguesa, ou senão, para um rebento da Côroa portuguesa na pessoa de um membro da família real portuguesa. (...) Por conseqüência se ajudavam os adversários extremados; os liberais do Brasil e os absolutistas portugueses, porque ambos tinham um inimigo comum, que eram as Côrtes portuguesas, que instituíram o regime liberal na metrópole.” In: FREITAS, Herculano de. Op. cit., p. 39-40.

<sup>34</sup> FREITAS, Herculano de. Op. cit., p. 37-40.

<sup>35</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso**. Op. cit., p. 363.

<sup>36</sup> Id.

E ainda, duas características devem ser destacadas na Constituição do Império, a uma, o Poder Moderador<sup>37</sup>, e, a duas, a estrutura simultaneamente rígida e flexível.<sup>38</sup> Esse Poder Moderador, atribuído ao Imperador, era criação de Benjamin Constant.<sup>39</sup> Tem-se que a Carta de 1824, ao instituir o Poder Moderador, preferiu o modelo de Benjamin Constant ao de Montesquieu.<sup>40</sup>

Em relação ao controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, sabe-se que durante a vigência Carta outorgada de 1824 o Poder Judiciário não possuía a prerrogativa de declarar a inconstitucionalidade das leis elaboradas pelo Parlamento, como ainda dos atos do Poder Público.<sup>41</sup>

Há razões para a inexistência desse controle,

“de um lado, o diploma constitucional em apreço atribuía ao Poder Legislativo a sua guarda (art. 15, n° 9). Por outro, competia ao chamado Poder Moderador, entregue ao Monarca, a coordenação da atuação dos outros, ou como se expressava a própria Carta em referência, manter a ‘independência, o equilíbrio e a harmonia dos demais poderes’”.<sup>42</sup>

De outro modo, destaca-se a influência sofrida pelos homens públicos do Império quando da elaboração da Carta de 1824, tendo sido esses influenciados pela doutrina política inglesa e francesa, e ainda, pelo fato dos magistrados da época não possuírem uma relação estreita com o Direito Constitucional dos Estados Unidos da América.<sup>43</sup>

Em arremate, embora, desde muito tempo, o Poder Judiciário já “exercesse o controle da constitucionalidade dos atos dos outros poderes, no Brasil se ignorava essa prerrogativa, ou mesmo conhecendo-a os governantes, não se afeiçoaram a ela.”<sup>44</sup>

<sup>37</sup> “Em rigor, como redundou de sua aplicação constitucional, era ele o Poder dos Poderes, o eixo mais visível de toa centralização de Governo e de Estado na época imperial.” *In*: BONAVIDES, Paulo. **Curso**. Op. cit., p. 364.

<sup>38</sup> FRANCO, Afonso Arinos de Melo. Op. cit., p. 161.

<sup>39</sup> “Nenhum assunto foi mais bem estudado juridicamente, no Império, do que o Poder Moderador. Em torno da interpretação a ser dada aos artigos que o estabeleceram dividiam-se os melhores juristas imperiais, representantes das tendências liberal e conservadora.” *In*: Id.

<sup>40</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso**. Op. cit., p. 363.

<sup>41</sup> MELO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **A teoria das Constituições rígidas**. 2 ed. São Paulo: Bushatsky, 1980, p. 155.

<sup>42</sup> Id.

<sup>43</sup> MELO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Op. cit. p. 155.

<sup>44</sup> *Ibidem.*, p. 155-156.

Em síntese, a monarquia constitucional do Império no Brasil foi relativamente estável, haja vista ter permanecido em vigor por 65 anos,

“entre o princípio representativo, gerador de um parlamentarismo *sui generis*, introduzido nos mecanismos institucionais, e o princípio absolutista, dissimuladamente preservado com prerrogativas de poder pessoal, de que era titular o Imperador, em cujas mãos se acumulava, tanto em termos formais como efetivos, o exercício de dois poderes: o Executivo e Moderador. O último concentrava mais faculdades de mando e competências do que o primeiro.”<sup>45</sup>

Por derradeiro, a monarquia no Brasil afigurou-se um instrumento de manifestação e instalação de um Estado Liberal, assegurado de garantias e liberdades individuais, contudo, vinculado a uma sociedade escravocrata.<sup>46</sup>

Após o período monárquico se iniciou no Brasil o regime republicano, instaurando-se assim a República, temática essa que será objeto do capítulo consequente.

---

<sup>45</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso**. Op. cit., p. 364.

<sup>46</sup> Id.

## 2.2 A República federal e a influência dos Estados Unidos da América

Com o advento da República o Brasil ingressou na segunda fase de sua história constitucional.<sup>47</sup> As novas influências deixaram de ser europeias para tornarem-se americanas.<sup>48</sup>

A Constituição de republicana de 1891 representava uma ruptura com o modelo autocrático do absolutismo monárquico e se inspirava em valores de estabilidade jurídica vinculados a um conceito individualista de liberdade.<sup>49</sup>

Em relação ao precedente histórico da Constituição republicana de 1891 pode-se destacar que a manifestação do princípio republicano deu-se ainda no período colonial, quando a ideia de independência se confundia com de democracia, ideia essa lúcida no pensamento dos inconfidentes.<sup>50</sup>

No entanto, o espírito republicano manifestou-se em demasia nas lutas contra as arbitrariedades do primeiro reinado e por meio dos movimentos que constituíram a Confederação do Equador e a Revolução Rio Grandense, que instituiu a malfadada República de Piratini.<sup>51</sup>

Por seguinte, a crítica republicana, apesar de ter permanecido calada durante o Império, em razão de conveniências políticas<sup>52</sup>, ressurgiu em 03 de Dezembro de 1970, quando da publicação do Manifesto Republicano, no jornal *A República* do Rio de Janeiro, o qual atacava o poder moderador, símbolo do regime

---

<sup>47</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso**. Op. cit., p. 364.

<sup>48</sup> “Os nossos propagandistas da República, os nossos homens de imprensa, os nossos estadistas, que se preocupavam como o estudo das instituições americanas, iam beber instrução nessa obra notável, em relação a essas instituições, quando a Constituição Americana foi elaborada e decretada, no meio de dificuldades de várias ordens, dificuldades de ordem internacional, pois ainda permanecia a luta pela independência; dificuldade de ordem militar, em relação à disciplina das tropas; dificuldade de ordem política interna, pois que os Estados Unidos iam ser formados por varias colônias independentes umas das outras, as quais, depois de proclamada a independência, constituíram uma federação, vindo cada uma delas a ser um Estado soberano e independente.” *In*: FREITAS, Herculano de. Op. cit., p. 39-40.

<sup>49</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso**. Op. cit., p. 365.

<sup>50</sup> FREITAS, Herculano de. Op. cit., p. 52.

<sup>51</sup> Id.

<sup>52</sup> FREITAS, Herculano de. Op. cit., p. 53.

monárquico, bem como pregava a ideia de federação. Em seguida, em 15 de Novembro de 1989 proclamou-se a República do Brasil.<sup>53</sup>

Em detalhes, apresentam-se três causas para o advento do movimento republicano, a saber:

“a) *causas económicas*, entre estas a escravatura, a centralização e o regime do papel-moeda; b) *causas políticas*: a centralização política e administrativa, o parlamentarismo, o regime eleitoral e o governo pessoal do soberano, e; c) a causas sociais: as causas que emanam da cultura do povo, por efeito da instrução; do espírito de classe do Exército e da supremacia dos bacharéis em Direito na direcção da política nacional.”<sup>54</sup>

Em 24 de Fevereiro de 1891 foi promulgada, pelo Congresso Constituinte, a primeira Constituição republicana do Brasil.<sup>55</sup> Sendo essa Constituição promulgada pelos representantes do povo, reunidos em Assembleia Constituinte, para o fim de se organizar um “regime livre e democrático”.<sup>56</sup>

Após a análise histórica da influência do espírito republicano durante o declínio do regime imperial e a ascendente República, cumpre fazer referência, mesmo que em apertada síntese, aos fundamentos da ideia de República.

A República na antiguidade, praticada em Roma por Cícero e na Grécia por Platão, a par das ressalvas necessárias, estabeleceu certas características fundamentais na área da filosofia política, marcantes na ideia de República clássica, sendo: a ideia de democracia, por vezes sinónimo de República, mas, de qualquer sorte, indissolúvel daquele conceito; e a de sociedade constitucional.<sup>57</sup>

<sup>53</sup> GARCIA, Maria. Op. cit., p. 23.

<sup>54</sup> Ibidem., p. 24-29.

<sup>55</sup> “Proclamada a República de 15 de Novembro de 1889, o Governo Provisório, a 03 de dezembro (data do lançamento do movimento republicano de 1870) baixou o Decreto número 29, pelo qual foi instalada a chamada Comissão dos Cinco, incumbida de elaborar o anteprojeto de Constituição. (...) O anteprojeto conjunto foi a 24 de maio de 1890 ao Governo Provisório, o qual procedeu à sua revisão a 22 de junho, o Governo Provisório baixou no mesmo dia o Decreto nº 510, convocatório da Assembleia Constituinte. Procedida a eleição para esta, em todo país, a 15 de setembro, reuniu-se a 10 de novembro em sessões preparatórias e inaugurou solenemente seus trabalhos no primeiro aniversário da República.” In: FRANCO, Afonso Arinos de Melo. Op. cit., p. 164.

<sup>56</sup> “Nós, os representantes do povo brasileiro, reunidos em Congresso Constituinte, para organizar um regime livre e democrático, estabelecemos, decretamos e promulgamos a seguinte Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil” In: FREITAS, Herculano de. Op. cit., p. 64.

<sup>57</sup> “Karl Lowenstein, na sua *Teoria da Constituição*, denomina “um desses milagres, freqüentes na história de formas de governo”, o regime político existente na Grécia, durante duas breves centúrias: a democracia constitucional. A democracia direta das Cidades-Estados gregas no século V, refere, é

Na filosofia política da República clássica tem-se a proposta de Maquiavel a propósito das formas de governo, sendo: o principado ou reino e a república, que poderia ser uma aristocracia ou uma democracia, a depender do número de governantes.<sup>58</sup>

Nesse mesmo período, Bodin, por primeiro, construiu o conceito de soberania, sendo esse o único direito natural do soberano que evidentemente resistiu à edificação do Estado<sup>59</sup>. Em seguida, definiu a República como “um reto governo de muitos lares e do que lhes é comum, com poder soberano.”<sup>60</sup>

A partir da premissa republicana, as 13 colônias inglesas da costa atlântica da América do Norte, em 04 de julho de 1776, declaram a sua independência da metrópole, e, por meio da Declaração de independência, estabelecem um rol de princípios democráticos, os quais marcarão a vocação revolucionária da nação norte-americana.<sup>61</sup>

A Declaração da Independência norte-americana possuía como característica elementar o seu caráter democrático, pois sustentava que todo poder utilizado para proteção dos direitos inalienáveis do ser humano e toda justiça de ordem política decorre do próprio povo, dos governados para os governantes.<sup>62</sup>

Essa Declaração norte-americana<sup>63</sup> é considerada “um documento definitivo que contorna a formação da República norte-americana, estabelecendo o conceito

o único exemplo conhecido de um sistema político com plena identidade entre governantes e governados no qual o poder político encontra-se igualmente distribuído entre cidadãos ativos tomando parte neles todos, por igual. No sistema republicano de Roma, que durou muito mais tempo (do século V ao final do século II), assinala o exemplo clássico de uma sociedade estatal que sendo fundamentalmente constitucional, “não cometeu o erro de uma excessiva democratização”. A organização estatal republicana em Roma foi um sistema político com complicados dispositivos de freios e contrapesos para dividir e limitar o poder político dos governantes. A influência do constitucionalismo republicano se perpetuou, ressalta, mais de uma maneira simbólica que de fato, no dogma da *lex regia* pela qual domínio absoluto do governante tinha sua fonte originária na delegação do poder político do povo.” *In*: GARCIA, Maria. Op. cit., p. 04.

<sup>58</sup> *Ibidem.*, p. 10.

<sup>59</sup> VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Tradução: Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes. 2005, p. 707.

<sup>60</sup> GARCIA, Maria. Op. cit., p. 11.

<sup>61</sup> GARCIA, Maria. Op. cit., p. 11-13.

<sup>62</sup> *Id.*

<sup>63</sup> “A Declaração de Independência – estratificação de um modo de convivência, democrática abrange, como diz ‘verdades evidentes por si mesmas’, consagrando desde a unidade terrena das

moderno de liberdade política que permeia a origem da república, desde a Grécia e Roma.”<sup>64</sup>

Os Estados Unidos da América fundam sua existência nacional em um texto escrito, a Constituição Americana de 1787, adotada em 1789. Essa nação não é derivada de um Estado precedente ou de uma organização estatal, forma-se a partir da união de províncias autônomas, instituindo-se um único ente. Desse modo, a Constituição precedeu à Nação.<sup>65</sup>

A Constituição republicana de 24 de Fevereiro de 1891 tomou por paradigma a Constituição dos Estados Unidos da América.<sup>66</sup> Entretanto,

“os homens que fizeram a federação americana não foram os homens que organizaram a federação brasileira (...). Deixaram registrados nos documentos do século elementos de prova de que possuíam “seguro conhecimento da natureza, da índole e destinos de sua pátria.”<sup>67</sup>

Os princípios estruturais do novo Estado eram totalmente opostos àqueles vigentes à época imperial, quais sejam. “o sistema republicano, a forma presidencialista de governo, a forma federativa de Estado e o funcionamento de uma suprema corte, apta a decretar a inconstitucionalidade dos atos do poder.”<sup>68</sup>

Todas as técnicas de exercício da autoridade cunhadas pelo ideal da democracia republicana, instaurada nos Estados Unidos da América, firmaram uma nova modalidade de Estado Liberal, marcado pela descontinuidade do modelo absolutista, abandonando o fundamento único da liberdade individual.<sup>69</sup>

Essa concepção política e doutrinária de um Estado liberal se dilata de 24/02/1891, data da promulgação da 1ª Constituição republicana até o Decreto n.

---

colônias-Estados livres e independentes, ao direito dos homens de procurarem a própria felicidade (“pursuit of happiness”). In: *Ibidem.*, p. 03-04.

<sup>64</sup> *Ibidem.*, p. 04.

<sup>65</sup> *Ibidem.*, p. 13.

<sup>66</sup> *Ibidem.*, p. 47.

<sup>67</sup> SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Curso de Direito Constitucional positivo** *Apud* GARCIA, Maria. *Op. cit.*, p. 47.

<sup>68</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso**. *Op. cit.*, p. 365.

<sup>69</sup> *Id.*

19.398 de 11/11/1930, que marcou juridicamente o fim da 1ª República e consagrou o exercício discricionário do poder pelos titulares do Governo Provisório.<sup>70</sup>

Em relação ao controle de constitucionalidade na Constituição republicana de 1981, tem-se que essa acolheu a doutrina norte-americana do controle de constitucionalidade, pelo Judiciário, de atos dos Poderes Legislativo e Executivo.<sup>71</sup>

A Carta de 1891 adotou o controle posterior de constitucionalidade por órgão jurisdicional,

“utilizando o sistema que pressupõe a existência de um processo em curso, no qual uma das partes pretende a aplicação de uma lei para regular a relação jurídica em discussão; e a outra procura subtrair-se à aplicação da norma, alegando-lhe o desacordo com a Lei Maior. É o clássico processo de controle por via de exceção que, nos Estados Unidos, adquiriu contornos definitivos sob o cinzel do Juiz Marshall, quando do julgamento do célebre caso *Marbury contra Madison*.”<sup>72</sup>

Pode-se dizer que os Estados Unidos da América utilizam da fiscalização concreta de constitucionalidade desde o século XVIII<sup>73</sup>. De outro modo, sustenta-se que esse instrumento de controle desenvolveu-se a partir da discussão travada no âmbito da Suprema Corte americana, em especial quando da questão *Marbury v. Madison*, em 1803.<sup>74</sup>

Essa modalidade de controle da constitucionalidade das leis, difuso ou americano, “assegura a qualquer órgão judicial incumbido de aplicar a lei a um caso concreto o poder-dever de afastar a sua aplicação se a considerar incompatível com a ordem constitucional.”<sup>75</sup> Esse instrumento de controle possibilita ao Poder

<sup>70</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso**. Op. cit., p. 365.

<sup>71</sup> MELO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Op. cit., p. 156.

<sup>72</sup> ALENCAR, Ana Valdez Ayres Neves de. **A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais**. Revista de Informação Legislativa nº 57/239, Brasília, n. 57, p. 233-234, jan/mar. 1978.

<sup>73</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1984, p. 46.

<sup>74</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1062.

<sup>75</sup> MENDES, Gilmar. Op. cit., p. 1062.

Judiciário, no decorrer de qualquer demanda, apreciar a inconstitucionalidade de uma norma, suscitada incidentalmente, sob a forma de prejudicial de mérito.<sup>76</sup>

No sistema americano a fiscalização sempre foi provocada por via de exceção, ou por via de defesa, pelo que, a manifestação sempre ocorreu sob a égide de um *case*. “Não há ataque direto à lei inquinada de vício. Ataca-se, antes, o ato, o fato ou a conduta que se pretende praticar com base na lei.”<sup>77</sup>

Conquanto a fiscalização concreta naquele país desenvolveu-se, atualmente esse sistema “perde em parte a característica de um modelo voltado para defesa de posições exclusivamente subjetivas e adota uma modelagem processual que valora o interesse público em sentido amplo.”<sup>78</sup>

Em suma, nessa modalidade de declaração, por via de exceção, o judiciário declara a inconstitucionalidade do ato normativo e deixa aplicá-lo por ser incompatível com a ordem constitucional, valendo essa, em regra<sup>79</sup>, para as partes em litígio e operando efeitos “*ex tunc*”.

Nesse sentido, o artigo 59, inciso III, § 1º, letra “b” da Carta Republicana de 1891<sup>80</sup>, conferiu ao Supremo Tribunal Federal a competência para julgar, em sede de recurso extraordinário, as sentenças das Justiças dos Estados, em que se fosse

<sup>76</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 91.

<sup>77</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. Op. cit., p. 92.

<sup>78</sup> MENDES, Gilmar. Op. cit., p. 1062.

<sup>79</sup> “A decisão do Supremo Tribunal Federal, tal como colocada, antecipa o efeito vinculante de seus julgados em matéria de controle de constitucionalidade incidental, permitindo que o órgão fracionário se desvincule do dever de observância da decisão do Pleno ou do Órgão Especial do Tribunal a que se encontra vinculado. Decide-se autonomamente, com fundamento na declaração de inconstitucionalidade (ou de constitucionalidade) do Supremo Tribunal Federal proferida *incidenter tantum*. (...) A convivência do modelo incidental difuso tradicional com um sistema de múltiplas ações diretas – ADI, ADC, ADIlo, ADPF e representação interventiva – operou uma significativa mudança no controle de constitucionalidade brasileiro. Uma observação trivial revela tendência de dessubjetivação das formas processuais, especialmente daquelas aplicáveis ao modelo de controle incidental, antes dotada de ampla feição subjetiva, com simples eficácia *inter partes* [efeito transcendente para a declaração de inconstitucionalidade incidental].” In: MENDES, Gilmar. Op. cit., p. 1161/1177.

<sup>80</sup> “Art 59 - Ao Supremo Tribunal Federal compete: (...) III - rever os processos, findos, nos termos do art. 81. § 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela; b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.” In: BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao91.htm)>. Acesso em: 18 mai. 2011.

contestada a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.<sup>81</sup>

Da mesma maneira o artigo 60, letra “a”, da Constituição de 1891<sup>82</sup>, estabeleceu ser competência dos juízes ou tribunais federais, processar e julgar as demandas em que qualquer das partes fundamentar a ação, ou a defesa, em dispositivo da Constituição federal.<sup>83</sup>

Contudo essa previsão constitucional instalou uma celeuma em relação à efetiva abrangência dessa competência do Poder Judiciário. Para dirimi-la, em princípio, Ruy Barbosa elaborou um estudo reconhecendo essa prerrogativa do Poder Judiciário.<sup>84</sup> Em 1894 foi decretada e sancionada a Lei federal nº 221, a qual afirmou em seu artigo 13, §10º,

“que os juízes e tribunais federais processariam e julgariam as causas fundadas em lesão de direitos individuais, por ato ou decisão das autoridades administrativas da União; e que eles apreciariam a validade das leis e regulamentos, e deixariam de aplicar, aos casos ocorrentes, as leis manifestamente incompatíveis, com a lei ou com a constituição.”<sup>85</sup>

E ainda, a sentença que julgava a constitucionalidade de texto legal, em definitivo, não obrigava apenas as partes litigantes, mas também a Administração Pública, bem como estabelecia que a sua desobediência provocaria a responsabilização civil e criminal da autoridade que se negasse a cumprir a determinação judicial.<sup>86</sup>

Por fim, em 1926 a Constituição de 1891 sofreu uma reforma constitucional, por meio da qual o § 1º, do artigo 59 passou a dispor que

---

<sup>81</sup> MELO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Op. cit., p. 156.

<sup>82</sup> “Art 60 - Compete aos Juízes ou Tribunais Federais, processar e julgar: a) as causas em que alguma das partes fundar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição federal;” *In*: BRASIL. Constituição (1891). Op. cit.

<sup>83</sup> MELO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Op. cit., p. 156.

<sup>84</sup> *Ibidem.*, p. 157.

<sup>85</sup> “Aí se exigiu, fosse manifesta a inconstitucionalidade dos atos impugnados, tendo em vista que, segundo a jurisprudência dos tribunais americanos, se presumia a constitucionalidade, e só se declarava a inconstitucionalidade se necessária para o julgamento do feito.” *In*: *Ibidem.*, p. 157-158.

<sup>86</sup> *Ibidem.*, p. 158.

“das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: “a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela; b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.”<sup>87</sup>

Por derradeiro, depois de implantada a República, e estando essa estabilizada como forma de governo e matriz constitucional, nos anos seguintes o Brasil passará por um novo período de revoluções, as quais provocaram a elaboração de uma nova Constituição, conforme se observará no capítulo seguinte.

---

<sup>87</sup> BRASIL. Constituição (1891). Op. cit.

### 2.3 A Constituição de 1934 e as modificações no controle de constitucionalidade:

Segundo Bonavides os primeiros anos da década de 30 significaram o início de uma convulsão ideológica, a qual acarretou amplas conseqüências para a futura ordem constitucional brasileira. São dessa quadra os preparativos e as agitações que fazem vingar novos princípios na Constituinte de 1933-1934.<sup>88</sup>

A promulgação da Constituição de 1934<sup>89</sup> marca a terceira grande época da história constitucional do Brasil.<sup>90</sup> Serviram de base para esse texto constitucional a Constituição da Alemanha, de 1919, e a Constituição da Espanha, de 1931.<sup>91</sup>

Com a Constituição de 1934 inaugura-se no direito constitucional positivo a influência dos princípios, dando-se ênfase ao viés social do princípio da dignidade humana, o qual era desconhecido pelas constituições anteriores. Tem-se ser influência oriunda do modelo de Weimar.<sup>92</sup>

O conteúdo da Constituição de 1934 representa o “sentido social do Direito”, pois abrangia interesses e relações situados em um espaço mais amplo que o ocupado pela legislação trabalhista. Essa apresenta intenso sentimento nacionalista, vez que nacionaliza as fontes de energia elétrica, ou mesmo restringe os monopólios de certas atividades para os nacionais.<sup>93</sup>

Em 1934 a inspiração do constitucionalismo da Constituição de Weimar é decisiva

---

<sup>88</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso**. Op. cit., p. 366.

<sup>89</sup> “Cedendo a pressões políticas crescentes, o presidente Getúlio Vargas assinou o decreto de 14 de maio de 1932, já referido, que convocara para quase um ano depois, 3 de maio de 1933, a eleição para Assembléia Constituinte e criava uma comissão constitucional, incumbida de elaborar o anteprojeto da lei magna. A revolução paulista interrompeu o processo, mas a 1º de novembro, o Decreto nº 22.040, revigorou aquela comissão (...) A 15 de novembro de 1933 reuniu-se a Terceira Assembleia Constituinte Brasileira. (...) A promulgação da Constituição deu-se a 16 de julho de 1934.”  
*In*: FRANCO, Afonso Arinos de Melo. Op. cit., p. 167-169.

<sup>90</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso**. Op. cit., p. 366.

<sup>91</sup> FRANCO, Afonso Arinos de Melo. Op. cit., p. 168.

<sup>92</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso**. Op. cit., p. 367.

<sup>93</sup> FRANCO, Afonso Arinos de Melo. Op. cit., p. 169.

“para formulação precoce da forma de Estado social que o constituinte brasileiro estabeleceu em suas bases formais, num passo criativos dos mais importantes, capaz de autenticar a significação e a autonomia doutrinária do terceiro ciclo ou época constitucional, em cujos espaços o regime ainda se move em busca de consistência, legitimidade e consolidação definitiva das instituições fundamentais”<sup>94</sup>

O constitucionalismo de Weimar fez surgir no Brasil em 1934 um Estado Social de matriz alemã, vinculado às formas democráticas, onde a sociedade e o homem (pessoa humana) são os valores supremos. Em contraponto, apresentava-se uma visão fortalecedora do papel do Estado em relação à democracia, à liberdade e à igualdade.<sup>95</sup>

E ainda, a Constituição de Weimar trouxe para a Constituição de 1934 novos institutos para o âmbito constitucional:

“a subordinação do direito de propriedade ao interesse social ou coletivo, a ordem econômica e social, a instituição da Justiça do Trabalho, o salário mínimo, as férias anuais do trabalhador obrigatoriamente remuneradas, a indenização ao trabalhador dispensado sem justa causa, o amparo à maternidade e à infância, o socorro às famílias de prole numerosa, a colocação da família, da educação e da cultura debaixo da proteção especial do Estado.”<sup>96</sup>

O constitucionalismo de Weimar é influenciado pela doutrina do Estado Social.<sup>97</sup> A noção contemporânea de Estado social tem início quando o Estado passa desprender-se do controle burguês de classe, ficando esse enfraquecido, elevando-se assim o Estado de todas as classes, o Estado minimizador de conflitos sociais e pacificador da tensão entre trabalho e capital.<sup>98</sup>

Esse novo modelo constitucional, configurado originariamente pela Constituição Mexicana de 1917 e a de Weimar de 1919 apresentou-se como a única maneira para se preservar o Estado de Direito nas condições do século XX.<sup>99</sup> Assim,

---

<sup>94</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso**. Op. cit., p. 368.

<sup>95</sup> Id.

<sup>96</sup> Ibidem., p. 369.

<sup>97</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do**. Op. cit., p. 184.

<sup>98</sup> Ibidem., p. 185.

<sup>99</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Op. Cit., p. 189.

o apogeu da crise constitucional do Estado Liberal veio documentado pela Constituição de Weimar<sup>100</sup>.

Constatada a insuficiência humana na esfera social, tem-se a partir de então um novo “ethos político”: “a concepção da sociedade não já como um dado, mas como um objecto susceptível e carente de uma estruturação a prosseguir pelo Estado como vista à realização da justiça social.”<sup>101</sup>

Por conta do “princípio da socialidade” o Estado centrou-se na distribuição do seu produto social, a fim de promover a justiça social. Para isso implementou um conjunto de prestações sociais tendentes a garantir uma vida digna e protegida à sociedade, independentemente das adversidades ou desigualdades.<sup>102</sup>

A incorporação de uma igualdade no sentido material pelo constitucionalismo de Weimar destruiu o monopólio da liberdade liberal à medida que colocou esses dois valores num mesmo patamar.<sup>103</sup> Em razão disso, o Estado abstencionista foi chamado a agir, sendo obrigado a assumir diversas tarefas que se encaminham no sentido de concretizar a igualdade material.<sup>104</sup>

É nesse processo de conjunto de estadualização da sociedade e de socialização do Estado que se conforma o princípio da socialidade, elemento basilar desse Estado Social.<sup>105</sup>

---

<sup>100</sup> “As contradições dialéticas e o antagonismo ideológico orientam, por seguinte, a elaboração de novas Declarações, de conteúdos obscuros e contraditórios, o que retardou ou embargou a normatização dessas. A *instabilidade* e o *compromisso* marcam, ao contrário, o constitucionalismo social, desde seu advento, fazendo frágeis os alicerces das Constituições que, a partir do primeiro pós-guerra do sec. XX buscam formas de equilíbrio e transação no Estado Social. A trégua se deu pela Constituição de Weimar, que iniciou a construção de fórmulas programáticas.” In: BONAVIDES, Paulo. **Curso**. Op. cit., p. 232.

<sup>101</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Op. Cit., p. 193.

<sup>102</sup> *Ibidem.*, p. 196.

<sup>103</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do**. Op. cit., p. 185.

<sup>104</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Op. Cit., p. 194-196.

<sup>105</sup> “No fundo, o novo *ethos político* que resultava da superação da concepção liberal as separação da sociedade e Estado traduzem, a partir da constatação da mútua perda de capacidade de autorregulação, num projeto global de estruturação da sociedade, ou seja, de uma regulação da vida social a partir do impulso e da conformação provenientes do Estado; por sua vez esta direção tinha como contrapartida a pressão, exercida individual e colectivamente, a sociedade sobre o Estado, num esforço de apropriação ou inflexão das decisões estaduais que se manifestava não só nas referidas exigências ou nos direitos a prestações sociais, mas também na acção permanente e estruturada dos partidos, grupos de interesses e organizações sociais sobre a esfera política.” In: NOVAIS, Jorge Reis. Op. Cit., p. 197.

Noutro viés, não importava o conteúdo que possuíam as declarações de direitos, as normas constitucionais ou as normas-princípios, fossem essas estritamente liberais, pois, a partir de então, esses preceitos passariam a ser aplicados à sociedade e não ao indivíduo.<sup>106</sup>

Assim, essa busca da reconciliação entre Estado e sociedade provocou o sacrifício das teses liberais, de cunho estritamente individualistas. Desse modo, estava o Estado liberal, individualista, em decadência, e o Estado Social, societário, em ascensão.<sup>107</sup>

Noutra visão, Norberto Bobbio, referenciado Humboldt, destaca que o Estado Social ao prover o bem estar do indivíduo pode cerrar os seus interesses, bem como a sua esfera moral, pois se desconsideram os homens para preocuparem-se das coisas, diminui-se a liberdade do indivíduo e se aumenta o Estado.<sup>108</sup>

Em suma, o constitucionalismo liberal, que se restringe à defesa dos direitos individuais à limitação do poder e à igualdade no sentido formal, é substituído gradualmente por um constitucionalismo que incorpora direitos sociais e se preocupa também com a igualdade material. A Constituição-garantia passa a ter nova função emancipatória e uma nova estrutura programática.<sup>109</sup>

Tratando-se do controle de constitucionalidade, a Constituição de 1934, em seu artigo 76, inciso III, letras “b” e “c”<sup>110</sup>, reproduziu o estabelecido nas letras “a” e

<sup>106</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso**. Op. cit., p. 231.

<sup>107</sup> Id.

<sup>108</sup> “Numa cerrada crítica ao Estado providencial, ao Estado que demonstra excessiva solicitude para com o “bem-estar” dos cidadãos (uma crítica que prefigura análoga denúncia dos presumíveis equívocos do Estado assistencial por parte do neoliberalismo contemporâneo), Humboldt explica que a intervenção do governo para além das tarefas que lhe cabem – relativas à ordem externa e à ordem interna – termina por criar na sociedade comportamentos uniformes que sufocam a natural variedade dos caracteres e das disposições. Aquilo a que os governos tendem, a despeito dos indivíduos, são o bem-estar e a calma: “Mas o que o homem persegue e deve perseguir é algo completamente diverso, é variedade a atividade.” In: BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. São Paulo: Brasiliense, 2006, p. 30-31.

<sup>109</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso**. Op. cit., p. 232-233.

<sup>110</sup> “Art 76 - A Corte Suprema compete: (...) 2) julgar: (...) III - em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instância: b) quando se questionar sobre a vigência ou validade de lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada; c) quando se contestar a validade de lei ou ato dos Governos locais em

“c” do art. 60 da Constituição de 1891.<sup>111</sup> O mesmo se deu ao artigo 60 da Constituição de 1891, o qual foi transportado para artigo 81, “b”, da Carta de 1934<sup>112</sup>.

Em continuidade, a propósito das inovações atinentes ao controle de constitucionalidade tem-se o artigo 179 da Constituição de 1934, o qual estabeleceu que “só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público.”<sup>113</sup>

Essa previsão legal afigurava-se mais uma influência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, pois, nesse país somente a maioria dos votos dos juízes dessa Corte pode significar a certeza do entendimento do Tribunal. Essa disposição tem reiteradamente repetida nas constituições brasileiras subsequentes.<sup>114</sup>

Apresenta-se como inovação o artigo 68, o qual dispôs sobre a competência da Suprema Corte<sup>115</sup>, firmando ser “vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas.”<sup>116</sup> No entanto, as questões que tangenciavam os direitos individuais, desde que não fossem exclusivamente políticas, poderiam ser apreciadas pelo Poder Judiciário.<sup>117</sup>

Essa Constituição ao dispor em seu artigo 12<sup>118</sup> que o Estado não interviria nos Estados, salvo para resguardar alguns princípios constitucionais, instituiu a denominada “Representação Interventiva”.<sup>119</sup>

---

face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do Tribunal local julgar válido o ato ou a lei impugnada;(...)”. *In*: BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao34.htm)>. Acesso em: 21 mai. 2011.

<sup>111</sup> MELO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Op. cit.*, p. 158-159.

<sup>112</sup> “Art 81 - Aos Juízes federais compete processar e julgar, em primeira instância: (...) b) os pleitos em que alguma das partes fundar a ação ou a defesa, direta e exclusivamente em dispositivo da Constituição.” *In*: BRASIL. Constituição (1934). *Op. cit.*

<sup>113</sup> BRASIL. Constituição (1934). *Op. cit.*

<sup>114</sup> PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 123.

<sup>115</sup> PALU, Oswaldo Luiz. *Op. cit.*, p. 123.

<sup>116</sup> BRASIL. Constituição (1934). *Op. cit.*

<sup>117</sup> MELO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Op. cit.*, p. 170.

<sup>118</sup> “Art 12 - A União não intervirá em negócios peculiares aos Estados, salvo: (...) V - para assegurar a observância dos princípios constitucionais especificados nas letras a a h, do art. 7º, nº I, e a

Diferentemente da Constituição de 1891, onde cabia ao Congresso Nacional decretar a intervenção e o ao Executivo executá-la, a Constituição de 1934 estabeleceu que por meio da “Representação Interventiva” o Procurador Geral da República levaria ao Supremo Tribunal Federal o conhecimento da lei que tivesse decretado a intervenção Federal no Estado, para que a Corte Suprema decidisse sobre a sua constitucionalidade. Com isso se criou a “ação direta interventiva”.<sup>120</sup>

Por mais, se o Supremo Tribunal Federal entendesse ser essa norma “constitucional, por entender que houvera por parte do Estado violação dos princípios constitucionais, acima especificados, como preliminar da intervenção decretada, o Congresso Nacional suspenderia o texto violador dos princípios constitucionais. Demais, interromperia o exercício das autoridades públicas que lhe deram causa cuja responsabilidade seria apurada.”<sup>121</sup>

Outra inovação capitaneada pela Constituição de 1934 foi a competência atribuída ao Senado Federal, conforme consta de seu artigo 91, IV, pela qual esse poderia “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário”<sup>122 123</sup>.

Essa disposição era completada pelo artigo 96<sup>124</sup>, o qual visava esclarecer que apenas o Senado Federal poderia suspender a execução dos atos normativos declarados inconstitucionais pela Suprema Corte e não por qualquer juízo ou tribunal.<sup>125</sup>

---

execução das leis federais; (...) § 2º - Ocorrendo o primeiro caso do nº V, a intervenção só se efetuará depois que a Corte Suprema, mediante provocação do Procurador-Geral da República, tomar conhecimento da lei que a tenha decretado e lhe declarar a constitucionalidade.” *In*: BRASIL. Constituição (1934). Op. cit.

<sup>119</sup> PALU, Oswaldo Luiz. Op. cit., p. 123.

<sup>120</sup> *Ibidem.*, p. 123-124.

<sup>121</sup> MELO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Op. cit., p. 170.

<sup>122</sup> BRASIL. Constituição (1934). Op. cit.

<sup>123</sup> PALU, Oswaldo Luiz. Op. cit., p. 124.

<sup>124</sup> “Art 96 - Quando a Corte Suprema declarar inconstitucional qualquer dispositivo de lei ou ato governamental, o Procurado Geral da República comunicará a decisão ao Senado Federal para os fins do art. 91, nº IV, e bem assim à autoridade legislativa ou executiva, de que tenha emanado a lei ou o ato.” *In*: BRASIL. Constituição (1934). Op. cit.

<sup>125</sup> PALU, Oswaldo Luiz. Op. cit. p. 124.

A Constituição Federal de 1934, em seu artigo 88<sup>126</sup>, atribui ao Senado Federal a qualificação de órgão de coordenação dos poderes, antiga função do Poder Moderador, pois o Senado Federal constava do Capítulo V, “Da coordenação do poderes”, e não do Capítulo II, “Do Poder Legislativo”.<sup>127</sup>

À época, na Europa, alguns países tinham criado Cortes Constitucionais, no entanto essa ideia não se restringiu ao antigo continente, a mesma alcançou os Constituintes de 1934, pelo que foi apresentada uma proposta, pelo Deputado Nilo Alvarenga, para instituição de uma Corte Constitucional, a quem caberia conhecer originária e privativamente das arguições de inconstitucionalidade.<sup>128</sup>

Justificou-se essa proposta sustentando-se que os mais generosos princípios de direito público consagrados nos textos constitucionais de nada valeriam sem as necessárias garantias de sua efetividade, sendo a Corte Constitucional o único instrumento hábil a garantir essa efetividade.<sup>129</sup>

No entanto, foi atribuído a um Poder político, o Senado Federal, a competência para a suspensão da execução de lei ou ato declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário, pois se queria:

“a) evitar que o Poder Judiciário ficasse em posição de preeminência ante os demais, sendo que este poderia anular com efeitos *erga omnes* atos administrativos e legislativos, sem a correspondente contrapartida de poder atribuído aos últimos de contraditar decisões

---

<sup>126</sup> “Art 88 - Ao Senado Federal, nos termos dos arts. 90, 91 e 92, incumbe promover a coordenação dos Poderes federais entre si, manter a continuidade administrativa, velar pela Constituição, colaborar na feitura de leis e praticar os demais atos da sua competência.” *In*: BRASIL. Constituição (1934). Op. cit.

