XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

ILTON NORBERTO ROBL FILHO

ROBISON TRAMONTINA

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
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

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T314
Teorias da justiça, da decisão e da argumentação jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/ UCB/IDP/UDF;
Coordenadores: Ilton Norberto Robl Filho, Robison Tramontina – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-205-7
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Teorias da Justiça. 3. Teorias da Decisão. 4. Teorias da Argumentação Jurídica. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Apresentação

Entre os dias 06 a 09 de Julho de 2016, ocorreu em Brasília, o XXV Encontro Nacional do CONPEDI. Entre os diversos Grupos de Trabalhos (GT), tivemos a oportunidade e a satisfação de coordenar o GT Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica I. As Teorias da Justiça e da Argumentação Jurídica encontram lugar de destaque tanto nos campos da filosofia como na prática e no pensamento jurídicos. Desse modo, os debates desenvolvidos nesse campo temático permitem uma rica construção interdisciplinar e a partir de diversas perspectivas sobre a estruturação do Estado, da sociedade civil e do conjunto de direitos. Não escapam ainda do debate das Teorias da Justiça e da Argumentação Jurídica o processo de construção das normas jurídicas e a sua aplicação no seio das sociedades complexas.

As apresentações e os debates, na ocasião, foram de altíssimo nível e instigantes.

Os artigos que constituem esta obra passaram por avaliação prévia (double-blind review), foram apresentados e discutidos no GT supracitado. São textos de alta qualidade redigidos por pesquisadores que se encontram em estágios diferentes de suas respectivas investigações. Exprimem, cada um a sua maneira e no interior do seu campo investigativo, a evolução recente da pesquisa jurídica no Brasil.

Para assegurar unidade temática e organicidade à obra, os trabalhos foram organizados em três blocos temáticos, a saber: a) Teorias da Justiça, b)Teorias da argumentação Jurídica e c) Teoria da Decisão Judicial.

Prof. Dr. Ilton Norberto Robl Filho (UPF)

Prof. Dr. Robison Tramontina (UNOESC)

A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS POR PERSPECTIVAS PROCEDIMENTALISTAS E SUA APROXIMAÇÃO COM A TEORIA SISTÊMICA AUTOPOIÉTICA

THE PROTECTION FUNDAMENTAL RIGHTS BY PROCEDURALIST PERSPECTIVES AND ITS APPROACH WITH THE AUTOPOIETHICS SYSTEMIC THEORY

Gustavo Gottardi [1]

Resumo

pretende-se analisar o desenvolvimento dos direitos fundamentais, para, após, dentro de um quadro procedimentalista constitucional, demonstrar que os mesmos não foram valorados pelo legislador constitucional, pelo menos, no caso da Constituição dos Estados Unidos da América. Vislumbra-se tratar de outra perspectiva procedimentalista dos direitos fundamentais, com enfoque processual, e, por fim, apresenta uma análise dos direitos fundamentais por uma perspectiva sistêmica autopoíética e sua estreita relação com essa perspectiva procedimental.

Palavras-chave: Direitos fundamentais, Procedimentalismo, Teoria sistêmica autopoiética

Abstract/Resumen/Résumé

intend to analyze the development of fundamental rights, for, then, within a constitutional procedurals context, demonstrate that they have not been valued by the constitutional legislator, at least, in the case of the United States of America Constitution. Then, it shimmers to be another procedurals perspective of the fundamental rights, with more procedural focus, and, finally, it presents an analysis of fundamental rights by a systemic perspective autopoíética and its close relationship with this procedural perspective.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fundamental rights, Proceduralism, Autopoiethics systemic theory

[1] Doutorando em Sistema Constitucional de Garantias – ITE; Mestre em Direto

INTRODUÇÃO

No presente artigo se desenvolveu uma análise sobre os direitos fundamentais por perspectivas procedimentalistas, com pontos de vista distintos de alguns autores, assim, num primeiro momento, John Hart Ely demonstra que a Constituição Norte-Americana é procedimentalista, portanto, não valora seus artigos, entendendo que os tribunais devem apenas garantir que os cidadãos participem efetivamente das decisões políticas, independentemente da substância das opções políticas em jogo, já que essa função de definição valorativa deve ficar sob a responsabilidade dos órgãos democraticamente eleitos.

John Hart Ely desenvolve sua tese alegando que se o processo democrático for ferido – negando a participação das minorias, por exemplo - nesse caso, o processo não é digno de confiança, assim, para este autor, o desrespeito ao procedimento se dá pelas limitações concretas do pluralismo das várias minorias, mas, por outro lado, afirma que não é justo dizer que o processo democrático político não está funcionando bem, apenas, por que, às vezes, gera determinados resultados que não vão ao encontro daquilo que nos interessa.

Esses direitos fundamentais foram analisados pela perspectiva procedimentalista jurisdicional. Assim, dentro do Estado Democrático de Direito, de acordo com o paradigma procedimental, estabelece a prevalência concomitante da soberania do povo e dos direitos fundamentais.

Dierle José Coelho Nunes (2012, p. 220) entende necessária a imposição de outra perspectiva teórica que em que se harmoniza a soberania popular com os direitos fundamentais (NUNES, 2012, p. 220).

Por fim, fez-se uma sucinta análise dos direitos fundamentais por uma perspectiva sistêmica autopoiética, que, muito se aproxima desse modelo procedimentalista, pois, se entende que existem vários sistemas, dentre os quais se encontram o sistema jurídico, o político, o social, incluindo-se sistema de direitos fundamentais, ou subsistema, ou, ainda, o sistema de segundo grau, por sua estreita conexão com o sistema jurídico.

1 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: DO SEU SURGIMENTO ATÉ SUA CONSTITUCIONALIZAÇÃO – BREVE APRESENTAÇÃO

José Afonso da Silva (2000, p. 176-177) assevera que os direitos fundamentais surgiram em razão de reivindicações e lutas pela conquista deles e esses valores da dignidade

da pessoa humana, da liberdade e da igualdade deitam raízes na filosofia clássica, principalmente na greco-romana e no pensamento cristão.

