

TEXTO IV

LEGALIDADE E LEGITIMIDADE NA ORDEM CONSTITUCIONAL DE 1988: O PAPEL DO CIDADÃO

**AUTORES: ANTONIO CARLOS ALPINO BIGONHA E
LUIZ MOREIRA GOMES JÚNIOR**

LEGALIDADE E LEGITIMIDADE NA ORDEM CONSTITUCIONAL DE 1988: O PAPEL DO CIDADÃO

Antonio Carlos Alpino Bigonha¹

Luiz Moreira Gomes Júnior²

RESUMO

O artigo demonstra o processo de apropriação da Constituição operado pela comunidade jurídica e, sobretudo, pelos órgãos da Justiça. Com base na doutrina jurídica internacional contemporânea, expõe como a ordem institucional da ditadura militar foi substituída pela subjetividade da classe jurídica, a partir de uma teoria constitucional que estabeleceu a sinonímia entre legalidade, legitimidade e constitucional.

A circularidade entre legalidade, legitimidade e Constituição estabeleceu uma redundância, segundo a qual, para identificar se dada norma ou instituto jurídico é constitucional, basta localizá-la na Constituição, restringido a dicotomia entre o que é legal e o que é legítimo à positivação constitucional. A antiga discussão acerca do grau de aceitação da norma pela sociedade, bem como o grau de integração da vontade popular (soberania) no processo legislativo, foi afastada com substituição por uma principiologia constitucional que substitui os eleitores e o Parlamento pelos intérpretes estatais da Constituição da República.

A atual teoria do controle de constitucionalidade torna o Parlamento um apêndice da democracia pois, por um lado, toda atividade legislativa ordinária está sob o crivo da Corte Constitucional e, por outro, há a Súmula Vinculante, no bojo da qual o Supremo Tribunal Federal tem disciplinado hipóteses abstratas, com eficácia geral. Fecha-se, assim, qualquer possibilidade de o cidadão avançar na construção e inovação do Direito que, segundo este esquema, está adstrito à

¹ Antonio Carlos Alpino Bigonha é graduado em Direito pela Universidade de Brasília, é Procurador Regional da República, da 1ª Região e ex-Presidente da Associação Nacional dos Procuradores da República – ANPR no período de maio de 2007 a maio de 2011.

² Luiz Moreira é mestre em Filosofia e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, Pesquisador de Filosofia do Direito da Universidade de Tübingen, Alemanha, e autor, dentre outros, do livro *A Constituição como simulacro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. Luiz Moreira é Conselheiro do Conselho Nacional do Ministério Público, eleito pela Câmara dos Deputados.

consciência jurídica da cúpula do Poder Judiciário. Tudo isto tem o inegável propósito de interditar a soberania popular, com grave prejuízo à cidadania, na perspectiva de que caberia à instância de cúpula do Poder Judiciário “errar” por último, isto é, ser o último guardião quando, na verdade, ao eleitor cabe, necessariamente, nas democracias, a última palavra e cada cidadão deve ser o guardião da Norma Maior. Co-autoria de Luiz Moreira

1. INTRODUÇÃO

No quadro em que vivemos, o Parlamento brasileiro caminha para ser tido como desnecessário e é compreendido, especialmente pelos juristas, como instituição que macula a Constituição da República ou ainda como apêndice da Democracia. Não é por acaso, portanto, que as Emendas à Constituição são percebidas como deturpadoras da pureza original da Constituição. O mundo jurídico é sagrado e repleto de pureza; o mundo político é sujo e maculador da ordem constitucional, mácula esta que caberia ao controle jurisdicional de constitucionalidade afastar.

Colho as lições dos mestres, para perguntar: o que torna legítima a Assembléia Constituinte? Certamente não é a Constituição que dela emana, mas o mandato que lhe é conferido pelos cidadãos. O problema que cerca o parlamento brasileiro é a diminuição das suas tarefas e de suas prerrogativas diante da Assembléia Constituinte. O Poder Constituinte originário, e a Assembléia Constituinte dele decorrente, seriam o “momento puro” de criação do Direito. Os atos posteriores engendrados pelo Parlamento maculariam a ordem herdada, em clara demonstração de que a Política mancharia o Direito.

Como maculador da Constituição, é preciso que o Parlamento, mas também a democracia e a Política sejam substituídas por uma instituição que garanta a permanência da pureza constitucional. É neste momento que a Constituição, como obra da democracia, como obra da Política, como obra do Parlamento, é apropriada pelo processo judicial por intermédio do controle de constitucionalidade.

2. DIREITO E DEMOCRACIA

Os modernos Estados constitucionais do Ocidente pretendem exprimir sua suposta legitimidade por meio da fórmula “todo o poder emana do povo e em seu nome será exercido”. Com essa fórmula estariam respondidas as duas perguntas que marcam a atuação estatal: porque o poder do Estado decorre do povo, a ele caberia: I) prescrever e ordenar condutas por meio de seus diversos órgãos e II) restringir e enquadrar os comportamentos desviantes utilizando o aparato coativo constituído para tornar o monopólio da força expressão última de sua soberania. Essa formulação garante ao Estado a legitimidade necessária para estruturar as suas teias prescritivas e, ao mesmo tempo, tornar suas normas efetivas.

2.1 Direito e legitimidade

No estágio atual da teoria do Estado e da teoria da Constituição, essa prerrogativa, ao mesmo tempo simbólica e fática, materializa-se por meio dos direitos fundamentais que os próprios cidadãos se conferem na medida em que são os autores e os destinatários de todo o ordenamento jurídico. Em síntese: os cidadãos, sujeitos de direitos, são titulares de todo o poder político e essa titularidade ganha contornos institucionais na medida em que os direitos fundamentais são não apenas atributos transindividuais, mas razão de ser do Estado. Assim, os direitos fundamentais representariam o substrato que garantem legitimidade à normatividade estatal. Em última instância, as normas jurídicas seriam legítimas porque realizariam o projeto político de efetivação dos direitos fundamentais.

A relação entre legitimidade e efetivação que se dá entre essas duas esferas constitui uma tensão garantidora de validade à política e de concreção ao direito. É que a domesticação do poder pelo direito não se restringe a uma subordinação do político ao jurídico, pois do mesmo modo que é correto afirmar que a domesticação do poder político pelos direitos fundamentais confere legitimidade ao político, também o é que essa tensão garante aos direitos fundamentais a conversão de normas apenas abstratas em direitos efetivos.

Com isso a teoria da Constituição e a filosofia política pretendem enfrentar o dilema que opôs o Estado à sociedade civil. A superação desse dilema ganhou contornos institucionais com a derrocada do absolutismo pelas revoluções francesa e estadunidense. Diante da dicotomia que opunha o Estado à sociedade civil era vital constituir um espaço imune às suas interferências. É nesse contexto que surgem, por um lado, a teoria da separação do poder e a teoria da soberania popular e, d'outro, a forma republicana, o sistema representativo e o regime democrático. Essas restrições tinham como propósito limitar o arbítrio estatal, garantindo o fortalecimento das demais esferas de modo a fortalecer a sociedade civil e assegurar legitimidade material e formal às ordenações estatais. Desse modo, as restrições ao poder político pelo direito surgem na perspectiva de possibilitar o pleno desenvolvimento da sociedade civil e da opinião pública, o que juridicamente foi articulado pela necessidade de institucionalizar a não interferência estatal por meio do estabelecimento de garantias individuais, coletivas e processuais e pelas liberdades de expressão e de associação.

Esses limites surgem em um contexto de transição do Estado absolutista para o liberal, no qual se pretendia firmar uma nova ordem social baseada na livre

iniciativa. A história é por todos conhecida. O declínio do Estado liberal é protagonizado pelo esgotamento de uma cultura que tinha na entronização das formas privadas de vida, no colonialismo e na expropriação do trabalho fabril sua face mais evidente. Como consequência da era das necessidades houve as duas Grandes Guerras e o horror manifestado no mal radical, isto é, a Shoah.

O Estado constitucional surgiu como tentativa de gerar um novo postulado jurídico-político, substituindo a velha ordem privatista por uma fundada em princípios como a dignidade humana, o republicanismo e a supremacia política da soberania popular.

Estamos de volta à questão inicial acerca da legitimidade do Estado. No cenário atual, há uma equivalência entre norma e fato de modo que as perguntas pela validade do ordenamento jurídico e a efetividade dos direitos encontram abrigo na rubrica Estado democrático de direito. Fica estabelecida uma resposta padrão e circular: se algo se encontra na Constituição é porque é legítimo e se se quer buscar a legitimidade basta procurar na Constituição.

Essa circularidade asperge validade aos feitos estatais a partir da presunção de que o planejamento e execução de tais feitos se coadunam com a soberania popular.