<sup>127</sup> PALU, Oswaldo Luiz. Op. cit., p. 124.

<sup>128</sup> *Id.*

<sup>129</sup> “(...) é imprescindível criar a jurisdição constitucional cometendo-a a um tribunal especial com função de exercer esse controle, anulando as leis inconstitucionais, *erga omnes*. Mas não basta a criação de tribunal com esta competência. É necessário assegurar a todos os indivíduos a sua proteção por meio de recursos fáceis e rápidos e baratos. É preciso que todo cidadão ferido em seu direito disponha de meio seguro para o restabelecimento imediato do direito. É esta a única maneira pela qual poderão ser evitadas, de um lado, as grandes injustiças de que foram vítimas na primeira fase da República, milhares de brasileiros, por abuso de poder e, de outro lado, as enormes sangrias que sofreu o Tesouro, que ainda hoje suporta a economia pública, resultantes de pesadas indenizações a cujos pagamentos a nação foi condenada. É preciso advertir com Gaston Jeze: ‘Para serem eficazes, os meios de defender as liberdades individuais devem ser rápidos, fáceis e baratos. Se a defesa é complicada, se é lenta e custosa, sua eficácia diminui, desaparece mesmo, praticamente. São armas enferrujadas para serem arrumadas na coleção de curiosidades constitucionais’” *In*: ALENCAR, Ana Valderez Ayres Neves de. Op. cit., p. 239.

judiciais; b) criar um meio de estender *erga omnes* os efeitos da declaração de inconstitucionalidade procedida no caso concreto.”<sup>130</sup>

Na Constituição de 1934, de modo distinto da Constituição de 1891, que estabelecia um controle exclusivamente judicial das leis, de matriz norte-americana, o controle de constitucionalidade, em razão de o Senado Federal emitir a decisão final sobre a questão, passou a ter natureza jurisdicional – política, e ainda, passou a ser de natureza complexa, pois para tanto necessita da atuação sucessiva de órgãos de mesma hierarquia, o Supremo Tribunal Federal e depois o Senado federal, ou vice-versa.<sup>131</sup>

Por oportuno, destaca-se ainda na vigência da Constituição de 1934 a instituição do Mandado de Segurança, bem como nova definição do *Habeas Corpus*, ações essas de natureza mandamental, nas quais a questão de constitucionalidade pode ser o objeto principal da impetração, mesmo sendo impetrados de forma preventiva.<sup>132</sup>

Em arremate, a Constituição de 1934 instituiu a Ação Popular, por meio do art. 113, nº 38<sup>133</sup>, sendo essa um instrumento dos cidadãos para pleitear a nulidade ou anulação de atos lesivos ao patrimônio público, arguindo-se, para tanto, a declaração de inconstitucionalidade de leis do Poder Executivo ou Legislativo que tenham lesado esse patrimônio.<sup>134</sup>

Por fim, após esse período conflituoso e transitório de reconstitucionalização o Brasil alcançará uma nova Constituição, a de 1946, que terá como fundamento o constitucionalismo alemão e se apresentará como promessa garantidora dos princípios e direitos fundamentais, consoante se notará no capítulo seguinte.

<sup>130</sup> PALU, Oswaldo Luiz. Op. cit., p. 127.

<sup>131</sup> Ibidem., p. 128.

<sup>132</sup> MELO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Op. cit., p. 173-174.

<sup>133</sup> “Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) 38) Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios.” In: BRASIL. Constituição (1934)”. Op. cit.

<sup>134</sup> MELO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Op. cit., p. 174.

## 2.4 O caminho para o controle concentrado de constitucionalidade:

Após a Constituição de 1934, a qual não passou de um período conflituoso e transitório de reconstitucionalização do país, por meio do golpe de Estado de 10 de Novembro de 1937, instaurou-se a ditadura unipessoal do Estado Novo.<sup>135</sup>

Em seguida, com o golpe de 29 de Outubro de 1945, iniciou-se uma nova fase constitucional do sistema representativo, por conta de uma Assembleia Constituinte, a qual foi autora da Constituição de 1946, promulgada em 18 de Setembro de 1946, sendo essa a Terceira República, que regeu o país até 09/04/1964.<sup>136</sup>

Em 1964 deu-se início ao governo dos Atos Institucionais, provenientes do golpe militar de 1964 dos militares.<sup>137</sup> O governo militar perdurou por 20 anos, até 05/10/1988, quando o governo de transição de José Sarney promulgou a Constituição vigente.<sup>138</sup>

A Constituição de 1946 tinha por finalidade restabelecer a democracia no Brasil. Essa Constituição estava comprometida com a reafirmação de determinados princípios, como o republicano, o democrático e o federativo, bem como com a confirmação e a efetivação dos direitos fundamentais.<sup>139</sup>

A doutrina alemã, referenciada no capítulo precedente, é consolidada, posteriormente, na Constituição de 1946, que além de incorporar tendências da Constituição de Weimar, conta também como inspiração para sua interpretação a Lei Fundamental de Bonn, de 1949, que criou a República Federal da Alemanha.<sup>140</sup>

<sup>135</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso**. Op. cit., p. 366-367.

<sup>136</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso**. Op. cit., p. 367.

<sup>137</sup> Id.

<sup>138</sup> Id.

<sup>139</sup> CHUEIRI, Vera Karam de. **Fundamentos do Direito Constitucional**. Curitiba: IESDE Brasil, 2008, p. 22.

<sup>140</sup> “É à medida que o Estado produtor puder remover o Estado capitalista, dilatando-lhe a esfera de ação, alargando o número de das empresas sob seu poder e controle, suprimindo ou estorvando a iniciativa privada, aí então, correrá perigo toda a economia do Estado burguês, porquanto, na consecução desse processo, já estaremos assistindo a outra transição mais séria, que seria a passagem do Estado social ao Socialista.” In: BONAVIDES, Paulo. **Curso**. Op. cit., p. 186.

Nesse contexto, com o fim da segunda guerra várias nações organizaram-se sob a forma de Estados soberanos, enquanto que outras reconquistavam liberdades perdidas. Destaca-se, nas nações que escapavam da influência de Moscou, as Constituições, em sua maioria, restabeleciam as instituições tradicionais, preservando o “sentido social do direito”, sendo uma delas a Constituição de 1946.<sup>141</sup>

A Constituição de 1946 foi a primeira a garantir a plena liberdade de associação política. Além disso, essa Constituição restabeleceu direitos individuais e sociais, firmando o direito à vida digna, redução de desigualdades entre as regiões políticas, melhores condições de trabalho, garantia à educação e cultura, dentre outros direitos.<sup>142</sup>

Entretanto, observa-se que ao mesmo tempo em que a Constituição de 1946 concedia alguns direitos sociais, como a permissão da existência de organização sindical, essa criava obstáculos à efetivação desses direitos, como a sua subordinação ao Poder Público, consoante nota-se do artigo 159<sup>143</sup> dessa Constituição.<sup>144</sup>

Depreende-se desse cenário constitucional que a Constituição de 1946 possuía um caráter dúplice, pois agregava dois pensamentos distintos e de difícil conciliação: o liberalismo norte-americano e a social-democracia da Constituição alemã de Weimar.<sup>145</sup>

<sup>141</sup> FRANCO, Afonso Arinos de Melo. Op. cit., p. 170.

<sup>142</sup> CHUEIRI, Vera Karam de. Op. cit., p. 23.

<sup>143</sup> “Art.159 - É livre a associação profissional ou sindical, sendo reguladas por lei a forma de sua constituição, a sua representação legal nas convenções coletivas de trabalho e o exercício de funções delegadas pelo Poder Público.” *In*: BRASIL. Constituição (1946). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao46.htm)>. Acesso em: 21 mai. 2011.

<sup>144</sup> CARVALHO, Adriana Duarte de Souza. **Liberalismo e Corporativismo: uma análise do processo constituinte de 1946**. Sociologia & Política. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2009, p. 15-16. Disponível em: <<http://www.humanas.ufpr.br/site/evento/SociologiaPolitica/GTs-ONLINE/GT2/EixoV/liberalismo-corporativismo-AdrianaCarvalho.pdf>>. Acesso em: 25 mai. 2011.

<sup>145</sup> *Ibidem*, p. 125.

Em relação ao sistema de controle de constitucionalidade das leis, tem-se que a Constituição de 1934 teve relevante significado para o desenvolvimento de todo controle de constitucionalidade mediante ação direta.<sup>146</sup>

Nesse contexto, o passo primordial para o estabelecimento do controle constitucionalidade fora a possibilidade de provocação direta ao Supremo Tribunal Federal, para o fim de se declarar a constitucionalidade de dada lei que determinara a decretação de intervenção federal.<sup>147</sup>

A Carta de 1937 interrompeu a evolução do sistema de controle de constitucionalidade.<sup>148</sup> A Constituição do Estado Novo, autoritária e outorgada,

“inferiorizou a decisão dos tribunais sobre a declaração de inconstitucionalidade ao sujeitar a matéria a um reexame pelo Parlamento. Tal ocorria quando o Presidente da República julgasse a lei “necessária ao bem estar do povo”, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta. Por dois terços de votos de cada uma das Câmaras, o órgão legislativo poderia invalidar a decisão judiciária, fazendo assim eficaz a lei inconstitucional.”<sup>149</sup>

No entanto, a Constituição de 1946 restaurou a tradição do controle judicial no direito brasileiro.<sup>150</sup> Essa Constituição emprestou à ação interventiva, salvo algumas ressalvas, o contorno que possui contemporaneamente.<sup>151</sup>

Essa Constituição fortalecia o ideia de um controle por via de ação, pois legitimava o Procurador Geral da República a submeter ao exame do Supremo Tribunal Federal, por meio de arguição de inconstitucionalidade, determinado ato que ofendesse os princípios constitucionais, de ordem republicana e federativa.<sup>152</sup>

Atribuiu-se ao Procurador Geral da República a legitimidade para apresentação da representação de inconstitucionalidade, para o fim de intervenção, no caso de violação dos seguintes princípios:

<sup>146</sup> MENDES, Gilmar. Op. cit., p. 1096.

<sup>147</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso**. Op. cit., p. 328.

<sup>148</sup> Id.

<sup>149</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso**. Op. cit., p. 329.

<sup>150</sup> BINENBOJM, Gustavo. Op. cit., p. 125.

<sup>151</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. Op. cit., p. 126.

<sup>152</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso**. Op. cit., p. 329.

“a) forma republicana representativa; b) independência e harmonia dos Poderes; c) temporariedade das funções eletivas, limitada a duração destas à das funções federais correspondentes; d) proibição da reeleição de Governadores e Prefeitos, para o período imediato; e) autonomia municipal; f) prestação de contas da Administração; g) garantias do Poder Judiciário.”<sup>153</sup>

Assim, por conta do Parágrafo Único do artigo 8º da Constituição de 46<sup>154</sup> não se submetia à apreciação do Supremo Tribunal Federal a lei que houvesse decretado a intervenção, mas sim o próprio ato considerado inconstitucional, para o fim de intervenção nos Estados.<sup>155</sup>

Além disso, essa Constituição conservou o Supremo Tribunal Federal, e estabeleceu em seu artigo 101, incisos I a III<sup>156</sup>, a competência para essa Corte processar e julgar demandas originariamente, em grau de recurso ordinário e extraordinário. Por meio desse dispositivo legal reproduziu as disposições constantes das constituições anteriores, tendo ampliado a competência para o fim de contemplar as decisões das justiças estaduais e federais.<sup>157</sup>

A Constituição de 1946 apresentou outras inovações, como a manutenção do controle de constitucionalidade pela via difusa, de natureza norte-americana, bem como a manutenção do *quorum* de maioria absoluta para declaração de inconstitucionalidade, por meio dos órgãos judiciários colegiados.<sup>158</sup>

<sup>153</sup> MENDES, Gilmar. Op. cit., p. 1100.

<sup>154</sup> “Parágrafo único - No caso do nº VII, o ato argüido de inconstitucionalidade será submetido pelo Procurador-Geral da República ao exame do Supremo Tribunal Federal, e, se este a declarar, será decretada a intervenção.” In: BRASIL. Constituição (1946)”. Op. cit.

<sup>155</sup> PALU, Oswaldo Luiz. Op. cit., p. 130.

<sup>156</sup> “Art 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete: I - processar e julgar originariamente: (...); II - julgar em recurso ordinário: a) os mandados de segurança e os *habeas corpus* decididos em última instância pelos Tribunais locais ou federais, quando denegatória a decisão; b) as causas decididas por Juízes locais, fundadas em, tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro, assim como as em que forem partes um Estado estrangeiro e pessoa domiciliada no País; c) os crimes políticos; III - julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais ou Juízes: a) quando a decisão for contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal; b) quando se questionar sobre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada; c) quando se contestar a validade de lei ou ato de governo local em face desta Constituição ou de lei federal, e a decisão recorrida julgar válida a lei ou o ato; d) quando na decisão recorrida a interpretação da lei federal invocada for diversa da que lhe haja dado qualquer dos outros Tribunais ou o próprio Supremo Tribunal Federal.” In: BRASIL. Constituição (1946)”. Op. cit.

<sup>157</sup> MELO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Op. cit., p. 180-181.

<sup>158</sup> PALU, Oswaldo Luiz. Op. cit., p. 129.

E ainda, o Senado Federal voltou a compor o Poder Legislativo<sup>159</sup>, desfazendo-se da missão de ser o coordenador dos poderes, deixando assim de ser um *quarto* poder, como pretendia a Constituinte de 34.<sup>160</sup>

No entanto, “somente com o advento da Emenda Constitucional nº16, de 26 de novembro de 1965, é que foi introduzido no Brasil o controle abstrato da constitucionalidade de normas federais e estaduais.”<sup>161</sup> Com essa Emenda o artigo 101, inciso I, alínea “k”<sup>162</sup>, passou a ter nova redação, esse mesmo artigo teve acrescido os parágrafos 1º e 2º<sup>163</sup>.

A partir de então é implementado no Brasil o sistema de controle concentrado de constitucionalidade, denominado austríaco ou europeu, o qual atribui a um órgão jurisdicional superior ou a uma Corte constitucional a competência para realizar o julgamento de demandas constitucionais.<sup>164</sup>

Esse modelo foi criado por Hans Kelsen, como a Constituição da Áustria em 1920.<sup>165</sup> A ideia de criação de um Tribunal Constitucional para um controle concentrado da constitucionalidade das leis “foi a de aproximar os sistemas norte-americano e francês, ficando *in medius*, bem como evitar a interferência de um Poder sobre os demais.”<sup>166</sup>

<sup>159</sup> “Art 64 - incumbe ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.” *In*: BRASIL. Constituição (1946)”. Op. cit.

<sup>160</sup> PALU, Oswaldo Luiz. Op. cit., p. 128-129.

<sup>161</sup> BINENBOJM, Gustavo. Op. cit., p. 126.

<sup>162</sup> “A representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República;” BRASIL. **Emenda Constitucional nº 16 (1965)**. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/emecon/1960-1969/emendaconstitucional-16-26-novembro-1965-363609-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 01 jun. 2011.

<sup>163</sup> “§ 1º Incumbe ao Tribunal Pleno o julgamento; a) das causas de competência originária de que trata o inciso I, com exceção das previstas na alínea *h*, a menos que se trate de medida requerida contra ato do Presidente da República, dos Ministros de Estado, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do próprio Supremo Tribunal Federal; b) das prejudiciais de inconstitucionalidade suscitadas pelas Turmas; c) dos recursos interpostos de decisões das Turmas, se divergirem entre si na interpretação do direito federal; d) dos recursos ordinários nos crimes políticos (inciso II, *c*); e) das revisões criminais (inciso IV) dos recursos que as Turmas decidirem submeter ao Plenário do Tribunal. § 2º Incumbe às Turmas o julgamento definitivo das matérias enumeradas nos incisos I, *h* (com a ressalva prevista na alínea *a* do parágrafo anterior), II, *a* e *b*, e III, dêste artigo, e distribuídas na forma da lei.” *In*: BRASIL. Emenda Constitucional nº 16 (1965). Op. cit.

<sup>164</sup> MENDES, Gilmar. Op. cit., p. 1061.

<sup>165</sup> PALU, Oswaldo Luiz. Op. cit., p. 134.

<sup>166</sup> PALU, Oswaldo Luiz. Op. cit., p. 134.

A fiscalização abstrata da constitucionalidade das normas desenvolve-se por via de ação, o que possibilita o controle da norma *in abstracto* por meio de uma ação de inconstitucionalidade prevista formalmente no texto constitucional.<sup>167</sup>

Essa modalidade dá-se por meio de impugnação de uma lei perante um dado tribunal, o qual poderá declarar a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade daquela lei. E, sendo declarada inconstitucional a norma, essa é removida do ordenamento jurídico, por ser incompatível com esse.<sup>168</sup>

A respeito desse modelo colaciona-se o entender de Gilmar Mendes, note-se:

“Referido modelo adota as ações individuais para a defesa de posições subjetivas e cria mecanismos específicos para a defesa dessas posições, com a atribuição de eficácia *ex tunc* da decisão para o caso concreto que ensejou a declaração de inconstitucionalidade do sistema austríaco.”<sup>169</sup>

Para Bonavides essa forma de fiscalização possui uma conotação formal, pois, em regra, visa apenas resolver conflitos entre os poderes públicos. Por isso relega a segundo plano a defesa do conteúdo da ordem constitucional e dos direitos e garantias fundamentais.<sup>170</sup>

Contraopondo-se a essa visão, Clèmerson Clève entende que no controle concentrado de constitucionalidade busca-se, em princípio, a defesa da ordem constitucional objetiva, para o fim de se resguardar o interesse genérico de toda coletividade, veja-se:

“Em vista disso, em geral, os legitimados ativos da ação direta não buscam, precipuamente, com a provocação do órgão exercente da jurisdição constitucional concentrada, a tutela de um direito subjetivo, mas sim a defesa da ordem constitucional objetiva (interesse genérico de toda a coletividade).”<sup>171</sup>

Essa nova forma de controle da constitucionalidade das leis, que possui como finalidade resguardar o ordenamento jurídico da existência de leis com ele

<sup>167</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso**. Op. cit., p.307.

<sup>168</sup> Id.

<sup>169</sup> MENDES, Gilmar. Op. cit., p. 1061.

<sup>170</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso**. Op. cit., p.308.

<sup>171</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. Op. cit., p. 97.

incompatíveis, somou-se aos mecanismos antes existentes. No entanto, a partir de então, institui-se um instrumento destinado a defender o sistema jurídico objetivo.<sup>172</sup>

Em arremate, o presente capítulo serviu para apresentar a evolução o controle abstrato de constitucionalidade no Brasil, tendo sido essa proporcionada pela evolução constitucional que se deu, estando essa vinculada ao pensamento filosófico que orientava o Constitucionalismo em outros lugares do mundo.

Findo esse propósito torna-se necessário apresentar parcela do pensamento político filosófico moderno, o qual tem por fundamento os valores liberdade e igualdade, representados pela discussão entre Constituição e Democracia, que por sua vez orientam as propostas liberais, comunitária e discursiva.

---

<sup>172</sup> MENDES, Gilmar. Op. cit., p. 1104.

### 3 ENTRE CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA

A princípio, em razão do objeto do presente estudo gravitar em torno de dois institutos, a saber: Constituição e Democracia, toma-se por imprescindível apresentar algumas considerações a esse respeito.

O Constitucionalismo moderno atribuiu sentido, forma e conteúdos específicos à ideia contemporânea de Constituição.<sup>173</sup> Nada obstante, até meados do século XVIII o Constitucionalismo moderno, fundado na ideia de limitação de poderes, não possuía um tratamento adequado.<sup>174</sup>

O Constitucionalismo moderno surgiu apenas com o Iluminismo e o jusnaturalismo racionalista, em razão do triunfo dos valores humanistas e da crença no poder da razão.<sup>175</sup> Nesse ambiente, instituiu-se o princípio da separação dos poderes do Estado, como forma de limitação desses poderes, e estabeleceu-se a proteção dos direitos individuais, os quais eram anteriores à formação do Estado, e por isso mereciam o reconhecimento jurídico.<sup>176</sup>

No plano político o Constitucionalismo coincide com as revoluções burguesas, sendo marcado pela vitória dos ideais burgueses sobre o absolutismo e a aristocracia.<sup>177</sup> A Constituição nesse período institucionaliza a conquista dos poderes político e econômico pela burguesia emergente. A partir disso o Constitucionalismo passa a significar a agregação das relações e fenômenos sociais pelo Direito, isto é, a sua *juridicização*.<sup>178</sup>

---

<sup>173</sup> “É certo, contudo, que tanto a noção como o termo Constituição já integravam a ciência política e o Direito de longa, associados à configuração do poder em diferentes fases da evolução da humanidade, da Antiguidade clássica ao Estado moderno. Nessa acepção mais ampla e menos técnica, é possível afirmar que todas as sociedades políticas ao longo dos séculos tiveram uma Constituição, correspondente à forma de organização e funcionamento de suas instituições essenciais. Assim, a Constituição *histórica* ou *institucional* designa o modo de organização do poder político, sendo antes um dado da realidade que uma criação racional.” In: BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 90.

<sup>174</sup> BINENBOJM, Gustavo. Op. cit., p. 3.

<sup>175</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 76.

<sup>176</sup> BINENBOJM, Gustavo. Op. cit., p. 3.

<sup>177</sup> BARROSO, Luis Roberto. Op. cit., p. 76.

<sup>178</sup> BINENBOJM, Gustavo. Op. cit., p. 4.

Para Frank Michelman o Constitucionalismo significa a limitação do poder político das maiorias por uma norma fundamental, responsável por reger as demais normas do ordenamento jurídico, note-se:

“Constitucionalismo parece significar algo como isto: A contenção do poder político popular de tomada de decisão por uma lei fundamental, a Constituição - uma lei para legislar, que assim será chamada por vezes - projetada para controlar o que outras leis podem fazer, por quem e por quais procedimentos. É, naturalmente, uma parte essencial da noção da política majoritária que se deseja conter. (Se as maiorias ordinárias políticas pudessem controlá-lo, ele não estaria fazendo seu trabalho de contenção.)”<sup>179</sup>

Nesse viés, ainda em relação ao Constitucionalismo:

“Parece haver nenhuma definição aceita do constitucionalismo, mas em termos mais amplos, o constitucionalismo moderno representa a imposição de limites aos poderes do Estado, a adesão ao Estado de Direito e a proteção dos direitos fundamentais. Além disso, embora nem todas as constituições conformem as exigências do constitucionalismo, e embora o constitucionalismo não seja dependente da existência de uma constituição escrita, a realização do espírito do constitucionalismo geralmente anda de mãos dadas com a implementação de uma constituição escrita.”<sup>180</sup>

O constitucionalismo pode significar em sua essência a limitação do poder e a supremacia da lei (Estado de Direito).<sup>181</sup> Ou ainda, uma teoria fundada numa constituição rígida, que visa fins garantísticos, mesmo que isso represente a limitação dos outros poderes estatais.<sup>182</sup>

Em sua origem as Constituições modernas representavam a consagração, em uma norma de direito positivo, dos ideais do liberalismo político: governo limitado e respeito aos direitos fundamentais. E ainda, essas Constituições, por influência do

<sup>179</sup> “Constitutionalism appears to mean something like this: The containment of popular political decision-making by a basic law, the Constitution - a law of lawmaking, we shall sometimes call it - designed to control which further laws can be made, by whom, and by what procedures. It is, of course, an essential part of the notion by the majoritarian politics it is meant to contain. (If ordinary political majorities could fiddle with it, it wouldn't be doing its job of containment.)” *In*: MICHELMAN, Frank I. **Brennan and Democracy**. Princeton University Press: New Jersey, 1999, p. 26.

<sup>180</sup> “There appears to be no accepted definition of constitutionalism but, in the broadest terms, modern constitutionalism requires imposing limits on the powers of government, adherence to the rule of law, and protection of fundamental rights. Moreover, although not all constitutions conform to the demands of constitutionalism, and although constitutionalism is not dependent on the existence of a written constitution, the realization of the spirit constitutionalism generally goes hand in hand with the implementation of a written constitution.” *In*: MICHELMAN, Frank I. **Modern constitutionalism as interplay between identity and diversity**. MICHELMAN, Frank I. **Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy: Theoretical Perspectives**. Duke University Press: Durham, 1994, p. 3.

<sup>181</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Op. cit.*, p. 88.

<sup>182</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição Constitucional: Entre Constitucionalismo e Democracia**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 50.

constitucionalismo liberal, positivaram os direitos naturais, pois os elevou à condição de direitos juridicamente reconhecidos.<sup>183</sup>

A Constituição, na perspectiva moderna e liberal, não significa apenas um instrumento de organização dos poderes e das instituições do Estado, e sim “a pretensão de influenciar sua ordenação, mediante um ato de vontade e de criação, usualmente materializado em um documento escrito.”<sup>184</sup>

Nesses termos, a Constituição representa a ruptura para com ordem jurídica anterior e a reconstrução do Estado em novas bases. A Constituição, portanto,

“cria ou reconstrói o Estado, organizando e limitando o poder político, dispondo acerca de direitos fundamentais, valores e fins públicos e disciplinando o modo de produção e os limites de conteúdo das normas que integrarão a ordem jurídica por ela instituída. Como regra geral, terá a forma de um documento escrito e sistemático, cabendo-lhe o papel, decisivo no mundo moderno, de transportar o fenômeno político para o mundo jurídico, convertendo o poder em Direito.”<sup>185</sup>

Assim, as constituições modernas, regidas pelas premissas do constitucionalismo liberal, além de estabelecerem as bases do Estado, organizam e limitam o poder político, seja por meio dos direitos fundamentais, os valores e dos fins públicos, bem como regulam o modo de produção e os limites de conteúdo das normas que compõem a ordem jurídica por ela instituída.

Estampadas as ideias de Constitucionalismo e Constituição, cumpre dar ênfase ao ideal contraposto, a Democracia, instituto esse que pode traduzir-se em soberania popular e governo da maioria.<sup>186</sup>

Em relação à democracia pode-se dizer que existe a Democracia dos antigos e dos modernos. No uso descritivo a democracia dos antigos é o mesmo que a democracia direta, enquanto que a dos modernos é a representativa.<sup>187</sup>

---

<sup>183</sup> BINENBOJM, Gustavo. Op. cit., p. 55.

<sup>184</sup> BARROSO, Luis Roberto. Op. cit., p. 74.

<sup>185</sup> Id.

<sup>186</sup> BARROSO, Luis Roberto. Op. cit., p. 88.

<sup>187</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política: A filosofia política e as lições dos clássicos**. Rio de Janeiro: Campos, 2000, p. 371.

Em relação à democracia dos antigos, segundo Norberto Bobbio o pensamento político grego construiu uma tipologia das formas de governo, sendo uma dessas a democracia. A democracia pode ser definida como o governo de muitos, da maioria, ou mesmo, de acordo com a própria composição da palavra, como governo do povo, em contraposição ao governo de uns poucos.<sup>188</sup>

Nesse propósito, cumpre colacionar o entender de Norberto Bobbio, note-se:

“Para os antigos a imagem da democracia era completamente diferente: falando de democracia eles pensavam em uma praça ou então em uma assembléia na qual os cidadãos eram chamados a tomar eles mesmos as decisões que lhe dizem respeito. “Democracia” significava o que a palavra designa literalmente: poder do *démos*, e não, como hoje, poder dos representantes do *démos*. Se depois o termo *démos*, entendido genericamente como a “comunidade dos cidadãos”, fosse definido dos mais diferentes modos, ora como os mais, os muitos, a massa, os pobres em oposição aos ricos, e portanto se democracia fosse definida ora como poder dos mais ou dos muitos, ora como poder do povo ou da massa ou dos pobres, não modifica em nada o fato de que o poder do povo, dos mais, dos muitos, da massa, ou dos pobres, não era aquele de eleger quem deveria decidir por eles, mas de decidir eles mesmos (...).”<sup>189</sup>

A democracia dos antigos representa o poder de um corpo coletivo, o poder do povo. O povo exercia esse poder de forma direta, sem representantes, influenciando diretamente nas decisões políticas do Estado. A democracia dos antigos possuía como premissa a igualdade de natureza ou de nascimento, a *isogonía*, pela qual todos os cidadãos eram iguais e dignos de governar.<sup>190</sup>

Noutro vértice, tem-se a Democracia dos modernos, a qual remonta sua origem às revoluções americana e francesa<sup>191</sup>, e possui como elementos essenciais o princípio democrático e a lógica representativa.<sup>192</sup>

<sup>188</sup> BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. São Paulo: Brasiliense, 2006, p. 31.

<sup>189</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria**. Op. cit., p. 372.

<sup>190</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria**. Op. cit., p. 377-378.

<sup>191</sup> De outro modo, nota-se pensamento divergente no que tange à origem da democracia moderna (liberal), onde essa não se iniciou com as revoluções liberais (americana e francesa), mas sim a partir das invenções técnicas da Idade Média e do Renascimento. A saber: “As bases do sistema - A expansão do sistema democrático coincide com a expansão da burguesia, ela própria originada pelo desenvolvimento da revolução industrial entre 1780 e 1880. (...) A construção dos elementos políticos do modelo (eleições, parlamento, separação dos poderes) começou antes da revolução industrial e do triunfo do capitalismo: na sequência das invenções técnicas da Idade Média e do Renascimento, que originara uma primeira expansão da burguesia, ainda limitada. Estas novas estruturas políticas foram seguidas mais do que precedidas pela revolução cultural do séc. XVIII, favorecida por elas mas que constitui um outro resultado da evolução iniciada no fim da Idade Média e acelerada pelo Renascimento e pela Reforma. No momento em que começa a revolução industrial os elementos políticos e ideológicos do modelo democrático estão quase completamente elaborados. O desenvolvimento das forças produtivas e a expansão da burguesia favorecem a sua expansão em

Pelo princípio democrático o fundamento de toda autoridade encontra-se na coletividade dos cidadãos e o poder legítimo é aquele que emana do povo. A coerção é legítima somente se consentida pelo próprio povo. Assim, a democracia é tomada como um sistema que abrange a liberdade na relação política.<sup>193</sup>

Na democracia moderna a autoridade do povo é estruturada sobre a adesão daqueles que lhe são submissos, permanecendo essa autoridade compatível com a liberdade dos aderentes. Foi por meio da construção hipotética do contrato social que o ideal democrático se impôs, transformando o “Estado de súditos” em “Estado de cidadãos”.<sup>194</sup>

Há ainda a lógica representativa, pela qual o povo não possui a responsabilidade direta pela gestão dos negócios públicos, ele é representado por indivíduos que são eleitos e que possuem o dever de agir e de decidir em seu nome.<sup>195</sup>

Nesse contexto, ao se tratar de Democracia, seja a dos antigos ou dos modernos, cumpre priorizar as questões atinentes ao fenômeno da liberdade, pois, Democracia e liberdade se convergem no sentido de proporcionar razão às vontades humanas no que diz respeito às questões políticas. Assim, questiona-se, qual liberdade se estabelece no âmbito do sistema democrático? A liberdade dos antigos ou dos modernos?

Benjamin Constant tratou da liberdade sob dois aspectos, uma referente aos povos da Antiguidade, especialmente da Grécia Antiga, sendo a liberdade dos

---

todo Ocidente.” In: DUVERGER, Maurice. **Os grandes sistemas políticos: Instituições políticas e Direito Constitucional I**. Coimbra: Almedina, 1985, p. 33.

<sup>192</sup> CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 184-185.

<sup>193</sup> CHEVALLIER, Jacques. Op. cit., p. 185.

<sup>194</sup> “A partir do século XVIII, em reação contra o absolutismo, o ideal democrático tenderá a impor-se, através da hipótese do “contrato social”: é na “vontade geral” que se entende residir a soberania; o problema está somente em saber se essa pertence, como o que queria Rousseau, ao “povo em corpo”, quer dizer à universalidade dos cidadãos, ou a coletividade, ou a coletividade indivisível que eles formam. Colocando explicitamente que a soberania pertence à Nação, a Constituição de 1791 opera um deslocamento radical das perspectivas: do “Estado dos súditos” passa-se ao “Estado de cidadãos”, no qual o próprio *povo* tornou-se soberano, (...) via a figura simbólica da *Nação*; é uma *revolução democrática* que assim é realizada.” In: CHEVALLIER, Jacques. Op. cit., p. 185.

<sup>195</sup> CHEVALLIER, Jacques. Op. cit., p. 185.

antigos, e outra aos da Idade Contemporânea, que havia inspirado as revoluções liberais, como a Revolução Francesa, sendo denominada de liberdade dos modernos.<sup>196</sup>

Os antigos, em específico, os atenienses, utilizavam-se do espaço público para se manifestarem politicamente. A deliberação pública permitia aos homens livres a participação direta na definição dos rumos do Estado. Nos Estados antigos, os quais compartilhavam dessa sistemática decisional, a vida pública sobrepunha-se à privada. Como consequência, para os antigos, liberdade era o poder de influenciar diretamente os rumos do Estado através da política.<sup>197</sup>

Em termos modernos, para Benjamin Constant, a liberdade significa o direito de cada um de influenciar na administração do Estado, seja por meio de representações, petições ou reivindicações, às quais a autoridade política tem o dever de tomar em consideração.<sup>198</sup>

Para Chantal Mouffe a expressão liberdade ostenta dois significados, sendo o primeiro na linguagem dos direitos (linguagem dos direitos) e o segundo na

---

<sup>196</sup> CONSTANT, Benjamin. **Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos**, p. 1. Disponível em: <http://caosmose.net/candido/unisinis/textos/benjamin.pdf>. Acesso em: 01. Out. 2011.

<sup>197</sup> “Esta última consistia em exercer coletiva, mas diretamente, várias partes da soberania inteira, em deliberar na praça pública sobre a guerra e a paz, em concluir com os estrangeiros tratados de aliança, em votar as leis, em pronunciar julgamentos, em examinar as contas, os atos, a gestão dos magistrados; em fazê-los comparecer diante de todo um povo, em acusá-los de delitos, em condená-los ou em absolvê-los; mas, ao mesmo tempo que consistia nisso o que os antigos chamavam liberdade, eles admitiam, como compatível com ela, a submissão completa do indivíduo à autoridade do todo. Não encontrareis entre eles quase nenhum dos privilégios que vemos fazer parte da liberdade entre os modernos. Todas as ações privadas estão sujeitas a severa vigilância. Nada é concedido à independência individual, nem mesmo no que se refere à religião. A faculdade de escolher seu culto, faculdade que consideramos como um de nossos mais preciosos direitos, teria parecido um crime e um sacrilégio para os antigos.” *In*: CONSTANT, Benjamin. *Op. cit.*, p. 01.

<sup>198</sup> “Perguntai-vos primeiro, Senhores, o que em nossos dias um inglês, um francês, um habitante dos Estados Unidos da América entendem pela palavra liberdade. É para cada um o direito de não se submeter senão às leis, de não poder ser preso, nem detido, nem condenado, nem maltratado de nenhuma maneira, pelo efeito da vontade arbitrária de um ou de vários indivíduos. É para cada um o direito de dizer sua opinião, de escolher seu trabalho e de exercê-lo; de dispor de sua propriedade, até de abusar dela; de ir e vir, sem necessitar de permissão e sem ter que prestar conta de seus motivos ou de seus passos. É para cada um o direito de reunir-se a outros indivíduos, seja para discutir sobre seus interesses, seja para professar o culto que ele e seus associados preferem, seja simplesmente para preencher seus dias e suas horas de maneira mais condizente com suas inclinações, com suas fantasias. Enfim, é o direito, para cada um, de influir sobre a administração do governo, seja pela nomeação de todos ou de certos funcionários, seja por representações, petições, reivindicações, às quais a autoridade é mais ou menos obrigada a levar em consideração.” *In*: CONSTANT, Benjamin. *Op. cit.*, p. 01.

linguagem da virtude (republicanismo clássico). No primeiro sentido a liberdade significa *imperium*, a liberdade de aplicar as próprias leis. No segundo liberdade consiste então na liberdade de tratar dos negócios pessoais sob a guarda da lei.<sup>199</sup>

Ou ainda, para Norberto Bobbio, pode ser a “faculdade de realizar ou não certas ações sem ser impedido pelos outros, pela sociedade como um todo orgânico ou, simplesmente, pelo poder estatal.”<sup>200</sup> De outro modo, representa o espaço não regulado por normas imperativas, sejam essas positivas ou negativas.<sup>201</sup>

Depreende-se que a concepção moderna de liberdade centrada na vida particular não tinha espaço no período antigo. Na democracia dos antigos as leis regulavam os costumes na vida pública e como a vida privada estava intimamente subordinada a ela, era também regulada. Por isso, enquanto o homem era soberano nas questões públicas, era escravo nas privadas.<sup>202</sup>

No período moderno a liberdade volta-se para vida particular, passando a sustentar a bandeira das garantias individuais conquistadas pelos indivíduos. Nesse viés a liberdade de ação assegurada aos indivíduos tende a ampliar a esfera da autodeterminação individual, restringindo ao máximo a do poder coletivo. Assim, o indivíduo passa a ser mais dono de si, no entanto, menos soberano nas questões públicas.<sup>203</sup>

Sobre essas visões de liberdade tem-se o escrito de Benjamin Constant:

“Conclui-se que devemos ser bem mais apegados que os antigos à nossa independência individual. Pois os antigos, quando sacrificavam essa independência aos direitos políticos, sacrificavam menos para obter mais; enquanto que, fazendo o mesmo sacrifício, nós daríamos mais para obter menos.