Importante foi à contribuição da doutrina jusnaturalista para o posterior reconhecimento dos direitos fundamentais nos processos revolucionários do século XVIII, especialmente a partir do século XVI (SARLET, 2007, p. 44).

O pensamento de São Thomas de Aquino contribuiu de maneira relevante, pois:

> Além da já referida concepção cristã da igualdade dos homens perante Deus, professava a existência de duas ordens distintas, formadas, respectivamente, pelo direito natural, como expressão da natureza racional do homem, e pelo direito positivo, sustentando que a desobediência ao direito natural por parte dos governantes poderia, em casos extremos, justificar até mesmo o exercício de resistência da população (Perez Luño apud SARLET, 2007, p.45).

A partir do pensamento tomista é que o valor fundamental da dignidade humana ganhou especial relevo e se incorporou à tradição jusnaturalista no sentido de que a personalidade humana é caracterizada por ter um valor próprio, imanente ao ser humano, "[...]expresso justamente na ideia de sua dignidade de ser humano, que nasce na qualidade de valor natural, inalienável e incondicionado, como cerne da personalidade do homem" (SARLET, 2007, p. 45).

De acordo com a doutrina jusnaturalista, há a predominância de um pensamento religioso e dessa forma, tanto os direitos fundamentais quanto qualquer ideia de justiça não tinham ligação com os juízes, legisladores, mas somente a Deus (MORAES, 2003, p. 34). Isso pode ser observado em uma passagem de Rosseau, em sua obra "O contrato social", que afirma o seguinte: "Toda justiça vem de Deus, que é a sua única fonte; se soubéssemos, porém, recebê-la de tão alto, não teríamos necessidade nem de governo, nem de leis" (1973, p. 59).

A doutrina jusnaturalista através das teorias contratualistas chegou ao seu ponto culminante nos séculos XVII e XVIII.

Os filósofos espanhóis do século XVI, que lutaram pelo reconhecimento dos direitos naturais dos indivíduos, considerados como ponto fulcral da liberdade e dignidade humana, serviu como fonte de inspiração ao humanismo racional de H. Grócio, que divulgava seu apelo à razão como fundamento último do direito, e no século XVII, essa ideia dos direitos naturais inalienáveis do homem ganhou força nas obras do citado autor

> H. Grócio (1583- 1645), do alemão Samuel Pufendorf (1632- 1694) e dos ingleses John Milton (1608- 1674), que reivindicou o reconhecimento dos direitos de autodeterminação do homem, de tolerância religiosa, da liberdade de manifestação oral e de imprensa e também da supressão da censura, e Thomas Hobbes (1588-1679), que atribuiu ao homem determinados direitos naturais (SARLET, 2007, p. 45).

Cumpre observar que foi na Inglaterra, do século XVII que a concepção contratualista da sociedade e a ideia de direitos naturais do ser humano ganhou fortes contornos como se pode observar através das diversas cartas assinadas pelos monarcas daquele período.

De suma importância foi também a contribuição doutrinária de John Locke (1632-1704) pela influência de sua obra sobre os autores do iluminismo do século XVIII, pois foi o primeiro a reconhecer os direitos naturais e inalienáveis do homem [vida, propriedade, liberdade e resistência] uma eficácia oponível inclusive em face dos governantes, baseado, por sua vez, no contrato social, devendo ressaltar que, para ele, apenas os cidadãos poderiam se valer desse direito de resistência (SARLET, 2007, p. 46).

John Locke desenvolveu ainda mais a teoria do contrato dizendo que:

> Os homens tinham o poder de organizar o Estado e a sociedade de acordo com sua razão e vontade, demonstrando que a relação autoridade- liberdade se funda na autovinculação dos governados, lançando, assim, as bases do pensamento individualista e do jusnaturalismo iluminista do século XVIII, que, por sua vez, desaguou no constitucionalismo e no reconhecimento de direitos de liberdade dos indivíduos considerados como limites ao poder estatal (GOMES CANOTILHO, 2003, p. 335).

As ideias da teoria contratual de Locke conduziram à defesa da autonomia privada, cristalizada primordialmente no direito à vida, à liberdade e a propriedade. Esta concepção do individualismo possessivo influenciará, em parte, decisivamente, a teoria liberal dos direitos fundamentais que os considerará sempre como direitos de defesa do cidadão perante o estado, devendo abster-se da invasão da autonomia privada. (GOMES CANOTILHO, 2003, p. 336).

2 A POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O local exato da positivação jurídica dos direitos fundamentais é a constituição, pois "a positivação de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados "naturais" e "inalienáveis" do indivíduo (GOMES CANOTILHO, 2003, p. 337).

Gomes Canotilho (2003, p. 337) assevera ainda que "sem essa positivação jurídica, os diretos do homem são esperanças, aspirações, ideais, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional (*Grundrechtsnormen*).

> Por outras palavras, que pertencem a Cruz Villalon: onde não existir constituição não haverá direitos fundamentais. Existirão outras coisas, seguramente mais importantes, direitos humanos, dignidade da pessoa; existirão coisas parecidas, igualmente importantes, como as liberdades públicas francesas, os direitos

> subjectivos públicos dos alemães; haverá, enfim, coisas distintas como foros ou privilégios. Daí a conclusão do autor em referência: os direitos fundamentais são-no, enquanto tais, na medida em que encontram reconhecimento nas constituições e deste reconhecimento se derivem conseqüência jurídica (CRUZ VILLALON apud GOMES CANOTILHO, 2003, p.337).

Referido autor (GOMES CANOTILHO, 2003, p. 337), assevera que um discurso como este, mesmo vindo de um influente filósofo da atualidade – Cruz Villalon – corre o risco de ser "uma narrativa positivisticamente fechada em clara dessintonia com as premissas básicas de um sistema aberto de regras e princípios".

Convém ressaltar ainda que "a positivação jurídico constitucional não dissolve nem consome quer o momento de jusnaturalização quer as raízes fundamentantes dos direitos fundamentais (dignidade humana, fraternidade, igualdade e liberdade)" (GOMES CANOTILHO, 2003, p. 338).

No século XIII, na Inglaterra da Idade Média, de acordo com os estudiosos que se dedicam ao tema, foi encontrado o primeiro documento tratando sobre os direitos humanos, que podem ser considerados os antecedentes dos direitos fundamentais.

