

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

TEORIA CONSTITUCIONAL

EMILIO PELUSO NEDER MEYER

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

MARIA FERNANDA SALCEDO REPOLES

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

T314

Teoria constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Emilio Peluso Neder Meyer, Paulo Roberto Barbosa Ramos, Maria Fernanda Salcedo Repoles – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-140-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Teoria constitucional. 3. Constituição. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC
/DOM HELDER CÂMARA
TEORIA CONSTITUCIONAL**

Apresentação

O livro Teoria Constitucional reúne artigos os quais articulam ideias sobre os principais fundamentos da teoria constitucional, dando especial atenção à sua dinâmica e desenvolvimento em um contexto globalizado que impõe novos e desafios à lei fundamental.

São discutidas questões atinentes ao poder constituinte, cultura constitucional, interpretação constitucional, princípios constitucionais e alternativas à ponderação, discricionariedade judicial, interpretação constitucional, judicialização e acesso à justiça. As temáticas abordadas procuram refletir debates contemporâneos que permeiam a Teoria da Constituição em todo o mundo. Pode-se perceber, de um lado, a necessidade de difusão (mas também revisão) de inúmeros pressupostos dogmáticos: vários artigos não só apresentam, mas criticam, o uso da proporcionalidade por órgãos judiciais nacionais e transnacionais. De outro lado, os trabalhos são acompanhados de uma abordagem de forte perspectiva crítico-filosófica: a influência da filosofia da linguagem e o papel da sociologia jurídica atestam a transdisciplinariedade necessária para compreender a complexidade dos problemas que hoje perpassam o Direito Constitucional.

Não são outras as razões pelas quais a tensão entre Constitucionalismo e Democracia é inúmeras vezes invocada. Os recentes avanços do Novo Constitucionalismo Latino-Americano (em países como Bolívia, Equador e Colômbia, por exemplo), a necessidade de reforçar o papel da participação popular no acesso à justiça, o reequacionamento da relação entre força normativa da Constituição e as recorrentes frustrações da "concretude constitucional", o enfrentamento e o questionamento de uma "cultura constitucional", são todas questões que são objeto de investigação. Mais do que isso, perpassando o caso brasileiro, a reforma política é discutida na sua dimensão constitucional; o papel do Supremo Tribunal Federal na relação entre controle difuso de constitucionalidade e controle concentrado de constitucionalidade é enfrentado na ótica de realização (ou não) de anseios democráticos, principalmente pensado a partir de importações acríticas de conceitos, como o de mutação constitucional; e, como não poderia deixar de ser, a problemática do ativismo judicial é o tema de inúmeros trabalhos.

Perguntas recorrentes perpassam a compreensão da teoria constitucional exposta nos artigos. A ausência de uma maior reflexão sobre a historiografia chama a atenção para a necessidade

de refletir a respeito da manutenção de uma dependência de inúmeros sistemas constitucionais latino-americanos de um processo econômico pouco afeto a uma base popular. Isto se coloca de forma incisiva quando se pensa como somos irmanados em um passado ditatorial e autoritário que precisa ser adequadamente reconstitucionalizado. É dizer, é preciso pensar direitos de indígenas, camponeses e quilombolas, apenas para ficar em algumas identidades, a partir de uma perspectiva eminentemente emancipatória e consciência do que significa, de fato, fazer democracia depois de autoritarismos.

É preciso perceber o papel reconstutivo que a Teoria da Constituição desempenha perante os institutos do Direito Constitucional. Várias das leituras dogmáticas de institutos da jurisdição constitucional são feitas a partir de uma chave de compreensão democrática. Assim, fenômenos como o papel dos princípios na ordem constitucional ou ativismo das cortes merecem detida atenção e reflexão nos textos que se seguem. Por exemplo, torna-se possível distinguir o ativismo judicial da atuação judicial responsável e garantidora da efetivação da Constituição.

Espera-se que o leitor possa, a partir das reflexões lançadas no livro, entrar em diálogo com perspectivas democráticas e emancipatórias que possam, de fato, cooperar com um sentido forte de construção do projeto constituinte de 1988.

LEGITIMIDADE DO PROCESSO CONSTITUCIONAL DE RECEPÇÃO DE LEIS NO BRASIL: UMA CRÍTICA SOB A ÓTICA PROCEDIMENTAL DISCURSIVA

LEGITIMITY OF THE CONSTITUTIONAL PROCEDURE OF THE RECEPTION OF THE BRAZILIAN LEGAL ACTS: A CRITICAL ANALYSIS UNDER THE DISCURSIVE PROCESS BIAS

**Fabiana Figueiredo Felício dos Santos
Nathalia Brito De Carvalho**

Resumo

O presente artigo, a partir da obra *Direito Processual Constitucional: Aspectos Contemporâneos*, de José Alfredo de Oliveira Baracho, aborda o tema jurisdição constitucional, fazendo uma breve análise do contexto histórico, formas e modelos, a fim de relacionar esse tema à teoria discursiva do filósofo e sociólogo alemão Jürgen Habermas. Apresenta os pressupostos que, segundo Habermas, viabilizam a efetivação de uma jurisdição constitucional e de um processo constitucional em que haja uma plena garantia da cidadania e do pluralismo político. Ainda, faz um breve incursão no instituto da recepção de normas editadas anteriormente à atual Constituição. Como o Brasil adota o sistema misto de jurisdição constitucional, mesclando as formas concentrada e difusa de controle de constitucionalidade, é proporcionada ao cidadão a participação no procedimento de defesa e salvaguarda da supremacia constitucional.