O objetivo dos antigos era a partilha do poder social entre todos os cidadãos de uma mesma pátria. Era isso o que eles denominavam liberdade. O objetivo dos modernos é a segurança dos privilégios privados; e eles chamam liberdade as garantias concedidas pelas instituições a esses privilégios.”<sup>204</sup>

<sup>199</sup> MOUFFE, Chantal. **O Regresso do político**. Tradução: Ana Cecília Simões. Lisboa: Gradiva, 1996, p. 55.

<sup>200</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria**. Op. cit., p. 113.

<sup>201</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria**. Op. cit., p. 115.

<sup>202</sup> CONSTANT, Benjamin. Op. cit., p. 03.

<sup>203</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria**. Op. cit., p. 115.

<sup>204</sup> CONSTANT, Benjamin. Op. cit., p. 03.

Desse modo, desde os escritos de Benjamin Constant tem-se reconhecido que a liberdade dos modernos representa o desfrute tranquilo da independência pessoal “e que isso implica a renúncia à «liberdade dos antigos», a participação activa no poder coletivo, porque esta conduz a uma subordinação do indivíduo à comunidade.”<sup>205</sup> No entanto, ainda em dias atuais essa relação dialética entre a liberdade individual e a liberdade coletiva permanece.<sup>206</sup>

Em suma, o constitucionalismo significa em sua essência a limitação do poder e a supremacia da lei (Estado de Direito). As constituições modernas, influenciadas pelo constitucionalismo liberal, além de estabelecerem as bases do Estado, organizam e limitam o poder político, seja por meio dos direitos fundamentais, os valores e dos fins públicos, bem como regulam o modo de produção e os limites de conteúdo das normas que compõem a ordem jurídica por ela instituída.

A Democracia pode ser traduzida como a expressão da soberania popular e governo da maioria. Pode significar a vontade do povo manifestada por seus legítimos representantes. A moderna democracia, também influenciada pelo ideário liberal, possui como elementos essenciais o princípio democrático e a lógica representativa.

Atuando esses dois institutos no mesmo cenário espaço e temporal, considerando-se o entendimento de parcela da doutrina contemporânea, observa-se que os mesmos funcionam de forma contraposta um ao outro, pois, cada um ao manifestar-se significa verdadeira imposição de limites à atuação do outro.

Em arremate, pode-se dizer que existe uma relação tensionada entre Constitucionalismo (Constituição) e Democracia, pois, a vontade da maioria sempre poderá ser limitada pelo conteúdo da Constituição. E, a vontade da maioria sempre poderá modificar o conteúdo da Constituição, desde que não se ofenda o consenso mínimo (cláusulas pétreas).

---

<sup>205</sup> MOUFFE, Chantal. Op. cit., p. 56.

<sup>206</sup> Id.

Após a premissa do que seja Constitucionalismo e Democracia, cumpre apresentar de forma específica a temática da tensão existente entre esses valores, bem como, apresentar as pretensas propostas capazes de solucionar, ou mesmo equilibrar, essa relação conflituosa nos dias atuais.

### 3.1 A tensão entre Constituição e Democracia

De acordo com Roberto Gargarella as origens da tensão entre Constitucionalismo e Democracia podem ser encontradas em alguns célebres escritos anticonservadores de Thomas Paine, nos quais esse proclamava o “direito dos vivos” sobre “a autoridade dos mortos”, sob o fundamento de que cada geração possui os mesmos direitos das gerações anteriores, da mesma forma que cada indivíduo tem o mesmo direito que qualquer outro.<sup>207</sup>

Essas ideias eram contrapostas às defendidas por Edmund Burke, para o qual as tradições de uma comunidade possuíam mais valor que as ambições de qualquer geração em particular. E ainda, Thomas Paine rechaçava o valor do autogoverno, e, em particular, as ideias revolucionárias oriundas da França.<sup>208</sup>

Em seguida, Thomas Jefferson retomou os escritos de Thomas Paine e os incorporou à história norteamericana. Da mesma forma que Thomas Paine, Thomas Jefferson entendia que não existia nada mais importante que um autogoverno coletivo. Em suma, esses autores demonstraram, originariamente, a tensão entre Constitucionalismo e Democracia.<sup>209</sup>

Noutro prisma, diga-se que a tensão entre Constitucionalismo (Liberalismo) e Democracia tenha sido derivada da contradição entre Rousseau e Montesquieu, divergência essa que possui como fundamento a doutrina liberal-democrática do primeiro estado jurídico<sup>210, 211</sup>.

<sup>207</sup> GARGARELLA, Roberto. Constitucionalismo *versus* Democracia. In: GARGARELLA, Roberto. **Teoría y Crítica del Derecho Constitucional**. Tomo I. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2008, p. 24.

<sup>208</sup> Id.

<sup>209</sup> Id.

<sup>210</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do**. Op. cit., p. 42.

<sup>211</sup> “A ideologia entre Rousseau e Montesquieu – contradição em que se esteia a doutrina liberal-democrática do primeiro estado jurídico - assenta no fato de Rousseau haver erigido como dogma a doutrina absoluta da soberania popular, com as características essenciais de inalienabilidade, imprescritibilidade e indivisibilidade, que se coaduna tão bem com o pensamento monista do poder, mas que colide com o pluralismo de Montesquieu e Constant, os quais abraçavam a tese de que os poderes deveriam ser divididos. A ideologia revolucionária da burguesia soube, porém, encobrir o aspecto contraditório dos dois princípios e, mediante sua vinculação, construiu a engenhosa teoria do Estado liberal-democrático. Esse seria cometido, depois, já pela reação conservadora da monarquia, através de impiedosa crítica doutrinária do historicismo, já pela insatisfação social do *quarto estado*,

Em relação à tensão entre constitucionalismo e democracia Roberto Gargarella entende que, a princípio, o pensamento democrático não possui limites, no entanto, por conta das ideias de limitação de poderes é aceitável a possibilidade de limitação desse ideal pela lei, note-se:

“os nossos compromissos democráticos apelam para um princípio que à primeira vista não reconhece limites, e segundo o qual não há nenhuma autoridade superior a nossa, funcionando coletivamente. Contudo, e por outro lado, ideias tais como a de Constituição ou direitos humanos nos levam a crer, justamente, em limites intransponíveis, capazes de resistir à pressão de qualquer grupo e até mesmo e, especialmente, às pressões de um grupo majoritário.”<sup>212</sup>

Destaca que, dentre outros, o maior argumento contrário ao constitucionalismo é o valor do princípio democrático. No entanto, sopesando a orientação desse princípio é levado a reconhecer a primazia do constitucionalismo, sendo esta fundamental na medida em que a Constituição estabelece as condições que permitem o funcionamento efetivo da democracia.<sup>213</sup>

Sustenta que, em razão da defesa do autogoverno, possui motivos suficientes para defender a supremacia da Constituição. Pois, o constitucionalismo não se apresenta como um instrumento de repreensão dos anseios da sociedade democrática, mas sim um meio de dar-lhe liberdade. Por isso o constitucionalismo deve ser tomado como uma maneira de ganhar ou potencializar a liberdade como comunidade.<sup>214</sup>

---

que perceberia com nitidez o rumo divergente, contraditório e espoliativo em que envolviam os dois princípios, o democrático e o liberal, quando de sua aplicação concreta às realidades sociais e políticas.” *In*: BONAVIDES, Paulo. **Do**. Op. cit., p. 52.

<sup>212</sup> “Nuestros compromisos democráticos apelan a um principio que a primera vista no reconoce limites, y según el cual no hay ninguna autoridad superior a la nuestra, actuando coletivamente. Mientras tanto, y por otro lado, ideas tales como las de Constitución o derechos humanos nos llevan a pensar, justamente, em limites infranqueables, capaces de resistir la presión de cualquier grupo y aun, y especialmente, las presiones de um grupo mayoritario.” *In*: GARGARELLA, Roberto. **Teoria**. Op. cit., p. 23.

<sup>213</sup> “El argumento em cuestión es especialmente ineteresante porque se orienta directamente a reafirmar lo que los críticos del constitucionalismo más valoran, esto es, principio democrático. Lo que este argumento señala, entonces, es que la misma preocupación por el valor de la democracia debe llevarnos directamente a reconocer la primicia del constitucionalismo. Ello, fundamentalmente, em la medida en que la Constitución establezca las condiciones que permitan que la democracia funcione como tal.” *In*: *Ibidem.*, p. 29.

<sup>214</sup> “Aquí se se nos sugiere que, *justamente porque nos interessa defender el valor de autogobierno*, es que tenemos razones para defender la primacia da Constitución. Más precisamente, se afirma que el constitucionalismo o debe verse – como lo veíamos hasta aquí – como una forma de “atarle las manos” a la sociedad – una forma de quitarle libertad, de ahogar el autogobierno. Más bien, y por el contrario, se nos dice em este caso que el constitucionalismo debe ser visto como una forma de *ganar o potenciar* nuestra liberdade como comunidad.(...) La moreja parece clara: contra lo que nos

Nesse sentido, Roberto Gargarella apresenta uma solução para moderar os efeitos dessa tensão entre constitucionalismo e democracia: identificar o que une essas ideais, antes de apontar as suas diferenças, para tanto propõe a ideia de igualdade.<sup>215</sup>

Essa ideia de igualdade prega que todos os indivíduos possuem uma mesma dignidade moral e são iguais em suas capacidades mais básicas. Repulsa a ideia de pessoas em níveis distintos, uma vez que todos os indivíduos possuem o mesmo direito de intervir nos debates de sua comunidade, bem como merecem participar do processo decisório em condições iguais.<sup>216</sup>

Para Roberto Gargarella esse pressuposto igualitário funda o constitucionalismo. Portanto, sustenta um constitucionalismo que preserve determinados direitos fundamentais que permitam a cada indivíduo levar sua vida de acordo com seus próprios ideais, bem como se preserve uma estrutura de decisão democrática, onde a opinião de cada uma possua o mesmo o valor que a dos demais.<sup>217</sup>

Fundamenta seu entendimento em documentos essenciais, como a Declaração da Independência norte americana, que reconhece a igualdade de criação dos homens, como ainda, na Declaração de direitos francesa, a qual enuncia inicialmente que a liberdade e a igualdade unem as pessoas.<sup>218</sup>

De outro modo, consoante entendimento de Víctor Ferreres Comella há três situações que provocam o aparecimento de uma objeção democrática contra o Constitucionalismo, a saber: a) a menor legitimidade democrática do juiz

---

sugiere consistentemente el sentido común – atarse las manos es sinónimo de perde libertad-, lo que el ejemplo nos demuestra es lo contrario: em ocasiones, ganamos libertad cuando nos limitamos. O, para decirlo de outro modo, hay limitaciones que liberan, ataduras que nos capacitan.” In: GARGARELLA, Roberto. **Teoría**. Op. cit., p. 29-30.

<sup>215</sup> Ibidem., p. 32.

<sup>216</sup> Id.

<sup>217</sup> Id.

<sup>218</sup> GARGARELLA, Roberto. **Teoria**. Op. cit., p. 33.

constitucional; b) a rigidez constitucional, e; c) a controvérsia interpretativa provocada pela Constituição.<sup>219</sup>

Nesse sentido tem-se:

“A menor fonte de legitimidade democrática dos tribunais constitucionais: A lei é para processar vem Parlamento eleito periodicamente pelo eleitorado, por meio do sufrágio universal. O juiz constitucional, no entanto, não é eleito periodicamente pelo eleitorado, por meio do sufrágio universal. 2) A rigidez da Constituição: o Parlamento não pode facilmente reverter a decisão do Tribunal Constitucional para declarar inválida uma lei, uma vez que a Constituição só pode ser reformada através de um procedimento que é considerado gravoso. 3) A controvertibilidade da interpretação da Constituição: a interpretação do texto da Constituição é controversa (principalmente em matéria de direitos e liberdades), dada a abundância de “conceitos essencialmente controvertidos” e as colisões entre as diferentes disposições.”<sup>220</sup>

Opondo-se a essas objeções apresenta as seguintes respostas em defesa do constitucionalismo: a) o controle de constitucionalidade das leis é perfeitamente democrático, na Espanha, pois a Constituição que estabelece esse instrumento foi aprovada democraticamente; b) o princípio da proteção dos direitos individuais também deve ser considerado, não apenas o princípio democrático; c) os juízes do Tribunal Constitucional são designados pelas maiorias parlamentares, direta ou indiretamente; d) os juízes do Tribunal Constitucional decidem por maioria; e) o juiz conta com doutrinas substantivas que estabelecem qual a melhor interpretação a ser dada às disposições constitucionais.<sup>221</sup>

Para Norberto Bobbio, em regra, os conceitos igualdade, liberalismo e democracia são inconciliáveis, o que justifica a tensão entre eles. No entanto, entende que o liberalismo é compatível com a democracia, a qual “pode ser considerada como o natural desenvolvimento do Estado liberal apenas se tomada

<sup>219</sup> COMELLA, Victor Ferreira. **Justicia Constitucional e Democracia**. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Madrid, 1997, p. 42.

<sup>220</sup> “1) La menor legitimidad democrática de origen del juez constitucional: La ley que hay de enjuiciar proviene de un Parlamento elegido periódicamente por el eleitorado, por sufrágio universal. El juez constitucional, em cambio, no es eligido periódicamente por el electorado por sufrágio universal. 2) La rigidez de la Constitución: el Parlamento no puede neutralizar fácilmente la decision del juez constitucional de declarar inválida una ley, pues la Constitución sólo puede reformarse a través de un procedimiento que es considerable gravoso. 3) La controvertibilidad interpretativa de la Constitución: la interpretación del texto constitucional es controvertida (especialmente em materia de derechos y liberdades), da la abundancia de «conceptos esencialmente controvertidos» y de colisiones entre las diversas disposiciones.” *In*: Ibidem., p. 42-43.

<sup>221</sup> COMELLA, Victor. *Op. cit.*, p. 42-43.

não pelo seu lado igualitário, mas pelo seu lado da sua forma política, que é, como se viu, a soberania popular.”<sup>222</sup>

No contexto nacional, Luis Roberto Barroso entende que a ideia de Estado Democrático de Direito, consagrada no artigo 1º da Constituição da República de 1988, é a síntese histórica do constitucionalismo e da democracia, os quais são fenômenos que se complementam e não antagônicos entre si.

“Longe de serem conceitos antagônicos, portanto, constitucionalismo e democracia são fenômenos que se complementam e se apóiam mutuamente no Estado contemporâneo. Ambos se destinam, em última análise, a prover justiça, segurança jurídica e bem-estar social. Por meio do equilíbrio entre Constituição e deliberação majoritária, as sociedades podem obter, ao mesmo tempo, estabilidade quanto às garantias e valores essenciais, que ficam preservados no texto constitucional, e agilidade para a solução das demandas do dia-a-dia, a cargo dos poderes políticos eleitos pelo povo. No mundo moderno, em embargo dos múltiplos modelos constitucionais que podem ser adotados, os objetivos últimos da Constituição podem ser assim sistematizados:

- a) Institucionalizar um Estado democrático de direito, fundado na soberania popular e na limitação do poder;
- b) Assegurar o respeito aos direitos fundamentais, inclusive e especialmente os das minorias políticas;
- c) Contribuir para o desenvolvimento econômico e para a justiça social;
- d) Prover mecanismos que garantam a boa administração, com racionalidade e transparência nos processos de tomada de decisão, de modo a propiciar governos eficientes e probos.”<sup>223</sup>

Releva ainda que a missão da modernidade é a de harmonizar a existência de uma Constituição, e dos limites por ela impostos aos poderes ordinários, com a necessidade de liberdade, imprescindível para as deliberações majoritárias, características do regime democrático. Para tanto entende que a Constituição de um Estado democrático possui duas funções principais: firmar consensos mínimos e garantir o espaço do pluralismo político.<sup>224</sup>

<sup>222</sup> BOBBIO, Norberto. **Liberalismo**. Op. cit., p. 42.

<sup>223</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 90.

<sup>224</sup> “A Constituição de um Estado democrático tem duas funções principais. Em primeiro lugar, compete a ela veicular consensos mínimos, essenciais para a dignidade das pessoas e para o funcionamento do regime democrático, e que não devem poder ser afetados por maiorias políticas ocasionais. Esses consensos elementares, embora possam variar em função das circunstâncias políticas, sociais e históricas de cada país, envolvem a garantia de direitos fundamentais, a separação e a organização dos poderes constituídos e a fixação de determinados fins de natureza política ou valorativa. Em segundo lugar, cabe à Constituição garantir o espaço próprio do pluralismo político, assegurando o funcionamento adequado dos mecanismos democráticos. A participação popular, os meios de comunicação social, a opinião pública, as demandas dos grupos de pressão e dos movimentos sociais imprimem à política e à legislação uma dinâmica própria e exigem representatividade e legitimidade corrente do poder.” *In*: BARROSO, Luis. Op. cit., p. 89.

A Constituição Republicana de 1988 firmou que determinadas decisões políticas fundamentais do constituinte originário são intocáveis, sendo as cláusulas pétreas, as quais se encontram prescritas no art. 60, § 4º, bem como se estabeleceu um procedimento legislativo diferenciado para aprovação de emendas constitucionais, consoante nota-se do art. 60.<sup>225</sup>

De outra forma, a Constituição de 1988 assegurou expressamente o princípio democrático e majoritário, consoante dispõe o art. 1º, *caput*, e parágrafo único, definiu como princípio fundamental o pluralismo político conforme nota-se do art. 1º, inciso V, e ainda, distribuiu competências pelos órgãos dos diferentes Poderes e estruturas constitucionais, como se observa do Título IV, artigo 44 e seguintes.<sup>226</sup>

Desse modo, nota-se que a Constituição de 1988 estabeleceu um claro equilíbrio entre constitucionalismo e democracia à medida que estabeleceu consensos mínimos e ao mesmo tempo garantiu o espaço do pluralismo político.

Noutro paradigma, essa relação dialética de atração e repulsão entre o constitucionalismo e democracia, ou ainda, a tensão entre os valores liberdade e igualdade, constitui a essência do drama político dos dias contemporâneos.<sup>227</sup>

No contexto da filosofia política os valores liberdade e igualdade orientam a discussão entre o Universalismo e o Comunitarismo, que representa a contraposição entre liberais e comunitaristas. Ou ainda, pode representar a controvérsia entre direitos humanos e soberania popular.<sup>228</sup>

A relação dialética entre a filosofia política e a dicotomia universalismo/comunitarismo situa-se num contexto histórico complexo<sup>229</sup>:

<sup>225</sup> BARROSO, Luis. Op. cit., p. 90.

<sup>226</sup> Id.

<sup>227</sup> BONAVIDES, Paulo. Op. cit., 2007, p. 52.

<sup>228</sup> CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da filosofia constitucional contemporânea**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009, p. 05-10.

<sup>229</sup> “O tão anunciado ‘trunfo’ da democracia liberal convive com o fim da utopia igualitária, com as constantes violações de direitos humanos, com o sentimento de vazio associado a uma compreensão da política enquanto mera estratégia de engenharia social, com concepções de ‘estado mínimo’ e de mercado concorrencial que agravam a sensação de desamparo e fragilidade.” *In*: Ibidem., p. 75-76.

“onde os regionalismos convivem com pretensões universalistas, sejam econômicas, sejam democráticas, que podemos assistir a um renascimento da filosofia política, que se centra nas relações entre ética, direito e política e cuja principal marca é um compromisso com os ideais democráticos. A filosofia parece ter encontrado a certeza de que já não é possível sobreviver, em face dessa conjuntura histórica, fora de algum padrão de eticidade e justiça. Este retorno ao mundo da ética, do direito e da política já não permite qualquer referência a um sujeito individual ideal.”<sup>230</sup>

Na interação entre o direito e a tensão entre universalismo/comunitarismo observa-se que os anos 60 e 70 do século XX foram marcados pelo rigor da norma jurídica, sendo o direito vislumbrado como uma das formas de exercício da violência, representando uma tensão de forças na qual prevalecia o mais forte.<sup>231</sup>

A partir dos anos 80 a filosofia política contempla um movimento denominado *retorno ao direito*. É por meio desse movimento, que “busca dar um sentido ao direito para além do positivismo cuja marca fundamental é um ceticismo ético associado à ideia do *desencantamento* do mundo”<sup>232</sup>, que se pode compreender como liberais, comunitários e críticos deliberativos retornaram ao direito. Esse movimento de *retorno ao direito* “pressupõe uma necessária e intrínseca ligação entre ética e direito.”<sup>233</sup>

É conveniente, no entanto, realizar um breve retrospecto do período de formação e consolidação das bases que fundaram esse movimento de retorno ao direito. Assim:

“É comum dizer-se de que os anos de 1960 nos Estados Unidos foram marcados por um espírito de intenso radicalismo, tanto político quanto social, que motivou fatos históricos como a ascensão da cultura negra, a radicalização dos direitos civis, a desestabilização da sociedade civil como consequência da guerra do Vietnã, o movimento estudantil e o movimento de contracultura. Somou-se a tudo isso o esvaziamento econômico para dar causa a uma profunda crise da classe média. Como costuma acontecer numa sociedade habituada a viver em condições de relativa estabilidade social e a confiar nas instituições políticas, tem início, já no final daquela década, um grande debate público voltado para o questionamento acerca da capacidade das instituições liberais para solucionar os problemas relativos à justiça distributiva, à liberdade de consciência e expressão e, de modo ainda mais determinante, acerca da aptidão de um sistema político liberal como o que

<sup>230</sup> CITTADINO, Gisele. Op. cit., p. 76.

<sup>231</sup> Ibidem., p. 141-142.

<sup>232</sup> Ibidem., p. 142.

<sup>233</sup> Id.

vigorava até aquele momento, para responder às demandas de igualdade que incitam a sociedade americana. Começam os reclamos por justiça.”<sup>234</sup>

É nesse contexto que John Rawls, em 1971, publica a obra *Uma teoria da justiça*. Esse trabalho se insere no campo da teoria moral e representa um retorno à preocupação com a ética e a justiça, propondo assim um liberalismo igualitário.<sup>235</sup>

Em contrapartida a esse movimento de retorno ao direito, capitaneado por John Rawls e incentivado por Ronald Dworkin, que defende a superioridade dos direitos fundamentais<sup>236</sup>, os comunitaristas ou anti-individualistas<sup>237</sup> postulam a superioridade do bem comum em relação aos direitos individuais.<sup>238 239</sup>

No centro do debate questiona-se qual a postura a ser adotada pelo Estado em relação aos planos projetos dos indivíduos: deve o Estado manter-se distante desses ideais, como defendem John Rawls e Ronald Dworkin, ou deve estipular um conceito de vida boa, melhor que as outras, como propõem os comunitaristas.<sup>240</sup>

<sup>234</sup> LOIS, Cecilia Caballero. *Justiça e Democracia: Entre o universalismo e o comunitarismo*. In: LOIS, Cecilia Caballero. **Justiça e Democracia: Entre o universalismo e o comunitarismo**. São Paulo: Landy. 2005, p. 211.

<sup>235</sup> “A construção de uma sociedade bem ordenada, sempre na busca de uma concepção de justiça que guie as principais instituições políticas e jurídicas e sirva à avaliação relacional entre critérios de distribuição de bens, direitos e deveres dentro de uma sociedade em que ele não podem ser desvinculados do pressuposto político que os constitui: o liberalismo igualitário” In: LOIS, Cecilia. Op. cit., p. 14.

<sup>236</sup> “Para um liberal de tipo kantiano como Rawls, que defende uma forma de liberalismo em que o direito não deve depender de qualquer concepção utilitária, é importante que aquilo que justifica o direito não seja a maximização do bem-estar ou qualquer outra concepção determinada do bem e que a defesa dos desejos individuais seja prioritária em relação ao bem-estar geral. (...) Isto significa que haverá «prevalência do direito sobre o bem», isto é, um quadro de direitos e liberdades fundamentais sobre as diferentes concepções de bem permitidas aos indivíduos.” In: MOUFFE, Chantal. Op. cit., p. 42.

<sup>237</sup> “As críticas comunitárias, apesar de ser discrepantes entre si (o que dificulta em falar num “pensamento comunitário”) revelam alguns pontos em comum: a existência de certa inadequação na concepção rawlsiana de sujeito moral, o qual seria um *eu* totalmente desligado de características provenientes da experiência empírica; a noção de sociedade de Rawls (e do liberalismo em geral). Que não passaria de uma associação de indivíduos livres e independentes, sem fortes vínculos entre si; e, em relação à justiça, a crítica comunitária afirma ser um grande equívoco ratificar que a justiça pode ser a primeira virtude das instituições, e essa perspectiva somente se apresentou a Rawls em razão de sua visão equivocada do homem.” In: LOIS, Cecilia. Op. cit., p. 15.

<sup>238</sup> Id.

<sup>239</sup> “Não é surpreendente que os comunitaristas de hoje, tal como os neoconservadores de ontem, tenham escolhidos John Rawls como seu alvo principal. Com efeito, desde a sua publicação, em 1971, que a sua obra, *Uma Teoria da Justiça*, foi saudada como um trabalho magistral, inaugurado um «novo paradigma liberal». Este paradigma «deontológico», ou «baseado nos direitos», pôs termo à incontestável supremacia do utilitarismo no pensamento teórico anglo-saxónico. Assim, todas as críticas ao liberalismo terão de ser confrontadas com aquela que é considerada a sua elaboração mais avançada.” In: MOUFFE, Chantal. Op. cit., p. 40-41.

<sup>240</sup> LOIS, Cecilia. Op. cit., p. 16.

A relação entre essas ideias é complexa. Por isso, aceitar uma proposta não significa negar a outra, e ainda, elas não são completamente independentes, pelo que surgem as posturas conciliatórias, como a discursivo-deliberativa, proposta de Jürgen Habermas.<sup>241</sup>

Conquanto, embora haja embate entre esses pensamentos filosóficos, onde diversas questões os separam, há que se destacar a possibilidade de se estruturar um discurso público e democrático, capaz de harmonizar o universal e o particular, numa sociedade pluralista e diluída por diversas concepções de bem, de justiça e de democracia.<sup>242</sup>

Noutro prisma, a partir da declaração do século passado ser considerado “humanista”<sup>243</sup> e à medida que o conhecimento científico jurídico evoluía sob o comando de regras constitucionais estatais, tornou-se necessário indagar sobre o que fundaria a juridicidade do Direito, qual o fundamento jurídico do Direito, ou ainda, “Que é o direito?”<sup>244</sup>

Para esse questionamento a filosofia política apresentou três respostas: o constitucionalismo<sup>245</sup>, o pragmatismo ético-social<sup>246</sup> e a ontologia jurídica<sup>247</sup>. Nesse sentido, pode-se dizer que:

---

<sup>241</sup> “Habermas se afasta do liberalismo contemporâneo e Rawls e Dworkin, ao mesmo tempo que rompe com a tradição comunitária de supremacia da soberania popular, estabelecendo como princípio básico da democracia radial a auto-organização da comunidade ancorada no conhecimento intersubjetivo de direitos por meio de um processo de formação da vontade política voltada para a construção da legitimidade e do entendimento.” *In*: LOIS, Cecilia. Op. cit., p. 18.

<sup>242</sup> LOIS, Cecilia. Op. cit., p. 15.

<sup>243</sup> GOYARD-FABRE, Simone. Op. cit., p. 107.

<sup>244</sup> *Ibidem.*, 2002, p. 108-109.

<sup>245</sup> “A afirmação da supremacia do texto constitucional, visto como o fundamento de toda a ordem jurídica. Sob a Constituição, a catedral jurídica se organiza em *sistema*; este em seu significado filosófico é a expressão jurídica de uma (*racionalidade* lógico-formal); em sua eficiência prática, a ordem constitucional é portadora de *normatividade*, de modo que as regras de direito ganham figura, no âmbito estatal, de modelo de diretividade.” *In*: *Ibidem.*, p. 110-111.

<sup>246</sup> “O pragmatismo ético-social depende menos da lógica formal, “tudo se passa como se, no universo jurídico, o *fato* tendesse a se igualar ao *direito*, como se o fundamento da juridicidade tivesse se deslocado da razão para experiência, do universal para o singular. O resultado é claro: o *direito está sendo processado*.” *In*: *Ibidem.*, p. 145.

<sup>247</sup> “A ‘ontologia jurídica’ abandona o discurso logicizado que exige a articulação sintática dos signos e busca reencontrar a visão pré-socrática do homem-tomado-no-ser-do-mundo, na qual nada é discurso e tudo é poema. (...) Reporta-se ao que o direito é e reúne estudos sobre a natureza do direito. (...) Contudo, seguiremos o ‘esquema de enquadramento’ proposto por E. Pattaro: segundo ele, confrontam-se três orientações ontológicas, as quais ele chama respectivamente “objetivismo”: o

“(...) essas tendências do século XX colocaram a filosofia do direito numa encruzilhada. Por um lado, desenha-se bem reta, a estrada lógico-formal seguida pelas teorias constitucionalistas e neoconstitucionalistas. Por outro lado, abrem-se mais sinuosos, os caminhos pelos quais, ciosas de pragmatismo social, enveredam doutrinas redutoras sociologizantes, historicistas ou vitalistas. Por fim, abrem-se as vias, ainda sombrias, de uma “ontologia jurídica” nas quais se encontram mais problemas que soluções claras, o que basta para explicar, em meio às hesitações, o pluralismo e a obstinação dos pesquisadores.”<sup>248</sup>

Simone Goyard-Fabre entende não ser possível fundar o direito a partir dessas respostas, pois o direito é uma ciência crítica e normativa, assim, defende um “retorno a Kant”, através do qual se pode, na filosofia atual, construir um direito fundado no *normativismo crítico*<sup>249 250</sup>.

Desse modo, no Estado democrático de direito contemporâneo a filosofia do direito deve desvincular-se do modelo binário, pois o *empirismo* e o *intelectualismo*, não são suficientes para fundar juridicidade do direito, pelo que se propõe uma escolha filosófica que situe o direito nos caminhos de um pensamento crítico e reflexivo, o *normativismo crítico*.<sup>251</sup>

---

direito *existe*; “subjativismo”: o direito é *feito* pelo homem; e “posição intermediária”: segundo a qual o direito existe nos “fatos institucionalizados.” *In*: GOYARD-FABRE, Simone. Op. cit., p. 202-203.

<sup>248</sup> *Ibidem.*, p. 109.

<sup>249</sup> “O normativismo crítico consiste, por sua vez, em pensar problemáticamente o acordo do dever ser-ser jurídico com as capacidades da razão: assim como o belo, na obra de arte, requer o acordo, contingente entre a sensibilidade e o entendimento, o que, no seio da ordem jurídica, é lícito se dá como a apresentação, numa sociedade concreta, das Idéias da razão na função reguladora delas.” GOYARD-FABRE, Simone. Op. cit., p. 365.

<sup>250</sup> *Ibidem.*, p. 369.

<sup>251</sup> “Portanto, uma ordem de direito positivo não é nem um pouco “determinada”, isto é, deduzida, segundo a lógica necessitante, de axiomas ou de princípios originários. (...) A revolução copernica permite compreender que a intelegibilidade do direito depende da lógica transcendental. Nenhum conceito jurídico provém de condições empíricas: o direito não encontra sua fonte, antes do direito, na experiência regida pelas leis da natureza, nem, para além do direito, num paradigma transcendente. A juridicidade do direito reside em seu princípio interno de possibilidade, isto é, nas leis da liberdade próprias da razão prática. O direito, no entanto, não é uma obrigação ética: o que a razão funda é sua juridicidade, pois a coexistência de seres livres é inconcebível sem o *corpus* de regras que vincula a comunidade das liberdades exteriores a uma lei universal. A razão necessária do direito é portanto sua fundação imanente; é indissociável do poder de constituição e de organização da razão. Assim, o direito só é inteligível reportado ao horizonte transcendental de sentido e de valor que, na medida que indica a exigência pura a *priori* da razão, o motiva, o constitui, o organiza e o legitima. Uma *Idéia da razão* imprime no direito uma exigência reguladora de ordem e sistematicidade. Por seu papel regulador insubstituível, indica, no nível transcendental, a pré compreensão do direito como um corpo sistemático de regras. (...) Um sistema jurídico é necessariamente um sistema *aberto*, sempre *inacabado*, sempre em busca das disposições novas que para o horizonte da expectativa ou de esperança da Ideia. Portanto, a juridicidade do direito não desaparece num construtivismo positivista nem num moralismo. Somente em razão de sua fundação transcendental é que o direito pode ter a tarefa de tornar possível a coexistência sob a lei universal da liberdade.” *In*: *Ibidem.*, p. 338-339.

Há de se apontar que autores como John Rawls e Jürgen Habermas operam esse “retorno a Kant”. O primeiro, ao tratar da justiça, busca um fundamento filosófico para o direito.<sup>252</sup> O segundo busca “reconstruir racionalmente os pressupostos necessários e as regras universais da ética.”<sup>253</sup>

Em arremate, a partir dessa necessidade de ligação entre ética e direito o presente estudo propõe-se a apresentar parcela das propostas liberais, comunitárias e discursiva, as quais podem influenciar o direito, inclusive o controle de controle abstrato de constitucionalidade das leis.

De acordo com Cittadino, e para o fim de delimitação do presente estudo, apresentam-se as seguintes propostas objeto de análise, a saber: a) proposta liberal; b) proposta comunitária; c) proposta discursivo-deliberativa.<sup>254</sup>

---

<sup>252</sup> GOYARD-FABRE, Simone. Op. cit., p. 308-310.

<sup>253</sup> Ibidem., p. 304.

<sup>254</sup> CITTADINO, Gisele. Op. cit., p. 10-20.

### 3.2 Proposta Liberal

Partindo da premissa da necessidade de ligação entre ética e direito, pode-se sustentar que é pela via da intersubjetividade que se retorna ao mundo da ética, do direito e da política. E ainda, liberais, comunitários e crítico-deliberativos compartilham desse fundamento.<sup>255</sup>

Por conta desse compromisso do pensamento filosófico moderno com a intersubjetividade é que se deve estabelecer um entrelaçamento entre a ética e a política, para o fim de se construir uma identidade na democracia.<sup>256</sup>

Contudo, a sociedade contemporânea possui como traços fundamentais a diferença e o desacordo. A diversidade de valores culturais, múltiplas visões religiosas, diferentes compromissos morais e distintas concepções de vida digna caracterizam o pluralismo hodierno. Diante dessa heterogeneidade é possível um consenso democrático? Ou apenas um pluralismo razoável é suficiente para esse consenso?<sup>257</sup> Ou ainda, um dissenso estabelecido na via deliberativa é capaz de criar condições reais de democracia?<sup>258</sup>

Em busca de respostas cumpre investigar qual a ideia fundamental que cada uma das propostas anteriormente indicadas apresenta. Em sumária síntese, a liberal possui como pressuposto a subjetividade das concepções individuais sobre a vida digna. A comunitária tem como elemento fundante a intrassubjetividade das identidades sociais. Por derradeiro, a proposta discursivo deliberativa propõe uma ética discursiva, pressuposta nos interesses individuais e nos valores sociais.<sup>259</sup>

---

<sup>255</sup> “A intersubjetividade é, para todos, marco de referência da ética e da política e imediatamente se vincula ao tema da construção da democracia. No entanto, se a democracia, como projeto de identidade política, é perspectiva por todos compartilhada, são diversos os instrumentos capazes de construí-la ou compreendê-la. A democracia necessita de algum fundamento filosófico? Caso necessite esse fundamento deve contextualista, crítico ou neokantiano? Existe um ideal de cidadania universal? É possível ou não compatibilizá-lo com as diversas concepções sobre a vida digna? Se a justiça distributiva é exigência da moralidade, como implementá-la?” *In*: CITTADINO, Gisele. Op. cit., 2009, p. 77.

<sup>256</sup> *Id.*

<sup>257</sup> *Ibidem.*, p. 78.

<sup>258</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Volume I. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2003, p. 346-354.

<sup>259</sup> *Ibidem.*, p. 78-96.

A partir disso cumpre tratar de parcela das propostas liberais, as quais são representadas no presente estudo pelo Liberalismo Político e pelo Liberalismo Ético, tendo o primeiro como seu expoente John Rawls e o segundo Ronald Dworkin. Por seguinte, John Rawls apresenta uma concepção política de justiça apta a conformar a sociedade moderna. De outro modo, Ronald Dworkin trata de uma concepção ética de justiça, capaz de solucionar as celeumas de uma sociedade complexa.

No entanto, embora como pensamentos distintos, ambos são enfáticos em defender que a Constituição e os direitos individuais devem prevalecer em detrimento de qualquer concepção coletiva de vida digna. Nesse sentido, nos itens subseqüentes serão demonstradas as orientações de cada filósofo.

### 3.2.1 Liberalismo Político

O liberalismo é uma teoria política oriunda dos tempos modernos e do período iluminista, que, encontrou sua expressão fundamental nas Revoluções Francesa e Americana.<sup>260</sup>

Pode-se dizer que, em regra, o liberalismo possui duas vertentes, o liberalismo conservador, o qual dá ênfase à defesa do mercado livre e da propriedade privada, e o liberalismo igualitário, que avaliza a possibilidade de redistribuição de bens e recursos e de interferências nas relações privadas quando se faz necessário para promover a igualdade entre os indivíduos.<sup>261</sup>

A princípio, o liberalismo possui três valores centrais: liberdade pessoal, pluralismo social e constitucionalismo político.<sup>262</sup> Esses valores centrais apresentam as seguintes justificativas morais, a saber:

“a) os princípios liberais podem ser primeiramente justificados na sua função como proteção e garantia da liberdade pessoal como ‘liberdade negativa’, isto é, a liberdade da tutela política no que se refere ao modo como se deve viver; b) diante das oposições irreconciliáveis entre os cidadãos no que diz respeito às suas concepções de vida boa, os princípios liberais podem ser entendidos como um acordo para fazer predominar a tolerância recíproca em questões éticas da mesma; c) os princípios liberais podem ser entendidos como normas que são justificadas por um consenso universal entre aqueles que vivem sob essas normas. Expressam, portanto, um interesse universal.”<sup>263</sup>

Diante disso, tem-se que os princípios liberais apresentam três pontos de vistas distintos, o que se caracteriza como individualista, o pluralista e o procedimental, contudo, possuem como ponto de contato a distinção entre valores éticos (pessoais) e normas morais (universalistas), ou seja, “valores que existem no interior do direito e normas que podem servir de fundamento para ele.”<sup>264</sup>

<sup>260</sup> FORST, Rainer. **Contextos da justiça: filosofia política para além de liberalismo e comunitarismo**. São Paulo: Boitempo, 2010, p. 46.

