



Revista de Direito da Faculdade Guanambi
ISSN: 2447-6536
revistadedireito@centrouniversitariounifg.edu.br
Centro Universitário FG
Brasil

O controle de constitucionalidade como mecanismo assecuratório dos direitos fundamentais à luz da teoria discursiva do Direito de Habermas

Mendes, Jeferson de Oliveira; Henriques, Rebeca Souza; Pedron, Flávio Quinaud

O controle de constitucionalidade como mecanismo assecuratório dos direitos fundamentais à luz da teoria discursiva do Direito de Habermas

Revista de Direito da Faculdade Guanambi, vol. 6, núm. 1, 2019

Centro Universitário FG, Brasil

Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=608065717005>

DOI: <https://doi.org/10.29293/rdfg.v6i01.248>



Este trabalho está sob uma Licença Internacional Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhamento Pela Mesma Licença.


O controle de constitucionalidade como mecanismo assecuratório dos direitos fundamentais à luz da teoria discursiva do Direito de Habermas

The judicial review as an assecuratory mechanism of fundamental rights in the light of Habermas discursive legal theory

Jeferson de Oliveira Mendes [1]
Centro Universitário FG (UniFG) – Guanambi/BA,
Brasil

jeferson.mendesdto@hotmail.com

 <https://orcid.org/0000-0001-6416-8011>

 <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=9714949682602203>

DOI: <https://doi.org/10.29293/rdfg.v6i01.248>

Redalyc: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=608065717005>

Rebeca Souza Henriques [2]
Centro Universitário FG (UniFG) – Guanambi/BA,
Brasil


rebecahenriques@ymail.com

 <https://orcid.org/0000-0002-6998-9967>

 <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=6182089274741418>

Flávio Quinaud Pedron [3]
Centro Universitário FG (UniFG) – Guanambi/BA,
Brasil

flavio@pedronadvogados.com.br

 <https://orcid.org/0000-0003-4804-2886>

 <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=4259444603254002>

Recepção: 27 Abril 2019

Revised: 20 Maio 2019

Aprovação: 20 Maio 2019

RESUMO:

AUTOR NOTES

- [1] Mestrando em Direito pela UniFG. Especialista em Direito Constitucional pela UCAM. Bacharel em Direito pela FASB. Professor do curso de Direito da FASB. Membro do CAJU - Centro de Estudos sobre Acesso à Justiça (DGP/CNPq). Membro do ANDIRA - Antilaboratório de Direito Animal (DGP/CNPq). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9714949682602203>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6416-8011>.
- [2] Mestranda em Direito pela UniFG. Bacharela em Direito pela IMES. Membro do CAJU - Centro de Estudos sobre Acesso à Justiça (DGP/CNPq). Membro do ANDIRA - Antilaboratório de Direito Animal (DGP/CNPq). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6182089274741418>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6998-9967>.
- [3] Doutor e Mestre em Direito pela UFMG. Professor Adjunto do Mestrado em Direito da UniFG (Bahia). Professor Adjunto da PUC-Minas (Graduação e Pós-graduação). Professor Titular do IBMEC. Coordenador do CAJU - Centro de Estudos sobre Acesso à Justiça (DGP/CNPq). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Membro da Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional (ABDPC). Membro da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro). Membro da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo (ANNEP). Membro da Rede Brasileira de Direito e Literatura (RDL). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4259444603254002>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4804-2886>.

jeferson.mendesdto@hotmail.com

O presente artigo busca examinar a concepção dos direitos fundamentais segundo a Teoria Comunitarista e os riscos existentes em virtude de sua utilização, sobretudo, pela ausência de legitimidade democrática. Em seguida, à luz da Teoria Discursiva do Direito de Habermas, será demonstrado como os direitos fundamentais devem ser enfrentados para alcançar maior legitimidade democrática. Após assentadas essas bases, o controle de constitucionalidade será abordado com o fito de demonstrar seu ínsito caráter assecutorio para os direitos dos cidadãos. Colima-se, ainda, através do estudo do voto do Ministro Luís Roberto Barroso, proferido nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, demonstrar como o emprego de fundamentos comunitaristas nas decisões judiciais pode ensejar a violação de direitos fundamentais, razão pela qual sua adoção deve ser abandonada. A pesquisa bibliográfica será a via principal para elaboração do presente trabalho acadêmico, além do estudo de caso aludido.

PALAVRAS-CHAVE: Legitimidade democrática, Controle de constitucionalidade, Teoria Discursiva do Direito e da Democracia de Habermas.

ABSTRACT:

This article seeks to examine the conception of fundamental rights according to the Communitarian Theory and the existing risks due to its use, above all, by the lack of democratic legitimacy. Then, in the light of Habermas' Discourse Theory, it will be demonstrated how fundamental rights must be faced in order to achieve greater democratic legitimacy. After establishing these bases, the control of constitutionality will be overspread with the purpose of demonstrating its inherent character for the rights of citizens. It is also based on the study of the vote of Minister Luís Roberto Barroso in Constitutional Declaratory Actions 43 and 44, to demonstrate how the use of communitarian foundations in judicial decisions can lead to violation of fundamental rights, which is why its adoption should be abandoned. The bibliographical research will be the main way to elaborate the present academic work, besides the case study mentioned.