2.2. Poder constituinte e Poder do Parlamento

As constituições modernas repousam sua pretensão à legitimidade em um ato fundador denominado “poder constituinte”. Parte-se da idéia de que o poder constituinte¹ conduziria a sociedade ao apogeu civilizatório, cultural e organizativo e que ele seria o último recurso a ser seguido por uma comunidade política que chegou ao esgotamento associativo. Desse modo, seria o poder constituinte o ato decisivo que transformaria a sociedade e lhe daria uma nova estrutura. Por seu intermédio, seria reedificado o Estado e reconfigurados os propósitos da sociedade, sendo constituídas e fundamentadas todas as relações a ela subjacentes.

Comumente o poder constituinte é exercido por uma assembléia que realiza o desígnio de formular e promulgar os princípios que passarão a estruturar o sistema constitucional que terá preponderância sobre todo o sistema jurídico.

Logo, sob a assembléia constituinte repousa o poder de prescrever as normas e ordenar as condutas. É exatamente neste ponto que se assiste a um simulacro orquestrado pela teoria da Constituição.

A simulação consiste na tentativa de transformar um consenso sobre a forma de constituir e ordenar o sistema jurídico, obtido em um dado momento histórico, em algo atemporal, configurando um processo comum de formulação de normas jurídicas em ato fundador, a partir do qual os questionamentos e os problemas posteriores são solucionados pela remissão incontestada e necessária a tal estrutura.

O simulacro consiste na justificação de um ato fundante que põe a Constituição como ato extraordinário da soberania popular, quando o poder constituinte e a assembléia por ele instalada se revestem de caráter ordinário. Portanto, o simulacro é o ato de outorga que uma assembléia se dá a si mesma com o propósito de restringir, regular e prescrever os direitos atinentes à soberana manifestação dos sujeitos de direito.

Tal simulacro é posto pela pretensão de validade absoluta adjacente ao poder constituinte, que dota a Constituição de obrigatoriedade e de legitimidade que se atualizam mediante a complementaridade ideológica entre um componente histórico e um conceitual.

Historicamente, o simulacro se caracteriza pela transformação de um processo ordinário em processo excepcional; conceitualmente, em tentar estruturar a Constituição com um caráter ao mesmo tempo filosófico e científico, por meio de classificações e desdobramentos, entre diversas modalidades de normas constitucionais, segundo seu alcance e aplicabilidade. A complementaridade consiste em estabelecer uma tensão entre uma esfera indisponível e uma outra, disponível, como forma de obrigar os sujeitos de direito a terem em sua Constituição não a emanção de sua força prescritiva, mas o resultado de um ato com soberania em si que passa a constituir a soberania própria a sujeitos de direito.

Do ponto de vista histórico, o poder constituinte repousa em um embuste. É a autorização expressa dos sujeitos de direito que dota a assembléia constituinte do poder necessário para constituir todas as relações. Sua autoridade criativa repousa antes na faculdade que detêm os sujeitos de direito para criarem uma nova realidade jurídica do que em um ato fundante. Assim, os sujeitos de direito são livres e plenipotenciários para fazerem tantos atos fundadores, constituintes,

quanto acharem conveniente, isto porque o ato fundador congênere do poder constituinte é tão-somente uma convenção. Por convenção, por uma faculdade do livre dispor, a soberania dos sujeitos de direito põe em marcha um processo de formulação das novas engrenagens da sociedade, e a soberania desses mesmos sujeitos de direito põe o poder constituinte, que convoca a assembléia especialmente para dispor sobre aquilo para o qual foi convocada. Admitir o contrário seria reconhecer, em tal postura, traços totalitários.

Por conseguinte, são os sujeitos de direito, em ato soberano, que conferem existência e autorizam o exercício potestativo do poder constituinte. O poder constituinte é a formalização da soberania de sujeitos que, associadamente e por portarem direitos decorrentes do processo cultural e civilizatório, materializam seus anseios por uma nova ordem jurídica ao dotarem a assembléia de uma faculdade constitutiva em exercício.

Não obstante, o poder constituinte não é sede de poder algum, detém apenas o exercício de uma faculdade que emana diretamente dos sujeitos de direito. Não há de se falar tampouco em poder originário, porque o poder não se origina no ato fundante, nem na assembléia convocada para constituir o sistema jurídico. Origina-se em projeto orquestrado pelos sujeitos de direito de constituir um sentido às normas e estruturá-las conforme o sentido atribuído.

A atribuição de tal sentido às normas lhes confere obrigatoriedade, pois a disposição em produzir as suas próprias normas resulta em processo de ordenar a própria liberdade, jamais em a alienar; a liberdade associativa dos sujeitos de direito põe o sistema jurídico em andamento, pelo qual todo o aparato prescritivo obtém validade, por ato soberano e indelegável.

O embuste característico ao projeto do Estado democrático de Direito de tornar a Constituição a sua pedra angular, torna o momento de criação da norma constitucional o ponto zero, originário, genealógico, conferindo um caráter sui generis à sua produção e à sua promulgação. Como dito, a peculiaridade do poder constituinte consiste na disposição fundante oriunda da soberania, posta deliberadamente em exercício pelos sujeitos de direito.

- O esvaziamento do Parlamento e a judicialização da vida

É preciso enfrentar a questão atinente ao poder constituinte. Que o distingue do processo legislativo? Ambos decorrem da soberania popular, melhor, ambos

decorrem do poder que emana da associação dos sujeitos de direito. Portanto, é o poder soberano dos cidadãos que põe o direito em suas ramificações: o processo constituinte e o processo legislativo. Ambos emanam desse poder. O poder que torna possível a Constituição torna também possível os códigos e as leis.

A distinção não remonta à origem, mas ao modo de seu exercício. Isto é, não há distinção categorial que oponha um ao outro, mas os dois processos comungam da mesma genealogia. Fundando-se no mesmo poder, tanto o processo constituinte quanto o processo legislativo permitem a atualização de um poder que estrutura a liberdade e a perpetua por meio de um ordenamento conceitualmente concatenado. Interpor-se, obstruindo a passagem da estrutura da liberdade (a Constituição), à sua ordenação concatenada (o Código), seria uma das grandes armadilhas da modernidade, ao tornar indisponível à soberania exprimir-se por meio de um processo que se atualiza mediante um trâmite diversificado.

Portanto, cabe à ciência do direito articular a passagem da estruturação da liberdade à sua ordenação concatenada, estabelecendo degraus que criam momentos diferentes de aplicação da soberania, aplicação que se desdobra como forma de a soberania se prolongar, compreendendo o amplo espectro do processo legiferante.

O processo legiferante, como forma jurígena do poder soberano, desdobrar-se-ia nos seguintes passos: I) o poder soberano dos sujeitos de direito põe a assembléia constituinte e lhe infunde poder; II) como exercício desse poder, a assembléia promulga as normas que exercerão o controle de validade das demais normas jurídicas; III) somente um novo ato constituinte pode substituir o ato constituinte precedente. E em decorrência: IV) fica estabelecido quorum especial às emendas à Constituição, mais exigente e com tramitação diferente daquele do V) processo legislativo, comumente de maioria simples.

Assim sendo, o processo constituinte e o processo legislativo decorrem ambos da soberania popular e, como formas de exercício da representação do poder político, circunscrito apenas aos cidadãos, não se distinguem entre si, tendo por isso mesmo apenas uma diferença quantitativa, mas de modo algum uma diferença qualitativa, pois o mandato de ambos é obtido da mesma fonte, ou seja, dos cidadãos. Resultou essa transformação do Legislativo em “apêndice” da democracia em uma engenharia constitucional segundo a qual a representação do poder é deslocada do parlamento para outras instâncias: I) a executiva, exercida sob a alegação de sua intervenção ser precisa, eficiente e II) a judiciária,

pois caberia às cúpulas dos tribunais garantir a efetividade da Constituição, por um lado, e por outro, em substituição ao dito “apêndice, atribuir sentido às normas, pois mediante a mutação constitucional fecha-se o círculo de judicialização da vida. Este círculo submete a democracia deliberativa ao processo judicial por meio de uma complementaridade entre o controle de constitucionalidade e a mutação constitucional.

Acosado por um sistema jurídico que entende o Parlamento como maculador da pureza herdada da assembléia constituinte, a sociedade vê-se alijada de formas de expressão de vontade e de representação, operada por um ativismo judicial que passa a ser o titular da formulação, da interpretação e da efetividade das normas, reunindo, sob seu arbítrio, as prerrogativas legislativas, judicativas e executivas. Este Estado de exceção é efetivado mediante uma complementaridade institucional entre Estado Executivo e Estado Judicial e justificado pela complementaridade ideológica entre as teorias de Carl Schmitt (todo poder ao executivo) e de Hans Kelsen (todo poder ao judiciário). Diante do exposto, urge o retorno às distinções entre legitimidade e juridicidade e entre sociedade civil e Estado, de modo que seja possível: a) conceber o direito como concatenação de múltiplos ordenamentos; b) entender a representação do poder como exercício múltiplo de mandatos; c) proceder a uma distinção entre processo legislativo e processo judicial, esclarecendo que cabe ao primeiro a aferição da vontade e, ao segundo, circunscrever-se ao que foi previamente estabelecido como direito pelo parlamento, pois desse modo as sentenças se refeririam ao direito e não à vontade; d) restabelecer a democracia deliberativa e a multiplicidade típica dos Parlamentos; e) restabelecer a dignidade da política; f) restabelecer a importância para a sociedades civil do mandato parlamentar; g) restabelecer os Parlamentos como foro das tomadas de decisão; h) concretizar os direitos fundamentais e i) proceder a uma engenharia constitucional que garanta uma nova separação dos poderes.