Palavras-chave: Jurisdição constitucional, Estado democrático de direito, Cidadania, Recepção, Teoria do agir comunicativo habermasiana

Abstract/Resumen/Résumé

This article, inspired on the book "Constitutional Procedural Law: Contemporary Issues", of José Alfredo de Oliveira Baracho, deals with the constitutional jurisdiction, making a brief analysis of the historical context, forms and templates, in order to relate this theme to the discursive theory of germanphilosopher and sociologist Jürgen Habermas. It presents the principles which, according to Habermas, enable the effectiveness of a constitutional court and a constitutional process in which there is a full guarantee of citizenship and political pluralism. Further, it makes a brief clarification on the reception of norms previously edited to the current Constitution. As Brazil adopts a mixed system of constitutional jurisdiction, merging as concentrated forms and diffuse constitutionality control, it is provided to the citizens the participation in the procedure of defending and protecting constitutional supremacy.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutional jurisdiction, Democratic rule of law, Citizenship, Reception, Habermas's theory of communicative action

I INTRODUÇÃO

Tomando por base os ensinamentos de José Alfredo de Oliveira Baracho em sua obra “Direito Processual Constitucional: Aspectos Contemporâneos”, além da teoria discursiva habermasiana, o presente artigo busca analisar o instituto da jurisdição constitucional e seu papel fundamental de efetivação das garantias e direitos fundamentais. Após conceituar o processo constitucional e demonstrar sua importância para a efetividade da democracia e dos direitos fundamentais, tratar-se-á dos modelos norte-americano e europeu de jurisdição constitucional, criticando-os à luz da teoria discursiva de Habermas.

O instituto da jurisdição constitucional no contexto pátrio, conforme se verá, trata de uma simbiose dos modelos europeu e norte-americano. A adoção da jurisdição constitucional difusa, exercida por todos os membros do Poder Judiciário, possibilita uma efetiva participação dos agentes formadores do consenso decisório na defesa do texto constitucional, numa forma de concretização da teoria discursiva de Habermas.

Em ordenamentos nos quais se aplica o modelo europeu, torna-se mais distante a participação dos jurisdicionados na decisão acerca da constitucionalidade de determinada norma, pois em tal sistema o controle de constitucionalidade é feito de forma concentrada e realizado em abstrato, desvinculado de casos concretos.

No modelo difuso (norte-americano), por sua vez, tal análise se dá concretamente pelo juiz da causa, ou seja, é feita de forma incidental em face de casos concretos a ele submetidos por meio do contraditório entre as partes e pelo contado direto do juiz com as provas e as partes.

Entretanto, referido debate é inviabilizado em sistemas de controle concentrado, como o europeu, visto que este último se dá abstratamente, sem que haja a participação dos jurisdicionados na formação da decisão. Uma primeira questão pode ser formulada: o controle concentrado seria, de per se, antidemocrático? Poder-se-ia argumentar que o controle concentrado permitiria essa participação popular por meio dos institutos da audiência pública ou do “amicus curiae”. Porém, tais figuras não possibilitam um verdadeiro contraditório apto a formar um processo decisório conjunto entre quem decide (no caso do controle concentrado, as respectivas cortes constitucionais) e os afetados pela decisão (os jurisdicionados).

O Brasil, por adotar o sistema misto que mescla o sistema difuso norte-americano com o concentrado de inspiração austríaca é positivo, mas tal modelo poderia fornecer elementos de participação discursiva? O mesmo toma por base a ótica discursiva, na medida em que une a

possibilidade de acesso direto dos afetados, por atos inconstitucionais, ao Poder Judiciário, para verem afastado ato do ordenamento, mediante um contraditório em que efetivamente participam do processo decisório. O sistema concentrado, por sua vez, também apresenta aspectos positivos, pois permite que haja um afastamento *erga omnes* de normas inconstitucionais que afetam de forma ampla (e não apenas em face de casos concretos isolados) os jurisdicionados.

Um sistema misto de jurisdição constitucional, como o adotado pelo Brasil, reúne os aspectos positivos de ambos os modelos, de forma a viabilizar de forma mais efetiva o pluralismo político, a cidadania e, por conseguinte, a democracia, visto que somente em Estado onde estão assegurados a todos os agentes do discurso (cidadãos em sentido lato) a participação dialética no consenso decisório democrático (seja esse consenso manifestado por meio da produção de normas jurídicas, sentenças, acórdãos, atos administrativos, entre outros) tem-se um processo constitucional legítimo sob a ótica discursiva habermasiana, imprescindível a um estado democrático, como se verá no tópico a seguir do presente artigo.

Apresentar-se-á, também, sucintamente, quais são os pressupostos que, segundo Habermas, viabilizam a efetivação de uma jurisdição constitucional e de um processo constitucional em que haja uma plena garantia da cidadania, do pluralismo político e, por conseguinte, da democracia. Tais pressupostos consistem na tríade formada pela autonomia pública, autonomia privada e direitos humanos.

II JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: DEFINIÇÃO E IMPORTÂNCIA À EFETIVAÇÃO DA DEMOCRACIA

A concepção do Direito Brasileiro não decorreu de um processo gradual de amadurecimento de uma comunidade, mas foi transplantado de Portugal. Álvaro Ricardo de Souza Cruz, em sua obra intitulada “Jurisdição Constitucional Democrática”, aduz que nesse processo o Judiciário acabou por se integrar ao projeto de colonização, julgando sistematicamente a favor da elite. Houve um descompasso cultural, caracterizado por troca de favores e por conservadorismo, que além da metafísica religiosa, tinha uma estreita ligação com o chamado “argumento de autoridade”. Mesmo após o longo processo de democratização pelo qual o país iria passar, essas características do operador jurídico acabariam por deixar suas marcas no sec. XXI, ao se consolidar o formalismo. (CRUZ, 2014, p. 53-55)

O Brasil, em sua história republicana de mais de um século, passou por diversos momentos autoritários. Nesses períodos de exceção, a liberdade dos agentes sociais foi tolhida e os direitos humanos, ou eram preteridos por completo, ou desrespeitados. Somente com a promulgação da Constituição de 1988, o Brasil se insere no paradigma de Estado Democrático de Direito, no qual o pluralismo político, a cidadania e a preocupação com os Direitos Humanos passam a constituir uma das balizas de nosso Direito. Acerca do Estado Democrático de Direito e os elementos indispensáveis à sua concretização, assim expõe Soares:

São princípios caracterizadores do Estado Democrático de Direito: - princípio da constitucionalidade, respaldo na supremacia da Constituição; sistema dos direitos fundamentais; princípio da legalidade da administração; princípio da segurança jurídica e princípio da proteção jurídica e das garantias processuais. (2001, p.304)

Na visão ocidental de democracia, o povo escolhe seus representantes. No entanto, o poder delegado a eles não é absoluto, existindo várias limitações, dentre eles, os direitos e garantias individuais. Assim entende Gomes Canotilho:

Cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).(CANOTILHO, 1993, p. 541)

Os direitos fundamentais devem reger a conduta dos legisladores, membros dos Poderes Executivo e Judiciário e dos próprios cidadãos, de forma que sua preservação e proteção seja uma baliza à condução das relações entre o Estado e o particular e a relação travada entre os particulares, eficácias vertical e horizontal dos direitos fundamentais, respectivamente. Para Sampaio os direitos de eficácia vertical “são definidos como competências negativas para o Estado” (2013, p.647), por sua vez, a eficácia horizontal “corresponde à sua concretização no âmbito particular, opondo-os em face dos demais cidadãos, resguardando a liberdade e igualdade de todos, além de efetivar a realização dos direitos transindividuais” (SAMPAIO, 2013).

Sobre o dever de proteção aos direitos fundamentais, as lições de Baracho:

Os direitos fundamentais vinculam o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, e a própria jurisdição, como direitos diretamente aplicáveis. É nesse sentido que a

jurisdição, em suas distintas instâncias, em razão das normas constitucionais, esta obrigada à imediata aplicação dos direitos fundamentais. As interpretações de uma norma ordinária não podem desconhecer o conteúdo normativo do direito fundamental. (BARACHO, 2008, p.54)

Como forma de garantir-se a efetivação dos preceitos constitucionais e dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, garantir a efetividade da cidadania e o implemento de uma democracia baseada no direito, o ordenamento pátrio utiliza-se do processo constitucional, o qual “visa tutelar o princípio da supremacia constitucional, protegendo os direitos fundamentais” (BARACHO, 2008, p.45). Ainda com base na obra do ilustre jurista mineiro:

A ação tem caráter intrinsecamente constitucional dentro do processo constitucional, desde que, além de estar vinculada ao pressuposto da garantia, tenha finalidade de proteção jurisdicional, que se efetive no direito à jurisdição. Sendo o direito à jurisdição o direito de reclamar a efetividade do direito, por meio de um processo judicial, que consolida e concretiza as garantias. Como pressupostos ao direito à jurisdição, estão a independência judicial, a imparcialidade e a autonomia, como requisitos de efetuar as garantias (BARACHO, 2008. p.45-46).

O processo constitucional permite a eficácia das garantias fundamentais, pois, havendo violação a algum direito fundamental, o cidadão poderá, exercendo o direito, igualmente fundamental, de inafastabilidade da jurisdição, buscar auxílio no Poder Judiciário que, por meio do processo constitucional e dos vários instrumentos trazidos pelo Texto Constitucional, tais como a ação popular, o mandado de injunção, o habeas data, habeas corpus, dentre outros, afastará norma que esteja em descompasso com o preceito constitucional, efetivando e resguardando referidas garantias. Sobre o tema, afirma Baracho:

O processo constitucional tem por objeto essencial a análise das garantias constitucionais, como são vistas atualmente, isto é como instrumentos predominantemente processuais, dirigidos à reintegração da ordem constitucional, quando ocorre o seu desconhecimento ou violação pelos órgãos do poder. (BARACHO, 2008, p. 58)

Havendo o efetivo respeito aos direitos fundamentais, inclusive com possibilidade de sua proteção no âmbito judicial, resta possibilitado o exercício da cidadania e concretização do princípio democrático, tal como trazido pela Constituição como sendo fundamento da República Federativa do Brasil. Importante trazermos à baila os ensinamentos de Baracho sobre o tema:

As garantias individuais, coletivas e processuais tornam possível o exercício da cidadania plena, através do processo constitucional. As garantias individuais e as sociais são consagrações que possibilitam o exercício da pluralidade de direito. (BARACHO, 2008, p. 49)

Héctor Fix-Zamudio, citado por Baracho, afirma que a jurisdição constitucional:

[...]assumiu crescente complexidade, desde que o que se havia concebido de maneira tradicional, como atividade puramente técnica de resolução de conflitos judiciais, transformou-se em um dos serviços essenciais do Estado contemporâneo, no qual penetrou-se um conjunto de fatores sociais, econômicos e culturais. (BARACHO, 2008, p.58)

Como dito acima, um Estado que se repute como Democrático de Direito deve resguardar e respeitar o texto constitucional, ante sua supremacia em face das demais normas legais. De tal modo que, ocorrendo desrespeito a algum preceito trazido pela Constituição seja possibilitada sua defesa por meio da atividade jurisdicional, mais precisamente, pela jurisdição constitucional, a qual configura-se na função exercida para a proteção e para a manutenção da supremacia constitucional. A tutela é dirigida fundamentalmente contra as ações consideradas como contrárias à Constituição. (BARACHO, 2008, p.50)

A defesa da Constituição pode ser confiada a um órgão político, quando o controle for político, ou a um órgão jurisdicional, de forma difusa ou concentrada, quando o controle for jurisdicional.