KEYWORDS: Democratic legitimacy, Judicial Review, Habermas's Discursive Theory of Right and Democracy.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 REFLEXÕES ACERCA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS; 2 ANÁLISE DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E CONSTITUIÇÃO EM CONFORMIDADE COM A TEORIA DISCURSIVA DO DIREITO; 2.1 Controle de constitucionalidade como via de proteção dos direitos fundamentais; 3 ESTUDO DE CASO: ANÁLISE DISCURSIVA DO VOTO DO MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO NO JULGAMENTO CONJUNTO DAS AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE 43 E 44; 3.1 Do objeto das ações; 3.2 Dos fundamentos comunitaristas presentes no voto analisado: como não decidir em sede de controle da constitucionalidade para preservar os direitos fundamentais; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

SUMMARY

INTRODUCTION; 1 REFLECTIONS ON FUNDAMENTAL RIGHTS; 2 ANALYSIS OF THE CONTROL OF CONSTITUTIONALITY AND CONSTITUTION IN CONFORMITY WITH THE DISCURSIVE THEORY OF THE LAW; 2.1 Control of constitutionality as a way of protecting fundamental rights; 3 CASE STUDY: DISCUSSION ANALYSIS OF THE VOTE OF MINISTER LUÍS ROBERTO BARROSO IN THE JOINT JUDGMENT OF THE DECLARATORY ACTIONS OF CONSTITUTIONALITY 43 E 44; 3.1 The object of the actions; 3.2 Of the communitarian foundations present in the analyzed vote: how not to decide in the control of constitutionality to preserve the fundamental rights; FINAL CONSIDERATIONS; REFERENCES.

INTRODUÇÃO

O controle de constitucionalidade e os direitos fundamentais fazem referência à ideia hodierna de Constituição, não obstante haver diferença conceitual entre os institutos, e mesmo emanando em tempos

e modos diferentes, há uma indubitável conexão entre eles, já que o controle de constitucionalidade atua como instrumento assecuratório dos direitos fundamentais, principalmente por marcar aqui a necessidade de estabelecermos uma proteção contramajoritária.

A transformação social descortinou a necessidade de estabelecer o diálogo entre o exercício e os limites do poder e a liberdade dos cidadãos, entre Direito e Democracia, além de desenvolvimento de mecanismos protetivos dos membros da sociedade contra ações transgressoras.

Em inaugural ideia do presente trabalho, os direitos fundamentais serão analisados, primeiro, sob a ótica da Teoria Comunitarista, que sustenta que as raízes históricas e os vetores valorativos da comunidade carecem de proteção jurídica, bem como a primazia dos anseios do todo, consolidados pelo Estado, sobre os interesses dos cidadãos e, ainda, como a utilização dessa matriz teórica pode ensejar decisões judiciais democraticamente ilegítimas e violadoras dos direitos fundamentais, principalmente para grupos minoritários.

A par da necessidade em perscrutar a legitimidade democrática do Direito, a segunda análise dos direitos fundamentais será realizada sob a égide da Teoria Discursiva do Direito de Jürgen Habermas, que por sua vez, se apresenta como uma teoria procedimental. Habermas concebe a superação da hegemonia do Estado sobre os cidadãos, patrocinando que a autonomia pública e autonomia privada não sejam concorrentes entre si, pelo contrário, sejam compreendidas como complementares e equiprimordiais, além de oferecerem maior proteção aos direitos fundamentais de grupos minoritários.

Após apreciação dos direitos fundamentais, o controle de constitucionalidade e a novel concepção de Constituição receberão exame e se buscará demonstrar seu papel protetivo em favor dos direitos fundamentais, com esteio na matriz teórica habermasiana.

Tencionando demonstrar que a utilização de fundamentos jurídicos comunitaristas na aplicação do Direito provoca decisões judiciais violadoras de direitos fundamentais e democraticamente ilegítimas, será realizada uma análise discursiva do voto do Ministro Luís Roberto Barroso proferido no julgamento conjunto de medida cautelar nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, ajuizadas pelo Partido Ecológico Nacional – PEN e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB, respectivamente, a respeito da possibilidade de o réu cumprir de forma antecipada a pena após decisão condenatória em 2ª instância.

Trata-se de um estudo metodológico híbrido, pois além de ser exploratório, também foi realizado estudo de caso com o fito de tornar mais concretas as discussões ora suscitadas. Para alcançar satisfatoriamente os objetivos da pesquisa, o caminho percorrido foi a pesquisa bibliográfica especializada sobre os temas enfrentados.

1 REFLEXÕES ACERCA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Pela farta literatura jurídica que cuida dos direitos fundamentais, há a falsa compreensão de que seu conceito e conteúdo já foram exaustivamente tratados. Todavia, os antagonismos envolvendo a matéria demonstram a necessidade de maior maturação cognitiva.

Nessa linha intelectual, é importante registrar a definição dos direitos fundamentais à luz da matriz comunitarista[4] e quais efeitos provocados no plano fenomênico em virtude de sua aplicação.

Com base nas lições de Aristóteles, Hegel, Marx e Gramsci, os comunitaristas[5] apregoam que o indivíduo deve ser compreendido como um membro inserido em uma determinada comunidade, fortemente influenciado, portanto, por diretrizes históricas e valores arraigados nesta comunidade. (TAVARES, 2014).