3. A QUESTÃO DEMOCRÁTICA

Embora o Judiciário não tenha sido capaz de justificar funcionalmente, pelo argumento da competência ou pela intervenção técnica, a primazia que exerce sobre a política, com a qual há o esvaziamento sistemático do Parlamento como foro adequado para discutir e resolver as questões nacionais, a jurisdição constitucional tem funcionado como dispositivo constitucional a efetivar os direitos fundamentais.

Segunda esta teoria – hoje entre nós hegemônica – a jurisdição constitucional, mediante o controle de constitucionalidade, avoca para si a prerrogativa de

prescrever as condutas, servindo como parâmetro inclusive para os demais órgãos do Estado. Nesta teoria, a democracia é afastada e em seu lugar efetivada a prova de coerência entre as normas e a constituição.

A tutela dos direitos fundamentais não pode ser utilizada para submeter o presente e o futuro ao passado, de modo a ser institucionalizado um sistema jurídico que opera com a marca do *status quo*.

Novos direitos às novas gerações serão gestados nos tribunais? O judiciário é capaz de produzir transformações? É ele o foro apropriado?

Outrora, a origem democrática, estabelecida politicamente pelo parlamento, era o requisito mediante o qual era feita a distinção entre uma constituição legítima – promulgada – e uma constituição autoritária – outorgada. O requisito democrático pode ser substituído pela jurisdição constitucional?

É esta abertura do direito à sociedade civil que precisa ser restabelecida, pois o direito só é legítimo na medida em que se abre à soberania popular. É isto que torna um Estado de Direito um Estado Democrático.

A Constituição brasileira decorre do Parlamento brasileiro, decorre mais especificamente de uma assembléia constituinte que, convocada pela soberania popular, obteve mandato para, em nome do povo brasileiro, substituir o regime autoritário por regime coerente com as exigências de redemocratização.

Promulgada a Constituição, entre as idas e vindas típicas da democracia, houve sua apropriação pelos juristas, resultando em transformação de tal documento de político em estritamente jurídico.

O processo é por todos conhecido: a democracia, a política e o parlamento foram progressivamente mitigados e em seu lugar houve a construção de uma teoria que, a pretexto de tutelar os direitos fundamentais, os substituiu pela supremacia judicial, operada pela complementaridade entre controle de constitucionalidade e mutação constitucional.

Os momentos de tal processo são os seguintes: (1) a transformação do processo constituinte em processo apartado da política, de modo a se produzir um *fetich* do poder constituinte segundo o qual a assembléia constituinte exerceria poder absoluto e não poder representativo; (2) construída a imunização do poder

constituente em relação à política, as intervenções políticas na ordem constitucional foram tidas como maculadoras de sua pureza, de modo a se construir uma dicotomia entre democracia e constituição e (3) com o propósito de conservar a pureza e a magia da ordem constitucional, purificando-a da política, justifica-se o caminho que possibilita a interdição da política pelos tribunais, com o respectivo impedimento do processo político, com a transformação das eleições em ato judiciário, com a criminalização da política e sua judicialização e, por fim, com a substituição do parlamento como foro legitimado para produzir as normas jurídicas (constitucionais e legais) pelos tribunais, operada pela interpretação constitucional, seja com o controle de constitucionalidade, seja pela mutação constitucional.

Claro está que esse processo de interdição da política precisa ser substituído por um projeto que revigore a democracia e restitua à democracia a tarefa de estabelecimento do futuro. Isso por que aos tribunais compete tarefa retrospectiva, isto é, de manutenção daquilo que democraticamente fora deliberado, e às instâncias políticas a construção do que deve ser.

Tal interdição da Política se efetiva em três passos dialéticos: (1) mediante uma complementaridade institucional entre Estado Executivo e Estado Judicial; (2) justificado pela complementaridade ideológica entre as teorias de Carl Schmitt (todo poder ao executivo) e de Hans Kelsen (todo poder ao judiciário) e (3) com a judicialização da política, operada pela submissão dos poderes políticos aos tribunais, com o respectivo controle judicial sobre as leis e sobre as políticas públicas.

3.1. O Estado Nacional e Democracia

No Estado moderno, os *sujeitos* constituem uma ordem estatal marcada pela associação entre livres e iguais definida em termos jurídicos. Ao vínculo comunitário feudal sucede um *político-jurídico*; à relação de subordinação entre vassalos e senhor, uma estrutura marcada pela *titularidade de direitos* inerente a cada sujeito que é membro associado de uma sociedade civil; por sua vez, o direito consuetudinário com jurisdição fragmentada em feudos regidos pelos suseranos transforma-se em uma *unidade jurídico-estatal* elaborada em *co-autoria* pelos *sujeitos de direito*.

Vínculo político-jurídico, titularidade de direitos e co-autoria da ordem jurídica estatal, essas são as especificidades que marcam a relação entre *sujeitos de direito*. Os direitos subjetivos implicam *reciprocidade* na articulação do conceito moderno de *liberdade*. Como são recíprocos, a estrutura dos direitos denota uma constituição *intersubjetiva*, pois somente em uma relação interpessoal se faz

possível o reconhecimento da co-autoria do ordenamento jurídico. Co-autores *livres e iguais* que concebem uma reciprocidade de direitos e obrigações comuns a todos os sujeitos de direito. O sujeito de direito passa a ser co-fundador de um aparato normativo recíproco *universalmente imputável* e sua *faculdade* para a ação, uma titularidade subjetiva que se constitui como titularidade de direitos.

Essa titularidade de direitos é entendida como um atributo subjetivo, como faculdade própria ao sujeito. Mas como essa *faculdade subjetiva* exige como corolário a idéia de *reciprocidade* e de *imputabilidade universal* de direitos e obrigações, o exercício dessa faculdade recíproca possibilitará a um só tempo o surgimento da *autonomia* e da *soberania*. Na medida em que sob o sujeito se funde autonomia e titularidade de direitos, surge o Estado moderno, como *reciprocidade jurídica da liberdade*.

Como a fusão entre autonomia e titularidade de direitos se suprassume na modernidade? Mediante dois conceitos: *sujeito* e *Estado*. A fim de esmiuçar essa resposta, seguiremos os passos da suprassunção entre sujeito e Estado através dos aspectos *político, religioso e econômico*.

Nessa suprassunção, o aspecto político se inicia com a associação entre *burguesia* e *príncipe* e culmina com a *divisão do exercício do poder* e com o *princípio da soberania do povo*; o aspecto religioso, com a *cisão religiosa*, tendo seu apogeu com a *separação entre Estado e religião*; finalmente, o econômico, com as *grandes navegações*, culminando com a *revolução industrial*.

Do ponto de vista *político*, a associação entre príncipe e burguesia permitirá ao primeiro reunir a *força* necessária para constituir poder político sobre um determinado *território*, de modo que seus éditos sejam passíveis de *obrigatoriedade* e *auto-executoriedade*. Torna-se possível então a constituição de um aparelho estatal a serviço do príncipe que tinha funções a um só tempo tributárias e de polícia. Forma-se um corpo administrativo, uma burocracia estatal a qual cabe organizar e orquestrar as funções estatais. Paulatinamente este *poder de dizer* o *Direito* sobre um determinado território torna-se *monopólio estatal* inerente à função principesca, isto é, como poder soberano em um dado território. Fundamental aqui é que o poder agora não é disperso entre diversas autoridades, mas se concentra na mão de um único soberano. A ordem do soberano é normativa porque obriga igualmente todos os habitantes do território. O que vincula os habitantes deste território não é mais laços de origem ou consanguíneos, mas o poder normativo estatal exercido de modo único. A normatividade estatal significa que apenas um poder reúne a força para obrigar a todos igualmente. *Normatividade* e *universalidade* são suprassumidos no Estado pós-revolucionário, pois, na medida em que tal normatividade passa a dirimir conflitos e reger as relações sociais de modo *legítimo*, ela se torna *universalmente válida*. Justamente quando essa universalidade *confunde-se* com a normatividade temos a exigência funcional de *divisão do exercício do poder* como forma de opor *limites* ao exercício usurpador do poder político frente aos *direitos e garantias individuais*. No entanto, a limitação funcional do exercício do poder estatal por si só não significa que o poder estatal esteja vinculado aos

direitos subjetivos. Significa apenas que o exercício do poder estatal será exercido segundo sua especificidade, seja ela legislativa, jurisdicional ou administrativa. Para que o Estado seja *democrático*, isto é, *universal*, é preciso que o poder emane não de um apenas, mas de *todos*. É mister que o poder emane de cidadãos, *co-autores livres e iguais*, criadores dessa normatividade que agora não é apenas formal, mas materialmente universal, visto que fundada na igualdade e na liberdade, emanando o monopólio estatal da força de leis que os cidadãos dão a si mesmos.