<sup>261</sup> NINO, Carlos Santiago. Liberalismo Conservador: ¿Liberal o conservador? In: ALEGRE, Marcelo e GARGARELLA, Roberto (Coord.). **El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario**. Buenos Aires. LexisNexis, 2007, p. 17.

<sup>262</sup> FORST, Rainer. Op. cit., p. 46.

<sup>263</sup> Ibidem., p. 47.

<sup>264</sup> Id.

E ainda, essas justificações se assemelham por pretender uma neutralidade ética. Entretanto, existe ainda o liberalismo ético, que ao contrário das vertentes acima, justifica os princípios liberais a partir de um conceito de bem, e não de uma neutralidade ética.<sup>265</sup>

Em sua obra originária, *Uma Teoria da Justiça*, o liberal contratualista John Rawls inaugura um novo paradigma liberal, pois propõe uma concepção de justiça para as modernas sociedades democráticas. Para tanto apresenta uma proposta desvinculada dos ideais utilitaristas, onde propõe uma concepção de pessoa moral, livre e igual. A partir disso sustenta que os direitos e liberdades individuais deverão prevalecer sobras a concepções de bem, inclusive a de bem estar generalizada.<sup>266</sup>

Em seguida, John Rawls, em sua obra o *Liberalismo Político*, reformula algumas das premissas apresentadas em sua obra primeira, para tanto, apresenta uma concepção de justiça política, formulada no seio de uma sociedade democrática, que seja capaz de delinear os termos equitativos de cooperação social entre cidadãos considerados livres e iguais, e membros plenamente cooperativos de uma sociedade, durante uma geração até a próxima.<sup>267</sup>

Por seguinte, enfatiza ser imprescindível a tolerância, pois a cultura pública da sociedade democrática é bastante diversificada, seja pelas doutrinas filosóficas, religiosas ou morais, por sempre inconciliáveis. Por isso, busca sempre um acordo razoável de doutrinas razoáveis.<sup>268</sup>

O liberalismo político de John Rawls apresenta como concepção política de justiça, a saber: a justiça como equidade,

“(...) a justiça como equidade procura arbitrar entre essas tradições conflitantes, propondo, primeiro, dois princípios de justiça que sirvam de diretrizes para a forma pela qual as instituições básicas devem realizar os valores de liberdade e igualdade; e, segundo lugar, especificando um ponto de vista com base no qual esses princípios sejam considerados mais adequados do que outros princípios conhecidos de justiça à ideia de cidadãos democráticos tidos como pessoas livres e iguais. (...) O objetivo da justiça com equidade é,

<sup>265</sup> FORST, Rainer. Op. cit., p. 47.

<sup>266</sup> MOUFFE, Chantal. Op. cit., p. 40-42.

<sup>267</sup> RAWLS, John. **Liberalismo Político**. 2 ed. São Paulo: Ática, 2000, p. 45.

<sup>268</sup> Id.

por seguinte, prático: apresentar-se como uma concepção de justiça que pode ser compartilhada pelos cidadãos como a base de um acordo político racional bem-informado e voluntário. Expressa a razão política compartilhada e pública de uma sociedade”<sup>269</sup>

Assim, o liberalismo político busca uma concepção de justiça que conquiste o apoio de um consenso sobreposto, o qual engloba as doutrinas filosóficas, religiosas ou morais razoáveis de uma sociedade que possa ser regulada por ela.<sup>270</sup>

Para esse consenso sobreposto é necessário que os próprios cidadãos ao exercerem a razão pública<sup>271</sup> renunciem às doutrinas abrangentes e adotem uma concepção política razoável, que tenha seus princípios e valores endossados por todos.<sup>272</sup>

John Rawls entende que há uma ideia intuitiva fundamental implícita na cultura pública das democracias, pela qual a sociedade é um sistema equitativo de cooperação entre pessoas livres e iguais.<sup>273</sup> A partir dessa ideia aponta outras duas: a da sociedade bem ordenada<sup>274</sup>, que pressupõe a existência de uma “concepção política de justiça” que a regula.

“Assim, sendo, a justiça como equidade parte de uma certa tradição política e assume como sua ideia fundamental a ideia de sociedade como um sistema equitativo de cooperação ao longo do tempo, de uma geração até a seguinte (§3). Essa ideia organizadora central corre paralela a duas outras, fundamentais, que são suas companheiras inseparáveis: a de que os cidadãos (aqueles envolvidos na cooperação (§§3.3 e 5); e a de que uma sociedade bem-ordenada é efetivamente regulada por uma concepção política de justiça.”<sup>275</sup>

Para John Rawls as pessoas são livres e iguais porque possuem as duas faculdades da personalidade moral, a saber: a capacidade de ter senso de justiça e

<sup>269</sup> RAWLS, John. Op. cit., p. 47-52.

<sup>270</sup> Ibidem., p. 52.

<sup>271</sup> “O debate dos cidadãos no espaço público sobre os fundamentos constitucionais e as questões básicas de justiça.” *In*: RAWLS, John. Op. cit., p. 52.

<sup>272</sup> Ibidem., p. 52-53.

<sup>273</sup> CITTADINO, Gisele. Op cit., p. 80.

<sup>274</sup> “Dizer que uma sociedade é bem ordenada significa três coisas: a primeira (e isso está implícito na ideia de uma concepção de justiça publicamente reconhecida), que se trata de uma sociedade na qual cada indivíduo aceita, e sabe que todos aceitam, precisamente os mesmos princípios de justiça; a segunda (implícita na ideia de regulação efetiva), que todos reconhecem, ou há bons motivos para assim acreditar, que sua estrutura básica – isto é, suas principais instituições políticas, sociais e a maneira segundo a qual s encaixam num sistema único de cooperação - está em concordância com aqueles princípios; e a terceira, que seus cidadãos têm um senso normalmente efetivo de justiça e, por seguinte, em geral agem em concordância com as instituições básicas da sociedade, que se consideram justas.” *In*: RAWLS, John. Op. cit., p. 79.

<sup>275</sup> Ibidem., p. 56-57.

a capacidade de ter uma concepção de bem. A essa ideia agregam-se dois elementos fundamentais, quais sejam: a ideia de termos equitativos de cooperação e a de benefício racional.<sup>276</sup>

Em suma, três elementos podem ser considerados essenciais para que uma sociedade seja um sistema equitativo e estável de cooperação entre cidadãos livres, distintos por conta das doutrinas que defendem:

“Primeiro, a estrutura básica da sociedade é regulada por uma concepção política de justiça; segundo, essa concepção política é objeto de um consenso sobreposto entre doutrinas abrangentes e razoáveis; e terceiro, a discussão pública, quando os fundamentos constitucionais e questões de justiça básica estão em jogo, é conduzida nos termos da concepção política de justiça.”<sup>277</sup>

A partir de então cumpre analisar essas ideias, as quais são necessárias para a construção de uma sociedade estável e justa, mesmo marcada pelo pluralismo das ideologias. A saber: a ideia de um consenso sobreposto; a prioridade do justo e as ideias do bem (concepção política de justiça), e; a razão pública.

Uma sociedade bem-ordenada pode ser unificada e estável desde que nessa seja instalada a ideia de um consenso sobreposto das doutrinas abrangentes e razoáveis. Nessa modalidade de consenso as doutrinas razoáveis endossam a concepção política, mesmo partindo cada uma do seu ponto de vista específico.<sup>278</sup>

A respeito do consenso entre doutrinas abrangentes e razoáveis, tem-se que o liberalismo político é um instrumento hábil para se alcançar o consenso sobreposto.<sup>279</sup> Esse consenso é obtido a partir de um ajuste harmônico entre a concepção política de justiça e as visões abrangentes, bem como de um reconhecimento público dos valores das virtudes políticas.<sup>280</sup>

<sup>276</sup> RAWLS, John. Op. cit., p. 78.

<sup>277</sup> RAWLS, John. Op. cit., p. 88.

<sup>278</sup> “A unidade social baseia-se num consenso sobre a concepção política; e a estabilidade é possível quando as doutrinas que constituem o consenso são aceitas pelos cidadãos politicamente ativos da sociedade, e as exigências da justiça não conflitam gravemente com os interesses essenciais dos cidadãos, tais como formados e incentivados pelos arranjos dessa sociedade.” *In: Ibidem.*, p. 180.

<sup>279</sup> *Ibidem.*, p. 180-181. .

<sup>280</sup> *Ibidem.*, p. 218.

Em relação à prioridade do justo e às ideias de bem, a primazia do justo concede aos princípios de justiça uma prioridade nas deliberações dos cidadãos, bem como limita a liberdade de promoção de determinados modo de vida. Essa prioridade caracteriza a estrutura e o conteúdo da justiça como equidade e o que é considerado boas razões na deliberação.<sup>281</sup>

A concepção política de justiça plenamente reconhecida pelos cidadãos razoáveis e racionais, os quais endossam as doutrinas abrangentes e razoáveis num consenso sobreposto, confirma que as suas instituições basilares e libertas resguardam espaço suficiente para os modos de vida que merecem a aceitação dos cidadãos.<sup>282</sup>

As instituições políticas dessa sociedade garantem um espaço suficiente para as distintas formas de vida, como ainda, de que a sociedade constitucional democrática possa ser justa e boa. Destaca-se que a prioridade do justo não renega as ideias de bem, pois, há uma compatibilidade entre a ideia de justiça e bem, que garante a estabilidade de uma sociedade bem-ordenada.<sup>283</sup>

A razão pública é característica essencial de uma sociedade democrática, pois, significa a razão de seus cidadãos, dos que compartilham a condição igualitária de cidadão. O objeto dessa razão é o bem do público: “aquilo que a concepção política de justiça requer da estrutura básica das instituições da sociedade e dos objetivos e fins a que devem servir.”<sup>284</sup>

O conteúdo da razão pública é moldado pela concepção política de justiça, sendo esse conteúdo formado pelos princípios substantivos de justiça para a estrutura básica e pelas diretrizes de indagação e as concepções de virtude que tornam a razão pública possível:

---

<sup>281</sup> “Primeiro, a prioridade do justo significa (em seu sentido geral) que as ideias do bem utilizadas devem ser políticas (§1.2), de modo que não precisamos nos basear em concepções abrangentes do bem, mas apenas em ideias moldadas para se acomodar no interior da concepção política. Segundo, a prioridade do justo significa (em seu sentido particular) que os princípios de justiça estabelecem limites para as formas de vida permissíveis (§1.2): as exigências que os cidadãos fazem ao tentar realizar fins que transgridem esse limites não têm nenhum peso.” *In*: RAWLS, John. Op. cit., p. 258.

<sup>282</sup> RAWLS, John. Op. cit., p. 259

<sup>283</sup> Id.

<sup>284</sup> Ibidem., p. 261.

“Portanto, os valores políticos liberais também são de dois tipos:

a. O primeiro tipo – os valores da justiça política – pertencente à mesma categoria que os princípios de justiça para a estrutura básica: os valores da igual liberdade política e civil; da igualdade social e da reciprocidade econômica; e acrescentemos ainda os valores do bem comum, assim como as várias condições necessárias a todos esses valores.

b. O segundo tipo de valores políticos – os valores da razão pública – pertencente à categoria das diretrizes da indagação pública que tornam essa indagação livre e pública.

(...)

Isso significa, na justiça como equidade, que as partes, na posição original, ao adotar princípios de justiça para a estrutura básica, devem adotar também as diretrizes e os critérios da razão pública para esses princípios.”<sup>285</sup>

O fundamental no ideal da razão pública é que os cidadãos conduzam suas discussões fundamentais dentro daquilo que cada qual considera uma concepção política de justiça, baseada em valores que se pode razoavelmente esperar que os outros aceitem, e que cada um esteja de boa-fé e disposto a defender uma concepção política de justiça.<sup>286</sup>

Chantal Mouffe, ao analisar as propostas de John Rawls, considera a sua abordagem inadequada, em razão da insatisfatória noção de política que apresenta em sua obra. Sustenta que a política existente em seu trabalho é uma “política de interesses”, que busca interesses conflitantes estabelecidos anterior e independentemente, antes mesmo de uma possível articulação por discursos alternativos concorrentes. E ainda, destaca que o objeto da teoria da justiça é regular essa busca por meio de regras neutras e unânimes.<sup>287288</sup>

<sup>285</sup> RAWLS, John. Op. cit., p. 273-275.

<sup>286</sup> RAWLS, John. Op. cit., p. 261.

<sup>287</sup> MOUFFE, Chantal. Op. cit., p. 70.

<sup>288</sup> “Como Pitkin defende: «O que caracteriza a vida política é precisamente o problema de criar continuamente uma unidade, um público, num contexto de diversidade, reivindicações rivais e interesses conflitantes. Na falta de reivindicações rivais e interesses conflitantes, um tópico nunca entre no reino político: não é necessário tomar nenhuma decisão política. Mas para que a coletividade política, o ‘nós’, possa agir, essas contínuas reivindicações e interesses têm de ser resolvidos de forma a continuar a preservar a colectividade». Uma tal concepção de política está absolutamente ausente da teoria de Rawls, que toma como certa a existência de um interesse próprio racional comum sobre o qual os cidadãos, agindo como pessoas morais livres e iguais, podem concordar e fundamentar princípios de justiça. Parece acreditar que as discordâncias apenas respeitam às questões religiosas e filosóficas e que, evitando essas questões controversas, é possível alcançar um consenso quanto à forma como as instituições básicas da sociedade podem ser organizadas. (...) o processo de deliberação é supérfluo. A política não é afectada pela existência do pluralismo, que Rawls entende apenas como a multiplicidade de concepções de bem que as pessoas exercem na sua esfera privada, perfeitamente separada da esfera pública, onde reina o consenso baseado no interesse próprio. Trata-se da utopia liberal perfeita.” *In*: MOUFFE, Chantal. Op. cit., p. 72.

Nesse trato, na proposta de Rawls os conflitos, os antagonismos, as relações de poder, as formas de subordinação e a repressão simplesmente desaparecem, existindo apenas visão nitidamente liberal de uma pluralidade de interesses, onde não há um nível superior à decisão política e a soberania é descartada. Assim, não aparece em seu construto teórico o papel desempenhado pelo conflito, o poder e o interesse.<sup>289</sup>

De outro modo, Habermas tece algumas considerações críticas a respeito do Liberalismo Político de Rawls, onde, a princípio, questiona a imparcialidade atribuída à condição primitiva, bem como a insuficiência de fundamentação das questões de aceitabilidade, e o fato de construir um Estado de Direito que subordina o princípio de legitimação democrática a direitos liberais fundamentais.<sup>290</sup>

Ultrapassadas as críticas formuladas à proposta de Rawls, cumpre retomar às suas premissas, pelo que, pode-se asseverar que a proposta liberal de Constituição pauta-se na ideia de liberdade, a qual significa a capacidade que cada cidadão possui de ter sua concepção razoável acerca da vida digna e de procurar realizar os objetivos por ela estabelecidos, sem a interferência de impedimentos externos.<sup>291</sup>

A função da Constituição, em uma sociedade bem ordenada, decorre do caráter inalienável dos direitos e das liberdades básicas.<sup>292</sup> Para John Rawls a Constituição tem o seguinte significado:

“a Constituição especifica um procedimento político justo e incorpora as restrições que protegem as liberdades fundamentais e, ao mesmo tempo, asseguram sua prioridade. O resto fica a cargo do estágio legislativo. Uma constituição desse tipo está em conformidade com a ideia tradicional de governo democrático, ao mesmo tempo em que abre um espaço para instituição da revisão judicial. Essa concepção da constituição não se fundamenta, em primeiro lugar, nos princípios de justiça, nem nos direitos fundamentais. Seu fundamento está, isto sim, nas concepções de pessoa e de cooperação social, mais compatíveis com a cultura pública de uma sociedade democrática moderna.”<sup>293</sup>

<sup>289</sup> MOUFFE, Chantal. Op. cit., p. 70.

<sup>290</sup> HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. Tradução: George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002, p. 63.

<sup>291</sup> CITTADINO, Gisele. Op. cit., p. 150.

<sup>292</sup> Ibidem., p. 150.

<sup>293</sup> RAWLS, John. Op. cit., p. 396

A Constituição enquanto procedimento político justo estabelece as restrições constitucionais contra a violação não apenas das liberdades políticas, mas também dos direitos e liberdades básicas inerentes à capacidade do indivíduo de ter e de perseguir e realizar a concepção pessoal de vida digna.<sup>294</sup>

Nota-se que o fundamento último da constituição não são os princípios de justiça, tampouco os direitos fundamentais. O seu fundamento está nas concepções de pessoa e de cooperação social, mas compatíveis com a cultura pública de uma sociedade democrática moderna.<sup>295</sup>

No entanto, embora essa concepção de Constituição esteja de acordo com o primeiro princípio de justiça de John Rawls<sup>296</sup>, tem-se que essa não se coaduna com o segundo princípio de justiça<sup>297</sup>, ante a inexistência de necessidade de constitucionalização dos princípios distributivos que regulam as desigualdades econômicas e sociais, devendo-se isso à própria história constitucional das sociedades democráticas.<sup>298</sup>

Nesse sentido, uma constituição democrática:

“é a expressão, fundada em princípios, na lei mais alta, do ideal político de um povo de se governar de certa maneira. Alguns dos fins da sociedade política podem ser formulados no preâmbulo da constituição – estabelecer a justiça e promover o bem estar geral -, e certas exigências são reconhecidas numa carta de direitos ou estão implícitas na estrutura do Estado – o devido processo legal e a igual proteção das leis. Juntos, pertencem aos valores políticos e à razão pública. Essa expressão da lei mais alta que se baseia em princípios deve ter um amplo apoio e, por esse e outros motivos, é melhor não sobrecarregá-la com muitos detalhes e qualificações.”<sup>299</sup>

Esse modelo de Constituição está em consonância com a “ideia tradicional de governo democrático, ao mesmo tempo em que abre um espaço para instituição

<sup>294</sup> CITTADINO, Gisele. Op. cit., p. 150.

<sup>295</sup> RAWLS, John. Op. cit., p. 261.

<sup>296</sup> “Toda pessoa tem um direito igual a um sistema plenamente adequado de liberdades fundamentais iguais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para todos.” *In*: *Ibidem.*, p. 345.

<sup>297</sup> “As desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições: A primeira é que devem estar vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e, a segunda é que devem redundar no maior benefício possível para os membros menos privilegiados da sociedade.” *In*: *Ibidem.*, p. 345.

<sup>298</sup> CITTADINO, Gisele. Op. cit., p. 151.

<sup>299</sup> RAWLS, John. Op. cit., p. 282.

da revisão judicial.”<sup>300</sup> Assim, uma Constituição deve fundamentalmente assegurar os direitos e liberdades básicas e, por consequência, instituir a revisão judicial (*judicial review*), para o fim de garantir que a legislação infraconstitucional seja com ela compatível.<sup>301</sup>

Entretanto, segundo o próprio John Rawls, a concepção política de justiça somente poderá ser alcançada com a satisfação do mínimo social, pois não é possível possuir os direitos e liberdades básicos sem que tenham sido supridas as necessidades básicas, sendo essa satisfação condicionante do pleno exercício daquela.<sup>302</sup>

Apenas após a satisfação do mínimo social em favor dos indivíduos é que esses poderão compreender e usufruir de seus direitos e liberdades básicos. John Rawls parte do pressuposto de que “abaixo de certo nível de bem-estar material e social, e de treinamento e educação, as pessoas simplesmente não podem participar da sociedade como cidadãos, e muito menos como cidadãos iguais.”<sup>303</sup>

A noção de mínimo existencial diz respeito à garantia de condições mínimas de existência digna, para o indivíduo e sua família, não se restringindo, entretanto, a uma área específica do Direito, e carecendo, ainda, de conteúdo determinado.<sup>304</sup> Ademais, alguns princípios outorgam o fundamento à garantia do mínimo existencial, quais sejam: o princípio da igualdade, da dignidade da pessoa humana, e o da cláusula do Estado Social de Direito.<sup>305</sup>

Segundo John Rawls para formação de uma concepção política de justiça como equidade é fundamental que o mínimo social esteja presente, haja vista ser

<sup>300</sup> RAWLS, John. Op. cit., p. 396.

<sup>301</sup> CITTADINO, Gisele. Op. cit., p. 151.

<sup>302</sup> “o primeiro princípio, que trata dos direitos e liberdades básicos e iguais, pode facilmente ser precedido de um princípio lexicamente anterior, que prescreva a satisfação das necessidades básicas dos cidadãos, ao menos à medida que a satisfação dessas necessidades seja necessária para que os cidadãos entendam e tenham condições de exercer de forma fecunda esses direitos e liberdades.” *In*: RAWLS, John. Op. cit., p. 4.

<sup>303</sup> RAWLS, John. Op. cit., p. 213.

<sup>304</sup> TORRES, Ricardo Lobo. **O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais**, Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, v.1, 1989, p. 29.

<sup>305</sup> *Ibidem.*, p. 32.

esse um elemento constitucional essencial. Assim, note-se ser o mesmo um elemento de natureza constitucional.<sup>306</sup>

Observa-se que esse elemento essencial constitucional, o mínimo existencial, afigura-se imprescindível para o exercício dos direitos e liberdades fundamentais, funcionando esse como um pressuposto lógico na construção dos dois princípios de justiça. Nesse contexto, cada indivíduo deve dispor de um conjunto mínimo de condições materiais para que a decisão no estado original seja verdadeiramente eqüitativa.

Dos escritos de John Rawls pode-se compreender que num regime constitucional com revisão judicial a concepção política de justiça como equidade se inicia com a necessidade de satisfação do mínimo existencial e atinge seu ápice com o exercício da razão pública por meio de seu supremo tribunal.<sup>307</sup>

Em arremate, John Rawls entende que uma concepção de justiça desempenha seu papel social quando os cidadãos igualmente conscientes compartilham crenças similares e elegem um espaço de referência para a deliberação que essa concepção necessita, sendo esses levados ao grau de convergência de pensamento necessário para se alcançar a cooperação social efetiva e equitativa.<sup>308</sup>

Por fim, entende que a justiça como equidade não se aplica somente aos constitucionalistas, mas também aos cidadãos de uma sociedade constitucional. Em síntese, propõe uma maneira de se conceber essa condição comum de iguais e elabora um link entre uma determinada forma de entender a liberdade e a igualdade a uma concepção delineada de pessoa, que seja afim às noções compartilhadas e convicções implícitas na cultura pública de uma sociedade democrática. Eis a concepção política de justiça proposta John Rawls.<sup>309</sup>

---

<sup>306</sup> RAWLS, John. Op. cit., p. 277-280.

<sup>307</sup> RAWLS, John. Op. cit., p. 281.

<sup>308</sup> RAWLS, John. Op. cit., p. 427.

<sup>309</sup> RAWLS, John. Op. cit., p. 427.

Findo o presente estudo a respeito do Liberalismo Político, proposto por John Rawls, tem-se por essencial analisar o Liberalismo sob outro viés, para tanto se vale essa pesquisa do Liberalismo Ético, apresentado por Ronald Dworkin, o qual se expõe a seguir.

### 3.2.2 Liberalismo Ético

A esse propósito, Ronald Dworkin propõe uma concepção de direito como integridade<sup>310</sup>, a qual é indispensável para a sua leitura moral da Constituição.<sup>311</sup> O liberalismo de Ronald Dworkin é um modelo de abordagem individualista, pois:

“defende o princípio liberal do direito à ‘igual consideração e respeito’, isto é, um tratamento igual a cada cidadão como pessoa com direitos de liberdades iguais e com a pretensão a uma distribuição dos recursos sociais que garanta a igualdade de oportunidade.”<sup>312</sup>

Essa garantia de igualdade exige que direitos fundamentais sejam atribuídos aos indivíduos iguais, para o fim de poder influenciar na sua vida política, bem como realizar seus anseios e o fazer assumir a responsabilidade pelas decisões que essa autonomia lhe proporciona.<sup>313</sup>

Para Dworkin a Constituição e seu sistema de direitos, bem como o direito como integridade, são constituídos por normas e princípios. A partir disso propõe-se a leitura moral da Constituição. É imprescindível para concepção de Constituição como integridade que as normas infraconstitucionais e as decisões judiciais sejam com ela compatíveis.<sup>314</sup>

De acordo com a leitura moral da Constituição, em princípio, tem-se que os direitos fundamentais nela firmados devem ser interpretados como princípios morais que decorrem da justiça e da equidade e que estabelecem limites ao poder do governo.<sup>315</sup>

---

<sup>310</sup> “O princípio judiciário de integridade instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada -, expressando uma coerente de justiça e equidade. (...) Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade.” *In*: DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 271-272.

<sup>311</sup> CITTADINO, Gisele. *Op. cit.*, p. 152.

<sup>312</sup> FORST, Rainer. *Op. cit.*, p. 47.

<sup>313</sup> CITTADINO, Gisele. *Op. cit.*, p. 156.

<sup>314</sup> *Id.*

<sup>315</sup> *Ibidem.*, p. 191.

De acordo Frank Michelman, Dworkin propõe, a partir de uma leitura moral da constituição, que determinadas disposições constitucionais devem ser interpretadas com base em valores políticos e morais ou princípios extraídos da prática histórica do constitucionalismo americano. Note-se:

“Nas aplicações dos casos concretos, a lei constitucional é sempre um produto de alguma interpretação das cláusulas constitucionais, dos precedentes judiciais e das doutrinas, e o entendimento convencional dos advogados de como essa norma é formada. Assim, argumenta Dworkin, e eu concordo, e talvez a maioria dos advogados aceite. Mas Dworkin defende um determinado ponto de vista que nem todos os seguiriam, embora eu o faça. Ele procura não escapar do que ele chama de uma leitura moral de determinadas cláusulas da Constituição, as quais parecem conferir direitos em termos muito abstratos, incluindo aqueles que tratam da “liberdade de expressão”, “liberdade”, “devido processo legal”, e “a igual proteção da lei”. Um intérprete legal dessas expressões, afirma Dworkin, não possui escolha, pois deverá tratá-las como invocações de valores políticos-morais ou princípios que o intérprete tem a responsabilidade de destilar a partir do que ele ou ela considera serem os principais pontos fixos na prática histórica do constitucionalismo americano. Essa destilação, sustenta Dworkin, simplesmente não pode ser feita sem colocar na fermentação a visão substantiva dos próprios fins do intérprete e ideais do governo.”<sup>316</sup>

Nesse viés, colaciona-se o entender de Ronald Dworkin:

“Ele [Hércules] não acha que a Constituição é apenas o que de melhor produziria a teoria da justiça e da equidade abstratas à guisa de teoria ideal. É guiado, em vez disso, por um senso de integridade constitucional; acredita que a Constituição norte-americana consiste na melhor interpretação possível da prática e do texto constitucionais norte-americanos como um todo, e seu julgamento sobre qual é a melhor interpretação é sensível à grande complexidade das virtudes políticas subjacentes a essa questão.”<sup>317</sup>

Em outra obra de sua autoria, observe-se:

“A maioria das constituições contemporâneas expõe os direitos do indivíduo perante o governo numa linguagem extremamente ampla e abstrata, como a Primeira Emenda à

<sup>316</sup> “At the points of applications to cases, constitutional law is always a product of someone’s interpretation of the constitutional clauses, judicial precedents and doctrines law’s, and lawyers’s conventional understanding of which this law is formed. So argues Dworkin, and I gree, and perphas most lawyers would. But Dowrkin carries the point to lengths where not everyone would follow, although I do. He finds no escape from what he calls a moral reading of certains clauses of the Constitution that appear to confer rights in very abstract terms, including those which speak of the freedom of speech, liberty, due process of law, and equal protection of the law. A legal interpreter of these expressions, Dworkin says, has no choice but to treat them as invocations of political-moral values or principles that the interpreter has the responsibility to distill from what he or she finds to be major fixed points in the historical practice of American constitucionalism. Such a distillation, Dworkin maintains, simply cannot be without putting into the brew some of some of the interpreter’s own substantive vision of the proper ends anda ideals of government.” (Tradução livre). In: MICHELMAN, Frank I. **Brennan and Democracy**. Princeton University Press: New Jersey, 1999, p. 26.

<sup>317</sup> DWORKIN, Ronald. **O império**. Op. cit., p. 271-272.

Constituição norte-americana, que estabelece que o Congresso não pode fazer nenhuma lei que diminua a “liberdade de expressão”. A leitura moral propõe que todos nós – juízes, advogados e cidadãos – interpretemos e apliquemos esses dispositivos abstratos considerando que eles fazem referência a princípios morais de decência e justiça. A Primeira Emenda, por exemplo, reconhece um princípio moral – o princípio que é errado que o governo censure ou controle o que os cidadãos individuais dizem ou publicam – e o incorpora ao direito norte-americano.”<sup>318</sup>

Nesse contexto, pela leitura moral observa-se que a Constituição norte-americana expressa exigências morais abstratas, as quais somente podem ser aplicadas em casos concretos por meio de juízos morais específicos.<sup>319</sup> Assim, a constituição possui disposições abstratas, que se referem a princípios morais abstratos, que dependem de interpretações morais.

Em regra os ordenamentos morais estabelecidos devem ser respeitados, salvo quando essa concepção moral ofender a um princípio constitucional geral, o de que *todos os indivíduos devem ser tratados com igual consideração e respeito*, note-se:

“Creio que os princípios estabelecidos na Declaração de Direitos, tomados em seu conjunto, comprometem os Estados Unidos com os seguintes ideais políticos e jurídicos: o Estado deve tratar todas as pessoas sujeitas a seu domínio como dotadas do mesmo status moral e político; deve tentar, de boa-fé, tratar a todas com a mesma consideração (*equal concern*); e deve respeitar todas e quaisquer liberdades individuais que foram indispensáveis para esses fins, entre as quais (mas não somente) as liberdades mais especificamente declaradas no documento [a 14.<sup>a</sup> Emenda à Constituição dos EUA], como a liberdade de expressão e a liberdade de religião.”<sup>320</sup>

A esse respeito, tem-se uma leitura moral adequada da Constituição quando essa respeitar o princípio constitucional geral referenciado, isto é, quando todos os indivíduos estejam sendo tratados com igual consideração e respeito, bem como, estejam sendo-lhes garantidos todos os direitos e liberdade adequados a esse fim.

De acordo com Ronald Dworkin a leitura moral da constituição deve obedecer dois critérios: a história constitucional e a integridade constitucional.<sup>321</sup> Em primeiro plano, tem-se que a interpretação constitucional deve partir do que os

<sup>318</sup> DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: A leitura moral da Constituição norte-americana.** Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 02.

<sup>319</sup> Ibidem., p. 04.

<sup>320</sup> Ibidem., p. 11.

<sup>321</sup> DWORKIN, Ronald. **O direito.** Op. cit., p. 10-19.

autores do texto original dispuseram, pelo que a história é um fator preponderante. No entanto, consulta-se apenas para se conhecer o que se pretendia enunciar, e não outras intenções.<sup>322</sup>

Além da história constitucional, deve estar embasada na prática jurídica e política do passado, a qual se estabeleceu por meio de precedentes irrevogáveis e incorporados pelas disposições constitucionais.<sup>323</sup>

Em segundo lugar, a leitura moral da constituição necessita de uma integridade constitucional, pela qual não se pode conceber que os dispositivos morais abstratos expressem um juízo moral particular qualquer, por mais que transpareça correto.<sup>324</sup> No entanto, se esse juízo moral pode ser aceito se for coerente, a princípio, “com o desenho estrutural da Constituição como um todo e também como a linha de interpretação constitucional predominante seguida por outros juízes no passado.”<sup>325</sup>

A partir dessa ideia de integridade os integrantes do Poder Judiciário, pertencentes ao passado e presente, constroem uma moralidade constitucional coerente, onde as concepções morais formadas devem ser harmônicas umas com as outras.<sup>326</sup>

Dessa maneira, a leitura moral exige que os juízes encontrem a melhor concepção dos princípios morais constitucionais, que se encaixe no conjunto da história constitucional e respeitem a prática e a integridade constitucional.<sup>327</sup>

Em relação à leitura moral existem teorias que buscam minorar os poderes dos magistrados quando da interpretação constitucional. Para tanto foram elaboradas duas teorias distintas, sendo a que aceita e considera a leitura moral correta e a segunda que não a acolhe.<sup>328</sup>

---

<sup>322</sup> DWORKIN, Ronald. **O direito**. Op. cit., p. 14-15.

<sup>323</sup> *Ibidem.*, p. 14.

<sup>324</sup> *Ibidem.*, p. 15.

<sup>325</sup> *Ibidem.*, p. 16.

<sup>326</sup> *Id.*

<sup>327</sup> *Ibidem.*, p. 16-17.

<sup>328</sup> *Ibidem.*, p. 17-18.

A primeira entende que a leitura moral é correta, pela qual a Declaração de Direitos somente deve ser interpretada como um conjunto de princípios morais, no entanto nega aos juízes a autoridade suprema de fazê-la, pois, reserva essa autoridade de interpretação para o povo.

A segunda é a teoria “originalista” ou da “intenção original”, pela qual a Constituição significa aquilo que os autores originais esperavam ou queriam o que ela fosse, ou ainda, ela significa o que os originais queriam que a sociedade, em seus termos, fizesse.

“Segundo o originalismo, os grandes dispositivos da Declaração de Direitos não devem ser interpretados como exposições dos princípios morais abstratos que eles descrevem de fato, mas como referências, em código ou disfarçada, aos pressupostos e expectativas que os próprios autores tinham acerca da correta aplicação daqueles princípios.”<sup>329</sup>

Em relação à primeira teoria Ronald Dworkin entende que essa não se sustenta, pois a leitura moral é uma teoria a respeito do que a Constituição significa e não sobre quem deve dizer o que ela significa, pelo que, não merece acolhimento. A segunda também não merece acolhida haja vista representar a existência de uma lei constitucional permanente, a qual não acompanharia a evolução social.<sup>330</sup>

Por conta desse desprezo pela leitura moral da constituição os doutrinadores buscam uma terceira alternativa, que opere um justo equilíbrio entre a proteção dos direitos individuais essenciais e a obediência à vontade soberana do povo. No entanto, para Ronald Dworkin, a alternativa à leitura moral ainda não fora encontrada.<sup>331</sup>

E, em razão da relutante e única objeção substantiva de que a leitura moral da Constituição ofende a democracia, pois, segundo argumenta-se, esse princípio resta comprometido quando os direitos individuais são assegurados, Ronald Dworkin propõe uma nova visão sobre essa tensão.

---

<sup>329</sup> DWORKIN, Ronald. **O direito**. Op. cit., p. 18-20.

<sup>330</sup> Id.

<sup>331</sup> Ibidem., p. 21-22.

De início, entende a premissa majoritária como:

“A premissa majoritária é uma tese a respeito dos *resultados* justos de um processo político: insiste em que os procedimentos políticos sejam projetados de tal modo que, pelo menos nos assuntos importantes, a decisão a que se chega essa decisão favorecida pela maioria dos cidadãos ou por muitos entre eles, ou seja, pelo menos a decisão que eles favoreciam se dispusessem de informações adequadas e de tempo suficiente para refletir.”<sup>332</sup>

Por essa ideia acredita-se que os arranjos políticos, constituintes do processo democrático, elaboram leis que sejam democráticas e por fim aprovadas pela maioria dos cidadãos. Para a premissa majoritária quando a maioria política não realiza o que deseja, toma-se isso como injusto, mesmo que a decisão da maioria seja injusta.<sup>333</sup>

Ao rejeitar a premissa majoritária Ronald Dworkin apresenta a “concepção constitucional de democracia”, pela qual as decisões coletivas devem ser tomadas por instituições políticas, as quais se estruturam, componham e operem em favor dos membros da sociedade, iguais merecedores de consideração e respeito.<sup>334</sup>

Em síntese,

“A concepção constitucional de democracia assume em relação ao governo majoritário a atitude descrita a seguir. A democracia é um governo sujeito às condições – podemos chamá-las de condições “democráticas” – de igualdade de status para todos os cidadãos. Quando as instituições majoritárias garantem e respeitam as condições democráticas, os vereditos dessas instituições, por esse motivo mesmo, devem ser aceitos por todos.”<sup>335</sup>

Para Ronald Dworkin a concepção constitucional da democracia requer a existência de procedimentos majoritários<sup>336</sup> por conta da preocupação com a igualdade dos cidadãos, mas não por conta da obediência à regra da maioria. Por isso não deve haver objeção a essa concepção, haja vista esse procedimento buscar apenas proteger e promover a igualdade, servindo assim ao próprio fundamento da democracia.<sup>337</sup>

<sup>332</sup> DWORKIN, Ronald. **O direito**. Op. cit., p. 19-20.

<sup>333</sup> *Ibidem.*, p. 24-25.

<sup>334</sup> DWORKIN, Ronald. **O direito**. Op. cit., p. 26.

<sup>335</sup> *Id.*

<sup>336</sup> “Exige que as decisões política do dia-a-dia sejam tomadas por agentes políticos escolhidos nas eleições populares.” *In: Id.*

<sup>337</sup> *Id.*

Entende ainda que por essa concepção constitucional de democracia a revisão judicial das normas não compromete o princípio democrático, haja vista que esse procedimento garante e respeita as condições essenciais da democracia.<sup>338</sup>

Noutro panorama, Chantal Mouffe apresenta críticas ao Liberalismo Ético de Ronald Dworkin, pois entende que o liberalismo por esse defendido não rompeu as amarras do racionalismo e “só pode pensar o aspecto ético da política em termos de uma aplicação dos princípios de uma moral universal a esse campo.”<sup>339</sup> E ainda, assegura que essa teoria apenas oferece uma moralidade pública, insuficiente para formulação de princípios políticos da proposta de governo democrático-liberal.<sup>340</sup>

Para Roberto Gargarella Dworkin propõe uma interpretação do texto constitucional baseada em princípios. Entende que, os criadores da Constituição incorporaram em sua carta de direitos mais princípios abstratos do que regras concretas, os quais devem ser lidos respeitando-se o entendimento existente sobre eles quando de seu estabelecimento, e os adequados aos tempos modernos.<sup>341</sup>

Entende assim, que os princípios orientadores devem ser objeto de uma reinterpretção, elaborada de acordo com o contexto atual e respeitosa para com os ditames originais da Constituição.<sup>342</sup>

Desse modo, a função do intérprete consiste em encontrar respostas para as perguntas que a Constituição formula, bem como determinar qual a melhor concepção dos distintos conceitos fundamentais que ela fixou em seu texto, seja a liberdade de expressão, justiça ou igualdade.<sup>343</sup>

A concepção da Constituição a ser elaborada pelo intérprete deve ser, em tese, fiel ao texto escrito, bem como às tradições e à prática constitucional da

<sup>338</sup> DWORKIN, Ronald. **O direito**. Op. cit., p. 27.