O ideal de justiça comunitarista sustenta que elementos históricos, culturais e sociais existentes na comunidade não devem afastar-se do sistema normativo que é desenvolvido. Assim, a legitimidade democrática do Direito carece de coadunação com as raízes históricas e os valores disseminados entre os membros da sociedade. Forte nesse entendimento, é importante registrar o pensamento de Tavares que assim expõe:

Segundo os comunitaristas, não há nenhuma possibilidade de desvincularmos justiça e comunidade, uma vez que as concepções acerca da justiça serão sempre relativas ao contexto de cada comunidade, a seus valores culturais e tradições histórico-sociais.[...]Aqui, as palavras de Hannah Arendt falam por si e se tornam realmente fundamentais: “A ação, única atividade que se exerce diretamente entre os homens sem a mediação das coisas ou da matéria, corresponde à condição humana da pluralidade, ao fato de que homens, e não o Homem, vivem na Terra e habitam o mundo”. (2001, p.15). E estes homens são sempre moldados por valores e pela cultura da comunidade onde vivem, não sendo fático acreditar na hipótese de que estes indivíduos não levariam estes fatores em consideração na hora de escolherem princípios de justiça [...] (2014, p. 36).

Pressupondo que o cidadão recebe da comunidade as condições necessárias para sua manutenção, os comunitaristas entendem que os rudimentos emanados do sentimento da coletividade devem ser resguardados por todos os integrantes da comunidade.

Assim, a autodeterminação dos cidadãos não poder ser efetivada desassociada dos valores e concepções históricas construídos paulatinamente pela comunidade, pois exigem tutela jurídica.

Ademais, no Comunitarismo, é sustentada a prevalência do todo (comunidade) sobre a parte (indivíduo), já que a parte não tem autonomia existencial em relação ao todo. Assim, na esfera jurídica, os interesses da comunidade (todo) sobressaem em relação aos interesses do cidadão (parte), tendo em vista a situação de independência instalada. A comunidade é responsável por definir qual o melhor projeto ético (de felicidade) deve ser tutelado e imposto pelo Estado.

O Comunitarismo defende que os direitos fundamentais são categorias fornecidas objetivamente pela comunidade a cada cidadão, de modo que estas categorias não possuem primazia contra a comunidade e, por isto mesmo, não podem servir de embargo aos anseios comunitários (GALUPPO, 2003).

Assim, os direitos fundamentais dos cidadãos não possuem força normativa o suficiente para obstaculizar a realização plena dos desideratos da comunidade, ainda que tais direitos retem solapados.

O aviltamento dos interesses particulares – haja vista a existência de projetos de felicidade divergentes do modelo comunitário – em favorecimento das pretensões da comunidade repulsa a legitimidade dos direitos fundamentais por estabelecer uma imposição categórica aos membros da sociedade, de modo que só titularizam os direitos formalizados e concedidos pela entidade legiferante, criando uma relação de subordinação jurídico-institucional.

A personificação do Direito fez despertar a necessidade de assegurar a legitimidade democrática de todo o arcabouço normativo, inclusive dos direitos fundamentais. Nessa perspectiva, fulcrado na Teoria Discursiva do Direito de Jürgen Habermas, é correto assegurar que a legitimidade dos direitos fundamentais pode ser alcançada com a superação da ideia da primazia do interesse público sobre o privado[6], como, outrora, pretendia a matriz comunitária. Nesse contexto:

[...] a opção habermasiana não é a de endossar uma ou outra tradição, mas a de apresentar uma (re)construção da relação entre soberania popular e direitos humanos, superando as tradições anteriores, uma vez que leva em conta a identificação de uma relação interna entre ambos os conceitos, constitutiva do que chamará de sistema de direitos: o conjunto de direitos (fundamentais) que os membros de uma comunidade atribuem-se reciprocamente quando decidem regular legitimamente sua convivência através do Direito Positivo (PEDRON, 2011, p. 143).

A autonomia pública e a autonomia privada se pressupõem reciprocamente, de modo que a vontade legisladora que cria os comandos normativos e a liberdade moral discursiva estão implicadas mutuamente nesta perspectiva (GALUPPO, 2003).

Com efeito, não há prevalência de uma autonomia sobre a outra, o que assegura que a criação legítima do Direito deve ocorrer em concurso de vontades entre os interesses públicos e privados. Impende registrar, que a participação dos particulares deve ser garantida de forma plena, oportunizando que o discurso possibilite o consenso, ainda que implicitamente, com o fim de alcançar a coerência social.

Destarte, para assegurar a existência do Direito, é necessário o exercício da autonomia privada dos sujeitos de direito; de modo que, sem os direitos fundamentais que tornem possível essa autonomia, careceria o próprio medium para institucionalização jurídica das condições necessárias a que os sujeitos de direito possam

fazer uso da autonomia pública ao atuarem no papel de cidadãos do Estado (PEDRON, 2011). Nesse sentido, Habermas vaticina que:

Os cidadãos só podem fazer um uso adequado de sua autonomia pública quando são independentes o bastante, em razão de uma autonomia privada que esteja equanimemente assegurada; mas também no fato de que só poderão chegar a uma regulamentação capaz de gerar consenso, se fizerem uso adequado de sua autonomia política enquanto cidadãos (2002, p. 294).