Do ponto de vista *confessional*, a reforma protestante será uma *ruptura* no mundo religioso ocidental. Das teses de Martin Lutero³, duas nos são especialmente caras. A primeira, a doutrina de justificação pela fé somente, o *solifideísmo*, ou seja, que a fé é bastante para se chegar à salvação; a segunda, a rejeição à pretensão eclesiástica de possuir jurisdição sobre assuntos seculares.

Em 1525, a obra *A servidão da vontade* contraria radicalmente a tese tomista de uma *philosophia pia* segundo a qual o homem seria um ser apto a intuir e seguir as leis divinas, apresentando Lutero a natureza humana como decaída, na medida em que nossa constituição carnal permanece atrelada ao pecado. Como seres pecaminosos e corruptos, é-nos impossível desvendar as leis e ações divinas através da razão humana. Sendo servos do pecado, devemos obedecer aos mandamentos divinos não por nos parecerem justos e bons, mas por serem ordens de Deus. Assim, Deus assume para Lutero uma dupla natureza, uma que se faz *Verbo*, que revela sua vontade pelos Evangelhos, um Deus revelado portanto, e uma outra que não pode ser apreendida pelo homem, um Deus oculto. Como tal, os atos humanos de modo algum conduzem à salvação; esta é alcançada inteiramente e apenas mediante *graça divina*.

E o que deve o homem esperar? Ninguém pode ter a esperança da salvação. O que se pode esperar é que a todos seja dada a *possibilidade de obter* a graça salvífica.

Com a tese do *solifideísmo*, destitui Lutero a Igreja da posição de instituição entre Deus e os fiéis. Como a salvação é obra da graça divina, a Igreja como instituição não tem qualquer função salvífica. A essa conclusão chegou ele a partir do exame da palavra grega *ecclesia*, tida antes para os doutrinadores católicos, justamente, como aquela instituição mediadora. Para o reformador, a palavra *ecclesia* significa congregação, não tendo existência real, exceto no coração do *povo de Deus*, sendo assim uma *congregação de fiéis*.

Com base na definição de Igreja como *congregação de fiéis* e não como estrutura detentora do monopólio sacramental, Lutero pôde concluir pela incompetência da

³ Quanto às idéias que se seguem, cf. SKINNER, Quentin. *As fundações do pensamento político moderno*. Tradução de Renato Janine Ribeiro e Laura Teixeira Motta; rev. Técnica de Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 285-301.

Igreja para 1) presidir e regular a congregação dos fiéis de modo que não possa avocar qualquer poder sobre a comunidade dos cristãos e 2) igualmente para exercer qualquer “jurisdição” sobre assuntos seculares.

Apesar de os escritos políticos de Lutero estarem sempre submetidos à palavra de Deus, parece-nos inequívoco que sua teologia tenha deixado marcas profundas no *ethos* moderno, pois subjaz a especificidade do crente como aquele que obtém, sem mediações institucionais, a graça redentora de Deus. Subsiste ainda uma *igualdade universal* constituída pela equanimidade perante a *possibilidade de salvação*, decorrendo uma disposição uniforme de reger e prover a vida em sociedade oriunda da igualdade frente a salvação.

Ora, se são essas as idéias que dividirão o credo ocidental em dois, cabendo à Europa setentrional a opção pelo protestantismo e à reforma a constituição de um *individualismo* radicado na idéia de obtenção da graça pela fé que tornará o crente alguém distinto da massa uniforme de fiéis. Após guerras e massacres cometidos por católicos e protestantes, surgirá, então, não apenas a concepção de tolerância religiosa, mas uma abertura radical ao *indivíduo* na medida em que sua relação com a divindade se dá de modo unipessoal. Desse modo, parece-nos forçoso admitir que a cisão protestante possibilitou à sociedade civil não apenas uma pluralidade de concepções religiosas, mas também, a partir da igualdade religiosa, *desvincular* o Estado de orientações confessionais.

As *grandes navegações*⁴ propiciaram o acúmulo de riquezas necessário para a *revolução industrial*. Permitiu também que o isolamento característico da sociedade humana até então fosse derrocado. Se é verdade que o caminho para as Índias Orientais, através do cabo da Boa Esperança, propiciou comércio marítimo e tráfego de especiarias, o descobrimento da América trouxe açúcar, ouro e igualmente comércio de escravos.

Coube a Portugal a dianteira na “era dos descobrimentos”. Isso se deveu, em parte, à unidade política firmada a partir da conquista definitiva de Algarve, ocorrida em 1249, tornando desde então as fronteiras portuguesas praticamente inalteradas.

Mas uma ligação marítima duradoura e regular entre os quatro continentes só se deu depois de Portugal ter dobrado o Cabo da Boa Esperança e atingido a Ilha das Especiarias na Indonésia e o mar da China e quando a Espanha alcançou os mesmos objetivos através da Patagônia, do Oceano Pacífico e das Filipinas.

O domínio português sobre a África e o comércio subsequente de ouro, marfim e escravos fez com que, ainda no século XV, houvesse um interesse crescente pelo

⁴ No que diz respeito às grandes navegações, cf. BOXER, Charles. *O império marítimo português 1415-1825*. Tradução de Anna Olga de Barros Barreto. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

financiamento de novas expedições. Antes mesmo do descobrimento do ouro na América, notadamente nas Minas Gerais, o ouro proveniente da África Ocidental colocou Portugal no centro da circulação monetária europeia. Desse modo, o excedente econômico pôs em ação um esquema de importação de produtos têxteis, cereais, vidros e latão que favoreceu os demais países da Europa.

Como se sabe, o comércio, antes adstrito à África e à Ásia, estende-se paulatinamente à América. Surge então um incremento ainda maior no comércio de açúcar, ouro e escravos. Mais uma vez, tal excedente fomenta a *produção de mercadorias* pelos demais países europeus. Ora, é justamente a permanência de tal situação que tornará possível à Europa experimentar uma *revolução no modo de produção* que tantos encantos produziu em Karl Marx.

Se essa revolução no modo de produção, por um lado, fornece uma grande quantidade de mercadoria apta ao consumo, por outro, o poder de interferência do homem sobre a natureza multiplica-se. Com isso, surge o trabalhador assalariado, com jornada de trabalho. Passo a passo, esse *incremento na produção e remuneração* propicia o nascimento de uma classe inteiramente nova, a *classe operária*. Com ela, o *trabalho livre e assalariado* ganha status *universal*. A crescente produção demanda mercados consumidores e a expansão desses, novos trabalhadores. Essa demanda crescente, essa necessidade absoluta, faz com que às idéias de *liberdade e igualdade jurídica* sejam associadas *políticas sociais* que tutelem também as *relações trabalhistas*.

3.2. Os Sujeitos de Direito

Se a modernidade é marcada pela *autonomia* como *categoria subjetiva* sublime e a *soberania* como *capacidade normativa do Estado*, não é menos verdade que isso se deveu a um longo processo histórico que teve várias vertentes. Para que o Estado pudesse afirmar, *legitimamente*, seu *monopólio normativo* era necessário que tal afirmação fosse reconhecida como a *única* nacionalmente possível. Sob o viés político-jurídico, somente no quadro de *sujeitos* que se reconhecem como *titulares e co-autores de ordem jurídica* que funda e obriga o *Estado* isso se fez possível.

Todavia, o Estado nacional precisa *financiar* a normatividade que *internamente* obtém por intermédio do *monopólio da força* e de uma *burocracia* especializada e, *externamente*, pela afirmação de sua *independência* frente aos demais Estados. Essa afirmação, interna e externa, só se dá em contexto de crescente disponibilidade de recursos provenientes do aquecimento comercial gerado pelas *relações mercantis* entre os quatro continentes e pela *produção de bens em série*. Mas somente no quadro de uma normatividade estatal marcadamente burocrática

há a possibilidade de levar a contento tal aspecto econômico. Era preciso que houvesse uma *ordem* que disciplinasse as relações econômicas. A isso, vem somar-se a *reforma protestante* com sua *cisão* no credo. O homem é desligado da uniformidade de crença e o Estado, de uma rivalidade normativa, pois se torna, com a separação, a *única jurisdição secular*.