Esse documento é a *"Magna Charta Libertatum* de 1215", assinada pelo Rei João Sem-Terra da Inglaterra e também pelos bispos. Ela serviu como ponto de referência para alguns direitos e liberdades civis clássicos, como o direito de propriedade, devido processo legal e o *habeas corpus,* apesar de ter servido apenas para privilegiar os nobres ingleses, pois grande parte da população foi alijada desses direitos conferidos por essas cartas- em especial a *Charta Magna* (SILVA, 2000, p. 155-156).

Outros documentos igualmente importantes são os firmados por ocasião da Paz de Augsburgo, em 1555, e da Paz da Westfália, em 1648, que marcou o final da Guerra dos Trinta Anos, e também o *Toleration act* da colônia America da Maryland, em 1649 (SARLET, 2007, p. 49).

Esses documentos concessivos de liberdades, apesar da imensa contribuição dada por eles, não podem ser considerados direitos fundamentais já que o monarca tinha o poder de arbitrariamente suprimi-los (SARLET, 2007, p. 49).

Mas apesar da importância desses documentos e sua indubitável fonte de inspiração para outros documentos posteriores, a positivação dessas liberdades e direitos não podem ser considerados como marco inicial dos direitos fundamentais da forma como hoje em dia pode-se observar.

O nascimento dos direitos fundamentais no sentido que hoje se constata, de direitos fundamentais constitucionais, está entre a Declaração de Direitos do Povo da Virgínia, de 1776, e a Declaração Francesa, de 1789 (SILVA, 2000, p. 158).

Apesar desse status constitucional da fundamentalidade em sentido formal ter sido consagrado definitivamente somente a partir da incorporação de direitos à Constituição de 1791, pela primeira vez os direitos naturais do homem foram positivados e acolhidos como direitos fundamentais constitucionais (SARLET, 2007, p. 50).

Não menos importante é a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, na França, resultado da revolução em que se instituiu a ordem burguesa, derrubou o antigo regime e influenciou profundamente a elaboração das constituições dos povos ocidentais e orientais. Essa declaração foi marcada por profundo liberalismo e universalidade na busca da libertação do ser humano, cansado do absolutismo despótico de outrora e da opressão feudal (DALLARI, 2001, p. 208).

Assim, observa-se que tanto as declarações americanas como também as francesas se inspiraram na doutrina jusnaturalista, reconhecendo aos seres humanos direitos naturais, imprescritíveis, inalienáveis e invioláveis, mas, diferentemente das declarações inglesas do século XVII ou das cartas – Carta Magna, em especial- em que esses direitos foram reconhecidos apenas para uma casta, as declarações [americanas e francesas] asseguraram esses direitos a todos os homens.

Na Constituição Brasileira de 1988, segundo os constitucionalistas, os direitos fundamentais estão positivados em todo texto constitucional e não apenas em seu Título II, proporcionando direitos e garantias de toda ordem a todos os cidadãos. Um exemplo disso é o direito a anterioridade tributária, que apesar de constar do artigo 150, III, b, na parte relativa a limitações do poder de tributar, tem natureza de direito fundamental, conforme declarado pelo Supremo Tribunal Federal [ADI 939].

3 DO PROCEDIMENTALISMO

John Hart Ely em seu livro procura demonstrar que a Constituição Norte-Americana é procedimentalista, dessa forma, não trataria de valores, entendendo que os tribunais devem apenas garantir que os cidadãos participem efetivamente das decisões políticas, independentemente da substância das opções políticas em jogo, já que essa função de definição valorativa deve ficar sob a responsabilidade dos órgãos democraticamente eleitos.

Baseando sua teoria na questão democrática, e, consequentemente defendendo que a definição de valores deve ficar a cargo dos representantes eleitos, segue a linha

procedimentalista, mas, entende que o judiciário pode intervir em caso de funcionamento deficitário, lastreando sua tese no sentido de que nesse caso o processo não é digno de confiança.

Portanto, os tribunais devem garantir que os cidadãos participem efetivamente das decisões políticas, independentemente da substância das opções políticas em jogo, já que essa função de definição valorativa deve ficar sob a responsabilidade dos órgãos democraticamente eleitos.

Desenvolve sua tese alegando que se o processo democrático for ferido – negando a participação das minorias, por exemplo - nesse caso, o processo não é digno de confiança, assim, para John Hart Ely, o desrespeito ao procedimento se dá pelas limitações concretas do pluralismo das várias minorias, mas, por outro lado, afirma que não é justo dizer que o processo democrático político não está funcionando bem, apenas, por que, às vezes, gera determinados resultados que não vão ao encontro daquilo que nos interessa.

Referido autor (JOHN HART, 2010, p. 58) mostra que "[...]a abordagem dos 'valores próprios do juiz' é inaceitável", e, que "[...]essa explicação sem dúvida envolve o que podemos chamar de falácia do realismo modificado", aduzindo

> [...] há cerca de quarenta anos, as pessoas descobriram que os juízes eram humanos e, portanto, em vários contextos jurídicos, tinham predisposição, consciente ou não, de inserir seus valores pessoais em seus argumentos jurídicos.

Dessa forma, a título de exemplo pergunta como seria para conciliar essa posição dos juízes "com a teoria democrática básica" do governo americano, fazendo a seguinte distinção.

> Nos EUA, não seria aceitável defender que os juízes nomeados devam reger o país, e não é essa posição dos autores que discutimos aqui. Porém, dizer que os juízes devem reger o país é diferente – e, na opinião de várias pessoas, é muito diferente- de dizer que os juízes devem usar seus próprios valores para dar conteúdo ao texto aberto da Constituição (JOHN HART, 2010, p. 59).

Em países que seguem a linha do sistema do *common law*, por exemplo, logicamente que o judiciário exerce uma influência maior sobre o funcionamento da nação, já que esse Poder julga com base em seus precedentes judiciais, não apenas com base na legislação.