Sobre controle de constitucionalidade e separação de poderes, Conrado Mendes afirma que, apesar do ideal de autogoverno, que erra e se corrige, o apego exagerado ao parlamento representativo como realização de autogoverno é perigoso e simplista. Primeiro, porque a representação não se esgota na eleição. E segundo, dizer que a decisão da corte jamais pode ser entendida como uma decisão do povo é ignorar um conceito amplo de legitimidade. (MENDES, 2011)

Sobre o controle difuso, José Alfredo Baracho nos ensina que “a jurisdição difusa ocorre quando qualquer órgão jurisdicional pode exercer o controle” (BARACHO, 2008, p.50). Tal forma de controle teve origem no modelo de jurisdição constitucional norte-americano e tem sido utilizado no Brasil. Por sua vez, ainda com base nas lições de Baracho, a jurisdição concentrada ocorre “quando órgão jurisdicional único e específico, tem a competência para

exercer o controle”, por fim, “o sistema misto compreende a jurisdição difusa e a jurisdição concentrada, que se entrelaçam”. (2008, p.51)

Por derradeiro, na modalidade jurisdicional, o controle de constitucionalidade pode ocorrer de maneira direta, por via de ação, ou de maneira indireta, quando constitui-se como matéria de defesa, em um contexto cuja finalidade principal não é a declaração de inconstitucionalidade e sim de outra pretensão.

Dois são os modelos criados para tratar do controle de constitucionalidade, em sua modalidade jurisdicional, são eles o modelo norte-americano e o europeu, os quais serão brevemente estudados no tópico a seguir.

III OS MODELOS EUROPEU E NORTE-AMERICANO DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E SUA CONTEXTUALIZAÇÃO À REALIDADE BRASILEIRA

Antes de adentrar nos modelos americano e europeu de Justiça Constitucional, crucial trazer à baila os ensinamentos de Baracho sobre a Justiça Constitucional, a qual configura-se como “a expressão que designa o conjunto de instituições e técnicas por meio das quais é assegurada a supremacia da Constituição, ao mesmo tempo que propicia a ampliação do conteúdo inserido na Constituição escrita, através da jurisdição constitucional”. (BARACHO, 2008, p.277)

O sistema norte-americano repousa no exercício da Justiça Constitucional por juízes ordinários. Referido sistema é caracterizado pelo *judicial review*, pois, sendo a Constituição lei suprema do país, qualquer legislação a ela contrária não será válida, caso contrário, as limitações nela previstas não teriam sentido. Caberá ao Poder Judiciário analisar referida conformidade, propiciando assim, um sistema de equilíbrio e harmonia entre os poderes, visto terem os três a possibilidade de examinar o sistema de equilíbrio e harmonia entre eles. A doutrina identifica o modelo americano com base em quatro componentes essenciais: A) o exercício de um controle “difuso”; B) o controle concreto; C) exercido geralmente *a posteriori*, por via de exceção; D) a decisão beneficia, em princípio, somente uma autoridade relativa da coisa julgada, devendo-se acentuar a função reguladora da Corte Suprema no sistema americano. (BARACHO, 2008, p.281-282)

O controle “difuso” é exercido por um tribunal, sob a autoridade reguladora da Corte Suprema, podendo o controle de constitucionalidade ser exercido por juiz federal ou estadual.

Em tal sistema há uma plenitude de jurisdição que concede ao juiz de primeira instância a competência para pronunciar-se sobre o conjunto das questões decorrentes de um litígio, sejam elas civis, penais, administrativas ou constitucionais. Os casos analisados, necessariamente, serão concretos, não havendo pronúncia da Corte em casos mais eventuais ou abstratos, assentando-se na justificação de um direito para agir, bem como na maturidade do caso e seu caráter atual. (BARACHO, 2008, p.281-283)

Para Habermas, o controle de constitucionalidade que é exercido pelo judiciário é essencialmente concreto, pois só surge da adequação das normas às circunstâncias no caso concreto. Os cidadãos que aduzem a pretensão de direitos à justiça são transformados em coautores do Direito pela própria esfera pública jurídica. Nesse sentido, o autor entende que o judicial review é uma importante ferramenta para uma cidadania ativa. (CRUZ, 2014, p. 257)

O sistema norte-americano apresenta-se como mais adequado ao efetivo exercício da cidadania e da concretização da teoria do agir comunicativo habermasiano, pois ao possibilitar que qualquer juiz ordinário (entendendo-se como o juiz não pertencente à Corte Constitucional) analise a compatibilidade de determinada norma ao texto constitucional em face de um caso concreto, acaba por permitir a participação dos interlocutores do processo em sua decisão. Por meio das garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, as partes do processo participam da deliberação acerca do tema, produzindo provas e contestando as já produzidas, possibilitando que o melhor argumento prevaleça. Neste sentido, a lição do constitucionalista Bernardo Gonçalves Fernandes:

Apenas através de um processo capaz de produzir uma decisão legítima, mediante a presença do contraditório e da ampla defesa, é que a discursividade pode se fazer presente, levando à “coerção” do melhor argumento, como afirma Habermas (Facticidad y validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho em términos de teoría del discurso). (FERNANDES, 2013, p. 444)

Ademais, como a violação de direitos fundamentais afronta diretamente os cidadãos, nada mais adequado que lhes permitir buscar no Poder Judiciário a concretização das garantias postas à sua disposição. Com o sistema difuso há uma aproximação entre o cidadão e a jurisdição constitucional, viabilizando o aperfeiçoamento de sua autonomia.

Para que haja uma plena legitimação das normas jurídicas, no contexto do paradigma do Estado Democrático de Direito, é preciso que tais normas sejam fruto de um consenso racional obtido como resultado de um procedimento comunicacional livre, no qual todos os

agentes do discurso sejam dotados de liberdade e do gozo dos direitos humanos. Essa liberdade, para Habermas, corresponde às autonomias públicas e privadas.