Acontece que o binômio *sujeito/Estado* passa, no decorrer dos séculos XIX e XX, a ser severamente posto em xeque. Sob o viés *político-jurídico*, pela *relativização* do conceito de *propriedade* com a Revolução Russa de 1917 e com as políticas e *direitos sociais* a ela subsequentes; *epistemologicamente*, com a *crítica à racionalidade instrumental* realizada pela Escola de Frankfurt. É nesse ambiente cultural que o século XX assistirá a uma mudança em seu paradigma (Oliveira, 1996). A *Filosofia da consciência própria à subjetividade* será confrontada com três grandes perspectivas, ou seja, a *reviravolta hermenêutica* de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer; a *semiótica-pragmática* de Charles Sanders Peirce e a *pragmática*, seja a *transcendental* de Karl-Otto Apel⁵ ou a *universal* de Jurgen Habermas. Como mudança de paradigma, a reviravolta linguística (*linguistic turn*) se constituirá pela tese de que a linguagem é o *medium* irrecusável de *sentido* e *validade* de todo e qualquer *saber* humano, de tal modo que passa a ser a sede das *soluções consensuais* de toda e qualquer pretensão de validade.

Evidentemente tais *transformações* atingem em cheio o conceito de *sujeito*. Mas se elas implicam mudança de perspectivas, em que medida atingem igualmente a Ciência e a Filosofia do *Direito*? A crítica ao *solipsismo metódico*, como filosofia da subjetividade, atingiria também o conceito *sujeito de direito*?

Se o sujeito de direito for concebido como aquele que detém uma liberdade quantitativa, entendida como espaço privado de ação oponível frente à usurpação estatal ou particular, ou como aquele que dispõe de um conjunto de direitos em contraposição a todos os demais, ou ainda como alguém que porta direitos inatos desde uma hipotética comunidade *pré-política* e que por isso pretende torná-los universalmente oponíveis, nesses casos pensamos que a objeção ao solipsismo metódico realizada pela *linguistic turn* prepondera integralmente. Somente concebendo o sujeito de direito como *fundador* e *co-autor* de uma *ordem jurídica estatal*, é que talvez possamos blindar o conceito de sujeito de direito.

O que distingue o sujeito da filosofia da consciência do sujeito *de direito* é precisamente a locução adjetiva *de direito*, que especifica o significado do substantivo *sujeito*. Tal especificidade consiste, a um só tempo, na constituição plural de uma *universalidade jurídico-política* que se forma tanto mediante a inclusão de todos como *membros fundadores* de uma ordem estatal, quanto pelo *reconhecimento* de todos os demais como *parceiros* de *iguais direitos e liberdades*. Desse modo, o adjunto adnominal *de direito* abre o sujeito a duas

⁵ COSTA, Reginaldo da. *Ética do discurso e verdade em Apel*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

perspectivas: a primeira, a uma *universalidade plural*, na medida em que o sujeito é concebido a partir de uma *reciprocidade associativa*; a segunda, à *efetivação da liberdade* como *isonomia*.

Na primeira perspectiva, como parte de uma *universalidade plural*, o sujeito de direito não é assumido como membro isolado ou como unidade associada, mas ele se forma a partir de uma relação de *correspondência mútua* que lhe possibilita direitos e deveres. Nessa correspondência, as relações se apresentam como *vínculos múltiplos*, uma vez que a universalidade jurídica implica inclusão, uma inclusão que decorre da *co-autoria* da *normatividade jurídico-estatal*. Na segunda, trata-se da *concreção* da *universalidade* como *igualdade*. É do *reconhecimento universal* de que a *liberdade é medida comum* de *isonomia*, de que a liberdade se articula como *igualdade de direitos* em um governo *democrático*, que podemos falar em *reciprocidade jurídica da liberdade*. É precisamente porque a normatividade jurídico-estatal é concebida como *emanação* da vontade livre de cidadãos associados (*liberdade qualitativa*) e como lei múltipla de reconhecimento universal (*igualdade na diferença*), que podemos dizer que, com o sujeito de direito, é possível falar em Estado legítimo, isto é, em uma *ordem jurídica isonômica* que *efetiva a liberdade*.

É no *Estado Democrático de Direito* que a estrutura intersubjetiva de direitos se mostra como *inclusão* e *reconhecimento*. Inclusão e reconhecimento interpessoal que se dá pela universalidade da liberdade e da isonomia suprassumida no conceito *sujeito de direito*. Assim a categoria *direito subjetivo* pode ser rearticulada não mais como inerente à *subjetividade*, mas como emanada da relação jurídica *intersubjetiva* entre cidadãos. Como *emanação* de uma ordem jurídica que é produzida segundo uma reciprocidade livre, os direitos e deveres passam a ser comuns a todos os cidadãos, na medida em que a relação entre sujeitos de direito é universalmente imputável.

Cabe agora, articular um conceito de *normatividade* que dê conta das modernas exigências de normatização jurídica levando em consideração as objeções da reviravolta linguística à filosofia da subjetividade.

3.3. Normatividade e Democracia

É com esse escopo que, em 1992, é publicada na Alemanha uma das mais importantes obras de Filosofia do Direito⁶ das últimas décadas. Nela, Jürgen Habermas tentará, a partir da tensão entre *facticidade* e *validade*, adequar o *Direito* tanto à *reviravolta linguística* como às exigências de *legitimidade*⁷.

É bastante expressivo que Habermas atribua ao Direito a tensão entre facticidade e validade. Antes de analisarmos o porquê dessa atribuição, convém que esclareçamos as linhas gerais do projeto habermasiano.

Como demonstramos alhures⁸, a *transformação* do Direito operada por Habermas resultará em três perspectivas. A primeira, a constituição de uma *normatividade* diversa da *razão prática*, na medida em que a *razão comunicativa* se constitui como normatividade *a posteriori*. A segunda, não sendo imediata, mas apenas mediamente normativa, a *validade* inerente ao Direito é *falível*, estando portanto sempre aberta à problematização e à revisão, tendo o Direito que se instituir como disciplina prescritiva e ao mesmo tempo falível. A terceira, a rearticulação da relação entre Direito e Moral: há uma *simultaneidade genética* entre ambas esferas, não havendo preponderância normativa de uma sobre a outra, ao mesmo tempo em que há uma *relação de complementaridade* operada por meio do processo legislativo.

Qual é o projeto que pretende ser superado por Habermas? A constituição de uma esfera *imediatamente legislativa* para a constituição de uma *comunidade jurídica autônoma*. Justamente nisso consiste o diferencial da *Teoria Discursiva do Direito*, isto é, o afastamento de uma esfera privilegiada de normativismo jurídico, ou seja, a negação da concepção de existência de um modelo para o ordenamento jurídico. Assim, a Teoria Discursiva do Direito não privilegia nem um *direito formal* (Estado liberal) tampouco um *direito material* (Estado social), pois não se atém a padrões dados, mas à constituição de uma *liberdade comunicativa* que assegura o perpetuar-se da criação do ato jurídico como *processo*

⁶ HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung*. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. 4ª. edição. Frankfurt/M: Suhrkamp, 1994. [ed. Brasileira: *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. Vol I e II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997].

⁷ Quanto ao problema da legitimidade, cf. MOREIRA, Luiz. "Legitimation des Rechts bei Habermas" [Legitimação do Direito em Habermas]. *Zeitschrift Aufklärung und Kritik* [Revista Esclarecimento e Crítica], Nurnberg, ano IX, n.º. 1, 2002, p. 70-88

⁸ MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do Direito em Habermas*. 2ª. ed., Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

constituente permanente. Como paradigma *procedimental*, reveste-se de caráter *prescritivo* somente a *liberdade comunicativa*, de sempre de novo proceder às melhores razões que se põem na dança entre a *facticidade* das objeções e proposições e a *idealidade* contida em pretensão à aceitabilidade universal. Nesse caso, é a liberdade de constituir seu próprio horizonte, seu arcabouço conceitual e sua normatividade jurídica que é elevada a paradigma, mas não formas de vida dadas imediatamente. A normatividade que é elevada a paradigma é uma *normatividade posterior*, fruto de um processo decisório constante, que cria e constitui seu próprio sentido.

Como a normatividade do Direito emana da pretensão à *aceitabilidade racional*, ela é circunscrita à *democracia*, tendo de estabilizar-se entre idealidade e efetividade. Isto é, o Direito prescreve condutas após a formação democrática daquilo que é tido como devido ou não devido. A normatividade jurídica é fruto de um *consenso*, sendo, pois, uma *prescrição a posteriori*. Por ser a *posteriori* é que ela se distingue da normatividade da razão prática. Portanto, *não* há de se falar em *falta de normatividade* ou de *prescrição* no Direito ou na Teoria Discursiva do Direito de Habermas. Em outras palavras, a teoria do Direito, como teoria adstrita ao Estado Democrático de Direito segundo a formulação dada por Habermas, é *prescritiva*, pois *normatiza condutas* após uma formulação *consensual* daquilo que é passível de *universalização*. Isto porque, para Habermas, o normativismo proveniente da razão prática, em sua gênese, transfere-se para os dispositivos legais⁹.