Por isso, imperiosa a necessidade de um quadro procedimentalista constitucional para que seja possível reanalisar uma lei que não foi elaborada com o devido respeito à Constituição, ou mesmo, para que as decisões judiciais sejam pautadas dentro dessa linha procedimentalista, com a intenção de ultrapassar o formalismo positivista e o Estado Social, separando a política e o direito à luz da teoria discursiva de Habermas, ou, com John Hart Ely, entendendo que os tribunais devem garantir que os cidadãos participem efetivamente das decisões políticas, independentemente da substância das opções políticas em jogo, já que essa

função de definição valorativa deve ficar sob a responsabilidade dos órgãos democraticamente eleitos.

Sendo que, para Habermas

> [...] parte da ideia de que os sistemas jurídicos surgidos no final do século XX, nas democracias de massa dos Estados Sociais, denotam uma compreensão procedimentalista do direito (STRECK, 2013, p. 157).

Embora este autor reconheça a importante tarefa legislativa como

> [...] crivo de universalidade, compreendida como aceitabilidade generalizada por quem tem de passar as normas a serem genérica e abstratamente adotadas, vê no judiciário o centro do sistema jurídico, mediante a distinção entre discursos de justificação e discursos de aplicação, através do qual revela ao máximo o postulado de Ronald Dworkin da exigência de imparcialidade não só do Executivo, mas, sobretudo, do juiz na aplicação e definição cotidiana do direito (STRECK, 2013, p. 157).

Para que haja legitimidade das regras é necessário que ocorra "resgatabilidade discursiva de sua pretensão de validade normativa", assim, "o que conta, em última instancia, é o fato de elas terem surgido num processo legislativo racional" (HABERMAS, 2003, V. 1, p. 50). Dessa maneira

> A carga de legitimação da normatização jurídica das qualificações dos cidadãos desloca-se par a os procedimentos da formação discursiva da opinião e da vontade, institucionalizados juridicamente", significando a garantia dos cidadãos de que o direito que fora criado é legítimo do ponto de vista discursivo, pois, essas normas encontram a concordância de todos que participaram racionalmente do discurso (HABERMAS, 2003, V. 1, p. 122).

Observa-se, portanto, que Habermas conduziu seu modelo de justiça através da construção da teoria discursiva do direito, sendo que essa teoria se destaca no momento da formação legislativa, respeitando o princípio democrático, garante o estabelecimento das normas com ênfase na valorização da plena soberania popular. *(*FURLAN, 2013, p. 63).

Este autor

> "[...]propõe um modelo de democracia constitucional que não tem como condição prévia fundamentar-se nem em valores compartilhados, nem em conteúdos substantivos, mas em procedimentos que asseguram a formação democrática da opinião e da vontade, e que exige uma identidade política não mais ancorada em uma "nação de cultura", mas, sim, em uma "nação de cidadãos" (HABERMAS apud STRECK, 2013, p. 160).

Habermas é forte crítico da jurisprudência de valores das cortes europeias, em especial a alemã, pois, entende que uma interpretação constitucional que é orientada axiologicamente "[...]pelo sentido teleológico das normas e princípios constitucionais, ignorando o caráter vinculante do sistema de direito constitucionalmente assegurado" (HABERMAS apud STRECK, 2013, p. 160), além de desconhecer o pluralismo das

democracias, também não tem conhecimento da "[...]lógica do poder econômico e administrativo" (Idem).

Destaca também que

> A concepção de comunidade ética de valores compartilhados, que justifica o modelo hermenêutico proposto pelos comunitários (ou substancialistas), parece desconhecer as relações de poder assimétricas inscritas nas democracias contemporâneas. É por isso que no Estado Democrático de Direito os Tribunais Constitucionais devem adotar uma compreensão procedimentalista da Constituição (HABERMAS apud STRECK, 2013, p. 160-161).

Streck assevera que,

> [...] por isso, na visão da teoria discursiva sustentada por Habermas, a lógica da divisão de poderes exige uma assimetria no cruzamento dos Poderes do Estado: em sua atividade, o Executivo, que não deve dispor das bases normativas da legislação e da justiça, subjaz ao controle parlamentar e judicial, ficando excluída a possibilidade de uma inversão dessa relação, ou seja, uma supervisão dos outros dois Poderes através do Executivo. A lógica da divisão dos Poderes não ser ferida pela prática de um tribunal que não possui meios de coerção para impor suas decisões contra uma recusa do parlamento e do governo (2013, p. 159).

Claro que no Estado Democrático de Direito requer uma revalorização do judiciário, principalmente em países como Brasil que, sequer passou por um período de afirmação dos direitos sociais, havendo muitas desigualdades que somente podem ser alcançadas através desse canal de participação.

De acordo com Streck,

> [...] na verdade, o que diferencia o projeto de Estado Democrático de Direito é exatamente a revalorização do jurídico, como contraponto à plenipotenciaridade da razão política que tantas seqüelas deixou, assim, o Estado democrático de Direito é um novo paradigma porque foi engendrado, no campo do direito constitucional e da ciência política, uma nova legitimidade, no interior da qual o direito assume a tarefa de transformação, até em face da crise do modelo de Estado Social, onde as políticas públicas começaram a se tornar escassas, questão que colocava em risco a realização dos direitos sociais e fundamentais (2013, p. 167).

Outro autor que segue a linha procedimentalista, é John Rawls, restando claro seu posicionamento em sua obra Uma Teoria da Justiça, ao estabelecer, num primeiro momento, a sociedade em uma posição original, que seria um estado hipotético de apresentação dessa sociedade onde ocorreria a decisão sobre os princípios da justiça, formando a estrutura básica, ressaltando que essa posição original seria marcada pelo véu da ignorância, e,

> [...] o véu da ignorância traz a garantia de um acordo celebrado em sintonia com o princípio da igualdade, dado que é eliminado da negociação a possibilidade de obtenção de vantagens por alguns participantes em detrimento dos outros, posto que desconhecem se adoção de uma posição egoísta poderá beneficiá-los ou não. (Bastos, Romeu Costa Ribeiro; Rocha, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. 2003, p. 430)

A escolha dos denominados princípios da justiça sob o véu da ignorância na posição original, de acordo com John Rawls, torna mais fácil a imparcialidade das partes e um

consenso sobre os princípios, já que, hipoteticamente, todos se encontram numa posição semelhante e livres de influencias.