Acerca dessa vinculação entre direitos humanos, autonomia pública e autonomia privada, elementos esses essenciais para a justificação racional das decisões (e, por conseguinte, das normas jurídicas) em uma sociedade pluralista e democrática, leciona Habermas:

A co-originariedade da autonomia privada e pública somente se mostra, quando conseguimos decifrar o modelo da autolegislação através da teoria do discurso, que ensina serem os destinatários simultaneamente os autores de seus direitos. A substância dos direitos humanos insere-se, então, nas condições formais para a institucionalização jurídica desse tipo de formação discursiva da opinião e da vontade, na qual a soberania do povo assume figura jurídica. (HABERMAS, 1997, p.139)

E complementa:

A ideia dos direitos humanos e a da soberania do povo determinam até hoje a autocompreensão normativa de Estados de direito democráticos. A história de teoria é um componente necessário, um reflexo da tensão entre facticidade e validade, entre positividade do direito e a legitimidade pretendida por ele, latentes no próprio direito. (HABERMAS, 1997, p. 129)

Sobre a participação popular no controle de adequação de normas infraconstitucionais ao texto constitucional, assim leciona Baracho:

A democracia implica na participação dos cidadãos, não apenas nos negócios públicos, mas na realização de todos os direitos e garantias consagrados na Constituição e nos diversos segmentos do ordenamento jurídico global. O Direito Constitucional moderno inclui a garantia dos direitos fundamentais, que se efetiva por meio de ações constitucionais típicas que se concretizam, também, por intermédio das ações, processos e procedimentos que tornam possível a participação da cidadania, em seus diversos aspectos e consequências. (2008, p. 33)

Em posição diametralmente oposta, o modelo europeu de jurisdição constitucional, atribuído ao austríaco Hans Kelsen, “configura-se pelo exercício de um controle concentrado confiado a uma jurisdição constitucional específica, dispondo sobre o monopólio da interpretação constitucional. Possuindo como características marcantes: A) controle concentrado exercido; B) por uma jurisdição constitucional específica; C) a existência de um controle abstrato; D) a existência de um controle por via de ação; E) a autoridade da “coisa julgada” (autoridade absoluta ou não) (BARACHO, 2008, p. 303)

Conforme bem explanado pelo ilustre jurista, o modelo europeu de jurisdição constitucional concentra-se em um só órgão e trata da lei, supostamente incompatível com o texto constitucional, de forma abstrata, não há discussão de um litígio ou pretensão, mas somente a análise da norma em face do texto constitucional. Neste modelo não há partes em litígio ou necessidade de produção probatória e sim o exame de determinada norma de forma desvinculada a um caso concreto.

No ordenamento jurídico brasileiro, além das características inerentes ao modelo europeu, poucos são os legitimados a postular perante o Supremo Tribunal Federal ações com tal objetivo¹. De tal modo que em tal sistema, a participação popular no julgamento constitucional resta em princípio diminuído, somente sendo possível a participação quando da convocação de audiência pública para discussão de matéria complexa ou, sendo representado por órgão ou entidade, atue como “amicus curiae”², auxiliando o relator na deliberação sobre determinado tema.

Assim sendo, o Brasil, ao adotar o sistema misto, mesclando os sistemas europeu e norte-americano possibilita ao cidadão participar da jurisdição constitucional, seja ajuizando demandas para solucionar determinado litígio e, de forma incidental analisar a constitucionalidade de determinado ato normativo, seja lhes sendo permitido participar de julgamentos abstratos realizados pelo Supremo Tribunal Federal através de audiências públicas, como ocorreu no julgamento da ADI 3510³ ou, por meio de órgãos ou entidade, participando

¹CR/88: Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

²Lei 9868/99: Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade.

§ 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

³CONSTITUCIONAL. 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. (...) (ADI 3510, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2008, DJe-096 DIVULG 27-05-2010 PUBLIC 28-05-2010 EMENT VOL-02403-01 PP-00134 RTJ VOL-00214- PP-00043 – texto reduzido)

do julgamento de ações diretas de constitucionalidade como “amicus curiae”, para auxiliar o relator no esclarecimento de matérias relevantes.

Vale adentrar, de maneira breve, na discussão sobre controle da “omissão” do Supremo Tribunal Federal. Enquanto a Constituição prevê mecanismos para o controle da omissão legislativa, o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a ideia de omissão judicial não coaduna com o estado democrático de direito. Ao tribunal não está aberta a possibilidade de não decidir, mas o STF o faz com as seguintes estratégias: a definição da pauta de julgamento, o voto-vista, a decisão liminar e a medida cautelar.

Assim, usa o tempo como variável decisória, nas palavras de Sunstein, a fim de “promover um uso construtivo do silêncio”, um modo não deliberativo de evitar o problema (MENDES, 2011). Um bom exemplo desse assunto pode ser dado pelo ministro Marco Aurélio de Mello, que em seguida ao término do julgamento das células-tronco pelo Supremo Tribunal Federal, decidiu colocar em pauta, após quatro anos, o julgamento do tema “aborto de fetos anencéfalos”. O eminente ministro declarou que essa foi uma decisão refletida, se julgado antes o supremo queimaria uma matéria de lata relevância e no momento já estava maduro para tratar a matéria, ao que culminou com a autorização da interrupção da gravidez de fetos anencéfalos. (MENDES, 2011)

Conrado Mendes acredita que estamos num vácuo teórico para perceber a o fenômeno da maturação temporal no Supremo Tribunal Federal, algo que seja capaz de estabelecer critérios e procedimentos para tanto, já que essa decisão é tomada sem nenhuma deliberação colegiada no tribunal.

Ao compartilhar uma teoria da separação de poderes em que, o campo dos direitos fundamentais propõe mudança, os papéis de cada poder passam a variar por debaixo dos termos fixos da Constituição. (MENDES, 2011)

Apesar de a corte poder errar, ela não pode decidir continuamente de modo desconectado da realidade, devendo se preocupar com a manutenção da sua respeitabilidade e a eficácia da sua decisão. Mendes aduz que a corte não consegue sustentar sua autoridade por muito tempo se insistir numa postura que não seja aceitável numa determinada cultura política.

IV A DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, O INSTITUTO DA RECEPÇÃO E A ÉTICA DISCURSIVA HABERMASIANA

Acerca da ética discursiva e do agir comunicativo de Habermas, entende-se que somente com uma satisfatória existência da tríade composta por autonomia pública, autonomia privada e Direitos Humanos, é possível conceber-se um Estado Democrático no qual as decisões são produzidas por meio de um discurso racional entre todos os agentes sociais. Na seguinte passagem, Habermas demonstra a relação de complementaridade entre a autonomia pública, a autonomia privada e os Direitos Humanos:

O nexu interno, procurado entre direitos humanos e a soberania popular, consiste, portanto, no fato de que os direitos humanos institucionalizam as condições de comunicação para a formação da vontade política racional.