Como instituição prescritiva, as normatizações operadas pelo Direito têm como características: a) a idéia de plenitude do ordenamento jurídico, decorrente do monopólio da jurisdição e b) a pré-compreensão dominante na sociedade, de modo que o Direito possa servir de resposta aos problemas que surgem no seio desta sociedade. Assim, para Habermas, a formulação da normatividade jurídica parte de um pano de fundo (horizonte de sentido) que constitui a visão que os cidadãos têm da sociedade. Os cidadãos formam um diagnóstico de sua época e, a partir daí, elaboram um código jurídico¹⁰ a fim de normatizar a conduta nessas

⁹ HABERMAS. *Direito e democracia*, vol. II, p. 189-190: “O projeto de realização do direito, que se refere às condições de funcionamento de nossa sociedade, portanto de uma sociedade que surgiu em determinadas circunstâncias históricas, não pode ser meramente formal. Todavia, divergindo do paradigma liberal e do Estado social, este paradigma do direito não antecipa mais um determinado ideal de sociedade, nem uma determinada visão de vida boa ou de uma determinada opção política. Pois ele é formal no sentido de que apenas formula as condições necessárias segundo as quais os sujeitos do direito podem, enquanto cidadãos, entender-se entre si para descobrir os seus problemas e o modo de solucioná-los.”

¹⁰ HABERMAS. *Direito e democracia*, vol. II, p. 124: “Para entender os argumentos e decisões que acompanham as respostas dadas pelos atores a algo, é necessário conhecer a imagem implícita que eles formam da sociedade como um todo, além de saber que estruturas, realizações potenciais e perigos eles

condições, isto é, estabelecem um código em que se prescreve o devido e o não devido.

Nesse sentido é que, para Habermas, a dimensão de *validade* do Direito e a força *legitimadora* de sua *gênese democrática*, ou seja, o processo da política deliberativa, constitui o âmago do *processo democrático*. Assim é que a *razão comunicativa*, como *razão prescritiva a posteriori*, assume uma figura procedimental emanada do Estado Democrático de Direito.

Porque Habermas deseja fazer uma distinção entre o *Direito* como disciplina autônoma e a *política deliberativa*, ele formulará a tensão entre facticidade e validade em duas dimensões. Como normatividade a *posteriori*¹¹, como núcleo procedimental da democracia, essa tensão será elaborada *intrinsecamente* 1) no cerne do próprio Direito e, *extrinsecamente* 2) nos processos políticos por intermédio da normatividade do Estado Democrático de Direito¹².

1) Como *instituição*, o Direito estabiliza a tensão entre facticidade e validade. Internamente, ou seja, no âmago do próprio Direito, esta tensão situa-se, de um lado, na facticidade dos procedimentos jurídicos e, de outro, na pergunta pela validade desses procedimentos.

Como *facticidade*, os procedimentos jurídicos formam-se como exigência universal de que seja não apenas garantida, mas *institucionalizada* a sua realização segundo o *contraditório* e a *ampla defesa*, a *isonomia* e a mediação por um *terceiro imparcial*. Isto é, os princípios sob os quais são instituídos os procedimentos jurídicos não se apresentam apenas como *garantias* frente à usurpação estatal, mas são concebidos como *estrutura intrínseca* à normatividade estatal, surgindo como *instituição* no Estado Democrático de Direito. Desse modo, é posto em ação um movimento helicoidal que consubstancia o Estado,

atribuem à sociedade contemporânea, quando tentam realizar a sua tarefa, que é a de concretizar o sistema dos direitos.”

¹¹ HABERMAS. *Direito e democracia*, vol. II, p. 190: “o novo paradigma submete-se às condições da discussão contínua, cuja formulação é a seguinte: na medida em que ele conseguisse cunhar o horizonte da pré-compreensão de todos os que participam, de algum modo e à sua maneira, da interpretação da constituição, toda transformação histórica do contexto social poderia ser entendida como um desafio para um reexame da compreensão paradigmática do direito. Esta compreensão, como aliás o próprio Estado de direito, conserva um núcleo dogmático, ou seja, a idéia da autonomia, segundo a qual os homens agem como sujeitos livres na medida em que obedecem às leis que eles mesmos estabeleceram, servindo-se de noções adquiridas num processo intersubjetivo. Contudo, esta idéia é ‘dogmática’ num sentido *sui generis*. Pois nela se expressa uma tensão entre facticidade e validade, a qual é ‘dada’ através da estrutura linguística das formas de vida sócio-culturais (*sic*), as quais *nós*, que formamos nossa identidade em seu seio, não podemos eludir.”

¹² HABERMAS. *Direito e democracia*, vol. II, p. 10.

institucionalizando-o como democrático. Assim, os procedimentos têm por *finalidade* efetivar a *justiça* e a *liberdade*, e, com esse objetivo, funcionam como *instrumento* de correção à falibilidade inerente ao Direito. Desse modo, o Direito normatiza sua própria falibilidade. Como uma instituição é simultaneamente falível e normativa? Sob o ponto de vista procedimental, ou seja, fáctico, é por ser falível e normativo que o Direito garante adesão e reconhecimento como *medium* de integração social, pois, como lhe cabe solucionar conflitos de modo justo, tanto mais logra êxito quanto mais adequar-se e abrir-se às novas demandas de normatização ao reconhecer-se como revogável.

Já o questionamento pela *validade* dos procedimentos jurídicos nos põe diante da pergunta pela diferença entre os realizados sob a égide de Estados democráticos e aqueles que se dão nos Estados totalitários. Podemos pôr em ação um *devido processo legal* ou mesmo *constitucional* e instituímos o arbítrio. Contudo, não nos é admissível esquecer que todas as ditaduras do século XX fizeram sempre recurso a estrutura jurídica para legitimar suas ordens e violações. Cria-se um arcabouço jurídico e é fácil concluir como devido este ou aquele procedimento. Como é preciso aprender com os erros, percebe-se que a validade dos procedimentos se forma, na verdade, pela *autonomia* do *sujeito de direito* e pela composição entre *soberania do povo* e *direitos humanos*.

Ao contrário do que afirma Habermas, a idéia de autonomia de modo algum se constitui como *núcleo dogmático*¹³ do Estado Democrático de Direito. Antes ao contrário. Em uma demonstração categórica sobre o processo de passagem do *ethos* à *Ética*, Lima Vaz¹⁴ designará a autonomia como *movimento dialético da ação* segundo a teleologia da liberdade¹⁵. A autonomia é pensada então como obra do permanente realizar-se da liberdade. É a liberdade, a autonomia, portanto, que se apresenta como centro irradiador da racionalidade no Estado moderno, racionalidade essa que se projeta como institucionalização do poder e sua ordenação normativa, ambas suprasumidas na forma de uma Constituição. Assim, a competência e o desígnio do Estado, igualmente sua funcionalidade,

¹³ HABERMAS. *Direito e democracia*, vol. II, p. 190.

¹⁴ LIMA VAZ, Henrique Cláudio de. *Ética e Direito* (Organização e Introdução de Cláudia TOLEDO & Luiz MOREIRA) São Paulo: Landy & Loyola, 2002, p. 34: “Enquanto produtora de símbolos ou enquanto portadora da significação do seu objeto, a ação manifesta desta sorte uma propriedade constitutiva da sua natureza: ela é medida (*métron*) das coisas e, enquanto tal, eleva-se sobre o determinismo das coisas e penetra o espaço da liberdade.”

¹⁵ LIMA VAZ. *Ética e Direito*, p. 35-36: “Com efeito, em todos os grandes domínios das formas simbólicas, cuja articulação constitui o mundo da cultura, na linguagem, no mito, no saber, no trabalho, na organização social, o *ethos* irá encontrar expressões da sua normatividade que se apresentam como transcendentais à ação efêmera do indivíduo. Enquanto mundo objetivo de realidades simbolicamente significadas e que tende, pela tradição, a perpetuar-se no tempo, a cultura mostra, assim, toda uma face voltada para o dever-ser do indivíduo e não apenas para a continuação do seu ser: nela o indivíduo encontra, além do sistema técnico que assegura a sua sobrevivência, ainda e, sobretudo, o sistema normativo que lhe impõe a sua auto-realização.”

cingem-se à idéia de efetivação da liberdade mediante a normatividade estatal dos *direitos fundamentais*. É, destarte, a autonomia dos sujeitos de direito que estrutura o Estado como normatividade da liberdade ou como ordenação da justiça. Outrossim, desde a tradição oral grega¹⁶ que a *liberdade* é pensada como atrelada à *lei*. Se o Direito é, para Habermas, igualmente um saber e uma instituição, logo, obra da liberdade, claro está que sua afirmação de dogmaticidade é contraditória com os princípios da Teoria Discursiva do Direito¹⁷.