Os dois princípios da justiça escolhidos por John Rawls e que estruturariam a sociedade seriam:

> Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao sistema mais extenso de iguais liberdades fundamentais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para as outras pessoas.
> Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem estar dispostas de tal modo que tanto (a) se possa razoavelmente esperar que se estabeleçam em benefício de todos como (b) estejam vinculados a cargos e posições acessíveis a todos. (2008, p. 73)

O primeiro pode ser tratado como o princípio da igual liberdade, e, determinar uma lista dessas liberdades, como

> [...] as liberdades políticas (direito ao voto e exercer cargo público), a liberdade de expressão e reunião; a liberdade de consciência e de pensamento; a liberdade individual, que compreende a proteção contra a opressão psicológica, a agressão e a mutilação (integridade da pessoa); o direito à propriedade pessoal e a proteção contra a prisão e detenção arbitrárias, segundo o conceito de Estado de Direito. (2008. P. 74)

Já o segundo princípio aplica-se, em um primeiro momento, "[...]a distribuição de renda e riqueza e à estrutura da organização que fazem uso de diferenças de autoridade e responsabilidade" (RAWLS, 2008, p. 74), mas, assevera que essa distribuição não precisa ser igual, mas deve ser vantajosa para todos, e, também, as posições de autoridade e responsabilidade devem ser acessíveis a todos.

Esses princípios devem observar uma ordem lexical, assim, "[...]as violações das iguais liberdades fundamentais não podem ser justificadas nem compensadas por maiores vantagens sociais e econômicas" (RALWS, 2008, p. 74).

Todos os autores acima citados seguem uma linha procedimentalista, cada um com suas peculiaridades, mas, demonstram a importância do respeito a esse quadro pré-estabelecido pelo qual a sociedade deve se guiar dentro da alta complexidade em que vivemos.

Necessário evidenciar que essa corrente de pensamento é de difícil aplicação no Brasil, onde a Constituição Federal claramente trata de variados temas de maneira axiológica, isso sem falar que nosso país sequer passou por um período de implementação dos direitos sociais.

Os seres humanos encontram-se numa posição de grandes desigualdades sociais, necessitando, assim, da via jurisdicional para buscar a aplicação da "justiça distributiva" e da "justiça comutativa", muito bem tratada por John Finnis (2007, passim).

De acordo com este autor é exatamente neste aspecto que se insere o Estado de Direito, como condição básica e necessária para a implementação da justiça no caso concreto. (FINNIS, 2007, passim).

Mesmo quando John Hart Ely trata da Constituição Americana, em vários momentos demonstra que a Suprema Corte agiu de forma substancialista, restando claro a impossibilidade de um procedimentalismo puro, mesmo em países de primeiro mundo.

Portanto, não há como nos sujeitarmos apenas à plenipotenciária do poder político, sendo necessário que haja uma análise substancialista, mesmo após a elaboração normativa, dentro do caso concreto, para que os direitos fundamentais sejam valorados dentro dos parâmetros da proporcionalidade, mas, antes disso, deve ser garantida a aplicação da teoria da argumentação jurídica.

Dessa forma, não haverá um procedimentalismo puro mesmo nos sistemas democráticos já bastante consolidados, como por exemplo, os Estados Unidos da América, sendo necessária a conjugação do procedimentalismo com o substancialismo na busca de encontrar um meio-termo apto a resolver os problemas de cada sociedade.

Em países de primeiro mundo é natural que haja uma tendência para primeira tese, decorrente de um maior respeito e legitimidade dos órgãos democraticamente eleitos, mas, em países de terceiro mundo, como o Brasil, há uma tendência ao substancialismo, inobstante respeito ao quadro procedimentalista constitucional.

4 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS POR UMA PERSPECTIVA PROCEDIMENTALISTA NA VISÃO DE JOHN HART ELY

Ao longo de seu livro Democracia e Desconfiança referido autor assevera que o legislador da Constituição Americana a tratou de forma procedimentalista, incluindo dentro dessa perspectiva os direitos fundamentais, pois, entende que estes também não foram valorados pelo legislador.

Essa visão do autor é muito clara ao tratar das explicações das Emendas que tratam sobre direitos fundamentais, como por exemplo, quando diz que as disposições da

> Primeira Emenda relativas à liberdade de expressão visavam essencialmente colaborar com o funcionamento de nossos processos de governo, a assegurar a discussão aberta e bem-informada das questões políticas e a supervisionar o governo quando ele passasse dos limites (JOHN HART, 2010, p.124).

Outros exemplos desse pensamento são demonstrados quando alega que

> [...] as emendas de número cinco a oito só tendem a entrar no jogo durante os processos judiciais; tendemos, portanto, a concebê-las como dispositivos procedimentais – instrumentos criados para promover a imparcialidade e a eficiência dos processos litigiosos (Idem, p. 126).

Os direitos fundamentais assegurados por essas Emendas de um a cinco são os seguintes:

> [...] a importância do grande júri, do júri que decide as causas criminais e civis, das informações sobre os motivos da acusação, do direito à confrontação das testemunhas, do processo compulsório e até da assistência de um advogado [...] (JOHN HART, 2010, p. 126).

Há também, dentro da Quinta Emenda a garantia constitucional contra o '*double jeopardy'* impondo a proibição de um novo julgamento após a absolvição, dizendo que "parece ser uma proteção primariamente procedimental", mas, em seguida, alega que "na medida em que proíbe um novo julgamento após declaração de sentença, ou uma nova punição após a execução daquela, ela desempenha uma função bem diferente (e substantiva) [...]", sendo, portanto, alguns dos momentos substancialistas do livro de John Hart Ely (2010, p. 127).

Com relação à Quinta Emenda, que diz que a propriedade privada não pode ser transferida para o Estado para uso público sem justa indenização o autor diz

> [...] talvez pareça apenas salientar o valor substantivo da propriedade privada, destacando-o como merecedor de proteção especial contra o processo político (embora, literalmente compreendida, ela só o resguarde contra o processo político federal) (JOHN HART, 2010, p. 129).