[...]

Desse modo, as autonomias privada e pública pressupõem-se reciprocamente. O nexu interno da democracia com o Estado de direito consiste no fato de que, por um lado, os cidadãos só poderão utilizar condizentemente a sua autonomia pública se forem suficientemente independentes graças à autonomia privada assegurada de modo igualitário. Por outro lado, só poderão usufruir de modo igualitário da autonomia privada se eles, como cidadãos, fizerem um uso adequado da sua autonomia política. (HABERMAS, 2002, p.148-149)

Não se desconsidera aqui que no Brasil ainda permanecem muitos resquícios autoritários, visto que a nossa democracia ainda é muito recente. Em face disso, não é possível falar-se em uma plena autonomia pública e privada e nem mesmo em uma suficiente proteção aos Direitos Humanos, apesar da proteção exercida por meio da atuação do Poder Judiciário e, principalmente, da jurisdição constitucional. Por tal motivo, apesar de a nossa Constituição assegurar formalmente esses elementos necessários a uma viável dialética discursiva, ainda há uma significativa carência deles⁴. Porém, devido ao fato de a nossa Constituição ser

⁴No Brasil critica-se veementemente a suposta inaplicabilidade da teoria de Habermas ao contexto nacional, na medida em que o procedimentalismo do autor teria sido desenvolvido num (e para) outro contexto ao qual o Brasil não se insere, qual seja, o dos países desenvolvidos. Lênio Streck é um desses autores que defendem a inidoneidade da tentativa de concretização da proposta habermasiana em nosso país, na medida em que o autor alemão teria desenvolvido suas ideias tomando uma acepção universalista de sociedade e, por conseguinte, de constitucionalismo, sem ter considerado os diferentes estágios político-culturais das diferentes nações. Para cada contexto nacional, segundo Lênio Streck, dever-se-ia desenvolver uma sistemática teórica própria, sob pena de cair-se em abstrações de pouca ou nenhuma concretização prática efetiva. O agir comunicativo, para Habermas, é imprescindível à efetivação de um pluralismo político atinente aos mandamentos do Paradigma do Estado Democrático de Direito em que se pressupõe a liberdade e a autonomia de todos os sujeitos que irão desempenhar sua função na dialética discursiva com o desiderato de se chegar ao consenso democrático. Lênio Streck, não sem razão, entende que em um país como o Brasil, em que os instrumentos de poder e de dominação se manifestam em seu paroxismo, estando em níveis muito mais elevados do que os encontrados em democracias consolidadas há mais tempo, como os EUA, por exemplo, o agir comunicativo de Habermas se transformaria em algo difícil de ser concretizado. É notório que a igualdade material de todos os cidadãos está longe de ser uma realidade no Brasil, o que, de fato, dificulta em muito a aplicação da dialética discursiva de Habermas em sua plenitude, dado que o *agir*

programática, a dicotomia que se estabelece entre faticidade e validade das normas constitucionais não retira a força normativa de nossa Constituição, visto que um constitucionalismo de viés programático não precisa atender aos requisitos previstos por Ferdinand Lassale no século XIX, para o qual uma Constituição que não correspondesse aos *fatores reais de poder*, seria uma mera *folha de papel*,⁵ ou seja, deveria haver uma total correspondência entre a faticidade e validade de seus comandos.

A Constituição de 1988, pois, em face de seu caráter programático e prospectivo, assegura as condições para o desenvolvimento da autonomia privada, da autonomia pública e dos Direitos Humanos, mesmo que, materialmente, esses elementos ainda sejam insatisfatórios.

Discute-se, pois, se, por exemplo, um diploma como a Lei das Contravenções Penais (promulgada no período ditatorial do Estado Novo Vargasista) ou a Lei da Anistia (editada durante o período autocrático do governo militar) são legítimos em face do novo ordenamento constitucional. Como o instituto da recepção constitucional deve lidar com tais normas jurídicas editadas num contexto outro que não o do paradigma de Estado Democrático de Direito?

Atualmente, em nosso ordenamento jurídico, coexistem diversas normas legais editadas após a promulgação da Constituição de 1988 com outras produzidas em períodos constitucionais pretéritos. Para as primeiras, a verificação de sua adequação ou não aos mandamentos formais e materiais da Constituição de 1988 se faz por meio do controle de constitucionalidade, o qual as considerará constitucionais (se adequadas) ou inconstitucionais (se inadequadas a algum aspecto formal ou material do Texto de 1988). Quanto às demais, não se fala em constitucionalidade ou inconstitucionalidade, na medida em que foram produzidas dentro do procedimento ditado por outros diplomas constitucionais pretéritos. Fala-se, pois, que foram recepcionadas ou não pela nova Constituição⁶. Ressalte-se, a análise sobre a recepção de

comunicativo só se efetiva com a plena liberdade de todas as forças participantes do discurso. O pluralismo político, porém, deve ser encarado como uma norma programática, ou seja, não precisa ser plenamente concretizado no estágio atual em que a sociedade brasileira se encontra. Por ser norma programática, o pluralismo político deve ser um objetivo a ser cumprido, devendo ser constantemente aprimorado. Para ver as críticas do autor, consultar (STRECK, 1999, p. 150-171.).

⁵O constitucionalismo atual não pode ser visto como uma exata correlação entre os *fatores reais de poder* e os dispositivos constitucionais, como pretendia Ferdinand Lassale há mais de cem anos. A Constituição, sob o atual contexto de Paradigma de Estado Democrático de Direito, deve ser vista como um objetivo a ser alcançado, como uma meta a ser atingida, não importando se seus dispositivos correspondem ou não exatamente ao que Lassale chamava de *fatores reais de poder*. (LASSALE, 1997, p. 84-85).

