

**IV CONGRESSO NACIONAL DA  
FEPODI**

**DIREITOS HUMANOS II**

**LIVIA GAIGHER BOSIO CAMPELLO**

**MARIANA RIBEIRO SANTIAGO**

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 – FEPODI**

**Presidente** - Yuri Nathan da Costa Lannes (UNINOVE)

**1º vice-presidente:** Eudes Vitor Bezerra (PUC-SP)

**2º vice-presidente:** Marcelo de Mello Vieira (PUC-MG)

**Secretário Executivo:** Leonardo Raphael de Matos (UNINOVE)

**Tesoureiro:** Sérgio Braga (PUCSP)

**Diretora de Comunicação:** Vivian Gregori (USP)

**1º Diretora de Políticas Institucionais:** Cyntia Farias (PUC-SP)

**Diretor de Relações Internacionais:** Valter Moura do Carmo (UFSC)

**Diretor de Instituições Particulares:** Pedro Gomes Andrade (Dom Helder Câmara)

**Diretor de Instituições Públicas:** Nevitton Souza (UFES)

**Diretor de Eventos Acadêmicos:** Abimael Ortiz Barros (UNICURITIBA)

**Diretora de Pós-Graduação Lato Sensu:** Thais Estevão Saconato (UNIVEM)

**Vice-Presidente Regional Sul:** Glauce Cazassa de Arruda (UNICURITIBA)

**Vice-Presidente Regional Sudeste:** Jackson Passos (PUCSP)

**Vice-Presidente Regional Norte:** Almério Augusto Cabral dos Anjos de Castro e Costa (UEA)

**Vice-Presidente Regional Nordeste:** Osvaldo Resende Neto (UFS)

#### **COLABORADORES:**

Ana Claudia Rui Cardia

Ana Cristina Lemos Roque

Daniele de Andrade Rodrigues

Stephanie Detmer di Martin Vienna

Tiago Antunes Rezende

---

ET84

Ética, ciência e cultura jurídica: IV Congresso Nacional da FEPODI: [Recurso eletrônico on-line] organização FEPODI/ CONPEDI/ANPG/PUC-SP/UNINOVE;

coordenadores: Livia Gaigher Bosio Campello, Mariana Ribeiro Santiago – São Paulo: FEPODI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-143-2

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Ética, ciência e cultura jurídica

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Ética. 3. Ciência. 4. Cultura jurídica. I. Congresso Nacional da FEPODI. (4. : 2015 : São Paulo, SP).

CDU: 34

---



[www.fepodi.org](http://www.fepodi.org)

## IV CONGRESSO NACIONAL DA FEPODI

### DIREITOS HUMANOS II

---

#### **Apresentação**

Apresentamos à toda a comunidade acadêmica, com grande satisfação, os anais do IV Congresso Nacional da Federação de Pós-Graduandos em Direito – FEPODI, sediado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo –PUC/SP, entre os dias 01 e 02 de outubro de 2015, com o tema “Ética, Ciência e Cultura Jurídica”.

Na quarta edição destes anais, como resultado de um trabalho desenvolvido por toda a equipe FEPODI em torno desta quarta edição do Congresso, se tem aproximadamente 300 trabalhos aprovados e apresentados no evento, divididos em 17 Grupos de Trabalhos, nas mais variadas áreas do direito, reunindo alunos das cinco regiões do Brasil e de diversas universidades.

A participação desses alunos mostra à comunidade acadêmica que é preciso criar mais espaços para o diálogo, para a reflexão e para a troca e propagação de experiências, reafirmando o papel de responsabilidade científica e acadêmica que a FEPODI tem com o direito e com o Brasil.

O Formato para a apresentação dos trabalhos (resumos expandidos) auxilia sobremaneira este desenvolvimento acadêmico, ao passo que se apresenta ideias iniciais sobre uma determinada temática, permite com considerável flexibilidade a absorção de sugestões e nortes, tornando proveitoso aqueles momentos utilizados nos Grupos de Trabalho.

Esses anais trazem uma parcela do que representa este grande evento científico, como se fosse um retrato de um momento histórico, com a capacidade de transmitir uma parcela de conhecimento, com objetivo de propiciar a consulta e auxiliar no desenvolvimento de novos trabalhos.

Assim, é com esse grande propósito, que nos orgulhamos de trazer ao público estes anais que, há alguns anos, têm contribuindo para a pesquisa no direito, nas suas várias especialidades, trazendo ao público cada vez melhores e mais qualificados debates, corroborando o nosso apostolado com a defesa da pós-graduação no Brasil. Desejamos a você uma proveitosa leitura!

São Paulo, outubro de 2015.

Yuri Nathan da Costa Lannes

**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**

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

**Resumo**

O presente paper, 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, Recepção, Teoria do agir comunicativo habermasiana

**Abstract/Resumen/Résumé**

This paper 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, Reception, Habermas's theory of communicative action

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

**RESUMO:** O presente *paper*, 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; Recepção; Teoria do agir comunicativo habermasiana.

**ABSTRACT:** This paper 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:** Constitutional jurisdiction; 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 contato 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)

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. 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.

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).

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.

Como dito acima, um Estado que se repete 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 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**

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.

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.

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.

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.

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 objetivo<sup>1</sup>. 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”<sup>2</sup>, auxiliando o relator na deliberação sobre determinado tema.

---

<sup>1</sup>CR/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.

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

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 3510<sup>3</sup> ou, por meio de órgãos ou entidade, participando do julgamento de ações diretas de constitucionalidade como “amicus curiae”, para auxiliar o relator no esclarecimento de matérias relevantes.

#### **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. (HABERMAS, 2002, p.148-149)

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

---

§ 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.

<sup>3</sup>CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5º DA LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA). PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA. CONSTITUCIONALIDADE DO USO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS PARA FINS TERAPÊUTICOS. DESCARACTERIZAÇÃO DO ABORTO. NORMAS CONSTITUCIONAIS CONFORMADORAS DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA VIDA DIGNA, QUE PASSA PELO DIREITO À SAÚDE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. DESCABIMENTO DE UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA ADITAR À LEI DE BIOSSEGURANÇA CONTROLES DESNECESSÁRIOS QUE IMPLICAM RESTRIÇÕES ÀS PESQUISAS E TERAPIAS POR ELA VISADAS. IMPROCEDÊNCIA TOTAL DA AÇÃO. (...) (ADI 3510, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/200800043 – texto reduzido), DJe-096 DIVULG 27-05-2010 PUBLIC 28-05-2010 EMENT VOL-02403-01 PP-00134 RTJ VOL-00214- PP-

(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 Constituição<sup>4</sup>. Ressalte-se, a análise sobre a recepção de 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.

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 proceduralismo discursivo habermasiano, justificar a recepção, no atual ordenamento constitucional, de normas produzidas em períodos 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.

---

<sup>4</sup>Gilmar 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).

## V CONCLUSÃO

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.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 38 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

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.

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.