<sup>339</sup> MOUFFE, Chantal. Op. Cit., p. 169.

<sup>340</sup> MOUFFE, Chantal. Op. Cit., p. 169.

<sup>341</sup> GARGARELLA, Roberto. La dificultosa tarea de la interpretación constitucional. In: GARGARELLA, Roberto. **Teoría**. Op. cit., 2008, p. 132.

<sup>342</sup> GARGARELLA, Roberto. **La**. Op. cit., p. 132-133.

<sup>343</sup> *Ibidem.*, p. 133.

comunidade. Desse modo, os intérpretes devem mostrar de que maneira a concepção que propõem encaixa com a experiência constitucional da comunidade.<sup>344</sup>

### A leitura moral da Constituição

“(...) explica por que a fidelidade à Constituição e ao direito exige que os juízes façam juízos atuais de moralidade política e encoraja assim a franca demonstração das verdadeiras bases desses juízos, na esperança de que os juízes elaborem argumentos mais sinceros, fundamentados em princípios, que permitam ao público participar da discussão. Por isso, é claro que a leitura moral da constituição encoraja juristas e juízes a interpretar uma constituição abstrata à luz de sua concepção de justiça.”<sup>345</sup>

Pelas lições de Ronald Dworkin toma-se que os direitos e liberdades individuais são indisponíveis e o respeito pela Constituição é a maneira pela qual essa indisponibilidade é assegurada. A ideia de igual consideração e respeito entre os cidadãos solidifica a garantia dos direitos individuais indisponíveis, bem como a ideia de democracia constitucional.<sup>346</sup>

O princípio da igual consideração e respeito não pode ser violado nem por decisões judiciais ou políticas, mesmo que majoritárias. Tem-se ser esse o fundamento da revisão judicial das leis promulgadas pelo representante do povo, pois o que deve valer é a essência da democracia, e não um procedimento que transpareça democrático.<sup>347</sup>

Em arremate, vislumbra-se que o liberalismo de Ronald Dworkin reconhece a importância que a vida ética da comunidade pode ter para o indivíduo, que em sua esfera particular procurar realizar seus ideais de vida digna. No entanto, em razão dos acordos políticos não conseguirem abranger todas as dimensões éticas individuais, os direitos fundamentais são atribuídos apenas aos indivíduos.<sup>348</sup>

O liberalismo de Ronald Dworkin opõe-se ao comunitarismo pelo fato de defender uma existência independente da vida ética comunitária, fundada na

<sup>344</sup> GARGARELLA, Roberto. *La*. Op. cit., p. 132-133.

<sup>345</sup> DWORKIN, Ronald. *O direito*. Op. cit., p. 57.

<sup>346</sup> CITTADINO, Gisele. Op. cit., p. 157.

<sup>347</sup> DWORKIN, Ronald. *O direito*. Op. cit., p. 27.

<sup>348</sup> CITTADINO, Gisele. Op. cit., p. 158.

liberdade de promoção da vida digna, ou um conjunto de liberdades negativas que garantem a autonomia individual dos indivíduos, com que não concordam os comunitaristas.<sup>349</sup>

Expostas as ideias liberais, representadas oportunamente pelo Liberalismo Político, proposto por John Rawls, e pelo Liberalismo Ético, apresentado por Ronald Dworkin, tem-se por fundamental apresentar o pensamento antagônico a essa matriz, pelo que se apresentam a seguir as premissas do Comunitarismo.

---

<sup>349</sup> DWORKIN, Ronald. **O direito**. Op. cit., p. 35.

### 3.3 Proposta Comunitária:

#### 3.3.1 O modelo Comunitarista:

A respeito do comunitarismo, tem-se que esse não apresenta uma perspectiva única sobre a sociedade e sobre o constitucionalismo em geral. No entanto, tem-se a gênese desse movimento na década de 80 nos Estados Unidos da América, como um movimento de crítica ao liberalismo, especialmente por conta dos movimentos econômicos de desestatização e de globalização.<sup>350</sup>

O comunitarismo rejeita a ideia liberal de um pluralismo universalista<sup>351</sup> e apresenta como tese central a de que uma comunidade política deve ser uma comunidade ética integrada culturalmente, de modo a possibilitar a unidade social, o autogoverno democrático e a solidariedade entre os cidadãos.<sup>352</sup>

A tese comunitarista central sustenta que o contexto da justiça deve ser o contexto de uma comunidade que, em razão de seus valores, práticas e instituições (sua identidade), forma um tecido normativo que é constitutivo da identidade dos seus membros e, como tal, também é constitutivo das normas do que seja o justo.<sup>353</sup>

Sustenta-se que o modelo liberal carece do reconhecimento de um *éthos* político, do reconhecimento de cidadãos efetivamente orientados para o bem comum. E ainda, mesmo quando essa comunidade se coloca como meta o reconhecimento da igualdade entre seus membros, isso somente é obtido a partir do apelo à solidariedade, ao bem comum e à pertença ao grupo.<sup>354</sup>

As teorias comunitaristas podem ser equacionadas em duas vertentes: (a) comunitarista substancialista e (b) republicana-participativa. A primeira supõe que

<sup>350</sup> CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional democrática**. Del Rey: Belo Horizonte. 2004, p. 153.

<sup>351</sup> “Rejeita a visão liberal de um pluralismo universalista, calcado em visões particulares sobre ‘vida digna’ e adota uma concepção cultural de uma coletividade em particular. A determinação material desse conteúdo moral de valores comunitários surgiria por meio de um amplo diálogo entre os interessados individualmente e a comunidade” *In*: CRUZ, Álvaro. *Op. cit.*, p. 153.

<sup>352</sup> FORST, Rainer. *Op. cit.*, p. 129.

<sup>353</sup> *Ibidem.*, p. 11.

<sup>354</sup> *Ibidem.*, p. 130.

haja algo, denominado de bem comum, prévio ao político. A segunda concebe o bem comum como derivado de uma participação discursiva.<sup>355</sup>

Em continuidade, a primeira concebe a cidadania como a pertença ao grupo (algo semelhante ao fato de pertencer à família), enquanto que a segunda a considera como a posse de virtudes republicanas. Na primeira, o discurso político é concebido como manifestação de uma amizade civil; enquanto que, na segunda, é compreendido como uma prática comum da ação pública.<sup>356</sup>

Como modelo das concepções substancialistas, que atribuem peso à suposta solidariedade entre os membros da comunidade política tem-se o pensamento de Hegel, o qual supunha que o Estado fosse o espaço de realização dos espíritos individuais. E ainda, era por meio da incorporação substancial, pelo Estado, do conteúdo ético dos seus indivíduos, que a comunidade se descobre como algo consciente, para além dos seus membros.<sup>357</sup>

“Ela parte do pressuposto de que deve haver uma unidade forte entre a identidade dos indivíduos e a da universalidade que “suprassuma” [*aufhebt*] a oposição entre subjetividade e comunidade. Para Hegel a “eticidade” quer dizer o seguinte: o “espírito objetivo” das instituições da comunidade política assegura as liberdades individuais dos cidadãos; contudo, estas não se colocam em oposição ao Estado, que é, em primeiro lugar, sua “realidade efetiva”, a realização de seus direitos e liberdades. Naturalmente, ele é a realidade desses direitos e liberdades num sentido “substancial”, não instrumental: é somente nos valores éticos – particulares, bem como universais -, incorporados ao Estado, que uma coletividade se descobre como algo autoconsciente, para além da individualidade de seus membros.”<sup>358</sup>

O viés republicano participativo é inspirado na ideias de Rousseau, esse paradigma não parte de uma suposta unidade ético-substancial dos cidadãos, mas afirma que o bem comum é fruto de um debate entre cidadãos livres e iguais. Os cidadãos não seriam os burgueses (privados), mas indivíduos politicamente virtuosos, orientados para o bem comum.<sup>359</sup>

As duas acepções comunitaristas distinguem-se por conta da forma como entendem a identificação e a participação. A primeira (substancialista) supõe que

<sup>355</sup> FORST, Rainer. Op. cit., p. 130.

<sup>356</sup> Id.

<sup>357</sup> Id.

<sup>358</sup> Id.

<sup>359</sup> FORST, Rainer. Op. cit., p. 131.

deva haver uma identificação forte entre os membros da comunidade, enquanto que a segunda sustenta a necessidade de uma participação universal, mesmo que seja de pessoas com interesses conflitantes. Ambas as teorias concordam, porém, que o modelo do consenso sobreposto, proposto por John Rawls, é insuficiente para apreender a eticidade da comunidade política.<sup>360</sup>

Além disso, em defesa da primeira concepção (substancialista), Alasdair Macintyre argumenta que não é possível compreender a comunidade política sem a busca de um bem comum, ou ainda, sem que haja um conceito de bem humano a perseguir.<sup>361</sup>

Nesse trato, embora Alasdair Macintyre sustente não ser comunitarista<sup>362</sup>, esse se insurge à pretensão de neutralidade das teorias liberais, note-se:

Minha própria crítica ao liberalismo deriva de um julgamento de que o melhor tipo de vida humana, é aquele em que a virtude das tradições é adequadamente incorporada, é o vivido por aqueles envolvidos na construção e manutenção de formas de comunidade voltada para a realização compartilhada daqueles bens comuns, sem que o supremo bem humano não possa ser alcançado. A sociedade política liberal é caracteristicamente comprometida em negar qualquer lugar para uma concepção determinada do bem humano em seu discurso público, e muito menos permitir que a sua vida comum deva ser fundamentada em tal concepção. Na visão liberal dominante, o Estado está a ser neutro entre concepções rivais do bem humano, mas na verdade o que o liberalismo promove é uma espécie de ordem institucional, que é hostil à construção e manutenção dos tipos de relações comunais necessárias para o melhor tipo de vida humana.<sup>363</sup>

Toma-se por incabível a concepção de uma comunidade que deixe os seus indivíduos destituídos de uma orientação moral.<sup>364</sup> Por essa razão concebe a ideia de pertença à comunidade política como similar à família. A obrigação para com a

---

<sup>360</sup> FORST, Rainer. Op. cit., p. 132.

<sup>361</sup> Id.

<sup>362</sup> MACINTYRE, Alasdair C. **After Virtue: a study in moral theory**. 3 ed. Indiana: University of Notre Dame, 2007, p. xiv.

<sup>363</sup> “My own critique of liberalism derives from a judgment that the best type of human life, that in which the tradition of the virtues is most adequately embodied, is lived by those engaged in constructing and sustaining forms of community directed towards the shared achievement of those common goods without which the ultimate human good cannot be achieved. Liberal political societies are characteristically committed to denying any place for a determinate conception of the human good in their public discourse, let alone allowing that their common life should be grounded in such a conception. On the dominant liberal view, government is to be neutral as between rival conceptions of the human good, yet in fact what liberalism promotes is a kind of institutional order that is inimical to the construction and sustaining of the types of communal relationship required for the best kind of human life.” (Tradução livre). MACINTYRE, Alasdair C. Op. cit., p. xiv-xv.

<sup>364</sup> Ibidem., p. xiv-xv.

própria comunidade tem prioridade normativa absoluta frente aos pontos de vida morais supostamente neutros.<sup>365</sup>

Para Alasdair Macintyre as virtudes morais são cunhadas pela vida cotidiana, pelas circunstâncias diárias, ou ainda, por meio do envolvimento de pessoas simples em uma diversidade de práticas rotineiras, incluindo as existentes nas famílias, nas escolas, nas clínicas e noutras formas locais de comunidade política. Por fim, observa ser através dessas relações entre pessoas simples que se caracterizam os modos dominantes dos discursos moral e social, os quais inspiram as orientações das instituições.<sup>366</sup>

Noutra perspectiva, para Charles Taylor as comunidades não podem sobreviver sem a virtude do patriotismo, por parte dos seus cidadãos. Não porque tais virtudes sejam impostas desde logo pela comunidade, mas porque as instituições incorporam valores em que os indivíduos se podem identificar. O patriotismo seria um sinal de vínculo forte com a coletividade.<sup>367</sup>

Charles Taylor sustenta, ademais, que a partir do pressuposto do igual respeito entre as pessoas, é possível estabelecer duas políticas de reconhecimento, a política da igual dignidade e a da diferença. A primeira exige que as pessoas sejam tratadas de uma maneira que ignore a diferença. A segunda reconhece e encoraja a manifestação da particularidade.<sup>368</sup>

A política da igual dignidade visa à igualdade universal, para tanto formula um composto idêntico de direitos e imunidades. A política de diferença exige o

---

<sup>365</sup> FORST, Rainer. Op. cit., p. 132.

<sup>366</sup> "When recurrently the tradition of the virtues is regenerated, it is always in everyday life, it is always through the engagement by plain persons in a variety of practices, including those of making and sustaining families and households, schools, clinics, and local forms of political community. And that regeneration enables such plain persons to put to the question the dominant modes of moral and social discourse and the institutions that find their expression in those modes." *In*: MACINTYRE, Alasdair C. Op. cit., p. xv.

<sup>367</sup> FORST, Rainer. Op. cit., p. 133.

<sup>368</sup> TAYLOR, Charles. **Multiculturalismo. Examinando a política de reconhecimento.** Lisboa: Instituto Piaget, 1998, p. 63.

reconhecimento da identidade única deste ou daquele indivíduo ou grupo, do caráter singular de cada um.<sup>369</sup>

Charles Taylor ilustra essa teoria com a situação do Canadá, por meio da qual defende a existência de governos locais, diante da ausência de um sentimento de unidade ética comunitária. Ao mesmo tempo, menciona a situação do Quebec, em que se busca proteger a tradição francófona (língua, cultura etc.).<sup>370</sup>

Em relação à Constituição, Charles Taylor entende que essa se apresenta como uma matriz,

“um projeto social integrado por um conjunto de práticas comuns que determinam a identidade dos indivíduos autônomos que, por sua vez, têm a obrigação ‘de restaurar ou de sustentar a sociedade na qual esta identidade é possível’.”<sup>371</sup>

Nesse sentido, quando a Constituição estabelece que o indivíduo possui o direito de reunir-se de forma pacífica, isso significa senão a vontade de que ocorram reuniões pacíficas dos cidadãos. Assim, a Constituição estabelece uma forma de convivência e não apenas um procedimento que assegure direitos e liberdades.<sup>372</sup>

Charles Taylor acredita que “os direitos constitucionalmente assegurados significam mais a vontade e autodeterminação da sociedade do que um espaço de independência individual.”<sup>373</sup>

Por derradeiro, tem-se a conclusão de Charles Taylor a esse respeito:

“Procedi a uma pesquisa profunda sobre este assunto, por me parecer ilustrativo das questões fundamentais. Existe uma forma de política de igual respeito, guardada religiosamente num liberalismo de direitos, que é hostil à diferença, porque (a) insiste na aplicação, sem qualquer exceção, uniforme das regras que definem esses direitos, e porque (b) desconfia dos objetivos colectivos. É evidente que isto não significa que este modelo procure abolir as diferenças culturais. Afirmá-lo seria uma acusação absurda. Mas digo que é hostil à diferença, porque não pode ajustar-se àquilo que os membros das sociedades distintas aspiram realmente: a sobrevivência. Trata-se de (b) um objectivo coletivo, que (a) irá, é quase inevitável, necessitar de algumas variações nos tipos de leis

<sup>369</sup> TAYLOR, Charles. Op. cit., p. 58.

<sup>370</sup> Ibidem., p. 72-75.

<sup>371</sup> Id.

<sup>372</sup> Id.

<sup>373</sup> CITTADINO, Gisele. Op. cit., p. 161.

que consideramos admissíveis de um contexto cultural para outro, como o caso de Quebec mostra de forma clara.”<sup>374</sup>

Para Rainer Forst a teoria de Charles Taylor exige muito dos indivíduos e parece ser insuficiente para compreensão das sociedades complexas e plurais contemporâneas, pois, a noção de uma comunidade unida eticamente parece ser irreal.

“Uma comunidade política não pode afirmar a sua história sem questioná-la, pois ela é também a história de exclusão com base em critérios raciais, de condições de classe, de especificidade de gênero e também éticos (no sentido de costumes – mores). A representação de uma identidade ética comum não deixa espaço suficiente para essa necessidade de fluidificação da compreensão daquilo que pertence ou não à identidade comum.”<sup>375</sup>

Noutro trato, tem-se o pensamento de Bruce Ackerman, o qual compartilha das ideias de Taylor, a respeito da crítica aos liberais, pelo que seria inaceitável uma individualidade independente de uma comunidade que a envolvesse.<sup>376</sup>

Bruce Ackerman contrapõe-se às teorias contratualistas, pelas quais os direitos básicos dos indivíduos derivam de um contrato hipotético. Entende que estabelecer o contrato como o vínculo central entre os indivíduos significa transformar a cidadania em algo que pode ser adquirido por meio de um pacto, sem qualquer vinculação com a cultura política compartilhada por uma comunidade. A partir disso observa ser o diálogo o elo que une uma comunidade e que a cidadania é proveniente das ideias fundamentais de uma sociedade política.<sup>377</sup>

Partindo dessas premissas Bruce Ackerman estabelece uma conexão entre o processo de mobilização política de uma sociedade e a mudança constitucional. Para tanto propõe um modelo de democracia dualista, note-se:

“Creio que o presente momento é caracterizado pelo notório rompimento entre a teoria constitucional e prática constitucional. Enquanto nossa prática cívica permanece enraizada nos padrões distintos do passado estadunidense, o refinado pensamento constitucional amplamente elaborou os princípios das instituições americanas com teorias fabricadas em outros países – de modo que nossos rivais nos são tão familiares quanto o próprio quadro que pretendo retratar. Portanto parece-me conveniente iniciar com a comparação entre

<sup>374</sup> TAYLOR, Charles. Op. cit., p. 81.

<sup>375</sup> FORST, Rainer. Op. cit., p. 137.

<sup>376</sup> CRUZ, Álvaro. Op. cit., p. 156.

<sup>377</sup> CITTADINO, Gisele. Op. cit., p. 164.

esses competidores acadêmicos, que já nos são familiares, e o modelo mais adequado para captar o espírito distinto da Constituição dos Estados Unidos. Chamarei esse modelo de democracia dualista.”<sup>378</sup>

Para esse modelo de democracia dualista Bruce Ackerman vislumbra a existência de uma Constituição dualista, a qual:

“(...) busca distinguir duas decisões diferentes que podem ser tomadas em uma democracia. A primeira é uma decisão tomada pelo povo estadunidense e a segunda pelo governo. As decisões tomadas pelo povo raramente ocorrem e estão sujeitas a condições constitucionais especiais. Antes de conquistar a autoridade para exercer a lei suprema em nome do povo, os partidários de um movimento político devem, primeiramente, convencer um número extraordinário de cidadãos comprometidos a conduzir sua iniciativa proposta com seriedade demonstrando sua discordância política; em segundo lugar, devem permitir à oposição uma oportunidade justa de organização de suas forças; em terceiro lugar, devem convencer a maioria dos cidadãos simpatizantes a apoiar a iniciativa, enquanto o mérito é discutido repentinamente nos fóruns estabelecidos para criação da lei. (...) As decisões tomadas pelo governo ocorrem diariamente: entretanto, mediante determinadas condições. De forma relevante, os representantes do governo devem prestar contas regularmente nas votações. Além disso, incentivos devem lhes ser dados para que tenham uma visão ampla do interesse público, sem a influência, indevida de grupos com interesses paralelos.”<sup>379</sup>

A Constituição dualista apresenta as duas maneiras de decidir existentes em uma democracia. A primeira é aquela tomada pelo povo e a segunda pelo governo. A partir desse pressuposto toma-se que um movimento político apenas detém legitimidade plena, reconhecida pela Constituição dualista, a partir das decisões tomadas pelo povo.<sup>380</sup>

Nota-se que tanto a democracia quanto a Constituição são dualistas, pois asseguram a autonomia privada dos indivíduos nos momentos em que não há mobilização política da comunidade em seu conjunto, e, por seguinte, resguardam seus direitos. E, por garantir a plena autonomia pública dos indivíduos quando eles decidem modificar e reconstruir a sua identidade política.<sup>381</sup>

Em contraposição à democracia dualista Ackerman apresenta a democracia monista, pela qual toda e qualquer revisão institucional sobre os atos dos representantes do povo, os eleitos majoritariamente, são considerados,

<sup>378</sup> ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional**. Tradução: Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 06.

<sup>379</sup> ACKERMAN, Bruce. Op. cit., p. 07.

<sup>380</sup> Id.

<sup>381</sup> CITTADINO, Gisele. Op. cit., p. 167.

presumidamente, antidemocráticos. Para essa teoria qualquer ato de revisão normativa apresenta-se antidemocrático ou contramajoritário.<sup>382</sup>

Em relação à interpretação constitucional, para os monistas quando a Suprema Corte, ou qualquer outra Corte, considera inválida uma norma, esse fato constitui-se um obstáculo contra-majoritário<sup>383</sup>, pois “o vencedor de uma eleição justa e aberta tem o direito de governar com a total autoridade do povo”.<sup>384</sup>

Para a corrente dualista a tutela de direitos depende da declaração democrática prévia nas instâncias superiores de criação da lei. Assim, a Constituição dualista em primeiro lugar é democrática, e, por segundo, garantidora de direitos.<sup>385</sup>

Segundo Ackerman os contratualistas, ou fundamentalistas, invertem essa prioridade à medida que para esses a Constituição em primeiro lugar resguarda direitos e depois permite que o povo possa realizar seus ensejos sobre outras questões.<sup>386</sup>

Por derradeiro, Ackerman entende que a Constituição e a sua declaração de direitos não podem fixar os mais elevados padrões morais da comunidade política, pois nesses institutos há apenas um espírito, o “espírito” da Constituição e da Carta de Direitos, os quais devem não apenas assegurar procedimentos justos de resolução de conflitos, mas também garantir que estarão abertos para as futuras decisões políticas da sociedade.<sup>387 388</sup>

Em solução às propostas contrapostas Ackerman entende que a democracia dualista e a constituição dualista podem ser o que melhor representa os anseios da sociedade norteamericana, em detrimento de qualquer outra interpretação fundamentalista. Em suma, a Constituição coloca a democracia em primeiro plano.

---

<sup>382</sup> ACKERMAN, Bruce. Op. cit., p. 09.

<sup>383</sup> Ibidem., p. 10.

<sup>384</sup> Ibidem., p. 11.

<sup>385</sup> Ibidem., p. 17.

<sup>386</sup> Id.

<sup>387</sup> CITTADINO, Gisele. Op. cit., p. 167.

<sup>388</sup> ACKERMAN, Bruce. Op. cit., p. 21.

Dessa feita, nota-se que o pensamento comunitarista adota, portanto, uma teoria constitucional embasada numa estrutura proveniente de decisões políticas/morais de uma comunidade. Essas ideias compartilhadas na sociedade e cristalizadas na Constituição impõem uma ação afirmativa do Estado em seu favor.<sup>389</sup>

Apresentadas as ideias liberais, representadas pelo Liberalismo Político e Liberalismo Ético, bem como as premissas do Comunitarismo, cumpre expor as razões propostas por Jürgen Habermas, que possuem como fundamento a ética discursiva, sendo por ora denominada de Procedimentalismo, conforme se expõe a seguir.

---

<sup>389</sup> CRUZ, Álvaro. Op. cit., p. 157.

### 3.4 Proposta Discursivo-Deliberativa:

#### 3.4.1 Procedimentalismo:

De acordo com Gisele Cittadino, Habermas defende uma ética discursiva (ética deontológica<sup>390</sup>), a qual permite que as normas racionalmente justificadas possam ser aplicadas a situações concretas, as quais devem ser interpretadas à luz de valores culturais específicos.<sup>391</sup>

Nesse sentido,

“Como nas sociedades pós-convencionais as normas morais estão “descontextualizadas e “desmotivadas” em relação ao mundo da vida, temos uma forma de vida que, portanto, vem ao encontro de uma moralidade universalista. Em outras palavras, a ética discursiva, universalista, requer uma certa correspondência com mundos culturais cujas instituições políticas e sociais já incorporam representações pós-convencionais da moralidade. Os direitos fundamentais que integram as constituições de todas as sociedades democráticas contemporânea, são, para Habermas, um bom exemplo de uma moralidade universalista.”<sup>392</sup>

Em princípio, a ética discursiva pretende apresentar como é possível a obtenção de um acordo racionalmente motivado, mesmo existindo um conflito normativo.<sup>393</sup> E mais, ética discursiva visa atualizar as normas morais para o contexto moderno, apresentando-se como uma maneira de compensar a perda de eticidade das sociedades democráticas contemporâneas, instaurando para tanto um processo democrático, reflexivo e crítico.<sup>394</sup>

No entanto, não possui apenas esse papel, pois, na medida em que essa se constitui de um amplo e aberto processo argumentativo, onde os sujeitos capazes de fala e ação demandam o uso público da razão, constitui-se um poderoso

---

<sup>390</sup> “A ética teleológica – relativa a questões valorativas – Habermas opõe uma ética deontológica – referente a questões de justiça -, representada por um formalismo procedimental assegurador da imparcialidade na resolução dos conflitos normativos, que se revela na busca de um acordo racional que possa expressar os interesses generalizáveis dos sujeitos capazes de linguagem e ação.” *In*: CITTADINO, Gisele. Op. cit., p. 113.

<sup>391</sup> CITTADINO, Gisele. Op. cit., p. 114.

<sup>392</sup> CITTADINO, Gisele. Op. cit., p. 115.

<sup>393</sup> CITTADINO, Gisele. Op. cit., p. 110.

<sup>394</sup> *Id.*

instrumento de crítica social, e ainda, se presta a conformar o espaço do conflito e do dissenso.<sup>395</sup>

A ética discursiva habermasiana, ao estabelecer as regras de um amplo procedimento argumentativo que abrange todos os sujeitos capazes de linguagem e ação<sup>396</sup>, mais do que garantir a formação de um consenso, visa estabelecer as regras através das quais se institui o dissenso.<sup>397</sup>

O amplo e irrestrito processo democrático de argumentação pode incluir, além das concepções individuais de vida digna, os valores culturais que caracterizam identidades sociais. Em arremate,

“Em uma sociedade pós-convencional, a lógica democrática pressupõe o uso público da razão que, dada a racionalidade reflexiva e crítica dos cidadãos, não se encontra limitado pelos valores de concepções individuais ou de mundos plurais. Em meio à heterogeneidade e à diferença, não há outra maneira de enfretamento da violência e da dominação senão através de uma racionalidade prática, ancorada no mundo da vida, que, ao colocar em cena um amplo debate democrático, submete a um processo de justificação as normas e as instituições das sociedades contemporâneas.”<sup>398</sup>

Noutro paradigma, Habermas questiona como distintos mundos de vida inteiramente pluralizados, com distintas construções de fundo ético, com valores substantivos diversos e contraditórios podem sustentar a legitimidade do direito? E, como se pode garantir a integração social e a estabilização de múltiplos e distintos comportamentos?<sup>399</sup>

Para Habermas a moralidade deve transcender as diversas concepções de mundo, com enunciados derivados de um diálogo/discurso público e racional,

---

<sup>395</sup> CITTADINO, Gisele. Op. cit., p. 110.

<sup>396</sup> “(...) a ética habermasiana recorre ao modelo de um amplo e irrestrito diálogo, no qual todos os participantes têm igual acesso e onde prevalece a força do melhor argumento. Este modelo que Habermas designa como “situação ideal de fala”, impõe uma série de condições apresentadas através de três exigências fundamentais: a não-limitação, ou seja, a ausência de impedimentos à participação; a não-violência, enquanto inexistência de coações externas ou pressões internas; e a seriedade, na medida em que todos os participantes devem ter como objetivo a busca cooperativa de um acordo.” *In*: CITTADINO, Gisele. Op. cit., p. 111.

<sup>397</sup> CITTADINO, Gisele. Op. cit., p. 117.

<sup>398</sup> CITTADINO, Gisele. Op. cit., p. 115.

<sup>399</sup> CRUZ, Álvaro. Op. cit., p. 212.

abrangendo tanto as concepções individuais como as coletivas, mas a partir de uma deliberação racional fundada na universalização dos interesses em discussão.<sup>400</sup>

A concepção de ética do discurso, de natureza deontológica, proposta por Habermas, visa substituir da moral substantiva de Kant, sustentada por elementos éticos, religiosos e culturais de uma sociedade específica, por uma moral pós-convencional<sup>401402</sup>, na qual se estabelece um procedimento dialógico/discursivo fundado no “princípio da moralidade”.<sup>403404</sup>

### Segundo Habermas:

“a legitimidade do direito apóia-se, em última instância, num arranjo comunicativo: enquanto participantes de discursos racionais, os parceiros do direito devem poder examinar se uma norma controvertida encontra ou poderia encontrar o assentimento de todos os possíveis atingidos. Por seguinte, o almejado nexos interno entre soberania popular e direitos humanos só se estabelecerá, se o sistema dos direitos apresentar as condições exatas sob as quais as formas de comunicação – necessárias para uma legislação política autônoma – podem ser institucionalizadas juridicamente. O sistema dos direitos não pode ser reduzido a uma

<sup>400</sup> CRUZ, Álvaro. Op. cit., p. 213.

<sup>401</sup> “Neste nível, há o esforço de descentralização total das regras morais impostas pela sociedade. Este esforço segue com o desenvolvimento do indivíduo, desde o nível pré-convencional, no qual a relação é simbiótica, depois se descentraliza para uma relação dual, onde há a percepção do outro; até o período convencional no qual o indivíduo se compreende potente de fala interativa, já que internalizou os princípios básicos de interação. No período pós-convencional, o indivíduo busca agora uma autonomia em relação aos princípios morais a fim de fundamentar outras normas ou as próprias normas dos conceitos morais, podendo agora serem analisados com afastamento da realidade. Este processo de diferenciação comunicacional constitui-se em discurso.” In: FIEDLER, Regina Célia do Prado. **A teoria da ação comunicativa de Habermas e uma nova proposta de desenvolvimento e emancipação do humano**. Revista da Educação. Universidade de Guarulhos: Guarulhos, 2006, p. 98-99. Disponível em: <[www.revistas.ung.br/index.php/educacao/article/download/24/17](http://www.revistas.ung.br/index.php/educacao/article/download/24/17)>. Acesso em: 10. out. 2011.

<sup>402</sup> Habermas pretende fundamentar a moral em nível pós-metafísico, isto é, sem apoiar-se em nenhuma metafísica ou mesmo religião, uma vez que se exige uma moral pós-tradicional, ou seja, pós-convencional, que possa ser válida para todos, visto que, apesar do desmoronamento de uma visão de mundo católica compartilhada por todos, a substância normativa dos mandamentos morais religiosos permanecem nas sociedades profanas. Isto significa que diante do pluralismo de cosmovisões nas sociedades modernas, para fundamentar uma moral universalista não é permitido “do lado do método, o ponto de vista divino, do lado do conteúdo o recurso à ordem da criação e à história da salvação, e do lado da estratégia teórica, a remissão aos conceitos essenciais que perpassam a diferenciação lógica entre diversos tipos elocucionais de proposições. A filosofia moral deve justificar o sentido cognitivo da validação dos julgamentos e posicionamento morais sem recorrer a apetrechos como esse.” In: HABERMAS, Jürgen. **A inclusão**. Op. cit., p. 20.

<sup>403</sup> CRUZ, Álvaro. Op. cit., p. 213.

<sup>404</sup> “Ao contrário de O’Neill, a concepção de ética do discurso, proposta por Apel e Habermas, fundamenta de outra maneira o princípio de que uma norma moral somente pode ser justificada de modo argumentativo sob determinadas condições da participação livre e igual nos discursos. Esse princípio é fundamentado por meio de um análise da *pragmática formal* dos pressupostos de desempenho de pretensões de validades morais. Desse modo, o vínculo entre razão prática comunicativa e justificação universal torna-se mais claro: ele reside nas próprias condições de validade de normas morais.” In: FORST, Rainer. Op. cit., p. 233.

interpretação moral dos direitos, nem a uma interpretação ética da soberania do povo, porque a autonomia privada dos cidadãos não pode ser sobreposta e nem subordinada à sua autonomia política.”<sup>405</sup>

A moral pós-convencional transforma-se num procedimento para a avaliação imparcial de questões difíceis, um procedimento fundado na noção de reciprocidade, capaz de permitir/garantir o florescimento de distintos projetos de vida.<sup>406</sup>

Pelo “princípio da moralidade” cada pessoa coloca-se no lugar dos outros envolvidos e pensam na solução sob a perspectiva de cada indivíduo. Assim, uma solução justa é uma solução que seja aceita por todos os envolvidos, sendo cada um desses livre e igual, e ainda, onde nenhum desses saiba que papel assumiria.

O “princípio da moralidade” apresenta-se como elemento essencial ao processo de normatização do direito, pois, a partir desse, os indivíduos, mesmo detentores de uma herança cultural, podem identificar os valores que conformam a sua identidade e começar a tecer juízos críticos sobre eles mesmos, por meio do reconhecimento dos direitos individuais e princípios universais.<sup>407</sup>

Destaca-se ainda o princípio da democracia, o qual garante que o “discurso de fundamentação se abra para ao emprego de argumentos pragmáticos e para o uso ético-político da razão prática.”<sup>408</sup> A fundamentação do direito emprega a razão prática<sup>409</sup> em toda sua extensão.<sup>410</sup>

O princípio da democracia destina-se a amarrar um procedimento de normatização legítima do direito, e ainda, por esse princípio somente são legítimas

---

<sup>405</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Volume I. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2003, p. 138.

<sup>406</sup> CRUZ, Álvaro. Op. cit., p. 213.

<sup>407</sup> CRUZ, Álvaro. Op. cit., p. 214.

<sup>408</sup> CRUZ, Álvaro. Op. cit., p. 219.

<sup>409</sup> O princípio da razão prática é o princípio pelo qual as normas morais devem ser justificadas de modo recíproco e universal. *In*: FORST, Rainer. Op. cit., p. 230.

<sup>410</sup> “Os argumentos não-morais envolvem os pragmáticos e os éticos-políticos. Os pragmáticos ligam-se à definição dos meios necessários/adequados à realização de preferências ou objetivos da comunidade. Aí avaliam-se não apenas os meios, mas também os fins. É, pois, um elemento teleológico, finalístico, no qual se colocam discursivamente comparações e ponderações diante das alternativas para as técnicas de ação. Já os argumentos éticos-políticos envolvem debates sobre os ideais que pautam os projetos comuns da vida dessa comunidade, fixando os valores que a mesma realmente deseja para sua constituição.” *In*: CRUZ, Álvaro. Op. cit., p. 219-220.

as leis jurídicas capazes de encontrar o consentimento de todos os participantes do direito, num processo discursivo de normatização jurídica.<sup>411</sup>

O princípio da democracia,

“explica, noutros termos, o sentido performativo da prática de autodeterminação de membros do direito que se reconhecem mutuamente como membros iguais e livres de uma associação estabelecida livremente. (...) o princípio da democracia pressupõe preliminarmente a possibilidade da decisão racional de questões práticas, mais precisamente, a possibilidade *de todas* as fundamentações, a serem realizadas em discursos (e negociações reguladas por procedimento), das quais depende a legitimidade das leis. (...) Enquanto o princípio moral opera no nível da constituição interna de um determinado jogo de argumentações, o princípio da democracia refere-se ao nível da institucionalização *externa* e eficaz da participação simétrica numa formação discursiva da opinião e da vontade, a qual se realiza em formas de comunicação garantidas pelo direito.”<sup>412</sup>

Noutro viés, cumpre referenciar ainda o princípio do discurso, o qual é oriundo do conceito de racionalidade comunicativa. Esse princípio coloca em destaque o sentido das exigências de uma fundamentação pós-convencional. O mesmo possui um conteúdo normativo, pois traz consigo o sentido da imparcialidade de juízos práticos.<sup>413</sup>

O princípio refere-se a normas de ação em geral, e pode ser assim apresentado: “São válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais.”<sup>414</sup>

O princípio do discurso expõe apenas o ponto de vista sob o qual é possível fundamentar a teoria discursiva, aprecia-se:

“A teoria do discurso acolhe elementos de ambos os lados [concepção liberal e republicana sobre democracia] e os integra no conceito de um procedimento ideal para o aconselhamento e tomada de decisões. Esse *procedimento democrático* cria uma coesão interna entre *negociações, discursos de auto-entendimento e discursos sobre a justiça*, além de fundamentar a suposição de que sob tais condições se almejam resultados ora racionais, ora justos e honestos. Com isso, a razão prática desloca-se dos direitos universais do homem ou da eticidade concreta de uma determinada comunidade e restringe-se a regras discursivas e formas argumentativas que extraem seu teor normativo da base validativa da

<sup>411</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito**. Op. cit., p. 145.

<sup>412</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito**. Op. cit., p. 145-146.

<sup>413</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito**. Op. cit., p. 142.