A autonomia privada fornece o esteio necessário para os cidadãos esclarecerem salutarmente os comandos normativos que regulamentarão as relações sociais, para então exercerem a autonomia pública de maneira legítima e efetiva. Exige-se, para alcançar a legitimidade democrática, que o Direito produzido seja reciprocamente reconhecido por todos os sujeitos envolvidos.

A propósito, calha colacionar outro raciocínio de Habermas:

Ao tratarmos da fundamentação do sistema de direitos, descobriremos que a autonomia das pessoas privadas remete à legitimidade do direito e vice-versa. Sob condições de uma compreensão pós-metafísica do mundo, só tem legitimidade o direito que surge da formação discursiva da opinião e da vontade de cidadãos que possuem os mesmos direitos. Estes só podem perceber, de maneira adequada, sua autonomia pública, garantida através de processos de participação democrática, na medida em que sua autonomia privada for assegurada. Uma autonomia privada assegurada serve como garantia para a emergência da privada. Esse complexo circular se manifesta também na gênese do direito vigente (1997, p. 147).

Na Teoria Discursiva, há uma forte aproximação do Direito com a democracia, buscando desenvolver legislações democráticas capazes de promover a integração social, inclusive nas sociedades complexas e marcadas pela heterogeneidade cultural. Comungando das lições habermasianas, Meyer esclarece que:

Com a autonomia privada, os indivíduos decidem como usufruir dos direitos subjetivos de que dispõem; com a autonomia pública eles definem como o igual será tratado como igual e o desigual como desigual, por intermédio de suas liberdades comunicativas. No entanto, tal diferenciação não compromete a coesão interna entre autonomia pública e privada. Em sociedades pós-tradicionais, os indivíduos não têm como dispor do medium jurídico nos processos de integração social, não podendo mais apelar para justificações metafísicas. Partindo desse ponto, é imperioso ressaltar que os indivíduos devem fazer uso de sua autonomia pública para definir que direitos cabem a quem e em que medida; ao mesmo tempo, eles só podem fazer uso adequado das já mencionadas liberdades comunicativas se dispuserem de condições mínimas para tanto. Assim, autonomia pública e privada são equiprimordiais, co-originais (sic), complementares (2008, p. 199-200).

Os direitos fundamentais são os direitos que os cidadãos precisam reciprocamente reconhecer uns aos outros, se quiserem que o direito por eles produzidos seja legítimo, democrático. Isso porque, no Estado Democrático de Direito, não há uma regra definida para a legitimidade de suas normas, mas que reconhece que a democracia constitucional é um processo que desenvolve pela interpenetração entre a autonomia privada e a autonomia pública que se manifesta na sociedade civil, guardiã de sua legitimidade (GALLUPO, 2003).

A propósito, fulcrado no viés democrático, afasta-se a compreensão de que direitos fundamentais são beneplácitos fornecidos pelo Estado aos cidadãos (Teoria Comunitarista), pois passaram a ser mutuamente reconhecidos pelo exercício da autonomia pública e autonomia privada para que tenham legitimidade democrática.

O acatamento às normas constitucionais deve decorrer da autodeterminação dos cidadãos, no sentido de que o Direito vigente é produto realizado em coautoria entre o todo (Estado) e parte (cidadão), não admitindo normas infringidas, por serem antidemocráticas e usurpadoras dos direitos fundamentais.

Não é despidendo afirmar, que os indivíduos que atuam comunicativamente comprometem-se com pressupostos pragmáticos, admitindo certas idealizações, de modo que tornarão os próprios atores sociais que, por meio da busca pelo entendimento comum, chegarão a um consenso sobre as normas de ação válidas (FERNANDES; PEDRON, 2007).

Em verdade, tem-se que a reconstrução da ideia de autonomia proposta por Habermas, faz assegurar que os cidadãos, como sujeitos de direito, devem concomitantemente ser autores e destinatários do Direito por eles produzidos discursivamente. (PEDRON, 2011)

2 ANÁLISE DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E CONSTITUIÇÃO EM CONFORMIDADE COM A TEORIA DISCURSIVA DO DIREITO

O controle de constitucionalidade judicial tornou-se fúlgido a partir da decisão no caso *Marbury v. Madison*, em fevereiro de 1803, proferida por John Marshall, à época presidente da Suprema Corte estadunidense, consolidando o princípio da supremacia da Constituição[7]; todavia, impende destacar a contribuição de Hans Kelsen, idealizador de um tribunal exclusivo e monopolizado para desempenhar a missão de aferir a compatibilidade de leis e atos normativos com a Constituição[8]. Ideia que foi incorporada pela Constituição da Áustria, de 1920.

Importante cristalizar que o modelo norte americano de controle de constitucionalidade tem raiz no liberalismo, em razão de concretizar a concepção de que a Constituição possui supranormatividade por materializar os direitos fundamentais dos cidadãos e estabelecer limites à atuação estatal, sobrepondo, inclusive, ao processo legislativo desenvolvido no âmbito do Parlamento. Com isso, as normas elaboradas em desconformidade com a Lei Fundante devem ser invalidadas.