Em seguida, explica que a Emenda

> [...] não protege a propriedade privada contra toda transferência compulsória do Poder Público", mas, pressupõe que a propriedade às vezes será transferida, compulsoriamente, e em seu lugar assegura a indenização (Idem).

Sendo que

> "[...]essa interpretação se encaixa na situação histórica como uma luva -, ela surge como mais um meio de proteger a minoria contra a maioria, um limite ao poder do Estado de isolar determinados indivíduos para que sejam sacrificados em nome do bem comum" (JOHN HART, 2010, p. 130).

Portanto, entende que essa cláusula que garante esse direito fundamental de propriedade é procedimentalista.

Mesmo que reconheça alguns momentos substancialistas, assegura que esses arranjos não se acomodam confortavelmente no modelo, diz que

> [...] a estratégia geral, portanto, não foi a de fixar no documento um conjunto de direitos substanciais aos quais foi concedida proteção permanente. Em vez disso, a Constituição pressupõe, de modo bastante sensato, que a maioria efetiva jamais ameaçará seus próprios direitos; e busca assegurar que essa maioria não trate outros grupos de modo sistematicamente pior do que trata a si mesma (JOHN HART, 2010, p. 133-134).

Portanto, John Hart Ely entende que todo o quadro constitucional é procedimentalista, incluindo os direitos fundamentais, e, a função de definição de valores pertence ao legislativo. Mas, da mesma forma que ocorre com os outros direitos constitucionais, caso o legislador não dê o devido respeito às minorias e as vozes desviantes, o judiciário irá declarar a nulidade das leis que trataram de densificar determinado direito fundamental.

5 PERSPECTIVA PROCEDIMENTALISTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS POR UM VIÉS JURISDICIONAL

Dentro do Estado Democrático de Direito, de acordo com o paradigma procedimental,

> [...] impõe-se a prevalência concomitante da soberania do povo e dos direitos fundamentais em todos os campos, mas, especialmente, na esfera estatal, na qual existe a constante formação de provimentos que gerarão efeitos para uma pluralidade de cidadão. (NUNES, 2012, p. 216).

Dierle José Coelho Nunes (2012, p. 220) entende que

> [...] quando vira uma disputa de valores, permite que se implemente tanto uma posição progressista (social) quanto uma posição conservadora acerca dos direitos, uma vez que se perde o caráter obrigatório (normativo) dos direitos e se viabiliza sua interpretação de modo particularista, privilegiando-se um ponto de vista em detrimento do outro.

Dessa forma, afirma que é necessária a imposição de outra perspectiva teórica que,

> [...] mediante o balizamento não somente da soberania popular, mas também dos direitos fundamentais (que são constitutivos da soberania popular e vice-versa), lidos e aplicados em acepção normativa, permita o abandono de concepções materializantes definidas antes dos discursos processuais legislativos, administrativos ou jurisdicionais" (NUNES, 2012, p. 220).

Não se pode, portanto,

> [...] basear todo o sistema na soberania popular e num quadro (inexistente) de valores compartilhados entregues à concepção privilegiada de bem viver de qualquer cidadão (agente político ou particular), mas, sim, na discursiva e co-originária implementação da soberania e dos direitos fundamentais. (Idem, p. 221).

Dierle José Coelho Nunes assevera que

> [...] revela-se a necessidade de resgatar a discussão, no âmbito jurisdicional, entre todos os sujeitos processuais, mediante implementação dos direitos fundamentais, que balizariam a tomada de decisões em seus aspectos formal e substancial, mantendo em tensão os discursos liberal e social nas situações de aplicação e afastando por completo modelos solipsistas típicos de um modelo autoritário, de viés positivista ou axiológico. (Idem, p. 222).

Por esse viés, a implementação desse modelo deve ser realizada por meio dos "[...]princípios formadores do modelo constitucional de processo, procedimentalmente analisados, que serviriam como balizas normativas da tomada de decisões e que cobram corresponsabilidade de todos os sujeitos processuais, não privilegiando qualquer um destes" (NUNES, 2012, p. 223).

Cattoni de Oliveira entende que a Teoria da Constituição, na alta modernidade, assume um importante e diferente papel, qual seja:

> A Teoria da Constituição deve assumir a perspectiva do sistema jurídico-constitucional e analisar a tensão interna entre a facticidade e validade, ou seja, entre a positividade e legitimidade do Direito, **reconstruindo os princípios**, as regras, os procedimentos, a compreensão, a justificação e a aplicação desses, resgatando a normatividade constitucional e a função primordial do Direito moderno, presente no Direito Constitucional de modo ímpar: a função de integração social, numa sociedade em que tal problema só pode ser enfrentado por seus próprios membros, na medida em que instauram um processo e se engajam na busca cooperativa de condições recorrentemente mais justas de vida, no qual questões acerca de sua autocompreensão ético-política e de sua autodeterminação prático-moral, além de seus interesses pragmáticos, devem encontrar vazão, mediante, inclusive, a institucionalização de formas discursivas e de negociação no nível do Estado. (2007, p. 149-150).

E ainda

> Tratar a Constituição como uma ordem concreta de valores é pretender justificar a tese segundo a qual compete ao Poder Judiciário definir o que pode ser discutido e expresso como digno desses valores, pois só haveria democracia nesse ponto de vista, sob o pressuposto de que todos os membros de uma sociedade compartilham, ou tenham que compartilhar, de um modo comunitarista, os mesmos supostos axiológicos, uma mesma concepção de vida e de mundo. Ou, o que também é incorreto, que os interesses majoritários de uns devem prevalecer, de forma utilitarista, sobre os interesses minoritários de outros, quebrando assim o princípio do reconhecimento recíproco de iguais direitos de liberdade (2006, p. 197).

Dessa forma, Dirle José Coelho Nunes defende "[...]que um dos pilares da democratização processual seria o abandono de perspectivas de protagonismo e assunção de um perfil coparticipativo e democrático de estrutura processual" (2012, p. 222).

A decisão judicial, dentro desse quadro de alta complexidade não pode mais ser vista de forma solipsista e sua fundamentação basear-se

> [...] como mecanismo de legitimação de um entendimento que este possuía antes mesmo da discussão endoprocessual, mas deve buscar legitimidade na tomada de considerações dos aspectos relevantes e racionais suscitados por todos os participantes, informando razões (na fundamentação) que sejam convincentes para todos os interessados no espaço público, e aplicar a normatividade existente sem invocações solitárias e voluntarísticas (NUNES, 2012, p. 237-238).