<sup>414</sup> Id.

ação que se orienta ao estabelecimento de um acordo mútuo, isto é, da estrutura da comunidade lingüística.”<sup>415</sup>

Ultrapassadas essas premissas elementares da proposta de Habermas, esse entende que a ordem jurídica, simultaneamente, baseia-se na faticidade e validade, ou seja, na dimensão coercitiva de um direito legalmente instituído e na legitimidade proveniente de um entendimento firmado de forma negociada pela coletividade.<sup>416</sup>

Para tanto Habermas propõe a fundamentação do direito pela teoria do discurso, utilizando para isso o princípio do discurso, o princípio da moralidade e o princípio da democracia.<sup>417</sup>

Essa proposta contempla um sistema jurídico capaz de garantir as autonomias pública e privada, contemplando assim os direitos fundamentais que os cidadãos são obrigados a se atribuir mutuamente, caso desejem regular sua conveniência com os meios legítimos do direito positivo.<sup>418</sup>

Num primeiro aspecto, o princípio do discurso confere força legitimadora ao processo de normatização. A conexão entre o princípio do discurso e a forma jurídica resulta no princípio da democracia, sendo esse entrelaçamento a gênese lógica de direitos. A construção do direito apresenta a seguinte formação:

“Ela começa com a aplicação do princípio do discurso ao direito a liberdades subjetivas de ação em geral – constitutivo para a forma jurídica enquanto tal – e termina quando acontece a institucionalização política, a qual pode equipar retroativamente a autonomia privada, inicialmente abstrata, com a forma jurídica. Por isso, o princípio da democracia só pode aparecer como núcleo de um sistema de direitos. A gênese lógica desses direitos forma um processo circular, no qual o código do direito e o mecanismo para a produção do direito legítimo, portanto o princípio da democracia, se constituem de modo *co-originário*. O processo de apresentação vai do abstrato ao concreto, sendo que a concreção acontece porque a perspectiva da representação inicialmente trazida de fora, é internalizada pelo sistema de direitos, representado.”<sup>419</sup>

<sup>415</sup> HABERMAS, Jürgen. **A inclusão**. Op. cit., p. 278.

<sup>416</sup> CITTADINO, Gisele. Op. cit., p. 171.

<sup>417</sup> CRUZ, Álvaro. Op. cit., p. 224.

<sup>418</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito**. Op. cit., p. 154.

<sup>419</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito**. Op. cit., p. 158.

Desse modo, o princípio do discurso institucionalizado juridicamente assume a forma de princípio da democracia, o qual passa a fornecer a força legitimadora ao processo de normatização.

O sistema jurídico construído deve possuir especificadamente os direitos que os cidadãos são obrigados a atribuir-se reciprocamente, caso os participantes tenham interesse em regular de forma legítima a sua convivência por meio do direito positivado.<sup>420</sup>

Em função da essencialidade desses direitos fundamentais para sua proposta de sistema jurídico, Habermas apresenta quais sejam os direitos fundamentais que passam pelo filtro do princípio da moralidade, dividindo-os em 05 categorias, a saber:

“(1) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação*. (...) (2) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *status de um membro* numa associação voluntária de parceiros do direito; (3) Direitos fundamentais que resultam imediatamente da *possibilidade de postulação judicial* de direitos e da configuração politicamente autônoma de proteção jurídica individual. (...) (4) Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua *autonomia política* e através dos quais eles criam direito legítimo. (...) (5) Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) até (4).”<sup>421</sup>

Destaca-se que as três primeiras categorias apenas garantem a autonomia privada somente se houver o reconhecimento intersubjetivo mútuo por parte dos sujeitos jurídicos de que esses sejam destinatários das leis, ostentado assim um *status* que lhes permite a pretensão de obter direitos e fazer que os mesmos sejam efetivados mutuamente.<sup>422</sup>

A primeira categoria pode ser exemplificada através dos liberais clássicos ligados à liberdade, à vida, à propriedade, à intimidade, bem como em relação aos direitos sociais, como o direito do trabalho e o princípio da dignidade humana. Na

<sup>420</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito**. Op. cit., p. 158-159.

<sup>421</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito**. Op. cit., p. 159.

<sup>422</sup> Id.

segunda tem-se os direitos políticos, os direitos de não extradição e os direitos sociais e coletivos.<sup>423</sup>

A terceira categoria de direitos refere-se aos direitos que se sustentam na busca de uma justiça independente e imparcial em seus julgamentos, de forma a protegê-los por meio da tutela do Estado. Tem-se como exemplo as garantias processuais fundamentais, como ainda princípios de direito, como a independência do Poder Judiciário e do Ministério Público.<sup>424</sup>

Na quarta categoria os sujeitos de direitos desenvolvem o papel de autores de sua ordem jurídica, por meio dos direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua *autonomia política* e através dos quais eles criam direito legítimo.

Por meio desse rompe-se com o dogma da representação política liberal, pois, o indivíduo e a coletividade não se restringem a um processo de delegação de poderes, transbordam os limites de um insuficiente processo de representação política, e, a partir de então esses atores passam a exercitar sua *autonomia política* e a criar o direito legítimo.<sup>425</sup>

Esses direitos políticos fundamentam a condição de cidadãos livres e iguais dos sujeitos, sendo esse *status* auto-referencial à medida que permite aos cidadãos “modificar a sua posição material com relação ao direito, com o objetivo da interpretação e da configuração da autonomia pública e privada.”<sup>426</sup>

<sup>423</sup> CRUZ, Álvaro. Op. cit., p. 221-222.

<sup>424</sup> CRUZ, Álvaro. Op. cit., p. 222.

<sup>425</sup> “Para ele, a sociedade consistiria numa “esfera pública”, como elemento social de aferição da racionalidade do Direito, ou seja, sua adequação à moralidade pós-convencional (“princípio da moralidade”) e à política deliberativa (“princípio da democracia”). Uma cidadania ativa, inteligente, criativa, participativa e organizada, capaz de resgatar racionalmente as pretensões de validade do Direito e de renovar conceitos de “sociedade civil”. A velha sociedade liberal, que desejava ver-se livre de quaisquer intervenções estatais, e as autocráticas sociedades maoístas/stalinistas, que pretenderam eliminar por completo todo e qualquer resquício da autonomia privada, cedem lugar a uma nova sociedade, na qual os direitos humanos e a soberania popular fundem-se em apoio/proteção ao pluralismo socioeconômico, subculturas e credos religiosos.” In: CRUZ, Álvaro. Op. cit., p. 223.

<sup>426</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito**. Op. cit., p. 160.

A quinta categoria dos direitos fundamentais trata das condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados anteriormente.

Nessa categoria de direitos fundamentais Habermas visa os direitos difusos relacionados ao patrimônio histórico cultural, ao meio ambiente, ao biodireito, ao direito virtual, e ainda às novas da ciência que o direito deverá regulamentar.<sup>427</sup>

Por essa construção Habermas propõe uma teoria da sociedade que toma por base um “novo arquétipo da legislação, que extrai sua legitimidade da forma discursiva de sua normatização, na qual o direito de participação permite com que os indivíduos sintam-se como seus co-autores.”<sup>428</sup>

Para Habermas um sistema de direitos delineado desse modo garante a autonomia pública e a privada, pois ele operacionaliza a tensão entre facticidade e validade, isto é, a tensão entre positividade e a legitimidade do direito.<sup>429</sup>

Assim, ao fundar a legitimidade do direito nos procedimentos democráticos de elaboração legislativa, Habermas demonstra seu compromisso com o processo político deliberativo, no qual o embate das argumentações garante a formação da

---

<sup>427</sup> CRUZ, Álvaro. Op. cit., p. 224.

<sup>428</sup> CRUZ, Álvaro. Op. cit., p. 224.

<sup>429</sup> “Na medida em que o sistema de direitos assegura tanto a autonomia pública como a privada, ele operacionaliza a tensão entre facticidade e validade, que descrevemos inicialmente como tensão entre positividade e a legitimidade do direito. Ambos os momentos unem-se, no cruzamento recíproco entre forma do direito e o princípio do discurso, inclusive na dupla face de Janus, que o direito volve, de um lado, para seus destinatários e, de outro lado, para seus autores. De um lado, o sistema dos direitos conduz o arbítrio dos interesses de sujeitos que se orientam pelo sucesso para os trilhos de leis cogentes, que tornam compatíveis iguais liberdades subjetivas de ação; de outro lado, esse sistema mobiliza e reúne as liberdades comunicativas de civis, presumivelmente orientados pelo bem comum, na prática da legislação. Aqui irrompe novamente a tensão entre facticidade e validade; ou melhor, ela se concentra na circunstância, paradoxal à primeira vista, de que os direitos políticos fundamentais têm que institucionalizar o uso público das liberdades comunicativas *na forma* de direitos subjetivos. O código de direito não deixa outra escolha; os direitos de comunicação e de participação têm que ser formulados numa linguagem que permite aos sujeitos autônomos do direito escolher se e como vão fazer uso dele. Compete aos destinatários decidir se eles, enquanto autores, vão empregar sua vontade livre, se vão passar por uma mudança de perspectiva que os faça sair do círculo dos próprios interesses e passar para o entendimento sobre normas capazes de receber o assentimento geral, se vão ou não fazer um uso público de sua liberdade comunicativa.” In: HABERMAS, Jürgen. **Direito**. Op. cit., p. 166-167.

vontade de cidadãos plenamente autônomos, capazes de se autorealização e autodeterminação.<sup>430</sup>

Para Habermas, por conta de um mundo pós-convencional, onde os indivíduos não integram sólidas comunidades étnicas e culturais, as Constituições, além de incorporarem um sistema de direitos, podem conformar uma nação de cidadãos. A partir dessa premissa Habermas constrói o patriotismo constitucional.<sup>431</sup>

Na sociedade democrática pluralista contemporânea os indivíduos pertencem a comunidades históricas distintas e não chegam a constituir uma comunidade étnica e cultural que represente por si só uma nação.<sup>432</sup>

Por essa razão, nessa sociedade, somente a Constituição, por meio do seu sistema de direitos, é capaz de transformar os “indivíduos em uma nação de cidadãos, cuja identidade coletiva não existe antes nem independentemente do processo democrático do qual surge.”<sup>433</sup>

A concepção habermasiana de patriotismo constitucional, que é uma modalidade pós-convencional de configuração da identidade coletiva de uma ‘nação de cidadãos’, na qual, em razão da diversidade de formas culturais, a Constituição significa a única base comum a todos os cidadãos.<sup>434</sup>

Essa concepção de moralidade pós-convencional é incompatível com as ideias de que as democracias dos modernos podem se organizar em torno de valores centrais, uma vez que o patriotismo constitucional estabelece suas premissas numa concepção de cidadania democrática, capaz de gerar solidariedade entre estranhos.<sup>435</sup>

---

<sup>430</sup> CITTADINO, Gisele. Op. cit., p. 173.

<sup>431</sup> Ibidem., p. 170.

<sup>432</sup> LEITE, Roberto Basilone. Hermenêutica Constitucional como um processo político comunicativo: a crítica de Jürgen Habermas às concepções liberal e comunitária. *In*: LOIS, Cecilia Caballero. Op. Cit., p. 211.

<sup>433</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito**. Op. cit., p. 175.

<sup>434</sup> LEITE, Roberto Basilone. Op. cit., p. 212.

<sup>435</sup> CITTADINO, Gisele. Op. cit., p. 178.

Em suma, a Constituição, proposta por Habermas, não pode significar uma ordem jurídica global e concreta, destinada a impor antecipadamente uma determinada forma de vida para sociedade. Essa “determina procedimentos políticos, segundo os quais os cidadãos, assumindo seu direito de autodeterminação, podem persegui cooperativamente o projeto de produzir condições justas de vida”<sup>436</sup>

Por derradeiro, tem-se que além de construir um direito legítimo (discurso de justificação), é necessário estabelecer diretrizes sobre a aplicação desse mesmo direito, por isso Habermas propõe um discurso de aplicação para se operar o sistema de direito fundado na teoria do discurso. No discurso de aplicação discute-se, em regra, a adequação das normas a uma situação concreta. “Ele deverá examinar a identidade, ou não, do significativo contido nas expressões incluídas na norma diante dos elementos descritivos do caso.”<sup>437</sup>

No entanto, faz-se necessário haver uma justificação externa e outra interna. A primeira realiza um exame semântico das leis, na qual se possui como referência a jurisprudência e a doutrina. A segunda trata de analisar os aspectos descritivos da realidade fática, tomando nota das peculiaridades do caso em exame. Assim, todas as possibilidades textuais cruzam com os elementos circunstanciais, para ao final se obter um método concretista de aplicação imparcial das normas.<sup>438</sup>

Para operar essa interação entre norma e fato o discurso de aplicação utiliza-se do processo judicial, o qual funciona como um mecanismo garantidor de um ato decisional imparcial.<sup>439</sup> Pois, as regras processuais não regulam os argumentos permitidos, nem o seguimento da argumentação, “apenas garantem

---

<sup>436</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito**. Op. cit., p. 326.

<sup>437</sup> CRUZ, Álvaro. Op. cit., p. 225.

<sup>438</sup> Id.

<sup>439</sup> “Dessa forma, o discurso de aplicação viabiliza uma decisão imparcial, a partir de ações comunicativas ou estratégicas, por meio de um mecanismo de depuração: o processo. Logo, afasta-se a argumentação moral, que deve sustentar-se, exclusivamente, na ação comunicativa dos falantes. Em segundo lugar, é preciso destacar que o discurso de aplicação (jurisdição) afasta-se do discurso de fundamentação (legislação), em função das “formas de comunicação e dos potenciais de argumentos correspondentes. (...) In: CRUZ, Álvaro. Op. cit., p. 229.

espaços para discursos jurídicos que se transformam no objeto do processo, porém somente no resultado.”<sup>440</sup>

Para Habermas o Judiciário, quando no exercício do discurso de aplicação, deverá considerar como válida a *prima facie* as argumentações pragmáticas e ético-políticas, elaboradas pelo legislador ordinário, oriundas do balanceamento de valores e interesses.<sup>441</sup> O Judiciário não pode realizar um novo discurso de fundamentação, ao contrário, deve examinar apenas a adequação da norma às circunstâncias do caso concreto, observe-se

“O fato de o tribunal constitucional e o legislador ligarem-se às normas processuais não significa uma equiparação concorrente da justiça com o legislador. Os argumentos legitimadores, a serem extraídos da constituição, são dados preliminares ao tribunal constitucional, na perspectiva da aplicação do direito – e não na perspectiva de um legislador, que interpreta e configura o sistema de direitos, à medida que persegue suas políticas. O tribunal torna a desamarra o feixe de argumentos os quais o legislador legitima suas resoluções, a fim de mobilizá-las para uma decisão coerente do caso particular, de acordo com os princípios do direito vigente; todavia ele não pode dispor desses argumentos para uma interpretação imediata do tribunal e para uma configuração do sistema do direito e, com isso, para uma legislação implícita.”<sup>442</sup>

No controle da constitucionalidade das leis o Poder Judiciário pode deixar de aplicar uma norma, presumidamente válida, para aplicar outra norma constitucional no caso em exame. O Judiciário não deve construir novos argumentos pragmáticos ou ético-políticos, deve esse apenas justificar a não aplicação da norma, estritamente por conta do “princípio do discurso”, no qual há o “discurso da moralidade”.<sup>443</sup>

Em suma para Habermas o Judiciário, quando do exercício do controle de constitucionalidade das leis, deverá examinar e garantir a concretização das condições procedimentais da origem democrática do direito. Dessa feita, em princípio, os Tribunais devem se preocupar com a regularidade do processo legislativo, no entanto não deve restringir-se a essa função. Em seguida, devem

<sup>440</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito**. Op. cit., p. 292.

<sup>441</sup> CRUZ, Álvaro. Op. cit., p. 231.

<sup>442</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito**. Op. cit., p. 159.

<sup>443</sup> CRUZ, Álvaro. Op. cit., p. 231.

verificar a adequação dessa norma ao caso real, para o fim de afastar uma norma e aplicar diretamente a Constituição Federal.<sup>444</sup>

Nesse trato toma-se o estudo de Habermas:

“o tribunal constitucional deve proteger o sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos. O esquema clássico da separação e da interdependência entre os poderes do Estado não corresponde mais a essa intenção, uma vez que a função dos direitos não pode mais apoiar-se nas concepções sociais embutidas no paradigma do direito liberal, portanto não pode limitar-se a proteger os cidadãos naturalmente autônomos contra os excessos ao aparelho estatal. A autonomia privada é ameaçada através de posições de poder econômicas e sociais e dependente, por sua vez, do modo e da medida em que os cidadãos podem efetivamente assumir os direitos de participação e de comunicação de cidadãos do Estado. Por isso o tribunal constitucional precisa examinar o conteúdo de normas controvertidas especialmente no contexto dos pressupostos comunicativos e condições procedimentais do processo de legislação democrático. Tal *compreensão procedimentalista* da constituição imprime uma virada teórico-democrática ao problema da legitimidade do controle jurisdicional da constituição”<sup>445</sup>

Em arremate, quando do controle de constitucionalidade da norma o Judiciário, além de aferir a constitucionalidade procedimental da norma sob análise, deverá aferir a ilegitimidade da norma ordinária, pois, essa pode não sustentar-se “diante das exigências de reciprocidade da moralidade pós-convencional e dos direitos fundamentais, indispensáveis ao reconhecimento da legitimidade da norma.”<sup>446</sup>

Finda a apresentação do pensamento político-filosófico da modernidade, toma-se por necessário apresentar a influência que esse exerce sobre a jurisdição constitucional nacional, em especial na fiscalização abstrata de constitucionalidade das normas, o que se passa a apresentar no capítulo seguinte.

---

<sup>444</sup> CRUZ, Álvaro. Op. cit., p. 248.

<sup>445</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito**. Op. cit., p. 159.

<sup>446</sup> CRUZ, Álvaro. Op. cit., p. 248.

## **4 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ENTRE CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA:**

### **4.1 A Constituição de 1988 e o controle de constitucionalidade:**

A Constituição Republicana de 1988 alberga duas modalidades de controle da constitucionalidade das leis, o difuso (incidental), que se dá em via de defesa, e o concentrado (principal), que se satisfaz por via de ação. Assim, o ordenamento pátrio fiscaliza a constitucionalidade das normas de forma mista.<sup>447</sup>

O controle misto de constitucionalidade agrega os dois modelos de controle de constitucionalidade, o difuso e concentrado. Nesses modelos mistos, em tese, atribui-se a prerrogativa de afastar a aplicação da lei nas ações e processos judiciais aos órgãos ordinários do Poder Judiciário, mas se reconhece a determinado órgão de cúpula, podendo ser um Tribunal Supremo ou uma Corte Constitucional, a competência para proferir decisões em determinadas ações de perfil abstrato ou difuso.

No direito brasileiro a fiscalização da constitucionalidade de uma norma, pela via de exceção, pode ser suscitada por: a) um autor, quando da propositura de qualquer ação; b) um réu, quando da sua resposta; c) por um terceiro, juridicamente interessado. Sendo suscitada em qualquer modalidade processual, seja de conhecimento, executório ou cautelar. Podendo ser instada por meio das ações constitucionais mandamentais ou por meio da Ação Civil Pública ou da Ação Popular.<sup>448</sup>

A outra forma de fiscalização da constitucionalidade de uma norma, a via de ação, é realizada por meio dos seguintes instrumentos: a) Ação direta de inconstitucionalidade genérica (art. 102, I, “a”, CF/88); b) Arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, §1º, CF/88); c) Ação direta de inconstitucionalidade supridora de omissão (art. 103, §2º, CF/88); d) Ação direta de

---

<sup>447</sup> MENDES, Gilmar. Op. cit., p. 1062.

<sup>448</sup> CLÉVE, Clèmerson Merlin. Op. cit., p. 97.

inconstitucionalidade interventiva (art. 36, III, CF/88); e, e) Ação direta declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, “a”, CF/88).<sup>449</sup>

A partir dessa sumária exposição sobre as formas se realizar o controle de constitucionalidade das normas sob a égide da Constituição Republicana de 1988, faz-se necessário, em razão do objeto desse estudo, dar ênfase ao controle abstrato de constitucionalidade das normas, o qual servirá de parâmetro para se investigar se na fiscalização da constitucionalidade das normas o Supremo Tribunal Federal tem se valido das propostas político-filosóficas ao norte apresentadas.

Em razão disso os capítulos subseqüentes tratarão dessa temática, abordando a influência do Liberalismo Político, Liberalismo Ético, do Comunitarismo e do Procedimentalismo no exercício da jurisdição constitucional, com destaque no exercício do controle abstrato de constitucionalidade.

---

<sup>449</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 49.

## 4.2 O controle abstrato de constitucionalidade e o Liberalismo Político:

A partir dessas premissas pode-se conhecer a influência que o pensamento político filosófico contemporâneo pode exercer sobre a jurisdição constitucional, em especial no exercício do controle de constitucionalidade das leis.

A proposta dos liberais, ao norte apontados, acerca do exercício da jurisdição constitucional, pauta-se no fundamento de que uma democracia constitucional, deve, acima de tudo, garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, conferindo um papel elementar à Constituição e ao sistema de direito nela inscrito.<sup>450</sup>

Ao mais, em face de eventuais procedimentos majoritários que possam ameaçar a neutralidade liberal que assegura o espaço do desacordo razoável, a Constituição deve estabelecer um âmbito de liberdade imune a interferências externas indevidas.<sup>451</sup>

Nesse viés, de acordo com a visão de John Rawls a Suprema Corte tem a função de assegurar a vontade do povo democraticamente inscrita na Constituição, impedindo que essa vontade democrática seja obstruída ou desvirtuada por procedimentos majoritários que pretendam invadir o âmbito do uso público da razão. E, por segundo, explicitar o conteúdo da razão pública, tarefa que realiza na medida em que declara os valores políticos inscritos na Constituição e os posiciona no centro do debate público.<sup>452</sup>

De acordo com o suscitado acima, verifica-se que o conteúdo da razão pública é moldado pela concepção política de justiça, sendo esse conteúdo formado pelos princípios substantivos de justiça para a estrutura básica e pelas diretrizes de indagação e as concepções de virtude que tornam a razão pública possível.

De outro modo, Segundo John Rawls, verifica-se que a satisfação do mínimo social é imprescindível para o exercício das liberdades básicas do indivíduo, pois

---

<sup>450</sup> CITTADINO, Gisele. Op. cit., p. 183.

<sup>451</sup> Id.

<sup>452</sup> LEITE, Roberto Basilton. Op. cit., p. 216.

não é possível possuir os direitos e liberdades básicos sem que tenham sido supridas as necessidades básicas, sendo essa satisfação condicionante do pleno exercício daquela.<sup>453</sup>

Seguindo, para formação de uma concepção política de justiça como equidade é fundamental que o mínimo social esteja presente, haja vista ser esse um elemento constitucional essencial. Assim, note-se ser o mesmo um elemento de natureza constitucional.<sup>454</sup>

Dessa maneira, dos escritos de John Rawls pode-se compreender que num regime constitucional com revisão judicial a concepção política de justiça como equidade se inicia com a necessidade de satisfação do mínimo existencial e atinge seu ápice com o exercício da razão pública por meio de seu supremo tribunal.<sup>455</sup>

Nessa seara, torna-se fundamental apresentar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca do mínimo existencial, pressuposto esse essencial para uma concepção política de justiça de cunho estritamente liberal, delineado quando do exercício do controle concentrado de constitucionalidade.

O mínimo existencial recebeu a tratativa do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3768, sob a chancela da Ministra Relatora Cármen Lúcia, onde se discutiu a adequação, em relação à Constituição Republicana de 1988, da norma ventilada no Estatuto do Idoso, a qual assegura aos maiores de sessenta e cinco anos de idade a gratuidade dos transportes coletivos públicos urbanos e semi-urbanos. Trata-se esse de disposição legal voltada a reforçar o artigo 230, parágrafo 2º, da Constituição Federal.

---

<sup>453</sup> “o primeiro princípio, que trata dos direitos e liberdades básicos e iguais, pode facilmente ser precedido de um princípio lexicamente anterior, que prescreva a satisfação das necessidades básicas dos cidadãos, ao menos à medida que a satisfação dessas necessidades seja necessária para que os cidadãos entendam e tenham condições de exercer de forma fecunda esses direitos e liberdades.” *In*: RAWLS, John. Op. cit., p. 4.

<sup>454</sup> RAWLS, John. Op. cit., p. 277-280.

<sup>455</sup> RAWLS, John. Op. cit., p. 281.

A Ministra Relatora Cármem Lúcia, em seu voto, entendeu que a gratuidade dos transportes públicos para os idosos afigura-se uma garantia da qualidade de vida digna aos mesmos, representando ainda uma condição mínima de mobilidade, apta a favorecer a participação dos idosos na comunidade, bem como a viabilizar a concretização de sua dignidade e de seu bem-estar. Transcreve-se abaixo, a saber:

“A gratuidade do transporte coletivo representa uma condição mínima de mobilidade, a favorecer a participação dos idosos na comunidade, assim como viabiliza a concretização de sua dignidade e de seu bem-estar, não se compadece com condicionamento posto pelo princípio da reserva do possível. Aquele princípio haverá de se compatibilizar com a garantia do mínimo existencial, sobre o qual disse, em outra ocasião, ser “o conjunto das condições primárias sócio-políticas, materiais e psicológicas sem as quais não se dotam de conteúdo próprio os direitos assegurados constitucionalmente, em especial aqueles que se referem aos fundamentais individuais e sociais, que garantem que o princípio da dignidade humana dota-se de conteúdo determinável (conquanto não determinado abstratamente na norma constitucional que o expressa), de vinculabilidade em relação aos poderes públicos, que não podem atuar no sentido de lhe negar a existência ou de não lhe assegurar a efetivação, de densidade que lhe concede conteúdo específico sem o qual não se pode afastar o Estado.” Também afirmei antes que “O verbo constitucional, no qual (os direitos sociais) se põem assegurados normativamente, fez-se fruto de lutas que devoraram homens e desertaram comunidades inteiras. A verba constitucionalmente assegurada, para que não se cuidassem de verbo inativo aqueles direitos conquistados, ainda está em processo de aquisição, mas não pode ser negada.”<sup>456</sup>

A partir dessa premissa cumpre vislumbrar que a defesa de condições mínimas não condiciona somente a sobrevivência, mas também a vida digna, vida essa que requer ainda a satisfação mínima de bem-estar material e social, elementos esses que possibilitam às pessoas participarem efetivamente da sociedade como cidadãos.

De outro modo, o mínimo existencial pode ser compreendido como o conteúdo determinável do princípio da dignidade da pessoa humana<sup>457</sup>, o núcleo que vincula as ações e omissões do poder público. A dignidade da pessoa humana, insculpida no art. 1º, III, da Constituição Federal representa o valor constitucional

---

<sup>456</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADIN 3768/DF**. Relatora: Min. Cármem Lúcia, Brasília, 26/10/2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=491812>>. Acesso em 01 nov. 2011.

<sup>457</sup> “Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.” *In*: SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.

supremo, o epicentro de todo o ordenamento jurídico em torno do qual gravitam as demais normas e princípios.

A esse viés cabe referenciar o decisório do Supremo Tribunal Federal, o qual se manifestou sobre a dimensão negativa ou defensiva do mínimo existencial, ADI nº 2010, a qual teve por objeto a impugnação a alguns dispositivos da Lei nº 9.783/99, diploma esse que versava sobre a contribuição de seguridade social.

A esse trato o Pretório Excelso entendeu que a Constituição Republicana não permite a intervenção do Estado no patrimônio do contribuinte, por meio do poder de tributar, de maneira que lhe possa comprometer o direito à existência digna e à satisfação de suas necessidades essenciais, a saber:

“(...) CONTRIBUIÇÃO DE SEGURIDADE SOCIAL - SERVIDORES EM ATIVIDADE - ESTRUTURA PROGRESSIVA DAS ALÍQUOTAS: A PROGRESSIVIDADE EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA SUPÕE EXPRESSA AUTORIZAÇÃO CONSTITUCIONAL. RELEVU JURÍDICO DA TESE. - Relevu jurídico da tese segundo a qual o legislador comum, fora das hipóteses taxativamente indicadas no texto da Carta Política, não pode valer-se da progressividade na definição das alíquotas pertinentes à contribuição de seguridade social devida por servidores públicos em atividade. Tratando-se de matéria sujeita a estrita previsão constitucional - CF, art. 153, § 2º, I; art. 153, § 4º; art. 156, § 1º; art. 182, § 4º, II; art. 195, § 9º (contribuição social devida pelo empregador) - inexistente espaço de liberdade decisória para o Congresso Nacional, em tema de progressividade tributária, instituir alíquotas progressivas em situações não autorizadas pelo texto da Constituição. Inaplicabilidade, aos servidores estatais, da norma inscrita no art. 195, § 9º, da Constituição, introduzida pela EC nº 20/98. A inovação do quadro normativo resultante da promulgação da EC nº 20/98 - que introduziu, na Carta Política, a regra consubstanciada no art. 195, § 9º (contribuição patronal) - parece tornar insuscetível de invocação o precedente firmado na ADI nº 790-DF (RTJ 147/921). A TRIBUTAÇÃO CONFISCATÓRIA É VEDADA PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entende cabível, em sede de controle normativo abstrato, a possibilidade de a Corte examinar se determinado tributo ofende, ou não, o princípio constitucional da não-confiscatoriedade consagrado no art. 150, IV, da Constituição. Precedente: ADI 1.075-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO (o Relator ficou vencido, no precedente mencionado, por entender que o exame do efeito confiscatório do tributo depende da apreciação individual de cada caso concreto). - A proibição constitucional do confisco em matéria tributária nada mais representa senão a interdição, pela Carta Política, de qualquer pretensão governamental que possa conduzir, no campo da fiscalidade, à injusta apropriação estatal, no todo ou em parte, do patrimônio ou dos rendimentos dos contribuintes, comprometendo-lhes, pela insuportabilidade da carga tributária, o exercício do direito a uma existência digna, ou a prática de atividade profissional lícita ou, ainda, a regular satisfação de suas necessidades vitais (educação, saúde e habitação, por exemplo). A identificação do efeito confiscatório deve ser feita em função da totalidade da carga tributária, mediante verificação da capacidade de que dispõe o contribuinte - considerado o montante de sua riqueza (renda e capital) - para suportar e sofrer a incidência de todos os tributos que ele deverá pagar, dentro de determinado período, à mesma pessoa política que os houver instituído (a União Federal, no caso), condicionando-se, ainda, a aferição do grau de insuportabilidade econômico-financeira, à observância, pelo legislador, de padrões de razoabilidade destinados a neutralizar excessos de ordem fiscal eventualmente praticados pelo Poder Público. Resulta configurado o caráter confiscatório de determinado tributo, sempre que o efeito cumulativo - resultante das

múltiplas incidências tributárias estabelecidas pela mesma entidade estatal - afetar, substancialmente, de maneira irrazoável, o patrimônio e/ou os rendimentos do contribuinte. - O Poder Público, especialmente em sede de tributação (as contribuições de seguridade social revestem-se de caráter tributário), não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade.(...)”<sup>458</sup>

A proibição constitucional do confisco em matéria tributária significa a proibição, pela Carta Política, de qualquer pretensão governamental que possa conduzir, no campo da fiscalidade, à injusta apropriação por parte do Estado, de parte ou todo, patrimônio ou dos rendimentos dos contribuintes, de modo que lhe comprometa o exercício do direito a uma existência digna, ou a prática de atividade profissional lícita ou, ainda, a regular satisfação de suas necessidades vitais, como educação, saúde e habitação.

No eixo do liberalismo político proposto por John Rawls verifica-se a essencialidade do mínimo existencial para o exercício das liberdades e garantias fundamentais, bem como para realização da razão pública pelo Supremo Tribunal Federal. Pois, num regime constitucional, aparelhado pela revisão judicial, a concepção política de justiça como equidade somente se materializa se restar satisfeito o pressuposto lógico do mínimo existencial, eis que esse condicionante é o início, e por consequência, o fim dessa construção política de justiça.

---

<sup>458</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADIN 2010 MC/DF**. Relatora: Min. Celso de Mello, 12/04/2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347383>>. Acesso em 01 nov. 2011.

### 4.3 O controle abstrato de constitucionalidade e o Liberalismo Ético

Para Ronald Dworkin a Constituição e seu sistema de direitos, bem como o direito como integridade, são constituídos por normas e princípios. A partir desse fundamento é que se propõe a leitura moral da Constituição. É imprescindível para concepção de Constituição como integração que as normas infraconstitucionais e as decisões judiciais sejam com ela compatíveis.

Ronald Dworkin propõe uma leitura moral da Constituição, onde, por primeiro, os direitos fundamentais nela estabelecidos devem ser interpretados como princípios morais que decorrem da justiça e da equidade e balizadores dos limites ao poder de governamental. Parte do pressuposto de que os princípios inscritos no sistema de direitos constitucionais são oriundos de um ideal político e jurídico, segundo o qual todos os cidadãos devem ser tratados com igual respeito e consideração.<sup>459</sup>

Nesse contexto, pela leitura moral observa-se que a Constituição deve expressar exigências morais abstratas, as quais somente podem ser aplicadas em casos concretos por meio de juízos morais específicos. Assim, a constituição possui disposições abstratas, que se referem a princípios morais abstratos, que dependem de interpretações morais.<sup>460</sup>

Ronald Dworkin entende que no contexto moderno essa leitura moral torna-se imprescindível, seja por que os direitos fundamentais são praticamente estabelecidos em uma linguagem abstrata, carente de interpretação, ou ainda, porque é a única capaz de solucionar corretamente conflitos entre direitos.

Releva-se que essa leitura moral da constituição deve obedecer dois critérios: a história constitucional e a integridade constitucional. Em primeiro plano, tem-se que a interpretação constitucional deve partir do que os autores do texto original dispuseram, pelo que a história é um fator preponderante. Em segundo lugar, a leitura moral da constituição necessita de uma integridade constitucional,

---

<sup>459</sup> CITTADINO, Gisele. Op. cit., p. 156.

<sup>460</sup> DWORKIN, Ronald. **O direito**. Op. cit., p. 04.

pela qual não se pode conceber que os dispositivos morais abstratos expressem um juízo moral particular qualquer, por mais que transpareça correto.<sup>461</sup>

A partir desses fundamentos ético-liberais tem-se que o Supremo Tribunal Federal, por vezes, tem tomado decisões pautadas nesse passo, pois seus decisórios têm dado ênfase às liberdades individuais, mas não abandonando os contextos morais. E ainda, tem aplicado de forma enfática a leitura moral da Constituição, embasada na premissa de que todos os indivíduos devem ser tratados com igual consideração e respeito.

Como modelo, em princípio, tem-se a ADPF 130-MC/DF<sup>462</sup>, julgada em 30 de abril de 2009, por meio do qual a plenária do STF entendeu que a Lei 5.250/67 não foi recepcionada pela nova ordem democrática. O argumento comum entre os favoráveis foi o de que a Lei de Imprensa foi criada a partir de uma ótica punitiva e cerceadora da liberdade de expressão. Por isso, não pode sobreviver na atual ordem jurídica.

Em seu voto o ministro Menezes Direito entendeu que a Constituição de 1988 constituiu um novo cenário para a prática democrática no Brasil, o que o levou a compreender ser necessária uma leitura moral dessa Carta Política, note-se:

“Dworkin mostrou isso adequadamente quando indicou que tanto a imprensa quanto o estado sofreram desenvolvimento no seu modo de operação, dizendo, expressamente, que “as duas instituições aumentaram seu poder juntas, numa espécie de simbiose constitucional: a influência da imprensa decorre em grande parte da justificada crença do público de uma imprensa livre e poderosa serve para impor bem-vindas restrições às atitudes de segredo e desinformação por parte do Estado. A intenção mais básica dos autores da constituição era a de criar um sistema equilibrado de restrições ao poder; o papel político da imprensa, agindo dentro de imunidade limitada em relação aos seus próprios erros, parece agora um elemento essencial desse sistema – pelo fato mesmo de a imprensa ser a única instituição dotada da flexibilidade, do âmbito e da iniciativa necessárias para descobrir e publicar as mazelas secretas do Executivo, deixando a cargo das outras instituições do sistema a tarefa de saber o que fazer com essas descobertas.

(...)

Isso me leva a compreender que a leitura moral da Constituição, considerando a especial prescrição constitucional da liberdade de imprensa e dos direitos de personalidade, exige interpretação compatível com essa nova realidade. (...) A própria Constituição Federal criou

---

<sup>461</sup> DWORKIN, Ronald. **O direito**. Op. cit., p. 10-19.

<sup>462</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 130-MC/DF**. Relator: Min. Menezes Direito, Brasília, 07/11/2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608505>>. Acesso em 10 mar. 2011.

essa ampla liberdade de informação e de proteção dos direitos de personalidade. E a Suprema Corte, com sua heróica tradição de guardiã das liberdades públicas e da intransigente defesa da cidadania, assim deve continuar a proceder.”<sup>463</sup>

Em defesa da liberdade de expressão, e em desfavor da restrição de liberdade, o ministro Menezes Direito entendeu por realizar uma leitura moral da Constituição, utilizado para essa nova leitura a história constitucional e a integridade do direito.

Por primeiro, realizou-se uma abordagem histórica a respeito do papel do Estado e da imprensa na sociedade democrática e a relação desses institutos com os direitos e liberdades fundamentais. Por segundo, utilizou-se da premissa de ser a Suprema Corte brasileira guardadora histórica das liberdades públicas e defensora da cidadania, para o fim de se caracterizar a integridade do direito nacional.

De outro modo, realizando uma leitura moral da constituição pode-se referenciar a ADIN nº 4277/DF<sup>464</sup>, que fora julgada de forma conexa com a ADPF nº 178, pois possuíam o mesmo objeto, eis que postulavam a interpretação conforme a Constituição do art. 1.723 do Código Civil<sup>465</sup> vigente, com a finalidade de determinar sua aplicabilidade não apenas à união estável estabelecida entre homem e mulher, mas também à união estável constituída entre indivíduos do mesmo sexo.

Em minúcia, realizando a leitura moral da constituição cumpre dar ênfase ao voto do Min. Luiz Fux, o qual realizou uma construção temática utilizando como fundamento a base da leitura moral da Constituição, sendo: *todos os indivíduos devem ser tratados com igual consideração e respeito*.