⁶Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gustavo Branco assim conceituam o instituto da recepção: “[...] aquelas normas anteriores à Constituição, que são com ela compatíveis no seu conteúdo, continuam em vigor. Diz-se que, nesse caso, opera o fenômeno da recepção, que corresponde a uma revalidação das normas que não desafiam, materialmente, a nova Constituição”. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 279).

determinada norma ao atual ordenamento constitucional constitui-se como forma de concretização da jurisdição constitucional, tanto em sua modalidade concentrada e abstrata, quanto em sua modalidade difusa e concreta. Como exemplo de análise de recepção pelo método abstrato e concentrado podemos citar a ADPF nº 130⁷, na qual o STF declarou não recepcionada pela Constituição da República de 1988 a Lei nº 5.250/67, chamada Lei de Imprensa. Por outro lado, como exemplo de exame sobre a recepção de determinada norma, podemos citar decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais⁸ na qual fora afastado

⁷EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). LEI DE IMPRENSA. ADEQUAÇÃO DA AÇÃO. REGIME CONSTITUCIONAL DA "LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA", EXPRESSÃO SINÔNIMA DE LIBERDADE DE IMPRENSA. A "PLENA" LIBERDADE DE IMPRENSA COMO CATEGORIA JURÍDICA PROIBITIVA DE QUALQUER TIPO DE CENSURA PRÉVIA. A PLENITUDE DA LIBERDADE DE IMPRENSA COMO REFORÇO OU SOBRETUTELA DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELLECTUAL E COMUNICACIONAL. LIBERDADES QUE DÃO CONTEÚDO ÀS RELAÇÕES DE IMPRENSA E QUE SE PÕEM COMO SUPERIORES BENS DE PERSONALIDADE E MAIS DIRETA EMANAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. O CAPÍTULO CONSTITUCIONAL DA COMUNICAÇÃO SOCIAL COMO SEGMENTO PROLONGADOR DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELLECTUAL E COMUNICACIONAL. TRANSPASSE DA FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS PROLONGADOS AO CAPÍTULO PROLONGADOR. PONDERAÇÃO DIRETAMENTE CONSTITUCIONAL ENTRE BLOCOS DE BENS DE PERSONALIDADE: O BLOCO DOS DIREITOS QUE DÃO CONTEÚDO À LIBERDADE DE IMPRENSA E O BLOCO DOS DIREITOS À IMAGEM, HONRA, INTIMIDADE E VIDA PRIVADA. PRECEDÊNCIA DO PRIMEIRO BLOCO. INCIDÊNCIA A POSTERIORI DO SEGUNDO BLOCO DE DIREITOS, PARA O EFEITO DE ASSEGURAR O DIREITO DE RESPOSTA E ASSENTAR RESPONSABILIDADES PENAL, CIVIL E ADMINISTRATIVA, ENTRE OUTRAS CONSEQUÊNCIAS DO PLENO GOZO DA LIBERDADE DE IMPRENSA. PECULIAR FÓRMULA CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO A INTERESSES PRIVADOS QUE, MESMO INCIDINDO A POSTERIORI, ATUA SOBRE AS CAUSAS PARA INIBIR ABUSOS POR PARTE DA IMPRENSA. PROPORCIONALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS E MATERIAIS A TERCEIROS. RELAÇÃO DE MÚTUA CAUSALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E DEMOCRACIA. RELAÇÃO DE INERÊNCIA ENTRE PENSAMENTO CRÍTICO E IMPRENSA LIVRE. A IMPRENSA COMO INSTÂNCIA NATURAL DE FORMAÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA E COMO ALTERNATIVA À VERSÃO OFICIAL DOS FATOS. PROIBIÇÃO DE MONOPOLIZAR OU OLIGOPOLIZAR ÓRGÃOS DE IMPRENSA COMO NOVO E AUTÔNOMO FATOR DE INIBIÇÃO DE ABUSOS. NÚCLEO DA LIBERDADE DE IMPRENSA E MATÉRIAS APENAS PERIFERICAMENTE DE IMPRENSA. AUTORREGULAÇÃO E REGULAÇÃO SOCIAL DA ATIVIDADE DE IMPRENSA. NÃO RECEPÇÃO EM BLOCO DA LEI Nº 5.250/1967 PELA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. EFEITOS JURÍDICOS DA DECISÃO. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO.(ADPF 130, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2009, DJe-208 DIVULG 05-11-2009 PUBLIC 06-11-2009 EMENT VOL-02381-01 PP-00001 RTJ VOL-00213- PP-00020)

⁸APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE REPARAÇÃO CIVIL - LEI DE IMPRENSA - DECADÊNCIA - INOCORRÊNCIA - LIMITAÇÃO NÃO RECEPCIONADA PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - DENUNCIAÇÃO DA LIDE - AUSÊNCIA DAS HIPÓTESES - PUBLICAÇÃO DE FOTOGRAFIA SEM AUTORIZAÇÃO - DANO MORAL CONFIGURADO - ""QUANTUM"" - MANUTENÇÃO. O prazo de três meses previsto na Lei de Imprensa para a propositura da ação de reparação civil não foi recepcionada pela Constituição da República, por constituir verdadeira limitação ao exercício do direito de ação assegurado pela Carta Constitucional. Não preenchidos os requisitos constantes do artigo 70, III, CPC, há de ser indeferida a denúncia da lide. Em se tratando de ação de indenização onde se busque reparação por desrespeito ao direito à imagem, materializado na utilização desautorizada de fotografias, o dever de indenizar surge com a própria utilização indevida. Cumpre ao juiz, na difícil tarefa de estipular uma quantia para compensar o abalo sofrido por outrem, atentar sempre para a natureza

o prazo de decadencial para requerer indenização por dano moral decorrente de atividade danosa promovida por jornal que, erroneamente, publicou o nome de uma menor relacionando-o com a prática de um crime quando, na verdade, tratar-se-ia da vítima do ato penal, por entender que o artigo da Lei de Imprensa que tratava do referido prazo não fora recepcionado pela Constituição da República, por afronta ao direito fundamental de inviolabilidade da honra e imagem das pessoas⁹, decisão essa proferida antes do julgamento da ADPF n° 130 pelo STF.