Essa perspectiva procedimental tem como pano de fundo a percepção de um Estado Constitucional cuja legitimação ocorre por meio dos procedimentos que se encontram em consonância com os direitos fundamentais e a soberania do povo. São nos espaços públicos que os fluxos comunicativos são fomentados, sintetizados e filtrados, e, transformando-se em

opiniões públicas condensadas, e, o ambiente propício para tal espaço público é o processo com um viés policêntrico e comparticipativo.

6 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS POR UMA PERSPECTIVA SISTÊMICA AUTOPOIÉTICA E SUA APROXIMAÇÃO COM AS TESES PROCEDIMENTALISTAS

O enfoque sistêmico autopoiético aproxima-se do procedimentalista, pois, para a Teoria dos sistemas, a sociedade é uma rede de comunicações, onde importa muito mais a questão de como opera o sistema jurídico no interior da sociedade do que propriamente a ação individual do jurista.

A sociedade seria subdividida em vários subsistemas, o social, o jurídico, o político, o econômico, e, os direitos fundamentais também são considerados como um subsistema, mas, talvez, de segundo grau, pois, não se pode atribuir uma independência total a ele, tampouco deixá-lo estritamente vinculado ao sistema jurídico, pois, nesse caso não se comunicaria com nenhum outro sistema.

Dessa forma, a sociedade seria uma rede de comunicações e a identificação das distinções entre direito e política será feita pela característica de cada comunicação, sendo, portanto, comunicação jurídica aquela que tratasse da parêmia lícito/ilícito, e, o sistema político aquele onde ocorre a dualidade governo/oposição, maioria/ minoria etc. (STRECK, 2013, p. 156).

A transferência da linguagem de um sistema para outro não é admitida na Teoria Sistêmica, inadmitindo-se, dessa forma, aquilo que denominamos hoje de judicialização política e politização do jurídico.

Dessa forma, "[...]como o Direito possui uma referência cognitiva que veda a infiltração de elementos alienígenas no seu núcleo, o sistema dos Direitos Fundamentais deve diferenciar sua estrutura do código do Direito" (TRINDADE, 2007, p. 136)

Os Direitos Fundamentais possuem uma característica peculiar de um mínimo necessário à subsistência humana, e, essa propriedade lhe garante a condição generalizante de aplicação em diversos meios socialmente diferenciados, inclusive, o direito.

De acordo com André Trindade, são em razões dessas premissas que se apresentam uma importante observação referente aos ao Sistema dos Direitos Fundamentais, onde acontece uma

> [...] diferenciação funcional pertencente ao sistema do Direito, a ele integrado, que se comunica tanto com o sistema jurídico quanto com o sistema biológico. Dessa forma, os direitos fundamentais retroalimentam o sistema jurídico, influenciando o mesmo (2007, p. 136).

Dessa forma, "[...]como a essência dos Direitos Fundamentais diz respeito ao mínimo necessário à manutenção do ser humano no meio, devem-se buscar parâmetros extrajurídicos para delimitar quais são esses elementos indispensáveis ao homem" (TRINDADE, 2007, p. 136). Assim,

> Identificado com a dimensão biológica, surgiu o conceito de necessidades naturais, vitais ou de sobrevivência, como sinônimos de necessidades básicas. Estas em nada diferiam das necessidades animais e, portanto, não exigiam para seu atendimento nada mais do que um mínimo de satisfação, como prega o ideal liberal. O curioso é que tais necessidades sempre estiveram garantidas nas sociedades primitivas, pré-capitalistas; mas, no capitalismo – fase avançada do desenvolvimento científico e tecnológico – elas nunca foram resolvidas (PEREIRA, 2002, p. 58).

Essa estreita ligação entre as necessidades humanas e natureza do ser, influenciam sobremaneira na elaboração do processo normativo.

De acordo com Gustin (1999, p. 30)

> [...] o pensamento atual sobre a correlação necessidade/direito tem-se conduzido para a concepção das necessidades como tema de grande valor normativo e que facilita a compreensão de sua potencialidade argumentativa e da relação que é capaz de estabelecer entre ser e dever ser. Assim, as necessidades concedem ao indivíduo razões e argumentos sobre a justiça e justiça das coisas e dos fatos: portanto, sobre a sua legitimidade.

Essas necessidades humanas sempre estiveram presentes nas Cartas de liberdade de todos os tempos, como por exemplo, a *Bill of Rights*, Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a *Petition of Rights*, etc., e, "nota-se que a própria terminologia empregada em algumas dessas Cartas já determina que as necessidades humanas contidas nos Direito Fundamentais devem apenas ser declaradas perante o ordenamento jurídico sem o seu arbitramento, que será incumbido de efetivá-las" (TRINDADE, 2007, p. 140).

Para que um sistema possa ser considerado autopoiético, a condição *sine qua non* é a auto-reprodução dos seus elementos constitutivos, e,

> [...] nesse sentido, pode-se apregoar que a auto-referencialidade dos Direitos Fundamentais pode ser apresentada como o elemento característico de sua não-dependência cognitiva. Nesse caso, os Direitos Fundamentais buscam substratos da biologia – enquanto sistema balizador das necessidades humanas orgânicas -, do sistema jurídico, e dos demais elementos/ sistemas integrantes do mundo da vida para sua manutenção (Idem, p. 142-143).

Portanto,

> [...] ao diferenciar os Direitos Fundamentais do seu entorno, torna-se mais fácil sua efetividade. Isso decorre da adoção das necessidades humanas como elemento determinante da seleção cognitiva do seu sistema. Assim, os Direitos Fundamentais observados como uma diferenciação funcional do sistema jurídico, cuja auto-

> referencialidade está assentada nas necessidades humanas, contribui para a instituição de padrões sociais universalizantes e para o abrandamento da hipercomplexidade característica da sociedade atual (Idem, p.149).