“(…) Não se pode ceder, no caso, a considerações de ordem moral, exceto por uma, que, ao revés, é indispensável: **todos os indivíduos devem ser tratados com igual consideração e respeito**. É esta a base da *leitura moral da Constituição* propugnada por RONALD DWORKIN (*Freedom's Law: The Moral Reading of The American Constitution*. Cambridge:

---

<sup>463</sup> Id.

<sup>464</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADIN 4277/DF**. Relator: Min. Ayres Britto, 05/05/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2052452>>. Acesso em 02 nov. 2011.

<sup>465</sup> “**Art. 1.723.** É reconhecida a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.”

Harvard University Press, p. 7-8), que, mesmo tecendo argumentos sobre o constitucionalismo nos EUA, formula assertivas perfeitamente aplicáveis ao direito constitucional brasileiro. Confira-se:

[...] o governo deve tratar todos aqueles que se sujeitam ao seu domínio como detentores de igual *status* moral e político; deve tentar, de boa-fé, tratá-los com igual consideração; e deve respeitar quaisquer liberdades individuais indispensáveis a esses fins, incluindo – mas não limitado a elas – as liberdades mais especificamente designadas no documento [a 14.<sup>a</sup> Emenda à Constituição dos EUA], como as liberdades de expressão e de religião.[...] (tradução livre do inglês)

Ainda sobre a igualdade, DWORKIN, em outra obra (*A Virtude Soberana: a teoria e prática da igualdade*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. XVII), esclarece sua visão sobre o princípio da igualdade. *Verbis*:

O argumento deste livro – a resposta que oferece ao desafio da consideração igualitária – é dominado por esses dois princípios agindo em conjunto. O primeiro princípio requer que o governo adote leis e políticas que garantam que o destino de seus cidadãos, contanto que o governo consiga atingir tal meta, não dependa de quem eles sejam – seu histórico econômico, sexo, raça ou determinado conjunto de especializações ou deficiências. O segundo princípio exige que o governo se empenhe, novamente se o conseguir, por tornar o destino dos cidadãos sensível às opções que fizeram. [...]

Diante disso, ignorar a existência e a validade jurídica das uniões homoafetivas é o mesmo que as por em situação de injustificada desvantagem em relação às uniões estáveis heterossexuais. Compete ao Estado assegurar que a lei conceda a todos a *igualdade de oportunidades*, de modo que cada um possa conduzir sua vida autonomamente segundo seus próprios desígnios e que a orientação sexual não constitua óbice à persecução dos objetivos pessoais. O raciocínio se aplica, decerto, em todos os aspectos da vida e não apenas os materiais ou profissionais – sob esse prisma, submeter um indivíduo homossexual ao constrangimento de ter que ocultar seu convívio com o(a) parceiro(a) ou de não poder esperar de suas relações os efeitos legalmente decorrentes das uniões estáveis é, sem dúvida, reduzir arbitrariamente as suas oportunidades.

Essa ordem de ideias remete à questão da *autonomia privada dos indivíduos*, concebida, em uma perspectiva kantiana, como o centro da **dignidade da pessoa humana**. Rios de tinta já correram sobre o assunto no Brasil e no exterior, fazendo despiciendas maiores digressões sobre o tema. Basta, por ora, rememorar que a sua consagração no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, traduz-se na previsão de que o indivíduo mereça do Estado e dos particulares o tratamento de sujeito e não de objeto de direito, respeitando-se-lhe a autonomia, pela sua simples condição de ser humano. (...)

De volta ao caso em apreço, o silêncio legislativo sobre as uniões afetivas nada mais é do que um juízo moral sobre a realização individual pela expressão de sua orientação sexual. É a falsa insensibilidade aos projetos pessoais de felicidade dos parceiros homoafetivos que decidem unir suas vidas e perspectivas de futuro, que, na verdade, esconde uma reprovação.

Resta claro, por conseguinte, que o desprezo das uniões homoafetivas é uma afronta à dignidade dos indivíduos homossexuais, negando-lhes o tratamento igualitário no que concerne ao respeito à sua autonomia para conduzir sua vida autonomamente, submetendo-os, contra a sua vontade e contra as suas visões e percepções do mundo, a um padrão moral pré-estabelecido. Não pode haver dúvida de que se cuida de violação aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da isonomia.

A partir da premissa de leitura moral da Constituição, onde todos os indivíduos devem ser tratados com igual consideração e respeito, toma-se que a postura existente, à época, de ignorar a existência e a validade jurídica das uniões

homoafetivas era o mesmo que as por em situação de injustificada desvantagem em relação às uniões estáveis heterossexuais.

Essa postura evidencia ainda a incompletude da ação estatal, pois, é dever do Estado assegurar que a lei conceda a todos a igualdade de oportunidades, de modo que cada um possa conduzir sua vida autonomamente segundo seus próprios desígnios e que a orientação sexual não constitua óbice à persecução dos objetivos pessoais.

Acompanhando o entendimento do Min. Luiz Fux, entende-se também que omissão legislativa sobre as uniões afetivas significa um verdadeiro juízo moral sobre a realização individual pela expressão de sua orientação sexual. Em verdade, essa conduta representa reprovação dissimulada, escondida atrás da máscara da falta de sensibilidade em relação aos projetos pessoais de felicidade dos parceiros homoafetivos que decidem unir suas vidas e perspectivas de futuro.

Em arremate, verifica-se que o desprezo às uniões homoafetivas é uma afronta à dignidade dos indivíduos homossexuais, pois, negar-lhes o tratamento igualitário no que diz respeito à sua autonomia para conduzir sua vida autonomamente, submetendo-os, contra a sua vontade e contra as suas visões e percepções do mundo, a um padrão moral pré-estabelecido, afigura-se verdadeira violação aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da isonomia.

Aportando as considerações apresentadas no liberalismo ético proposto por Ronald Dworkin, nota-se que a leitura moral da Constituição esboçada no voto do Min. Luiz Fux, nos autos da ADIN nº 4277/DF, faz alusão ao princípio constitucional geral defendido por Ronald Dworkin, pelo qual *todos os indivíduos devem ser tratados com igual consideração e respeito*.

Nessa empreitada pode-se constatar que o Min. Luiz Fux, quando do seu voto, realizou uma leitura moral adequada da Constituição, nos termos propostos por Ronald Dworkin, eis que respeitou o princípio constitucional geral referenciado ao

entender que a atitude de ignorar a existência e a validade jurídica das uniões homoafetivas, é uma afronta à dignidade dos indivíduos homossexuais.

Bem como, ao reconhecer que essa postura significa negar-lhes o tratamento igualitário no que diz respeito à sua autonomia para conduzir sua vida autonomamente, submetendo-os, contra a sua vontade e contra as suas visões e percepções do mundo, a um padrão moral pré-estabelecido. Assim, essas condutas afiguram-se verdadeira violação aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da isonomia dos homossexuais.

Desse modo, tem-se que a decisão Suprema Corte brasileira, quando do julgamento da ADPF 130-MC/DF e do ADIN nº 4277/DF, além de realizar a construção e delimitação das liberdades públicas, por meio da qual essa afirma sua importância para sociedade, também realizou uma leitura moral da Constituição, na forma proposta por Ronald Dworkin. Diante disso, observa-se a influência exercida pela proposta ético-liberal sobre as decisões proferidas pelo STF no exercício do controle abstrato de constitucionalidade.

#### 4.4 O controle abstrato de constitucionalidade e o Comunitarismo

A proposta dos comunitaristas acerca do exercício da jurisdição constitucional apresenta uma tese distinta da defendida pelos liberais, pois aqueles entendem que os direitos constitucionalmente assegurados significam mais a vontade e autodeterminação da sociedade do que um espaço de independência individual. O comunitarismo

“rejeita a visão liberal de um pluralismo universalista, calcado em visões particulares sobre ‘vida digna’ e adota uma concepção cultural de uma coletividade em particular. A determinação material desse conteúdo moral de valores comunitários surgiria por meio de um amplo diálogo entre os interessados individualmente e a comunidade.”<sup>466</sup>

Os comunitários entendem que a interpretação dos direitos fundamentais e a defesa do *judicial review* são incompatíveis com a política do reconhecimento igualitário, única proposta capaz de assegurar a sobrevivência das diversas identidades culturais.<sup>467</sup>

Segundo Taylor, a leitura proposta pela teoria liberal para os direitos individuais busca neutralizar as exigências de diferenciação, instituindo controles judiciais que violam o exercício da autonomia por parte de determinados grupos culturais.<sup>468</sup>

Para exemplificar Taylor cita o exemplo do Canadá, o qual em 1982 agregou a sua Constituição a “Carta de Direitos e Liberdades”, que apresenta uma lista de direitos que proporcionam uma base para a revisão jurídica da legislação a todos os níveis governamentais. “E o problema levantado foi saber como relacionar este programa com as exigências de distinção apresentadas, por um lado, pelos canadianos franceses, e, em particular, pelos quebequenses, e, por outro lado, pelos povos indígenas.”<sup>469</sup>

---

<sup>466</sup> CRUZ, Álvaro. Op. cit., p. 153.

<sup>467</sup> CITTADINO, Gisele. Op. cit., p. 194.

<sup>468</sup> Id.

<sup>469</sup> TAYLOR, Charles. Op. cit., p. 76.

Como forma de solução dessa tensão existente no Canadá, Quebec, utilizando-se da cláusula do “não obstante”<sup>470</sup>, assegurou a existência de algumas leis relativas à proteção cultural dos franco-canadenses, como a lei que proíbe a matrícula dos filhos em escolas de língua inglesa, bem como a que impede o uso de idiomas diferentes do francês em documentos comerciais.<sup>471</sup>

De outro modo, Bruce Ackerman não observa uma relação conflituosa entre democracia e direitos fundamentais. Assim, quando a Suprema Corte americana utiliza o instituto da *judicial review* para declarar a inconstitucionalidade de uma norma aprovada majoritariamente pelo Congresso, esse processo de revisão judicial não pode ser considerado ilegítimo sob a justificativa de que viola uma decisão democrática.<sup>472</sup>

Dessa maneira, tem-se que o instituto da *judicial review* é legítimo na medida em que preserva as decisões provenientes de um povo mobilizado, capaz de soberanamente deliberar e instituir normas e princípios que regulam as suas próprias relações.<sup>473</sup>

Nesse cenário teórico, toma-se como legítima a jurisdição constitucional, haja vista a capacidade de fazer valer, em seus decisórios, o conjunto de valores que são reconhecidos pelos membros da comunidade. Assim, o órgão jurisdicional constitucional deve tomar suas decisões orientando-se por concepções axiológicas e políticas, superando-se a visão liberal clássica de simples declaração de direito pré-existente, que entenda serem aquelas comuns à comunidade política em que atua.

O constitucionalismo nacional, sem colocar ao relento a função do controle de constitucionalidade em favor da liberdade política, tem dado ênfase aos reclamos

---

<sup>470</sup> “Cláusula por meio da qual o Parlamento ou as Assembleias Provinciais podem instituir legislações imunes à revisão judicial, durante certo período.” *In*: CITTADINO, Gisele. Op. cit., p. 195.

<sup>471</sup> TAYLOR, Charles. Op. cit., p. 73.

<sup>472</sup> CITTADINO, Gisele. Op. cit., p. 199.

<sup>473</sup> *Id.*

de uma jurisdição que seja um verdadeiro instrumento de concretização dos valores sociais, seja uma jurisdição menos liberal e mais comunitarista.<sup>474</sup>

No contexto nacional, o Supremo Tribunal Federal tem aplicado, efetivamente, a teoria comunitária no controle abstrato de constitucionalidade. Para tanto, além de ter proferido decisões de conteúdo substantivo, serve-se da força do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, para realizar a ponderação dos valores existentes em questão, não se atribuindo prevalência, em tese, aos direitos liberais, sendo esses o instrumento metodológico de afirmação da matriz comunitária.

Sobre o princípio da proporcionalidade cumpre colacionar o entendimento de Celso Antonio Bandeira de Mello, para o qual:

“procede (...) do princípio da legalidade o princípio da proporcionalidade do ato à situação que demandou sua expedição. Deveras, a lei outorga competências em vista de certo fim. Toda demasia, todo excesso desnecessário ao seu atendimento, configura uma superação do escopo normativo. Assim, a providência administrativa mais extensa ou mais intensa do que o requerido para atingir o interesse público insculpido na regra aplicada é inválida, por consistir em um transbordamento da finalidade legal. Daí que o Judiciário deverá anular os atos administrativos incursos neste vício ou, quando possível, fulminar apenas aquilo que seja caracterizável, como excesso.”<sup>475</sup>

Apresenta-se o princípio da proporcionalidade sob a luz dos ensinamentos de Gilmar Mendes, a saber:

“consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das idéias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positivação jurídica, inclusive a de nível constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico. No âmbito do direito constitucional, que o acolheu e reforçou, a ponto de impô-lo à obediência não apenas das autoridades administrativas, mas também de juizes e legisladores, esse princípio acabou se tornando consubstancial à própria ideia de Estado de Direito pela sua íntima ligação com os direitos fundamentais, que lhe dão suporte e, ao mesmo tempo, dele dependem para se realizar. (...) A utilização do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso no direito constitucional envolve, (...), a apreciação da necessidade e adequação da providência legislativa. (...) O subprincípio da adequação (*Geeignetheit*) exige que as medidas interventivas adotadas se mostrem aptas a atingir de objetivos pretendidos. (...) O subprincípio da necessidade

---

<sup>474</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Jurisdição Constitucional democrática e participativa: a ADI MC 2.321 e o *amicus curae*. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; VALE, André Rufino. A jurisprudência do STF nos 20 anos da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 20.

<sup>475</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 76.

(Notwendigkeit oder Erforderlichkeit) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos<sup>476</sup>

Como exemplo aponta-se o julgado da Suprema Corte que evidencia a tendência comunitária dessa Corte, manifestada por meio da decisão proferida na ADIN nº 855-2<sup>477</sup> na qual se invalidou lei estadual que exigia a pesagem de botijões de gás diante do consumidor, no ato da venda. Entendeu-se que a aludida norma estadual violava o princípio da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos, assim, utilizou-se o princípio da ponderação de valores como instrumento de restrição de direitos.<sup>478</sup>

Eis o decisório, veja-se:

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Lei 10.248/93, do Estado do Paraná, que obriga os estabelecimentos que comercializem Gás Liquefeito de Petróleo - GLP a pesarem, à vista do consumidor, os botijões ou cilindros entregues ou recebidos para substituição, com abatimento proporcional do preço do produto ante a eventual verificação de diferença a menor entre o conteúdo e a quantidade líquida especificada no recipiente. 3. Inconstitucionalidade formal, por ofensa à competência privativa da União para legislar sobre o tema (CF/88, arts. 22, IV, 238). 4. Violação ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos. 5. Ação julgada procedente.

Nesse exemplo, ADI n. 855-2 (pesagem de botijões de gás), a lei estadual que estabelecia a exigência de pesagem dos botijões de gás na presença dos consumidores foi considerada inadequada pelo STF, pois a medida veicula afigurava-se desarrazoada e desproporcional. Contudo, indaga-se se não teria sido mais razoável e proporcional restringir em menor escala a livre iniciativa das empresas distribuidoras de gás, e, por consequência, fomentar a proteção do consumidor. De todo modo, no paradigma estabelecido pelo STF verifica-se que a proteção ao consumidor não se justificou em face da limitação à liberdade de iniciativa sofrida pelas empresas distribuidoras de gás.

<sup>476</sup> MENDES, Gilmar. Op. cit., p. 114-115/320-322.

<sup>477</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADIN 855/PR.** Relator: Min. Octavio Gallotti, 06/03/2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=583759>>. Acesso em 02 nov. 2011.

<sup>478</sup> CRUZ, Op. cit., 2004, p. 190.

Existem ainda outros casos de manuseio do princípio da ponderação de valores, como a ADIN nº 1.158-8, onde se serviu desse princípio para se limitar o poder normativo estatal, note-se:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI ESTADUAL QUE CONCEDE GRATIFICAÇÃO DE FÉRIAS (1/3 DA REMUNERAÇÃO) A SERVIDORES INATIVOS - VANTAGEM PECUNIÁRIA IRRAZOÁVEL E DESTITUÍDA DE CAUSA - LIMINAR DEFERIDA. A norma legal, que concede a servidor inativo gratificação de férias correspondente a um terço (1/3) do valor da remuneração mensal, ofende o critério da razoabilidade que atua, enquanto projeção concretizadora da cláusula do "substantive due process of law", como insuperável limitação ao poder normativo do Estado. Incide o legislador comum em desvio ético-jurídico, quando concede a agentes estatais determinada vantagem pecuniária cuja razão de ser se revela absolutamente destituída de causa. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em deferir o pedido de medida liminar para suspender, até a decisão final da ação, a eficácia do § do art. 92 da Lei n. 1.897, de 05.01.89, do Estado do Amazonas.<sup>479</sup>

Nesse contexto, o decisório acima apresentado deu aplicação ao aspecto material da cláusula do devido processo legal, insculpida no art. 5º, LIV, da Constituição Republicana. Dessa maneira, além do aspecto formal dessa cláusula, a qual impõe restrições à atuação do Poder Público, verificou-se o viés material da mesma, a qual funcionou como decisivo obstáculo à edição de atos legislativos de conteúdo arbitrário ou irrazoável.

A essência do *substantive due process of law* reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revele opressiva ou, como no caso, destituída do necessário coeficiente de razoabilidade. Isso significa que o Estado não dispõe de competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal.

Apresenta-se ainda o julgamento da Questão de Ordem em sede de Medida Cautelar, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.551/MG, no qual o Relator o Ministro Celso de Mello, na Plenária do Supremo Tribunal Federal,

---

<sup>479</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADIN 1.158-8/AM.** Relator: Min. Celso de Mello, 19/12/1994. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346863>>. Acesso em 02 nov. 2011.

entendeu que o princípio da proporcionalidade encontra-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. Observe-se:

#### TRIBUTAÇÃO E OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

- O Poder Público, **especialmente** em sede de tributação, **não pode agir imoderadamente**, pois a atividade estatal **acha-se essencialmente condicionada** pelo princípio da razoabilidade, que traduz limitação material à ação normativa do Poder Legislativo.

- O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa **está necessariamente sujeita** à rígida observância de diretriz fundamental, que, **encontrando** suporte teórico no princípio da proporcionalidade, **veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis** do Poder Público.

**O princípio da proporcionalidade**, nesse contexto, **acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público** no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais.

- A prerrogativa **institucional de tributar**, que o ordenamento positivo reconhece ao Estado, **não lhe outorga** o poder de suprimir (ou de inviabilizar) direitos de caráter fundamental constitucionalmente assegurados ao contribuinte. **É que este dispõe**, nos termos da própria Carta Política, **de um sistema de proteção** destinado a ampará-lo contra eventuais excessos cometidos pelo poder tributante ou, ainda, **contra exigências irrazoáveis** veiculadas em diplomas normativos editados pelo Estado.<sup>480</sup>

Por derradeiro, tem-se ainda a ADIN nº 4.125-TO, a qual, utilizando do princípio da proporcionalidade, decidiu que o número de cargos efetivos (providos e vagos) existentes nos quadros do Poder Executivo tocantinense e o de cargos de provimento em comissão criados por Lei Estadual era desproporcional, note-se:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EXPRESSÃO “CARGOS EM COMISSÃO” CONSTANTE DO CAPUT DO ART. 5º, DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 5º E DO CAPUT DO ART. 6º; DAS TABELAS II E III DO ANEXO II E DAS TABELAS I, II E III DO ANEXO III À LEI N. 1.950/08; E DAS EXPRESSÕES “ATRIBUIÇÕES”, “DENOMINAÇÕES” E “ESPECIFICAÇÕES” DE CARGOS CONTIDAS NO ART. 8º DA LEI N. 1.950/2008. CRIAÇÃO DE MILHARES DE CARGOS EM COMISSÃO. DESCUMPRIMENTO DOS ARTS 37, INC. II E V, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE.

1. A legislação brasileira não admite desistência de ação direta de inconstitucionalidade (art. 5º da Lei n. 9.868/99). Princípio da Indisponibilidade. Precedentes.

2. A ausência de aditamento da inicial noticiando as alterações promovidas pelas Leis tocantinenses ns. 2.142/2009 e 2.145/2009 não importa em prejuízo da Ação, pela ausência de comprometimento da essência das normas impugnadas.

<sup>480</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADIN 2.551/MG**. Relator: Min. Celso de Mello, 02/04/2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266148>>. Acesso em 02 nov. 2011.

3. O número de cargos efetivos (providos e vagos) existentes nos quadros do Poder Executivo tocantinense e o de cargos de provimento em comissão criados pela Lei n. 1.950/2008 evidencia a inobservância do princípio da proporcionalidade.
4. A obrigatoriedade de concurso público, com as exceções constitucionais, é instrumento de efetivação dos princípios da igualdade, da impessoalidade e da moralidade administrativa, garantidores do acesso aos cargos públicos aos cidadãos. A não submissão ao concurso público fez-se regra no Estado do Tocantins: afronta ao art. 37, inc. II, da Constituição da República. Precedentes.
5. A criação de 28.177 cargos, sendo 79 de natureza especial e 28.098 em comissão, não tem respaldo no princípio da moralidade administrativa, pressuposto de legitimação e validade constitucional dos atos estatais.
6. A criação de cargos em comissão para o exercício de atribuições técnicas e operacionais, que dispensam a confiança pessoal da autoridade pública no servidor nomeado, contraria o art. 37, inc. V, da Constituição da República. Precedentes.
7. A delegação de poderes ao Governador para, mediante decreto, dispor sobre “as competências, as atribuições, as denominações das unidades setoriais e as especificações dos cargos, bem como a organização e reorganização administrativa do Estado”, é inconstitucional porque permite, em última análise, sejam criados novos cargos sem a aprovação de lei.
8. Ação julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade do art. 5º, *caput* e parágrafo único; art. 6º; das Tabelas II e III do Anexo II e, das Tabelas I, II e III do Anexo III e das expressões “atribuições”, “denominações” e “especificações” de cargos contidas no art. 8º da Lei n. 1.950/2008.
9. Definição de prazo máximo de 12 (doze) meses, contados da data de julgamento da presente ação direta de inconstitucionalidade, para que o Estado faça a substituição de todos os servidores nomeados ou designados para ocupação dos cargos criados, na forma da Lei tocantinense n. 1.950.”<sup>481</sup>

Depreende-se do decisório acima que o número excessivo de cargos de provimento em comissão criados pela lei estadual do Estado de Tocantins, Lei nº. 1.950/2008, em relação ao número de cargos efetivos (providos e vagos) nos quadros do Poder Executivo tocantinense, afigura-se verdadeiro descumprimento dos arts. 37, incisos II e V, da Constituição da República e dos princípios da proporcionalidade e da moralidade administrativa.

No aludido julgado utilizou-se do princípio da proporcionalidade, ou ainda, da proibição de excesso, para o fim de se apreciar a necessidade e a adequação da providência legislativa que concedia de forma abusiva cargos de provimento em comissão. O subprincípio da adequação (*Geeignetheit*) serviu para verificar se a medida interventiva adotada se mostrava apta a atingir os objetivos pretendidos. O subprincípio da necessidade (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*) prestou-se a identificar o meio menos gravoso e igualmente eficaz para consecução dos objetivos pretendidos pela administração pública.

<sup>481</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADIN 4.125/TO**. Relator: Min. Carmen Lúcia, 10/06/2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=618980>>. Acesso em 02 nov. 2011.

Em suma, observa-se que por meio da utilização do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, os quais orientam a matriz comunitária, como procedimento metodológico de afirmação dos direitos fundamentais, o Supremo Tribunal Federal assume um caráter incondicionalmente político na condução de suas práticas hermenêuticas, em especial no controle abstrato de constitucionalidade.

No entanto, os comunitaristas ainda defendem a extinção do Supremo Tribunal Federal e a instituição de uma Corte Constitucional em seu lugar, pois essa seria a única instituição que, na qualidade de guardião dos valores constitucionais, poderia assumir de maneira eficaz a defesa da Constituição, tornando-se instrumento de inclusão social.<sup>482</sup>

Entende-se que a atuação do Supremo Tribunal Federal, no formato em que se constitui em tempos atuais, torna legítima a jurisdição constitucional, haja vista que ostenta a capacidade de, efetivamente, fazer valer em seus decisórios, o conjunto de valores que são reconhecidos pelos membros da comunidade, que são reconhecidos por meio de seu instrumento político maior.

Nesses termos, o órgão jurisdicional constitucional supremo deve continuar a tomar suas decisões orientando-se pelas concepções axiológicas e políticas de sua comunidade política, superando-se a rigorosa visão liberal clássica de simples declaração de direito pré-existent, que entenda serem aquelas comuns à comunidade política em que atua.

---

<sup>482</sup> CRUZ, Álvaro. Op. cit., p. 191.

#### 4.5 O controle abstrato de constitucionalidade e o Procedimentalismo:

Noutro trato, o modelo hermenêutico proposto Habermas pretende compatibilizar o processo político deliberativo com uma interpretação constitucional que considera o sentido deontológico das normas jurídicas, pelo que, mescla-se o pensamento liberal ao comunitarista.<sup>483</sup>

Habermas ao formular seu modelo procedimental de interpretação constitucional, desde o princípio reconhece que é possível estabelecer a

“correção de uma norma moral através de um processo de reconstrução contrafática do procedimento discursivo prático, da mesma forma como também é possível identificar a legitimidade de uma norma jurídica reconstruindo contrafaticamente o procedimento legislativo democrático.”<sup>484</sup>

A partir das orientações anteriormente estabelecidas tem-se ser possível identificar algumas características sobre a visão de Habermas a respeito do controle de constitucionalidade das leis.

“O primeiro deles é que esse controle compõe o discurso de aplicação de normas, desde que exercido pelo Judiciário. (...) Outra particularidade é a essencialidade do contraditório, vez que um discurso não se produz monologicamente, ou seja, exige mais de um participante. (...) O contraditório é o elemento essencial da dimensão pragmática do processo de obtenção da ‘resposta correta’ ou da ‘norma ideal’.”<sup>485</sup>

A partir disso, pode-se constatar que em uma democracia constitucional caracterizada pelo pluralismo, o fundamento de legitimidade das normas jurídicas não pode repousar sobre concepções religiosas ou metafísicas, porque estas não são compartilhadas por todos e não podem ser heteronomamente impostas.<sup>486</sup>

A legitimidade da ação do Estado, sobretudo quando estiverem em jogo os princípios fundamentais de justiça da comunidade política, depende da existência de razões públicas que a justifiquem, que possam ser racionalmente aceitas por todos os seus destinatários, independentemente das respectivas crenças religiosas ou concepções metafísicas.

<sup>483</sup> CITTADINO, Gisele. Op. cit., p. 203.

<sup>484</sup> Ibidem., p. 205.

<sup>485</sup> CRUZ, Álvaro. Op. cit., p. 246.

<sup>486</sup> HABERMAS, Jürgen. **A inclusão**. Op. cit., p. 20.

Em razão disso Habermas fundamenta a legitimidade do direito nos procedimentos democráticos de elaboração legislativa, passando assim a demonstrar seu compromisso com o processo político deliberativo, no qual o embate das argumentações garante a formação da vontade de cidadãos plenamente autônomos, capazes de se autorrealização e autodeterminação.

Por essa construção Habermas propõe uma teoria da sociedade que toma por base um novo arquétipo da legislação, que extrai sua legitimidade da forma discursiva de sua normatização, na qual o direito de participação permite com que os indivíduos figurem como seus co-autores. Eis o discurso de justificação proposto por Habermas.<sup>487</sup>

No entanto, além de se construir um direito legítimo (discurso de justificação), necessário se faz estabelecer diretrizes sobre a aplicação desse mesmo direito, por isso Habermas propõe um discurso de aplicação para se operar o sistema de direito fundado na teoria do discursivo. Nota-se ser o discurso de aplicação o instrumento de realização do discurso de justificação.

No discurso de aplicação discute-se, em regra, a adequação das normas ao caso em concreto, devendo-se analisar a identidade, ou não, do significante contido nas expressões incluídas na norma diante dos elementos descritivos do caso. Como modelo desse discurso de aplicação tem-se o controle de constitucionalidade das leis exercido pelo Judiciário.

Para Habermas o Judiciário, quando do exercício do controle de constitucionalidade das leis, deve examinar e garantir a concretização das condições procedimentais da origem democrática do direito. Assim, em princípio, os Tribunais devem se preocupar com a regularidade do processo legislativo, no entanto não deve restringir-se a essa função, eis que possui a função essencial de constatar a adequação dessa norma ao caso real, para, ao final, sendo essa inconstitucional, afastar a norma e aplicar diretamente a Constituição Federal.<sup>488</sup>

---

<sup>487</sup> CRUZ, Álvaro. Op. cit., p. 224.

<sup>488</sup> CRUZ, Álvaro. Op. cit., p. 248.

A teoria discursiva do direito de Habermas no cenário nacional pode ser percebida por meio da subjetivação do controle objetivo de constitucionalidade, em especial através da abertura da jurisdição constitucional para uma sociedade mais alargada dos intérpretes da Constituição. O início dessa abertura se deu por obra do legislador constituinte, o qual ampliou o rol de legitimados para proposição da ação direta de inconstitucionalidade.<sup>489</sup>

Essa tendência se reforçou com as medidas processuais dispostas na Lei nº. 9.868/99, dentre as quais se notou a aceitação da figura do *amicus curiae*.<sup>490</sup> Em seguida, a decisão da ADIN 2.321/DF<sup>491</sup> confirmou a validade da inovação e o reconheceu como instrumento do controle abstrato de constitucionalidade das leis, em especial no que tange ao direito de participação na tomada de decisões interpretativas da Lei Maior.

Essa postura permissiva de participação de instituições amigas da corte afigura-se como um elemento de legitimação das decisões do Supremo Tribunal Federal, uma vez que, no paradigma do Estado Democrático de Direito, com suporte em uma teoria procedimentalista, o Direito adquire legitimidade através de um diálogo vivo com a sociedade civil, tornando, portanto, exequível a ideia do “espaço público”.<sup>492</sup>

Depreende-se essa ideia do julgado:

**PROCESSO OBJETIVO DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO - POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO ‘AMICUS CURIAE’ UM FATOR DE PLURALIZAÇÃO E DE LEGITIMAÇÃO DO DEBATE CONSTITUCIONAL.**

- O ordenamento positivo brasileiro **processualizou**, na regra inscrita no art. 7, § 2, da Lei n 9.868/99, a figura do *amicus curiae*, permitindo, em conseq(iência, que **terceiros**, desde que investidos de representatividade adequada, **sejam** admitidos na relação processual, **para efeito** de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional.

A intervenção do “*amicus curiae*”, para legitimar-se, **deve apoiar-se** em razões que tornem **desejável** e **útil** a sua atuação processual na causa, em ordem a **proporcionar** meios que viabilizem uma adequada resolução do litígio constitucional.

<sup>489</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. Cit., p. 20.

<sup>490</sup> Id.

<sup>491</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADIN 2321/DF**. Relator: Min. Celso de Mello, Brasília, 25/10/2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347543>>. Acesso em: 15 mar. 2011.

<sup>492</sup> CRUZ, Álvaro. Op. cit., p. 375.

- A **idéia nuclear** que anima os propósitos teleológicos que motivaram a formulação da norma legal em causa, **viabilizadora da** intervenção do “*ambos curiae*” no processo de fiscalização normativa abstrata, tem **por objetivo essencial pluralizar o debate constitucional**, permitindo, desse modo, que o Supremo Tribunal Federal venha a dispor de **todos** os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia, **visando-se**, ainda, com tal abertura procedimental, **superar** a crave questão **pertinente à legitimidade** democrática das decisões emanadas desta Suprema Corte, **quando** no desempenho de seu **extraordinário** poder de efetuar, em **abstrato**, o controle concentrado de constitucionalidade.

Nesse passo, há ainda a ADIN 1.616/DF, que modificando o entendimento da Corte Máxima, passou a entender que o Advogado Geral da União (AGU) deixou de ostentar a condição absoluta de “curador especial” no controle objetivo de constitucionalidade, à medida que esse não está obrigado a defender tese jurídica sobre a qual o STF já tenha fixado entendimento pela sua inconstitucionalidade.<sup>493</sup>

DIREITO CONSTITUCIONAL. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.522, DE 11.10.96. ALTERAÇÃO DO ARTIGO 38 DA LEI Nº 8.112/90. SUSSTITUIÇÃO DE SERVIDORES PÚBLICOS INVESTIDOS EM CARGOS DE DIREÇÃO E CHEFIA OU DE NATUREZA ESPECIAL. REEDIÇÕES DE MEDIDA PROVISÓRIA FORA DO PRAZO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO CONGRESSO NACIONAL PARA DISPOR SOBRE OS EFEITOS JURÍDICOS DAÍ DECORRENTES. RESOLUÇÃO DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 6ª REGIÃO. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 62, PARÁGRAFO ÚNICO, DACONSTITUIÇÃO FEDERAL. ADOGADO-GERAL DA UNIÃO. DEFESA DO ATO IMPUGNADO DE QUE EXISTEM PRECEDENTES DO STF. POSSIBILIDADE.

(...)

4. O munus a que se refere o imperativo constitucional (CF, artigo 103, § 3º) deve ser entendido com temperamentos. O Advogado- Geral da União não está obrigado a defender tese jurídica se sobre ela esta Corte já fixou entendimento pela sua inconstitucionalidade. Ação julgada procedente para declarar inconstitucional a Resolução Administrativa do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região, tomada na Sessão Administrativa de 30 de abril de 1997.<sup>494</sup>

Em consonância com Álvaro Ricardo de Souza Cruz a permanência da possibilidade de atuação do AGU como curador da presunção de constitucionalidade do ato normativo impugnado demonstra a noção de contrariedade existente no processo objetivo de constitucionalidade, pois, o Supremo Tribunal Federal, mesmo confirmando a natureza objetiva do controle concentrado, contraria a si mesmo, à medida que busca legitimação para suas decisões por meio do princípio do contraditório.<sup>495</sup>

<sup>493</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADIN 1616/PE**. Relator: Min. Maurício Corrêa, Brasília, 24/05/2001. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266700>>. Acesso em: 15 mar. 2011.

<sup>494</sup> Id.

<sup>495</sup> CRUZ, Álvaro. Op. cit., p. 385-386.

Diferentemente desse entendimento, pode-se acrescentar que a busca pela legitimação através da aplicação do princípio do contraditório não possui o condão de descaracterizar o controle de constitucionalidade de natureza objetiva, mas sim democratizá-lo, nos termos da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição.

Sem divagar do objeto proposto, não se pode deixar de se tributar a Peter Häberle a ideia de sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, contribuição essa fundamental para uma interpretação pluralista e procedimental da Constituição, note-se:

“Portanto, existem muitas formas de legitimação democrática, desde que se liberte de um modo de pensar linear e “eruptivo” a respeito da concepção tradicional de democracia. Alcança-se uma parte significativa da democracia dos cidadãos (*Bürgerdemokratie*) com o desenvolvimento interpretativo das normas constitucionais. A possibilidade e a realidade de uma livre discussão do indivíduo e de grupo “sobre” e “sob” as normas constitucionais e os efeitos pluralistas sobre elas emprestam à atividade de interpretação um caráter multifacetado. (Acentue-se que esse processo livre está sempre submetido a ameaça e que também a nossa ordem liberal-democrática apresenta *déficit* em relação ao modelo ideal). Teoria de Democracia e Teoria de interpretação tornam-se conseqüência da Teoria da Ciência. A sociedade é livre e aberta na medida em que se amplia o círculo dos intérpretes da Constituição em sentido *lato*.”<sup>496</sup>

Nessa esteira, tem-se a lição de Gilmar Mendes

Em plena compatibilidade com essa orientação, Häberle não só defende a existência de instrumentos de defesa da minoria, como também propõe uma abertura hermenêutica que possibilite a esta minoria o oferecimento de ‘alternativas’ para a interpretação constitucional. Häberle esforça-se por demonstrar que a interpretação constitucional não é nem deve ser - um evento exclusivamente estatal. Tanto o cidadão que interpõe um recurso constitucional, quanto o partido político que impugna uma decisão legislativa são intérpretes da Constituição. Por outro lado, é a inserção da Corte no espaço pluralista ressalta Häberle - que evita distorções que poderiam advir da independência do juiz e de sua estrita vinculação à lei.<sup>497</sup>

Em ainda, a influência de Peter Häberle também pode ser observada em decisões do Supremo Tribunal Federal. Nesse trato, apresenta-se o julgamento da ADIN nº 2.777, na qual o Ministro Celso de Mello, em voto de sua lavra, confirmou a possibilidade da sustentação oral de terceiros admitidos no processo de ação direta de inconstitucionalidade, na qualidade de *amicus curiae*.

<sup>496</sup> HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação “pluralista” e procedimental da Constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 39-40.

<sup>497</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 503/504.

(...) entendo que a atuação processual do *amicus curiae* não deve limitar-se à mera apresentação de memoriais ou à prestação eventual de informações que lhe venham a ser solicitadas. Essa visão do problema – *que restringisse* a extensão dos poderes processuais do “colaborador do Tribunal” – culminaria por fazer prevalecer, na matéria, uma incompreensível *perspectiva reducionista*, que não pode (*nem deve*) ser aceita por essa Corte, *sob pena de total frustração* dos altos objetivos políticos, sociais e jurídicos visados pelo legislador *na positivação* da cláusula que, agora, admite o formal ingresso do *amicus curiae* no processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade. *Cumprir permitir*, desse modo, ao *amicus curiae*, em extensão maior, o exercício de *determinados* poderes processuais, *como aquele consistente no direito de proceder à sustentação oral* das razões que justificaram a sua admissão formal. (...)”<sup>498</sup>

Essa argumentação apresenta-se em conformidade com o entendimento de Peter Häberle, pois a manifestação da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição assegura a existência e permanência dos instrumentos de defesa da minoria, bem como proporciona uma abertura hermenêutica a essa minoria, a qual permite que essa minoria participe e ofereça alternativas para a interpretação constitucional.