Em que pese a neutralidade de Hans Kelsen na esfera jurídica, pode-se dizer que a ideia da criação do Tribunal Constitucional capaz de avaliar a constitucionalidade das normas em abstrato associada com a teoria do intérprete autêntico, quer dizer, a possibilidade do intérprete extrair o sentido jurídico da norma com discricionariedade, inclusive contra a própria Constituição (moldura), foi apropriado pelo Comunitarismo como instrumento hábil para efetivar a vontade da maioria.

Nessa linha intelectual, os comunitaristas passaram a entender que os valores, os elementos históricos e culturais da comunidade devem prevalecer em relação à Constituição. Assim, o Tribunal Constitucional estaria legitimamente autorizado a decidir em desfavor da Lei Maior se fosse necessário para assegurar proteção aos valores comunitários, ainda que ensejasse violação aos direitos fundamentais dos cidadãos.

A discussão acerca do controle de constitucionalidade sempre permaneceu ávida, por ser um catalisador de temas nucleares não só do direito constitucional coevo, como da hermenêutica constitucional, da separação e organização dos poderes, do exercício da democracia, dos direitos fundamentais, mas também por dialogar sensivelmente com a ciência política e com a filosofia (SILVA, 2009).

O controle de constitucionalidade trata-se de (PIMENTA, 2010, p. 32) um “mecanismo institucionalizado, realizado, portanto, por órgãos previstos pelo sistema normativo, segundo determinados procedimentos, cuja atuação tem por objeto a prática de uma conduta inconstitucional, objeto de valoração”.

Em análise redutora o controle de constitucionalidade se presta a realizar o juízo de compatibilidade de leis e atos normativos com a Constituição[9]. Todavia, a representatividade jurídico-social da Constituição conquistou novos horizontes, passando a exigir um desprendimento da ideia positivista de Constituição como sendo a Lei Fundamental que estabelece a organização do Estado e contempla um catálogo de Direitos Fundamentais, sem se preocupar com a força democrática.

Forte nas concepções da Teoria Discursiva do Direito, Cattoni de Oliveira sustenta que:

Compreendendo a Constituição, fundamentalmente, como a regulação de processos que, por meio da interpretação e elaboração de um sistema de direitos básicos, possibilita o exercício discursivo das autonomias pública e privada dos cidadãos, a Justiça Constitucional, no sentido de Justiça da Constituição, também, só pode ser interpretada em termos procedimentais, abertos a novas discussões e revisões, e da perspectiva da relação de complementariedade [...] (2016, p. 126).

Com efeito, a Constituição hodierna deve possibilitar a relação discursiva entre a autonomia privada (cidadão) e autonomia pública (Estado), a fim de que as decisões produzidas sejam admitidas reciprocamente

pelos promovedores, favorecendo a legitimidade e eficácia do Direito, sobretudo a proteção dos direitos fundamentais.

Tendo em vista que o papel da Constituição passou por transformações ao longo da história constitucional, o controle da constitucionalidade, com espeque no paradigma procedimentalista do Estado Democrático de Direito, precisou exercer a tarefa de assegurar eficazmente condições processuais para o exercício da autonomia pública e autonomia privada dos coassociados jurídicos, no sentido de equiprimordialidade e da interrelação entre elas (CATTONI DE OLIVEIRA, 2016).

Resta nítido que o controle de constitucionalidade, em tempos modernos, deve contemplar a proteção das garantias mínimas a fim de que os cidadãos possam atuar livremente na esfera da autonomia privada, para então adquirirem aptidão suficiente para efetivar discursivamente a autodeterminação.

O controle de constitucionalidade, nessa perspectiva, se apresenta como uma via legítima de proteção dos direitos básicos dos cidadãos assegurados constitucionalmente em face de investidas totalitárias do Estado.

2.1 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COMO VIA DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Controle de constitucionalidade e direitos fundamentais, são, obviamente, matérias distintas e que se desenvolveram em tempos e modos diferentes. Mas nunca deixaram, nem deixam de se entrecruzar, de forma latente até algumas décadas, de forma patente e cada vez mais significativa em nossos dias (MIRANDA, 2003).

Ao lado de outros atos normativos constitucionais, os direitos fundamentais integram o referencial do bloco de constitucionalidade, que consiste no parâmetro de aferição da compatibilidade de leis e atos normativos com a Constituição vigente[10].

Dessume-se, como premissa lógica, que os direitos fundamentais exercem papel norteador para a produção legiferante e para a realização dos demais atos estatais, de modo que constatada a incompatibilidade constitucional, o produto vicioso não merece guarida no ordenamento jurídico, exigindo sua expurgação.

Todavia, é preciso asseverar que os direitos fundamentais, contemporaneamente, não cingem sua magnitude apenas como categorias defensivas em favor dos cidadãos, que exige comportamentos omissivos por parte do Estado.

Em linha argumentativa semelhante, Miranda aduz que:

Enquanto que antes se entendia que o exercício dos direitos era “nos termos da lei”, hoje as normas constitucionais vinculam os comportamentos de todos os órgãos e agentes de poder, quer positiva, quer negativamente. Na expressão célebre de HERBERT KRÜGER, não são os direitos fundamentais que agora se movem no âmbito da lei, mas a lei que deve mover-se no âmbito dos direitos fundamentais (2003, p. 65).