É a idéia de autonomia, por conseguinte, que nutre a expectativa de que a *normatividade jurídico-estatal* seja concebida como emanação da *vontade livre* de cidadãos associados e como *lei* dotada de *reconhecimento universal*. É essa idéia motriz que articula a de sujeito de direito, pondo em movimento uma normatividade jurídica que é ao mesmo tempo *autônoma* e *heterônoma*. Autônoma, pois criação e reflexo da vontade livre que dá a si mesma as próprias leis e, heterônoma, por reconhecer, na normatividade proveniente de uma estrutura estatal, a legitimidade necessária para prescrever condutas, sendo o Estado a projeção da vontade associada e, como tal, a instituição por excelência da liberdade.

É por intermédio do *sujeito de direito* entendido como *universalidade de inclusão e reconhecimento* que surge no horizonte da modernidade a *estrutura intersubjetiva de direitos*. No momento em que essa estrutura é instituída, temos formulada a legitimidade do Estado Democrático de Direito. Por ser jurídica, a inter-relação entre sujeitos é mediada por uma liberdade de associação e criação de uma ordenação estatal que prescreve e disciplina condutas. Ao obedecerem às leis estabelecidas por eles próprios, todo o monopólio do poder jurídico concentra-se nos sujeitos de direito. É este poder jurídico que forma o aparato estatal, sendo, por seu turno, a *norma jurídica* expressão da *liberdade* e da *igualdade* dos cidadãos. Como legislação que os sujeitos de direito prescrevem a si mesmos, o ordenamento jurídico é a emanação *soberana* do *poder legiferante* do *povo* associada à inserção de uma substância nas condições formais da institucionalização da liberdade, substância essa que são os *direitos humanos*,

¹⁶ LIMA VAZ. *Ética e Direito*, p.43, nota 50: “*Themis*, ‘ordenação’, no vocabulário homérico remete à aplicação da justiça sob a égide de Zeus; *Dike*, ‘justiça’, próprio do vocabulário hesiódico, personalizada numa deusa todo-poderosa, exprime através do conceito de igualdade a racionalidade do direito.”

¹⁷ Como, por exemplo, em HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. Estudos de teoria política. Trad. de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002, p. 168: “Se a autodeterminação democrática quer dizer participação homogênea de cidadãos livres e iguais no processo de tomada de decisões e da legiferação, o que muda com a democracia em primeira linha, são a espécie e o exercício da soberania interna. O Estado democrático de direito revoluciona o fundamento da legitimação do poder.”; p. 286: “há ordens jurídicas estatais sem instituições próprias a um Estado de direito, e há Estados de direito sem constituições democráticas. Essas razões empíricas para um tratamento acadêmico dos dois objetos marcados pela divisão do trabalho, porém, não significam de modo algum que possa haver do ponto de vista normativo um Estado de direito sem democracia.”; p. 287: “Pois no modo de validação do direito a facticidade da imposição do direito por via estatal enlaça-se com a força legitimadora de um processo instituidor do direito, o qual, de acordo com a sua pretensão, é racional, justamente por fundamentar a liberdade.”.

normas de igualdade e reconhecimento exigíveis universalmente. Com a síntese entre soberania do povo e direitos humanos¹⁸ é que se insere universalidade material na universalidade abstrata da lei, supassumidas como *universalidade da liberdade* e da *igualdade*, ou seja, enquanto *ordenação justa da liberdade*.

2) A outra dimensão da tensão entre facticidade e validade é *extrínseca*, englobando a *facticidade* dos *processos políticos* cujas formulações históricas concretas buscam dar respostas palpáveis a problemas específicos e a pretensão à *aceitabilidade racional* inerente à *normatividade* do Estado Democrático de Direito.

As normas jurídicas satisfazem hipoteticamente a aspiração de gerar justiça e liberdade. Como tal, o Direito tem sempre que, de novo, normatizar as demandas existentes em cada contexto histórico.

É com base na *soberania legiferante do povo*, nos *direitos fundamentais* e no seu *exercício* que se dá o constante aperfeiçoamento do Direito.

Esse processo de aperfeiçoamento se mostra através de regras procedimentais e pela participação popular. A fim de favorecer a racionalidade, no sentido de previsibilidade do trâmite procedimental e universalidade da lei, essas demandas circunscrevem-se a um procedimento legislativo com regras previamente definidas segundo a especificidade da demanda e, por seu turno, o processo legislativo abre-se à participação livre e em igualdade de oportunidade, mediante regras de *quorum*, regras de participação e representação, equilíbrio entre entes federativos etc. À exigência de previsibilidade e universalidade dos procedimentos e processos legislativos vem juntar-se a de positivação da falibilidade normativa. Consequentemente, o procedimento e o processo legislativo, a fim de institucionalizar a vontade democrática dos cidadãos, além de possibilitar a *autoconstituição da liberdade comunicativa* criadora de uma normatividade jurídica, deve ser munido de *correição processual*, de modo que seja afastada qualquer decisão arbitrária ou restritiva de direitos.

No entanto, esses processos políticos de formação e institucionalização da vontade democrática dos cidadãos, livres e iguais, é momento necessário, mas não suficiente de efetivação da liberdade. A sua circunscrição aos limites da facticidade procedimental instituída pelo ordenamento jurídico pouco ou nada de diferente tem das formulações do *positivismo* ou do *normativismo jurídico* - dado que resultaria no abandono de uma instância crítica ou regulativa -, uma vez que assumiríamos, agora sim, uma posição dogmática em *sentido estrito*. Tal dogma fincaria suas raízes no hipostasiamento do procedimento, na idéia de infalibilidade

¹⁸ Para uma análise pormenorizada desta síntese entre soberania do povo e direitos humanos, cf. MOREIRA. *Fundamentação do Direito em Habermas*, p. 158-165; para uma visão crítica dessa relação cf. MOREIRA, Luiz. *A Constituição como Simulacro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

e de prescrição *a priori* do processo político de tomada de decisões como medida de legitimidade.

Extrinsecamente, a tensão entre facticidade e validade dá-se por intermédio da *normatividade* do Estado Democrático de Direito. Essa normatividade se apresenta como *inter-relação* de *sujeitos de direito* que se articulam na perspectiva universal da *reciprocidade* de seus *direitos e deveres*. Essa reciprocidade é suprasumida no exato momento em que os sujeitos de direito, associada e livremente, fundam uma *normatividade livre*. Com a síntese entre autonomia e heteronomia, cujo *elo* é o sujeito de direito, é que é instituída uma *universalidade jurídica*, ao mesmo tempo *formal e material*, pelo *Estado Democrático de Direito*. Assim, o Estado Democrático de Direito é obra da *liberdade* e da universalidade da *igualdade*. Sendo criação de todos os cidadãos, torna também universal a *obrigatoriedade* jurídica (isonomia). Uma *obrigatoriedade*, *prescritiva* e *a posteriori*, que pelos sujeitos de direito institucionaliza a liberdade e a igualdade em sociedades complexas e que têm no Direito o *medium* ao mesmo tempo normativo e democrático.

Como relação *recíproca* de *isonomia* e *autonomia*, a intersubjetividade de direitos desempenha padrão crítico de racionalidade dos procedimentos positivados no ordenamento racional. Essa ordenação para ser normativa em termos jurídicos tem de pretender aceitação universal, isto é, tem de comprovar sua validade frente a objeções factuais. Em uma palavra, a *normatividade jurídica* tem de *universalizar-se formal e materialmente*.

Desse modo, em um mundo no qual a sociedade se estrutura mediante um conjugar recíproco de direitos, a ordem jurídica há de abri-se permanentemente à democracia, na qual a separação dos poderes se submete ao voto, de modo a que a universalidade formal e material do direito seja *formatada* pela *Política*.

3. CONCLUSÃO

Nos últimos vinte anos, com o advento da nova Constituição da República assistimos a um crescente processo de fortalecimento do elemento jurídico em nossa sociedade, com o paulatino esvaziamento da política. É que o modelo constitucional que adotamos, bem como a teoria constitucional foi construída a partir dele, redundou no deslocamento dos maiores temas nacionais do parlamento para as barras dos tribunais.

Esta visão do constitucionalismo, em crescente avanço, pretende transpor para o conflito de interesses, típico do litígio jurídico, o confronto de vontades inerente à democracia, com forma a reduzir aos estritos limites do processo judicial toda a riqueza decorrente da oposição entre os diversos sujeitos de direito que interagem no cenário nacional.