Dessa forma, todos os sistemas são fechados/abertos, e, interagem-se com o meio através de seu código binário que captam no seu entorno os elementos que devem ser inseridos, ocorrendo também tal procedimento com o sistema de Direitos Fundamentais, que, de acordo com as necessidades humanas são inseridos no sistema jurídico, e, com base nessa Teoria, o responsável por essa homeostase seria o judiciário, efetivando os direitos fundamentais no caso concreto.

CONCLUSÃO

A presente análise demonstrou que os direitos fundamentais pela perspectiva procedimentalista de John Hart Ely, em seu livro Democracia e Desconfiança, entende que a Constituição Americana não trata de valores, inclusive nas Emendas, pois tratam de direitos fundamentais.

Viu-se que, apenas o Poder Legislativo que pode dar valor às normas constitucionais, inclusive as de direitos fundamentais, mas, a função da Suprema Corte é de garantir a manutenção do quadro procedimentalista constitucional, e, caso haja ferimento a esse processo de elaboração legislativa, com eventual não participação das minorias, o Poder Judiciário teria poder para intervir e anular o ato político.

Os direitos fundamentais, na visão de John Hart Ely, não seriam diferentes, sendo que também não possuem valores e o único Poder com legitimidade democrática para valorá-los seria o Legislativo.

A outra perspectiva dos direitos fundamentais por meio do viés procedimentalista analisada, ou seja, dentro de uma linha mais processual, entendeu-se que a Constituição Federal Brasileira deve ser vista como procedimentalista, mas, para assegurar que os direitos fundamentais sejam aplicados no caso concreto pela via jurisdicional, dentro de um processo coparticipativo, com respeito ao contraditório, ampla defesa, para que esses direitos sejam construídos da melhor forma possível.

Assim, a implementação desse modelo deve ser realizada por meio dos princípios formadores do modelo constitucional de processo, procedimentalmente considerados, que são as bases normativas da tomada de decisões e que cobram co-responsabilidade de todos os sujeitos processuais.

Pela análise dos direitos fundamentais na perspectiva sistêmica autopoiética, viu-se que esta muito se aproxima do modelo procedimentalista, pois, entende que existem vários sistemas, dentre os quais se encontram o sistema jurídico, o político, o social, incluindo-se, também, o sistema de direitos fundamentais, ou subsistema, ou, ainda, sistema de segundo grau, por sua estreita conexão com o sistema jurídico, conforme visto.

Esses sistemas são ao mesmo tempo fechados e abertos, fechados, pois, possuem uma autorreferencialidade, não necessitando de comunicação com exterior, mas, ao mesmo tempo se abrem quando verificam elementos de seu entorno que possam vir a fazer parte de seu sistema.

Isso ocorre através de seu denominado código binário, que funciona como o órgão responsável pela homeostase entre os sistemas, e, o responsável por essa homeostase entre os sistemas, atualmente, seria o Poder Judiciário.

Dessa forma, essa visão sistêmica autopoiética entraria em sintonia fina com a visão procedimentalista dos direitos fundamentais (ou como uma terceira forma procedimentalista dos direitos fundamentais), já que entende que o responsável pela valoração dos direitos fundamentais (no caso, para o segundo modelo procedimentalista) seria o Poder Judiciário, ou melhor, para os adeptos da Teoria Sistêmica, o judiciário seria responsável pela homeostase entre o sistema de direitos fundamentais e o jurídico, não de forma solipsista, mas, através da via procedimental, dentro de um processo comparticipativo, impondo-se a prevalência conjunta da soberania do povo e dos direitos fundamentais.

Portanto, o procedimentalismo é de suma importância para aplicação e desenvolvimento dos direitos fundamentais, mesmo que num primeiro momento sua valoração seja realizada pelo legislativo, pois, estes devem respeitar o processo de elaboração das leis que irão tratar desses direitos sob pena da sua nulidade; para aqueles que entendem que é pela via jurisdicional que os direitos fundamentais devem ser valorados, o procedimentalismo é essencial para garantir uma leitura acentuada e dinâmica do modelo constitucional de processo.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Lucia. **Habermas:** Filósofo e sociólogo do nosso tempo. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

BASTOS, Romeu Costa Ribeiro; ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. A Ética Jurídica de John Rawls e o princípio maximim: uma reflexão sobre o Estado Constitucional Moderno e a Teoria da Decisão. In: BONAVIDES, Paulo (dir.). **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, n. 2, jul./dez, 2003.

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

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito, política e filosofia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. A ponderação de valores na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal: uma crítica teórico-discursiva aos novos pressupostos hermenêuticos adotados na decisão do Habeas Corpus n. 82.424- RS. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Constituição e crise política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica jurídica e(m) debate:** o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 22. ed. São Paulo, Saraiva, 2001.

ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança:** uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2010.

FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. Trad. Leila Mendes. São Leopoldo-RS: Editora Unisinos, 2007.

FURLAN, Fabiano Ferreira. **O debate entre John Rawls a Jürgen Habermas sobre a concepção de justiça**. Volume 05. Coleção Professor Álvaro Ricardo de Souza Cruz. Belo Horizonte: Ed. Arraes, 2013

GUSTIN, Miraci Barbosa de Souza. **Das necessidades humanas aos direitos:** ensaio de sociologia e filosofia do direito. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre a factidade e a validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

LAFER, Celso. **La Reconstrucción de los derechos humanos. Um diálogo com El pensamento de Hannah Arendt**. Trad. Stella Mastrangelo. Cidade do México: Fondo de Cultura Econômica, 1973.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. **Sociologia do direito II**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MITIDIERO, Daniel. **Processo Civil e Estado Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais:** Teoria geral, comentários aos art. 1 a 5 da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NEVES, Marcelo. Do consenso ao dissenso: o estado democrático de direito a partir e além de Habermas. In: SOUZA, Jessé (Org.). **Democracia hoje:** novos desafios para a teoria democrática contemporânea. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático. Uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba-PR: Editora Juruá, 2012.

PEREIRA, Potyara A. **Necessidades Humanas:** subsídios à crítica dos mínimos sociais. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2008

SILVA, José Afonso da. **Curso de direitos constitucional positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

TRINDADE, André. **Os Direitos Fundamentais por uma perspectiva autopoietica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987.