De fato, os direitos fundamentais tornaram-se núcleo intransponível do ordenamento jurídico, impondo um acoplamento cogente aos detentores do poder. Violar os direitos fundamentais, *mutatis mutandis*, é negar força normativa às disciplinas constitucionais.

A preservação dos direitos fundamentais não consiste apenas em deixar de realizar alguma conduta potencialmente violadora, mas também impõe categoricamente a necessidade de realização de ações positivas tendentes a viabilizar o exercício discursivo por seus titulares.

O desafio atual não é mais garantir direitos em documentos solenes marcados por discursos hiperbólicos, é mister torná-los efetivos e suficientemente protegidos. Ao passo que os direitos são formalmente contemplados, desperta a precisão de assegurar instrumentos idôneos à combater violações. Assegurar direitos, sem garantir meios de protegê-los, é inócuo.

Em raciocínio acurado, Bobbio dispõe que:

[...] o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los. [...] Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados (2004, p. 25).

Assim, percebe-se que o essencial não se encontra num elenco mais ou menos vasto de direitos, até porque muitas Constituições nominais e semânticas igualmente o contêm. O essencial está no sistema de garantias que os amparam, a primeira das quais, para lá da cultura de cidadania do povo, é o controle jurisdicional de constitucionalidade[11] (MIRANDA, 2003).

Solapar os direitos fundamentais implicaria em obstaculização do exercício irrestrito da autonomia privada pelos cidadãos, o que acarretaria em prejuízo para a legitimidade democrática do Direito, já que a autonomia pública restaria rechaçada. Preservar os direitos fundamentais é condição necessária para formação de um Direito legítimo.

O controle de constitucionalidade das leis e atos normativos se apresenta como forte instrumento garantidor dos direitos fundamentais, todavia, a proteção efetiva só acontece com a preservação do diálogo equânime entre a autonomia privada e autonomia pública, de modo que assegure aos cidadãos a autodeterminação.

Nessa trilha de intelecção:

Lembra Habermas (1998:266) que a tensão entre facticidade e validade se manifesta no fato de que as decisões devem levar em conta, simultaneamente, a tensão entre segurança jurídica (agora entendida como positividade do Direito e não mais previsibilidade de decisão judicial, como queria a leitura positivista) e pretensão de decisões corretas (legitimidade). [...] a questão da legitimidade do Direito não se resume ao factum de uma decisão judicial; ainda é necessário que esta seja consistente de dois aspectos: por meio de uma justificação interna – deve encontrar motivações no Direito positivo; e por meio de uma justificação externa – aceitável racionalmente, explicitando uma fundamentação jurídica (PEDRON, 2011, p. 248-249).

As razões de decidir devem estar consentâneas com o Direito Positivo produzido mutuamente pelo diálogo entre a autonomia privada e autonomia pública, além disso, exige-se racionalidade da decisão, no sentido de possibilitar que os sujeitos de direito admitam mutuamente a decisão exarada.

Com a superação da Teoria Comunitarista, as decisões em sede de controle de constitucionalidade não devem ser alicerçadas em fundamentos que desprezem a isonomia entre os direitos do Estado e dos cidadãos. As causas de aplicação devem assegurar a relação discursiva do Direito, de modo que os interesses do todo não sobressaia em cotejo com os direitos da parte, devendo prezar pela concretização da isonomia.

3 ESTUDO DE CASO: ANÁLISE DISCURSIVA DO VOTO DO MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO NO JULGAMENTO CONJUNTO DAS AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE 43 E 44

Assentadas as premissas propedêuticas, passará a análise de alguns dos fundamentos do voto contrário do Ministro Luís Roberto Barroso[12] no julgamento conjunto de medida cautelarnas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, ajuizadas pelo Partido Ecológico Nacional – PEN e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB, respectivamente, a respeito da possibilidade de o réu cumprir de forma antecipada a pena após decisão condenatória em 2ª instância.

3.1 DOS OBJETOS DAS AÇÕES

Em ambas ações diretas postula-se a declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, que prevê que “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e

fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”. Apontam uma suposta omissão do STF no julgamento do HC 126.292[13] quanto à validade de referido dispositivo legal, que, em seu sentido literal mais óbvio, impediria o cumprimento da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

As Ações Declaratórias de Constitucionalidade veicularam, porém, fundamentos diversos para defender a compatibilidade do art. 283 do CPP com a Constituição. De um lado, a ADC 43 não discutiu a possibilidade constitucional de execução da pena após a decisão de 2ª instância, mas alega que o art. 283, ao condicionar a prisão ao trânsito em julgado, veicularia uma opção legítima e razoável do legislador à luz das normas plasmadas na Constituição Federal de 1988. Noutro vértice, a ADC 44 sustentou que o dispositivo do Código de Processo Penal apenas reproduz o teor do art. 5º, LVII e LXI, da CF/1988, de modo que declará-lo inconstitucional implicaria a inconstitucionalidade das próprias normas constitucionais originárias, o que não é admitido pelo Pretório Excelso.