A exacerbação do elemento jurídico guindou a política a posição subalterna a quase uma mancha na vida nacional, sagrando aos operadores dos direitos, sobretudo aqueles que ocupam a cúpula do poder judiciário, a vocação imaculada para a pacificação social. A pretensão dos defensores públicos, por exemplo, em discussão no Senado da República, nada mais representa do que a tentativa de engajamento nesta grande onda do novo constitucionalismo que pretende sobrepor os denominados interesses imaculados de estado às pretensões espúrias do elemento político, corporificado na ação deturpadora do poder legislativo e supostamente partidária do Poder Executivo.

Em síntese, seria preciso salvar o País da política, e a tábua de salvação seriam agentes públicos organizados sob denominação de carreiras de estado, submetidos a regime jurídico próprio, com independência funcional e autonomia administrativa e imunes a qualquer diretriz de governos hierarquicamente imposta.

A oposição entre governo e estado, implícita no regime presidencialista, é cada vez mais forte em todos os setores da estrutura do estado brasileiro e já conduz a total imobilização do governo.

O mais grave é que tanto a imobilização das estruturas de governo, quanto à desvalorização do Parlamento, com a demonização da política, tem como pressuposto o esvaziamento da democracia pela condição subalterna a que é lançada a soberania popular, isto é, a legitimidade dos atores estatais investido de

poder pelo voto popular. Somente o concurso público e o manejo da técnica são tomados como processo legítimo de investidura de poder público, situado em posição acima dos operadores da política. Em síntese: é preciso salvar o país da interferência dos políticos.

É preciso estar alerta ao atual quadro de judicialização de todos os fenômenos sociais. O progressivo avanço do direito sobre a democracia manifesta-se na judicialização da política e na criminalização das relações sociais e perseguem a lógica de esvaziamento e de judicialização do Parlamento. É que a moda constitucional diz que quanto menos política melhor, quanto menos governo melhor, afinal o mandato macula a ordem herdada do poder constituinte e somente por uma intervenção do judiciário tal pureza será conservada. Não é outra a razão de o controle de constitucionalidade ser sempre conjugado com a mutação constitucional, por que assim a sentença substitui o voto.

O Ministério Público não pode e não será passivo diante da interdição do Parlamento e da política. Cabe ao Ministério Público insistir que a democracia prevaleça sobre a técnica, que o Parlamento prevaleça sobre o controle de constitucionalidade, como a legítima forma de manifestação da soberania popular.

Assistimos ao multiplicar de ações tendentes a esvaziar o legislativo, com o propósito de transformá-lo em órgão homologador das iniciativas gestadas pelas instâncias que não tem voto. É preciso articular uma teoria que seja capaz de resguardar a democracia e que tenha no parlamento a expressão máxima da soberania popular. Nunca é demais recordar: É a democracia que torna a constituição e a lei legítimas. Portanto, sem democracia, sem parlamento e sem governo qualquer constituição é apenas constituição autoritária, constituição outorgada.

É preciso que o Ministério Público seja capaz de auxiliar o Parlamento e a sociedade brasileira a desfazerem tal armadilha. O presente e o futuro da sociedade só serão válidos na medida em que decorrerem da democracia e democráticos são sobretudo os poderes que decorrem do voto. Não é possível, por exemplo, que o STF exerça as atribuições que se espera do Senado, pois no desempenho dessas atividades o Judiciário não detém legitimidade.

O modelo adotado para a estruturação do Ministério Público pelo Constituinte de 1988 não pode e não deve ser adotado pelas instituições que compõem a estrutura do Poder Executivo, porque a independência funcional e autonomia administrativa decorrem da tutela penal da sociedade, inerente ao ofício dos promotores de Justiça e Procuradores da República.

Quanto à tutela dos interesses civis, o Ministério Público, ao longo dos últimos vinte anos, tem amadurecido sua atuação para estabelecer o perfeito balizamento entre a tutela dos interesses difusos e a não-intervenção em políticas públicas, razão por que podemos afirmar que chegamos agora a estágio de amadurecimento. Esta é uma prerrogativa que, não obstante, não deve estar difusa em todos os órgãos do Estado, como as próprias defensoria e advocacia públicas, e sim concentrada em um órgão externo aos demais poderes, com tradição na tutela destes interesses.

A questão da interação entre o universo do Direito e da política já fora proposto pela Associação Nacional dos Procuradores da República – ANPR, no âmbito do projeto “Direito e Democracia”, no qual buscamos resgatar a importância do Parlamento Federal como genuína manifestação da soberania popular. Esta reflexão partiu da constatação do fortalecimento, entre os profissionais do mundo jurídico, de um sentimento pejorativo em relação a política, tendente a substituir a atividade do Parlamento, na construção do arcabouço legal, pela hermenêutica constitucional manejada pela cúpula do Poder Judiciário, gerando grave déficit de legitimidade.

No âmbito do Poder Executivo, esta dicotomia entre os elementos jurídicos e políticos exacerbou-se, também, na radicalização entre os ditos interesses de estado e de governo, estes supostamente maculados pela pecha da intervenção política; aqueles supostamente sacralizados pelo manejo da técnica jurídica.

Ocorre que o universo do direito não está habilitado a promover o conflito de vontades, tampouco a efetuar as escolhas inerentes a repartição dos escassos e finitos recursos públicos entre todos os seguimentos da sociedade, vale dizer, é um erro substituir a atividade parlamentar pelo controle de constitucionalidade, bem como substituir a governança pelo controle de legalidade, com a interdição da política, porque o elemento jurídico, por si só, não é capaz de apaziguar o permanente conflito social.

Sustentamos que é preciso honrar o enunciado constitucional de que nossa República estrutura-se como um estado democrático de direito, onde estes dois elementos devem coexistir harmonicamente, quer como uma democracia balizada pelos cânones jurídicos, quer como um estado de direito que se submeta à soberania popular.

É preciso articular uma teoria que seja capaz de resguardar a democracia e que tenha no parlamento a expressão da soberania popular, a expressão máxima da soberania popular. Nunca é demais recordar, é a democracia que torna a Constituição e a lei legítimas, portanto, sem democracia, sem parlamento, e sem governo, qualquer Constituição é apenas Constituição Autoritária, é Constituição Outorgada.

O que torna legítima a Constituição de 1988, não é nenhuma mágica jurídica, não é nenhuma mágica que decorre do suposto poder constituinte originário. O que torna a Constituição de 1988 legítima e tudo que dela decorre, é o fato de que ela foi gestada a partir de uma Assembléia Nacional Constituinte eleita pelo voto popular. Não é mágica, é um processo político - um elemento político de soberania popular.

Bibliografia

BOXER, Charles, 2002, *O império marítimo português 1415-1825*. Tradução de Anna Olga de Barros Barreto. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

COSTA, Reginaldo da, 2002, *Ética do discurso e verdade em Apel*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002

HABERMAS, Jurgens., 1997, *Faktizität und Geltung*. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. 4^a. edição. Frankfurt/M: Suhrkamp, 1994. [ed. Brasileira: *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol I e II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997].

HABERMAS. *Direito e democracia*, vol. II, p. 190.

LIMA VAZ, Henrique Cláudio de., 2002, *Ética e Direito* (Organização e Introdução de Cláudia TOLEDO & Luiz MOREIRA) São Paulo: Landy & Loyola, 2002, p. 34:

LIMA VAZ. *Ética e Direito*, p. 35-36:

MOREIRA, Luiz, 2002, “Legitimation des Rechts bei Habermas” [Legitimação do Direito em Habermas]. *Zeitschrift Aufklärung und Kritik* [Revista Esclarecimento e Crítica], Nurnberg, ano IX, n^o. 1, 2002, p. 70-88

MOREIRA, Luiz, 2002 *Fundamentação do Direito em Habermas*. 2^a. ed., Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MOREIRA, Luiz, 2002, “Legitimation des Rechts bei Habermas” [Legitimação do Direito em Habermas]. *Zeitschrift Aufklärung und Kritik* [Revista Esclarecimento e Crítica], Nurnberg, ano IX, n^o. 1, 2002, p. 70-88

MOREIRA, Luiz, 2007, *A Constituição como Simulacro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

NEGRI, Antonio, 2002, . O poder constituinte. Ensaio sobre as alternativas da modernidade, Tradução de Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de, 1996, *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996.

SKINNER, Quentin, ,1996 *As fundações do pensamento político moderno*. Tradução de Renato Janine Ribeiro e Laura Teixeira Motta; rev. Técnica de Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 285-301.

REALIZAÇÃO: SECRETARIA DE GESTÃO E CONSULTORIA JURÍDICA DO
MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO &
PARCERIA DO INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA

CONTATO:
SECRETARIA DE GESTÃO
DEPARTAMENTO DE ARTICULAÇÃO E INOVAÇÃO INSTITUCIONAL
SITE: WWW.GESPUBLICA.GOV.BR
FONE: 61 20204969 OU VALERIA.SALGADO@PLANEJAMENTO.GOV.BR