Noutro prisma, cita-se a ADIN 3510<sup>499</sup>, que julgou o *case* das células-tronco, no qual o Supremo Tribunal Federal aceitou a manifestação de instituições e *experts* sobre o assunto abordado. Essa medida representou um notável ganho de legitimidade democrática para o controle de constitucionalidade, pois fez com que a sociedade participasse de uma deliberação política de relevo nacional.

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5º DA LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA). PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA. CONSTITUCIONALIDADE DO USO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS PARA FINS TERAPÊUTICOS. DESCARACTERIZAÇÃO DO ABORTO. NORMAS CONSTITUCIONAIS CONFORMADORAS DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA VIDA DIGNA, QUE PASSA PELO DIREITO À SAÚDE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. DESCABIMENTO DE UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA ADITAR À LEI DE BIOSSEGURANÇA CONTROLES DESNECESSÁRIOS QUE IMPLICAM RESTRIÇÕES ÀS PESQUISAS E TERAPIAS POR ELA VISADAS. IMPROCEDÊNCIA TOTAL DA AÇÃO. I - O CONHECIMENTO CIENTÍFICO, A CONCEITUAÇÃO JURÍDICA DE CÉLULAS-TRONCO

<sup>498</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADIN 2777/SP**. Relator: Min. Cesar Peluzo, Brasília, 27/11/2003. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 15 mar. 2011.

<sup>499</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADIN 3510/DF**. Relator: Min. Ayres Britto, Brasília, 29/05/2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em: 15 mar. 2011.

EMBRIONÁRIAS E SEUS REFLEXOS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA  
LEI DE BIODIVERSIDADE.<sup>500</sup>

Pelo paradigma procedimental proposto por Habermas, o ato de representar o indivíduo como cidadão que participa de uma deliberação política, assegura a todos e a cada um o direito de ser parte da interpretação constitucional. Por esse viés o cidadão atua decisivamente no âmbito da sociedade civil e da esfera pública política, a sua vontade e opinião, ainda que informais, interagem e influenciam as decisões e deliberações tomadas no âmbito do sistema político.<sup>501</sup>

Essa participação do cidadão como intérprete do direito ilide a argumentação da ausência de legitimidade do discurso de aplicação. A partir disso faz-se a seguinte leitura, o exercício do poder do Estado, em sede de discurso de aplicação, passa a ser informado, condicionado e orientado pela manifestação da base democrática, eis que apta e autorizada a desempenhar essa atribuição.

Esse decisório ao reconhecer a importância de participação de vários membros da sociedade, como instituições civis e religiosas, e *experts* chancela a importância da participação da cidadania no processo hermenêutico, assimilada à de colaborador da Corte no exercício de sua atribuição.

Assim, a participação do cidadão como intérprete do direito apresentou-se como um ganho de legitimidade democrática para o controle abstrato de constitucionalidade, pois a participação dos cidadãos numa deliberação política assegurou a todos e a cada um o direito de ser e fazer parte da interpretação constitucional.

Sob outras luzes, nas linhas de Habermas, observou-se que a legitimidade do direito é fundada nos procedimentos democráticos de elaboração legislativa, por meio dos quais se verifica o seu compromisso com o processo político deliberativo. O embate das argumentações por meio desse processo garante a formação da

---

<sup>500</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADIN 3510/DF**. Op. Cit., Relator: Min. Ayres Britto, Brasília, 29/05/2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>

<sup>501</sup> CRUZ, Álvaro. Op. cit., p. 209-210.

vontade de cidadãos plenamente autônomos, capazes de autorealização e autodeterminação, o que os co-autores do direito constituído.

No entanto, além de se construir um direito legítimo (discurso de justificação), necessário se faz estabelecer as diretrizes sobre a aplicação desse mesmo direito, para tanto se propõe um discurso de aplicação. Para tanto, entende Habermas que o Judiciário, quando do exercício do controle de constitucionalidade das leis, deverá examinar e garantir a concretização das condições procedimentais da origem democrática do direito.

Desse modo, quando do controle de constitucionalidade da norma o Judiciário, além de aferir a constitucionalidade procedimental da norma sob análise, deverá aferir a ilegitimidade da norma ordinária, pois, essa pode não sustentar-se diante das exigências de reciprocidade da moralidade pós-convencional e dos direitos fundamentais, indispensáveis ao reconhecimento da legitimidade da norma.

A partir disso observa-se que quando do julgamento da ADIN 3510<sup>502</sup>, o Supremo Tribunal Federal além de aferir e atestar a constitucionalidade procedimental da norma sob análise, eis que não encontrou mácula a esse respeito, aferiu e atestou a legitimidade da norma ordinária em exame, pois, após o cotejamento das razões apresentadas pelas entidades interessadas e pelos peritos no assunto, isto é, após examinar o conteúdo da norma controvertida no contexto

---

<sup>502</sup> “(...) VIII - SUFICIÊNCIA DAS CAUTELAS E RESTRIÇÕES IMPOSTAS PELA LEI DE BIOSSEGURANÇA NA CONDUÇÃO DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. A Lei de Biossegurança caracteriza-se como regração legal a salvo da mácula do aodamento, da insuficiência protetiva ou do vício da arbitrariedade em matéria tão religiosa, filosófica e eticamente sensível como a da biotecnologia na área da medicina e da genética humana. Trata-se de um conjunto normativo que parte do pressuposto da intrínseca dignidade de toda forma de vida humana, ou que tenha potencialidade para tanto. A Lei de Biossegurança não conceitua as categorias mentais ou entidades biomédicas a que se refere, mas nem por isso impede a facilitada exegese dos seus textos, pois é de se presumir que recepcionou tais categorias e as que lhe são correlatas com o significado que elas portam no âmbito das ciências médicas e biológicas. IIX - IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. Afasta-se o uso da técnica de "interpretação conforme" para a feitura de sentença de caráter aditivo que tencione conferir à Lei de Biossegurança exuberância regratória, ou restrições tendentes a inviabilizar as pesquisas com células-tronco embrionárias. Inexistência dos pressupostos para a aplicação da técnica da "interpretação conforme a Constituição", porquanto a norma impugnada não padece de polissemia ou de plurissignificatidade. Ação direta de inconstitucionalidade julgada totalmente improcedente.” In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADIN 3510/DF**. Op. Cit.

dos pressupostos comunicativos e condições procedimentais do processo de legislação democrático, o STF julgou improcedente a aludida ADIN.

Em espécie, pode-se observar que o Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer que a Lei de Biossegurança constitui uma norma a salvo da mácula do açodamento, da insuficiência protetiva ou do vício da arbitrariedade em matéria religiosa ou filosófica, mediante a manifestação dilatada dos intérpretes da constituição, afigura-se uma compreensão procedimentalista da constituição, a qual pode representar uma solução democrática ao problema da legitimidade do controle jurisdicional da constituição.

## 5 CONCLUSÃO

A partir da relação entre a ideia do Estado de Direito e a posição da Constituição verificou-se que a evolução constitucional do Brasil apresentou três fases: a) a primeira, vinculada ao modelo constitucional francês e inglês do século XIX; b) a segunda, atada ao modelo norte-americano; c) e a terceira, em curso, atrelada aos traços fundamentais do constitucionalismo alemão do século XX.

Em seguida, apresentou-se a evolução do sistema brasileiro do controle de constitucionalidade brasileiro, dando-se ênfase ao controle abstrato de constitucionalidade, em razão de ser o parâmetro utilizado para verificar a influência do pensamento político filosófico no moderno sistema brasileiro de fiscalização de constitucionalidade.

A esse respeito, em relação ao primeiro período, destacou-se que o controle jurisdicional da constitucionalidade das leis era inexistente, pois, durante a vigência Carta outorgada de 1824 o Poder Judiciário não possuía a prerrogativa de declarar a inconstitucionalidade das leis elaboradas pelo Parlamento, como ainda dos atos do Poder Público, sendo essa atribuição do Parlamento e do Poder Moderador.

Ao trato do controle de constitucionalidade na Constituição republicana de 1981, influenciada pelo Republicanismo de matriz estadunidense, essa Constituição acolheu a doutrina norte-americana do controle posterior de constitucionalidade das leis, realizado pelo Poder Judiciário, dos atos praticados pelos Poderes Legislativo e Executivo.

Com a promulgação da Constituição de 1934 estabeleceu-se a “Representação Interventiva”, por meio da qual o Procurador Geral da República levaria ao Supremo Tribunal Federal o conhecimento da lei que tivesse decretado a intervenção Federal no Estado, para que a Corte Suprema decidisse sobre a sua constitucionalidade. Com isso se criou a “ação direta interventiva”. Essa Constituição estabelecia um controle de constitucionalidade de natureza jurisdicional/política, pois o Senado Federal deveria emitir a decisão final sobre a questão.

A Constituição de 1946 fortaleceu a ideia de um controle por via de ação, pois legitimava o Procurador Geral da República a submeter ao exame do Supremo Tribunal Federal, por meio de arguição de inconstitucionalidade, determinado ato que ofendesse os princípios constitucionais, de ordem republicana e federativa. E ainda, restabeleceu a realização do controle de constitucionalidade apenas pelo Poder Judiciário.

Tão somente com o advento da Emenda Constitucional nº16, de 26/11/65 é que foi introduzido no Brasil o controle abstrato da constitucionalidade de normas federais e estaduais. A partir de então, instituiu-se um instrumento destinado a defender o sistema jurídico objetivo.

Ultrapassada a construção do controle abstrato de constitucionalidade no sistema constitucional brasileiro, fez-se imprescindível conceituar Constituição e Democracia, como ainda, apresentar a influência desses no direito e na filosofia política, sendo aqueles elementos de sustentação do presente estudo.

Pode-se constatar que o constitucionalismo significa em sua essência a limitação do poder e a supremacia da lei (Estado de Direito). As constituições modernas, influenciadas pelo constitucionalismo liberal, além de estabelecerem as bases do Estado, organizam e limitam o poder político, seja por meio dos direitos fundamentais, dos valores e dos fins públicos, bem como regulam o modo de produção e os limites de conteúdo das normas que compõem a ordem jurídica por ela instituída.

A Democracia pode ser traduzida como a expressão da soberania popular e governo da maioria. Pode significar a vontade do povo manifestada por seus legítimos representantes. A moderna democracia, também influenciada pelo ideário liberal, possui como elementos essenciais o princípio democrático e a lógica representativa.

Atuando esses dois institutos no mesmo cenário espacial e temporal, considerando-se o entendimento de parcela da doutrina contemporânea, a qual filia-

se o presente estudo, observa-se que os mesmos funcionam de forma contraposta um ao outro, pois, cada um ao manifestar-se significa verdadeira imposição de limites à atuação do outro.

Entende-se ainda que há uma relação tensionada entre Constitucionalismo (Constituição) e Democracia, pois, a vontade da maioria sempre poderá ser limitada pelo conteúdo da Constituição. E, a vontade da maioria sempre poderá modificar o conteúdo da Constituição, desde que não se ofenda o consenso mínimo (cláusulas pétreas).

Em razão dessa tensão foram apresentadas propostas para o fim de conciliar, ou mesmo moderar os efeitos da tensão entre constitucionalismo e democracia, bem como outras que refutam a existência dessa tensão.

Em especial destaca-se a proposta de Roberto Gargarella, para o qual é possível para moderar os efeitos dessa tensão por meio do constitucionalismo igualitário, o qual defende a existência de um constitucionalismo que preserve determinados direitos fundamentais que permitam a cada indivíduo levar sua vida de acordo com seus próprios ideais, bem como se preserve uma estrutura de decisão democrática, onde a opinião de cada uma possua o mesmo o valor que a dos demais.

No contexto nacional, para Luis Roberto Barroso a ideia de Estado Democrático de Direito, consagrada no artigo 1º da Constituição da República, é a síntese histórica do constitucionalismo e da democracia, os quais são fenômenos que se complementam e não antagônicos entre si. E, entende que a CF/88 estabeleceu um claro equilíbrio entre constitucionalismo e democracia à medida que estabeleceu consensos mínimos e ao mesmo tempo garantiu o espaço do pluralismo político.

De qualquer modo, acredita-se existir uma relação dialética de atração e repulsão entre o constitucionalismo e democracia, ou ainda, uma tensão entre os

valores liberdade e igualdade, constituindo essa discussão a essência do drama político dos dias contemporâneos.

No contexto da filosofia política esses valores liberdade (constitucionalismo) e igualdade (democracia) orientam a discussão entre o Universalismo e o Comunitarismo, o que representa a contraposição entre os liberais e comunitaristas.

Notou-se que essa discussão filosófica também tangencia o direito, pois, a partir dos anos 80 a filosofia política contemplou um movimento denominado *retorno ao direito*. Sendo que foi através dessa orientação que se buscou, e se busca até os dias atuais, dar um sentido ao direito para além do positivismo, cuja essência é o ceticismo ético associado à ideia do *desencantamento* do mundo. Esse movimento de *retorno ao direito* pressupõe uma necessária e intrínseca ligação entre ética e direito.

A partir dessa necessidade de ligação entre ética e direito o presente estudo se propôs a apresentar parcela do pensamento político-filosófico apto a influenciar o direito, alcançando assim o controle abstrato de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal, para tanto se utilizou das propostas liberais, comunitárias e discursivo-deliberativa.

Em primeiro plano, em termos e tempos atuais, verificou-se que é por meio da intersubjetividade que se retorna ao mundo da ética, do direito e da política, premissa essa basilar compartilhada por liberais, comunitários e crítico-deliberativos.

No entanto, discordam quando desse entrelaçamento entre a ética, o direito e a política, pois um defende a construção de consenso democrático pela maioria, outro argumenta que o pluralismo razoável é suficiente para se estabelecer um consenso, outro vislumbra que apenas o dissenso estabelecido na via deliberativa é capaz de criar condições reais de democracia. Eis a diversidade de orientações.

A proposta liberal, em sentido amplo, possui três valores centrais: liberdade pessoal (individualismo), pluralismo social (pluralismo) e constitucionalismo político (procedimentalismo). Apesar desses valores fundamentais distintos, o liberalismo possui como ponto de contato a distinção entre valores éticos (pessoais) e normas morais (universalistas), isto é, os valores que existem no interior do direito e normas que podem servir de fundamento para ele.

Em espécie, a respeito do Liberalismo político, o contratualista John Rawls apresentou uma concepção política de justiça, a qual seria formulada no seio de uma sociedade democrática, e capaz de delinear os termos equitativos de cooperação social entre cidadãos considerados livres e iguais, e membros plenamente cooperativos de uma sociedade, durante uma geração até a próxima.

Verificou-se que para John Rawls a Constituição deve pautar-se na ideia de liberdade, a qual significa a capacidade que cada cidadão possui de ter sua concepção razoável acerca da vida digna e de procurar realizar os objetivos por ela estabelecidos, sem a interferência de impedimentos externos. Ressalvou que antecedendo a liberdade deve ser satisfeito o mínimo existencial para o exercício das liberdades e garantias fundamentais.

Em síntese, John Rawls propôs uma maneira de se conceber a condição comum de iguais e elaborou uma ligação entre uma determinada forma de entender a liberdade e a igualdade a uma concepção delineada de pessoa, que seja afim às noções compartilhadas e convicções implícitas na cultura pública de uma sociedade democrática. Eis a concepção política de justiça proposta John Rawls.

De outro modo, Ronald Dworkin propôs uma concepção de direito como integridade, a qual é indispensável para a sua proposta de leitura moral da Constituição, interpretação constitucional essa atrelada à história e à integridade constitucional.

Para Ronald Dworkin os direitos e liberdades individuais são indisponíveis e o respeito pela Constituição é a maneira pela qual essa indisponibilidade é

assegurada. A ideia de igual consideração e respeito entre os cidadãos solidifica a garantia dos direitos individuais indisponíveis, bem como a ideia de democracia constitucional. Assevera que o princípio de igual consideração e respeito não pode ser violado nem por decisões judiciais ou políticas, mesmo que majoritárias.

O liberalismo de Ronald Dworkin reconhece a importância que a vida ética da comunidade pode ter para o indivíduo, que em sua esfera particular procurar realizar seus ideais de vida digna. No entanto, em razão dos acordos políticos não conseguirem abranger todas as dimensões éticas individuais, os direitos fundamentais são atribuídos apenas aos indivíduos. Assim, eis a prevalência dos direitos fundamentais individuais.

De forma contraposta, o comunitarismo, rejeitando a ideia liberal de um pluralismo universalista, expõe como tese central a de que uma comunidade política deve ser uma comunidade ética integrada culturalmente, de modo a possibilitar a unidade social, o autogoverno democrático e a solidariedade entre os cidadãos. Para esse o modelo liberal carece do reconhecimento de um *éthos* político, do reconhecimento de cidadãos efetivamente orientados para o bem comum.

Nesse cenário teórico, toma-se como legítima a jurisdição constitucional, haja vista a capacidade de fazer valer, em seus decisórios, o conjunto de valores que são reconhecidos pelos membros da comunidade. Assim, o órgão jurisdicional constitucional deve tomar suas decisões orientando-se por concepções axiológicas e políticas, superando-se a visão liberal clássica de simples declaração de direito pré-existente, que entenda serem aquelas comuns à comunidade política em que atua.

O constitucionalismo nacional, sem colocar ao relento a função do controle de constitucionalidade em favor da liberdade política, tem dado ênfase aos reclamos de uma jurisdição que seja um verdadeiro instrumento de concretização dos valores sociais, seja uma jurisdição menos liberal e mais comunitarista

Para o comunitarismo o contexto da justiça deve ser o contexto de uma comunidade que, em razão de seus valores, práticas e instituições (sua identidade), forma um tecido normativo que é constitutivo da identidade dos seus membros e, como tal, também é constitutivo das normas do que seja o justo.

A teoria comunitarista substancialista supõe que haja algo, denominado de bem comum, prévio ao político, enquanto que a republicana-participativa concebe o bem comum como derivado de uma participação discursiva. Como expoentes da concepção substancialista foram apresentadas as ideias de Hegel e Alasdair Macintyre e da republicana participativa as de Rousseau e de Charles Taylor e de Bruce Ackerman.

Desse modo, notou-se que o pensamento comunitarista adotou, portanto, uma teoria constitucional embasada numa estrutura proveniente de decisões políticas/morais de uma comunidade, por ideais e valores que orientam uma coletividade. Essas ideias compartilhadas na sociedade e cristalizadas na Constituição impõem uma ação afirmativa do Estado em seu favor.

De outra forma, Habermas propôs uma ética discursiva (ética deontológica), a qual permite que as normas racionalmente justificadas possam ser aplicadas a situações concretas, as quais devem ser interpretadas à luz de valores culturais específicos.

Para tanto Habermas apresentou uma ordem jurídica que, simultaneamente, baseia-se na faticidade e validade, ou seja, na dimensão coercitiva de um direito legalmente instituído e na legitimidade proveniente de um entendimento firmado de forma negociada pela coletividade. Sendo essa designada de discurso de justificação.

Além de construir um direito legítimo (discurso de justificação), estabeleceu ainda diretrizes sobre a aplicação desse mesmo direito, pelo que propôs um discurso de aplicação para se operar o sistema de direito fundado na teoria do discursivo. Nesse discurso de aplicação discute-se, em regra, a adequação das

normas a uma situação concreta, valendo esse para o controle de constitucionalidade.

A proposta de Habermas constitui um amplo e aberto processo argumentativo, onde os sujeitos aptos a participar conformam o espaço do conflito e do dissenso. Assim, embora existam concepções individuais e distintas de vida digna e valores culturais de diversas identidades sociais, demonstrou-se ser possível a obtenção de um acordo racionalmente motivado, mesmo fundado no dissenso.

Em síntese, a ética discursiva habermasiana, ao estabelecer as regras de um amplo procedimento argumentativo que abrange todos os sujeitos capazes de linguagem e ação, mais do que garantir a formação de um consenso, visa estabelecer as regras através das quais se institui o dissenso.

As considerações apresentadas referem-se às ideias fundamentais de cada orientação político filosófica, a partir de quais se pode verificar de que forma essas orientações influenciam no direito, em especial no exercício do controle abstrato de constitucionalidade das leis.

Em relação ao Liberalismo Político, notou-se ser a nota forte dessa orientação a imprescindibilidade do mínimo social e a exercício da razão pública pelo Supremo Tribunal Federal, tendo esse manifestado a exigência dessa condicionante constitucional quando do julgamento da ADIN nº 3768, onde se verificou que a defesa de condições mínimas não condiciona somente a sobrevivência, mas também a vida digna, vida essa que requer ainda a satisfação mínima de bem-estar material e social, elementos esses que possibilitam às pessoas participarem efetivamente da sociedade como cidadãos.

Do mesmo modo, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADIN nº 2010, se manifestou sobre a dimensão negativa ou defensiva do mínimo existencial, entendendo esse que a Constituição Republicana não permite a intervenção do Estado no patrimônio do contribuinte, por meio do poder de tributar,

de maneira que lhe possa comprometer o direito à existência digna e à satisfação de suas necessidades essenciais.

No eixo do liberalismo político proposto por John Rawls verificou-se a essencialidade do mínimo existencial para o exercício das liberdades e garantias fundamentais, pois, num regime constitucional, aparelhado pela revisão judicial, a concepção política de justiça como equidade somente se materializa se restar satisfeito o pressuposto lógico do mínimo existencial, eis que esse condicionante o início, e por consequência, o fim dessa construção política de justiça. Notou-se ainda o exercício da razão pública pelo Supremo Tribunal Federal.

A partir disso observa-se que a orientação político-filosófica do Liberalismo Político influencia, efetivamente, o direito, inclusive a jurisdição constitucional, em especial quando do exercício do controle abstrato de constitucionalidade das normas, à medida que se exige para aferir a constitucionalidade de uma norma a satisfação do mínimo existencial proposto por John Rawls.

Noutra linha, ao trato da proposta de leitura moral da Constituição de Ronald Dworkin, embasada na concepção de Constituição como integração, notou-se que o Supremo Tribunal Federal tem aplicado essa leitura quando das suas decisões, consoante se depreendeu do julgamento da ADPF 130-MC/DF, onde a Lei 5.250/67 não foi recepcionada pela nova ordem democrática sob o argumento de ser necessária a realização de uma leitura moral da Constituição, sendo utilizado para essa tanto a história constitucional e a integridade do direito.

Também realizando uma leitura moral da constituição referenciou-se a ADIN nº 4277/DF, onde o Min. Luiz Fux, quando do seu voto, realizou uma leitura moral adequada da Constituição, nos termos propostos por Ronald Dworkin, eis que respeitou o princípio constitucional geral referenciado ao entender que a atitude de ignorar a existência e a validade jurídica das uniões homoafetivas, constitui afronta ao princípio da dignidade e da isonomia dos homossexuais.

Nos termos do Liberalismo Ético, constatou-se a realização da leitura moral da Constituição, seja pela vertente que partiu da análise do contexto histórico e do direito como integridade, seja pelo viés realizou a construção e delimitação das liberdades públicas na sociedade moderna, consoante proposto por Ronald Dworkin.

Diante desse cenário nota-se que a orientação político-filosófica do Liberalismo Ético influencia, efetivamente, o direito, inclusive a jurisdição constitucional, em especial quando do exercício do controle abstrato de constitucionalidade das normas, pois a Suprema Corte utilizou-se da leitura moral da Constituição para realizar a fiscalização de constitucionalidade uma norma, nos termos do proposto por Ronald Dworkin.

Diferentemente das propostas liberais, a tese comunitarista, veiculada pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, tem dado substantividade às decisões do Supremo Tribunal Federal, consoante se depreendeu da ADIN nº 855-2, na qual se invalidou lei estadual que exigia a pesagem de botijões de gás diante do consumidor, no ato da venda, haja vista que aquela transgredia o princípio da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos.

Em adição, foram apresentados outros casos de manuseio do princípio da ponderação de valores, como o da ADIN nº 1.158-8, onde o STF se serviu desse princípio para limitar o poder normativo estatal, dando-se efetiva aplicação ao aspecto material da cláusula do devido processo legal, insculpida no art. 5º, LIV, da Constituição Republicana.

Por meio da ADIN nº 4.125-TO, o STF, utilizando do princípio da proporcionalidade, decidiu que o número de cargos efetivos (providos e vagos) existentes nos quadros do Poder Executivo do Estado de Tocantins e o de cargos de provimento em comissão criados por Lei Estadual era desproporcional.

Em suma, observou-se que por meio da utilização do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, os quais orientam a matriz comunitária, tem-se ainda realizado a afirmação dos direitos fundamentais, pois se tem analisado a

vertente substantiva que os mesmos proporcionam, haja vista que constituem decisões políticas de uma comunidade política, encartadas numa decisão democrática, a Constituição Republicana.

Nessa senda, a orientação político-filosófica do Comunitarismo influencia, efetivamente, o direito, inclusive a jurisdição constitucional, em especial quando do exercício do controle abstrato de constitucionalidade das normas, pois a Suprema Corte tem utilizado princípios que realizam a ponderação de valores para efetuar a fiscalização de constitucionalidade uma norma, nos termos do proposto pela tese comunitarista.

Desse modo, o constitucionalismo nacional, quando do exercício do controle de constitucionalidade, tem dado destaque aos reclamos de uma jurisdição que seja um verdadeiro instrumento de concretização dos valores sociais, isto é, uma jurisdição embasada por valores cunhados pela sociedade.

De todo modo, entende-se que a atuação do Supremo Tribunal Federal, no formato em que se constitui em tempos atuais, torna legítima a jurisdição constitucional, haja vista que ostenta a capacidade de, efetivamente, fazer valer em seus decisórios, o conjunto de valores que são reconhecidos pelos membros da comunidade, que são reconhecidos por meio de seu instrumento político maior.

Nesses termos, o órgão jurisdicional constitucional supremo deve continuar a tomar suas decisões orientando-se pelas concepções axiológicas e políticas de sua comunidade política, superando-se a rigorosa visão liberal clássica de simples declaração de direito pré-existentes, que entenda serem aquelas comuns à comunidade política em que atua.

Noutro trato, a teoria discursiva do direito de Habermas tem se manifestado no cenário nacional através da subjetivação do controle objetivo de constitucionalidade das normas, em especial através da abertura da jurisdição constitucional para uma sociedade mais alargada dos intérpretes da Constituição.

Essa tendência pôde ser notada por meio da decisão da ADIN 2.321/DF, a qual confirmou a validade da figura do *amicus curae* e o reconheceu como instrumento do controle abstrato de constitucionalidade das leis, em especial no que tange ao direito de participação na tomada de decisões interpretativas da Lei Maior.

Nesse prisma, a ADIN 3510, que julgou o *case* das células-tronco, no qual o Supremo Tribunal Federal aceitou a manifestação de instituições e *experts* sobre o assunto abordado, verificou-se um notável ganho de legitimidade democrática para o controle de constitucionalidade, pois se fez com que a sociedade, mesmo de forma representada, participasse de uma deliberação política de relevo nacional.

De forma sumária, essa postura permissiva de participação de instituições amigas da corte afigurou-se como um elemento de legitimação das decisões do Supremo Tribunal Federal, uma vez que, no paradigma do Estado Democrático de Direito, com suporte em uma teoria procedimentalista, o Direito adquire legitimidade através de um diálogo vivo com a sociedade civil, tornando, portanto, exequível a ideia do “espaço público”.

E, pelo paradigma procedimental proposto por Habermas, o ato de representar o indivíduo como cidadão que participa de uma deliberação política, assegura a todos e a cada um o direito de ser parte da interpretação constitucional. Por esse viés o cidadão atua decisivamente no âmbito da sociedade civil e da esfera pública política, a sua vontade e opinião, ainda que informais, interagem e influenciam as decisões e deliberações tomadas no âmbito do sistema político.

Pelo apresentado, a orientação político-filosófica Procedimentalista tem influenciado, efetivamente, o direito, inclusive a jurisdição constitucional, em especial quando do exercício do controle abstrato de constitucionalidade das normas, pois a Supremo Tribunal Federal tem se valido da subjetivação do controle objetivo de constitucionalidade das normas, em especial através da abertura da jurisdição constitucional para uma sociedade mais alargada dos intérpretes da Constituição, nos termos do proposto por Habermas.

Ante essas considerações nota-se que o Supremo Tribunal Federal, quando do exercício do controle abstrato de constitucionalidade, por vezes tem acolhido as orientações defendidas pelo Liberalismo Político, outras vezes pelo Liberalismo Ético, ou ainda as apresentadas pelo Comunitarismo ou mesmo tem seguido a proposta Discursivo- Deliberativa.

Diante disso, pode-se observar que a Suprema Corte não segue apenas uma orientação político filosófica em suas decisões, pelo que, o recurso às teses liberais, comunitárias e discursivas pode significar uma forma encontrada para se atribuir um novo sentido para direito, tendo em vista a necessidade de ser apresentar novas respostas às novas demandas sociais, derivadas da sociedade moderna, marcada pela complexidade e pluralidade.

Ou ainda, serve-se a Suprema Corte dessas orientações para se apresentar uma resposta para além do direito, para o fim de se conformar a insuficiência desse no contexto moderno, servindo-se para tanto da necessária e intrínseca ligação entre ética, política e direito.

Nesse contexto, a partir do entrelaçamento entre a ética, o direito e a política, se pôde constatar que as construções político filosóficas convergem que é por meio da intersubjetividade que se pode alcançar respostas adequadas e divergem no que diz respeito às respostas aptas a contemplar a sociedade moderna, plural e complexa.

De qualquer modo, entende-se que é por meio desse dissenso, por meio dessa gama de orientações, que se pode obter respostas aptas a apresentar um novo sentido para o direito, ou ainda, adequá-lo ou mesmo completá-lo, quando necessário for, pois, se a sociedade moderna é marcada pela complexidade e pluralidade, tem-se por adequado, além da preservação dos consensos mínimos, a utilização da intersubjetividade, da pluralidade e complexidade para se apresentar respostas às demandas sociais.

## 6 BIBLIOGRAFIA

ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional**. Tradução: Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ALENCAR, Ana Valderes Ayres Neves de. **A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais**. Revista de Informação Legislativa nº 57/239, Brasília, n. 57, p. 233-234, jan/mar. 1978.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição Constitucional: Entre Constitucionalismo e Democracia**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

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

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. São Paulo: Brasiliense, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política: A filosofia política e as lições dos clássicos**. Rio de Janeiro: Campos, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

\_\_\_\_\_. Paulo. **Do Estado liberal ao Estado Social**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Jurisdição Constitucional democrática e participativa: a ADI MC 2.321 e o *amicus curae***. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; VALE, André Rufino. **A jurisprudência do STF nos 20 anos da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao91.htm)>. Acesso em: 18 mai. 2011.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao34.htm)>. Acesso em: 21 mai. 2011.

BRASIL. Constituição (1946). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao46.htm)>. Acesso em: 21 mai. 2011.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 16 (1965)**. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/emecon/1960-1969/emendaconstitucional-16-26-novembro-1965-363609-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 01 jun. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADIN 3768/DF**. Relatora: Min. Cármem Lúcia, Brasília, 26/10/2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=491812>>. Acesso em 01 nov. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADIN 2010 MC/DF**. Relatora: Min. Celso de Mello, 12/04/2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347383>>. Acesso em 01 nov. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADIN 4277/DF**. Relator: Min. Ayres Britto, 05/05/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2052452>>. Acesso em 02 nov. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADIN 855/PR**. Relator: Min. Octavio Gallotti, 06/03/2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=583759>>. Acesso em 02 nov. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADIN 2321/DF**. Relator: Min. Celso de Mello, Brasília, 25/10/2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347543>>. Acesso em: 15 mar. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADIN 1616/PE**. Relator: Min. Maurício Corrêa, Brasília, 24/05/2001. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 15 mar. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADIN 2777/SP**. Relator: Min. Cesar Peluzo, Brasília, 27/11/2003. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 15 mar. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADIN 3510/DF**. Relator: Min. Ayres Britto, Brasília, 29/05/2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 15 mar. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADIN 3510/DF**. Op. Cit., Relator: Min. Ayres Britto, Brasília, 29/05/2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 130-MC/DF**. Relator: Min. Menezes Direito, Brasília, 07/11/2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608505>>. Acesso em 10 mar. 2011.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1984.

CARVALHO, Adriana Duarte de Souza. **Liberalismo e Corporativismo: uma análise do processo constituinte de 1946**. Sociologia & Política. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2009, p. 15-16. Disponível em: <<http://www.humanas.ufpr.br/site/evento/SociologiaPolitica/GTs-ONLINE/GT2/EixoV/liberalismo-corporativismo-AdrianaCarvalho.pdf>>. Acesso em: 25 mai. 2011.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CHUEIRI, Vera Karam de. **Fundamentos do Direito Constitucional**. Curitiba: IESDE Brasil, 2008.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da filosofia constitucional contemporânea**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COMELLA, Victor Ferreira. **Justicia Constitucional e Democracia**. Centro de Estudos Políticos y Constitucionales: Madrid, 1997.

CONSTANT, Benjamin. **Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos**, p. 1. Disponível em: <http://caosmose.net/candido/unisinos/textos/benjamin.pdf>. Acesso em: 01. Out. 2011.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional democrática**. Del Rey: Belo Horizonte. 2004.

DUVERGER, Maurice. **Os grandes sistemas políticos: Instituições políticas e Direito Constitucional I**. Coimbra: Almedina, 1985.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: A leitura moral da Constituição norte-americana**. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_. Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FIEDLER, Regina Célia do Prado. **A teoria da ação comunicativa de Habermas e uma nova proposta de desenvolvimento e emancipação do humano**. Revista da Educação. Universidade de Guarulhos: Guarulhos, 2006, p. 98-99. Disponível em:

<[www.revistas.ung.br/index.php/educacao/article/download/24/17](http://www.revistas.ung.br/index.php/educacao/article/download/24/17)>. Acesso em: 10. out. 2011.

FORST, Rainer. **Contextos da justiça: filosofia política para além de liberalismo e comunitarismo**. São Paulo: Boitempo, 2010.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Direito Constitucional: Teoria da Constituição. As Constituições do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

FREITAS, Herculano de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Câmara Municipal de São Paulo, 1923.

GARCIA, Maria. **A República no Brasil**. Instituto dos Advogados de São Paulo: Brasília, 1985.

GARGARELLA, Roberto. Constitucionalismo *versus* Democracia. *In*: GARGARELLA, Roberto. **Teoría y Crítica del Derecho Constitucional**. Tomo I. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2008.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. Tradução: Claudia Berliner. Martins Fontes: São Paulo, 2002.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação “pluralista” e procedimental da Constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 39-40.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. Tradução: George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Volume I. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

LEITE, Roberto Basilone. Hermenêutica Constitucional como um processo político comunicativo: a crítica de Jürgen Habermas às concepções liberal e comunitária. *In*: LOIS, Cecilia Caballero. Op. Cit., p. 211.

LOIS, Cecilia Caballero. Justiça e Democracia: Entre o universalismo e o comunitarismo. *In*: LOIS, Cecilia Caballero. **Justiça e Democracia: Entre o universalismo e o comunitarismo**. São Paulo: Landy, 2005.

MACINTYRE, Alasdair C. **After Virtue: a study in moral theory**. 3 ed. Indiana: University of Notre Dame, 2007.

MALISKA, Marcos Augusto. **Pluralismo Jurídico e Direito Moderno**. Curitiba: Juruá, 2006.

\_\_\_\_\_. **Estado e Século XXI: A integração supranacional sob a ótica do direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. **O Estado Constitucional em Face da Cooperação Regional e Global.** Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da Unibrasil, Curitiba, v.6, n.6, p.105-114, jan./dez. 2006.

\_\_\_\_\_. **A concretização dos direitos fundamentais no Estado democrático de direito. Reflexões sobre a complexidade do tema e o papel da jurisdição constitucional.** In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. (Orgs.) **Direitos Humanos e Democracia.** Rio de Janeiro: Forense. 2007.

\_\_\_\_\_. Nota introdutória. In: HÄBERLE, Peter. **O Estado Constitucional Cooperativo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

\_\_\_\_\_. **A cooperação internacional para os direitos humanos entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional.** Desafios do Estado constitucional cooperativo. Revista Forense, Rio de Janeiro, v.391, p.627-635, mai./jun. 2007.

\_\_\_\_\_. **Constituição e Estado Pós-Nacional. Reflexões sobre os desafios do Direito Constitucional em face da abertura da ordem jurídica estatal e das demandas internas por cidadania não homogeneizantes.** Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, v. 8. 2008.

\_\_\_\_\_. **Constituição e cooperação normativa no plano internacional: reflexões sobre o voto do Ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário n. 466.343-1.** Espaço Jurídico, Joaçaba, v.9, n.2, p.113-124, jul./dez. 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **A teoria das Constituições rígidas.** 2 ed. São Paulo: Bushatsky.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional.** 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 503/504.

\_\_\_\_\_. Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2011.

MICHELMAN, Frank I. **Brennan and Democracy.** Princeton University Press: New Jersey, 1999.

\_\_\_\_\_. Frank I. Modern constitutionalism as interplay between identity and diversity. MICHELMAN, Frank I. **Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy: Theoretical Perspectives.** Duke University Press: Durham, 1994.

MOUFFE, Chantal. **O Regresso do político.** Tradução: Ana Cecília Simões. Lisboa: Gradiva, 1996.

NINO, Carlos Santiago. Liberalismo Conservador: ¿Liberal o conservador? *In*: ALEGRE, Marcelo e GARGARELLA, Roberto (Coord.). **El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario**. Buenos Aires. LexisNexis, 2007.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito: Do Estado de Direito Liberal ao Estado Social e Democrático de Direito**. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Coimbra, 1987.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

RAWLS, John. **Liberalismo Político**. 2 ed. São Paulo: Ática, 2000.

RIBERO, Renato Janine. **Hobbes: o medo e a esperança**. *In*: WEFFORT, Francisco C. (Org.). Os clássicos da política. 13. ed. São Paulo: Ática, 2001.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Trad. de Lourdes Santos Machado. *In*. Col. Os Pensadores. V. 24. São Paulo: Abril, 1973.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

TAYLOR, Charles. **Multiculturalismo. Examinando a política de reconhecimento**. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

TORRES, Ricardo Lobo. **O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais**, Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, v.1, 1989.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Tradução: Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes. 2005.