3.2 DOS FUNDAMENTOS COMUNITARISTAS PRESENTES NO VOTO ANALISADO: COMO NÃO DECIDIR EM SEDE DE CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE PARA PRESERVAR OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O Ministro Barroso, já inicia seu voto aduzindo que:

[...] O enorme distanciamento no tempo entre fato, condenação e efetivo cumprimento da pena (que em muitos casos conduz à prescrição) impede que o direito penal seja sério, eficaz e capaz de prevenir os crimes e dar satisfação à sociedade. Desse modo, muito embora uma das leituras possíveis do art. 283 do Código de Processo Penal (com redação dada pela Lei nº 12.403/2011) limite a prisão às hipóteses de trânsito em julgado, prisão temporária ou prisão preventiva, deve-se conferir ao preceito interpretação que o torne compatível com a exigência constitucional de efetividade e credibilidade do sistema de justiça criminal (2016, p. 01, grifo nosso).

De plano, haure-se que o fundamento indicado se baseia em impor a execução provisória da pena aos réus condenados em 2ª instância, tencionando assegurar a efetividade e credibilidade do sistema de justiça criminal. Barroso ventila que o interstício entre o fato típico, a condenação e o efetivo cumprimento da pena impedem que o direito penal seja sério.

A crise vivenciada pelo Poder Judiciário brasileiro não é novidade. Muito se discute sobre quais medidas precisam ser concretizadas a fim de atenuar a deficiência da prestação jurisdicional. A morosidade na conclusão dos processos assola toda a sociedade, sendo, inclusive, uma das causas violadoras de direitos fundamentais, conforme se extrai da dicção do art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal em vigor.

Assim, a decisão pretoriana, de azo Comunitarista, pleiteia restaurar a credibilidade da função jurisdicional, bem como do sistema penal, através da supressão de mais direitos fundamentais.

Com efeito, sustenta o Ministro do Supremo Tribunal Federal, que a execução provisória da pena do réu condenado em 2ª instância reduzirá o distanciamento entre o fato, condenação e cumprimento da pena. Nada mais falacioso.

À evidência que a duração exacerbada do processo é resultado da falta de aparelhamento adequado do Poder Judiciário, que convive com demasiados processos e com material humano e físico muito aquém do necessário.

Tendo em vista que os titulares dos direitos fundamentais em nada contribuem para as mazelas da função jurisdicional, admitir que o princípio constitucional da presunção de inocência, estatuído no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Cidadã, seja usurpado em notório favorecimento dos escopos escusos da comunidade, é pavimentar a prevalência da autonomia pública sobre a autonomia privada.

O escólio habermasiano refuta exatamente a aniquilação dos interesses das partes em franco favorecimento dos interesses do todo. Nessa senda, é correto afirmar que o fundamento perscrutado sobreleva os interesses da comunidade em detrimento dos direitos fundamentais dos cidadãos. Trata-se de argumento político.

A credibilidade do sistema penal será restaurada com o respeito aos direitos fundamentais dos réus e indiciados. Insta salientar que o próprio Supremo Tribunal Federal já reconheceu a falência do sistema penal pátrio ao enfrentar o julgamento, no dia 13 de agosto de 2015, o RE nº 592.581, relatado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, vazado nos seguintes termos:

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 220 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário para cassar o acórdão recorrido, a fim de que se mantenha a decisão proferida pelo juízo de primeiro grau. Ainda por unanimidade, o Tribunal assentou a seguinte tese: É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes. (grifo nosso)

Assim, após declarar o estado de coisas inconstitucional^[14] envolvendo os estabelecimentos prisionais, o Judiciário autorreconheceu a possibilidade de impor à Administração Pública obrigação de fazer tendente a assegurar a proteção dos direitos fundamentais da população carcerária.

Diante da arraigada crise da prestação jurisdicional, inclusive no sistema penal, o STF não deve fulcrar suas decisões em fundamentos vulneradores dos direitos fundamentais. Ainda que os anseios da comunidade reclamem proteção, não é lícito desprezar os direitos dos particulares.

As decisões judiciais devem ser fundamentadas no Direito Positivo, que deve ser resultado da atividade discursiva e equprimordial da autonomia pública com a autonomia privada.

À luz da Teoria Discursiva do Direito e da Democracia, pode-se dizer que as bases do voto em apreço sobrelevam os interesses do todo sobre a parte, que acabou resultando em uma decisão ilegítima sob a perspectiva racional e conflitante com os direitos fundamentais.

Lastreado em mais um fundamento comunitarista, Barroso apregoa que:

O baixo índice de provimento dos recursos de natureza extraordinária em favor do réu, tanto no STF (inferior a 1,5%) quanto no STJ (de 10,3%), conforme dados dos próprios Tribunais, apenas torna mais patente a afronta à efetividade da justiça criminal e à ordem pública decorrente da necessidade de se aguardar o julgamento de RE e REsp.

[...] Tais impugnações movimentam a máquina do Poder Judiciário, com considerável gasto de tempo e de recursos escassos, sem real proveito para a efetivação da justiça ou para o respeito às garantias processuais penais dos réus. No mundo real, o percentual de recursos extraordinários providos em favor do réu é irrisório, inferior a 1,5%. Mais relevante ainda: de 1.01.2009 a 19.04.2016, em 25.707 decisões de mérito proferidas em recursos criminais pelo STF (REs e agravos), as decisões absolutórias não chegam a representar 0,1% do total de decisões (2016, 11-12).