Para Habermas, a concretização de uma democracia efetiva só se dá com um *agir comunicativo* livre, autônomo e racional entre os diversos sujeitos. Nesse *agir comunicativo*, a autonomia privada, a autonomia pública e os direitos fundamentais se pressupõem mutuamente (HABERMAS, 2003, p.116-135).

Na visão de Álvaro Ricardo de Souza Cruz, Habermas trata a positividade e o formalismo como elementos insuficientes para a legitimação do Direito. A esses dois elementos deveria se associar a fundamentação, que impediria o papel do Direito de dominação e ao mesmo tempo permite que o mesmo fosse instrumento de “continuidade do aspecto ético das noções de universalidade e aceitabilidade racional embutidas no agir comunicativo”, ao que assumiria o papel de integração social. (CRUZ, 2014, p. 123)

O autor assevera que a exigência de fundamentação acaba por submeter o Direito a um critério de validade na esfera moral, aproximando a teoria do agir comunicativo à noção de razão prática Kantiana. Assim, a moral continua a ser condição para o Direito, ao que a legalidade seria legítima pela abertura à moralidade. (CRUZ, 2014, p. 124)

No entanto, assevera que a moralidade não seria capaz de sustentar a legitimidade do Direito, uma vez que a realidade é composta por múltiplas visões de moralidade e expectativas de comportamento. Assim é que Habermas propõe substituir a ética monológica kantiana por uma ética discursiva e deontológica que componha um caráter universalista. (CRUZ, 2014, p. 144)

Não é possível, pois, utilizando-se o procedimentalismo discursivo habermasiano, justificar a recepção, no atual ordenamento constitucional, de normas produzidas em períodos

e extensão do dano, bem como para as condições pessoais do ofensor e do ofendido, mormente à situação econômico-financeira, de modo que haja compensação pela dor sofrida, servindo ainda como desestímulo ao causador do dano. (TJMG - Apelação Cível 1.0702.01.030643-0/001, Relator(a): Des.(a) Selma Marques, 11ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 27/02/2008, publicação da súmula em 13/03/2008)

⁹Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

ditatoriais que tratam da matéria atinente aos direitos humanos, e em alguns casos, de maneira contrária aos atuais ditames constitucionais, tal como o artigo da Lei de Imprensa que previa prazo decadencial para o ajuizamento de ação de indenização por danos morais decorrentes da violação da imagem ou honra por parte dos órgãos da imprensa.

V CONCLUSÃO

O Brasil, após a promulgação da Constituição de 1988, se insere no paradigma de Estado Democrático de Direito. Em face disso, princípios fundamentais como a cidadania, a dignidade da pessoa humana e pluralismo político (dispostos no primeiro artigo da Constituição) passam a nortear toda a produção e aplicação normativa, bem como as políticas públicas (perspectiva vertical dos direitos fundamentais) e as relações privadas entre os diversos sujeitos (perspectiva horizontal dos direitos fundamentais).

Para o pleno exercício da cidadania a CR/88 traz um rol, não taxativo, de direitos e garantias fundamentais. Tais direitos, quando violados, podem ser objeto de processos constitucionais, por meio do exercício da jurisdição constitucional. Tal jurisdição pode ser exercida de maneira difusa e concreta, de origem norte-americana, ou concentrada e abstrata, de origem europeia.

Ao adotar um sistema misto de controle de constitucionalidade, o Brasil já permite uma maior participação do jurisdicionado no processo de jurisdição constitucional, pois, mescla as características positivas dos dois modelos de jurisdição, o americano e o europeu. A Constituição de 1988 trouxe ainda a previsão de que a cidadania, o pluralismo político e a democracia são princípios fundamentais de nosso ordenamento jurídico, além de assegurar a ampla defesa, o devido processo legal e o contraditório como garantias constitucionais. A jurisdição constitucional, pois, funciona como uma via de mão dupla, pois ao mesmo que funciona como meio para viabilizar tais garantias, acaba também por ser viabilizada pelos princípios que norteiam o Estado Democrático de Direito. A efetivação dos pressupostos do procedimento discursivo habermasiano acaba por implementar de forma ainda mais efetiva essas garantias e, por consequência, acabam por fomentar e corroborar a efetividade da própria jurisdição constitucional.

A jurisdição constitucional impescinde dos princípios fundamentais da cidadania, do pluralismo político e da democracia para sua plena efetivação, além de ser oportuna a aplicação

do procedimento discursivo habermasiano (com os pressupostos da tríade: autonomia pública, autonomia privada e direitos humanos) para uma plena implementação da democracia o Brasil, o que viabiliza ainda mais uma jurisdição constitucional plural e democrática, como sói ser em um estado democrático de direito.

As ideias de Habermas propugnam que para a viabilidade de uma democracia é fundamental que haja uma ética discursiva fomentada pelas premissas do *agir comunicativo* com vistas à legitimação das decisões, inclusive as judiciais que tratem de matéria constitucional, por meio de produção de provas e participação ativa no processo. A aplicação da teoria discursiva habermasiana à jurisdição constitucional mostra-se adequada e pertinente, pois, o cidadão é a principal vítima de violações aos direitos fundamentais e ao texto constitucional de modo geral.

REFERÊNCIAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos**. 1. Reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática**. 2 ed. rev. e amp. Belo Horizonte: Arraes Editores.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o Direito Brasileiro**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. – 5. Ed. Revista, ampliada e atualizada até a EC nº 71 de 29/12/2012 e consonância com a jurisprudência do STF. Salvador: Jus PODIVM, 2013.

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

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. 2 v.

MENDES, Conrado Hübner, “**Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**”, série Direito Desenvolvimento Justiça: produção científica, 1 vol. br, Editora Saraiva, São Paulo, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5.ed. – São Paulo: Saraiva, 2010.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SOARES, Mário Lúcio Quintão, **Teoria do Estado: o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o direito constitucional** – Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 304.