Verifica-se que o Ministro está fundado em argumento dedutivo, no sentido de que se há baixo índice de provimentos dos recursos de natureza extraordinária em favor do réu no STF e STJ, não é juridicamente relevante aguardar o julgamento de tais recursos para o réu dar início ao cumprimento da pena.

A superficialidade e ilegitimidade do argumento trazido à baila é patente, eis que despreza a possibilidade de o réu obter êxito no recurso proposto. Não é legítimo segregar o princípio constitucional da presunção de inocência com espreque em argumentos estatísticos e matematizados.

A porcentagem inferior a 1,5% dos réus que logram sucesso com o Recurso Extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal, estatisticamente representa a minoria, todavia, não significa que seus interesses sejam juridicamente menos relevantes que o da comunidade, que representam o todo.

No sentido discursivo do Direito, não há prevalência de um interesse sobre o outro, portanto, o fato dos recursos de natureza extraordinária não serem acolhidos em sua grande maioria, não autoriza a ruptura legalizada dos direitos fundamentais do réu.

Sendo assim, o fundamento em evidência não protege os direitos constitucionais dos cidadãos, pois busca satisfazer unilateralmente os interesses da comunidade, fazendo emergir, outrossim, decisões despojadas de legitimidade democrática.

Buscando fundamentar seu voto contrário à concessão das medidas cautelares pleiteadas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, o Ministro Barroso sustentou que:

O sistema penal brasileiro não tem funcionado adequadamente. A possibilidade de os réus aguardarem o trânsito em julgado dos recursos especial e extraordinário em liberdade para apenas então iniciar a execução da pena enfraquece demasiadamente a tutela dos bens jurídicos resguardados pelo direito penal e a própria confiança da sociedade na Justiça criminal. Ao se permitir que a punição penal seja retardada por anos e mesmo décadas, cria-se um sentimento social de ineficácia da lei penal e permite-se que a morosidade processual possa conduzir à prescrição dos delitos (2016, p. 07, grifo nosso).

Extraí-se que os interesses da comunidade, novamente, recebem maior relevo por parte do Ministro do Supremo Tribunal Federal em face dos direitos fundamentais dos cidadãos. Há uma prevalência macroscópica do todo sobre a parte, confirmando a incidência das bases da Teoria Comunitarista.

Sob a égide do magistério habermasiano, os direitos fundamentais dos cidadãos não cedem passagem para os interesses da comunidade. Nessa finca, utilizando-se da Teoria Discursiva do Direito, é ilegítimo segregar o direito de liberdade do réu para garantir a confiança da sociedade na justiça criminal.

Isso porque o voto ministerial prospectado estabelece uma ruptura com o diálogo equânime entre os interesses do todo e da parte. Não se admite que para evitar o sentimento social (interesses do todo) de ineficácia da lei penal, permita-se a execução provisória da pena do réu condenado em 2ª instância (interesse da parte), em flagrante violação dos direitos fundamentais.

Reitere-se, que a morosidade da prestação jurisdicional não deve ser imputada aos sujeitos de direitos, de modo que sejam permitidas decisões judiciais comunitaristas colimando preservar o todo, sem assegurar a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Nessa toada, é correto assegurar que os fundamentos carreados no voto promovem uma fragilização da autonomia do Direito, pois torna a Constituição refém de discursos corretivos à base de elementos morais, políticos e econômicos (STRECK, 2017).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade, como visto, são institutos permeáveis, de modo que este instrumentaliza a proteção constitucional daqueles, e, juntos, fazem menção ao Texto Constitucional.

Todavia, é cristalino que a existência do controle judicial de constitucionalidade por si só, não garante o cumprimento salutar da incumbência de mecanismo assecuratório dos direitos fundamentais dos cidadãos.

De fato, os legitimados para a realização do controle de constitucionalidade devem atuar com o desiderato de proferir decisões democraticamente legítimas.

A legitimidade democrática das decisões é assegurada quando a fundamentação se assentar no Direito positivo resultado da participação discursiva dos cidadãos, bem como apresentar argumentos eminentemente jurídicos, que possibilitem sua aceitação de maneira racional.

Nessa perspectiva, a utilização de fundamentos comunitaristas produz decisões pouco convincentes, pois se valem de argumentos políticos, morais, econômicos, que são contingentes, já que ficam sujeitos à formação cultural e intelectual de cada aplicador do Direito.

Assim sendo, o mesmo fato jurídico pode receber decisões distintas a depender da formação do julgador que irá apreciá-lo. Esta discricionariedade colide com os princípios constitucionais de igualdade e segurança jurídica.

A Teoria Comunitarista, em virtude de assegurar a prevalência dos interesses do Estado (todo) sobre os interesses dos cidadãos (parte) provoca a transgressão dos direitos fundamentais, além de desfavorecer a legitimidade democrática.

Em sentido diametralmente oposta, a Teoria Discursiva do Direito refuta a desigualdade entre os interesses do Estado e dos cidadãos, afirmando que a autonomia pública e autonomia privada guardam uma relação de equiprimordialidade.

A despeito disso, tanto o Direito como as decisões judiciais devem submissão aos direitos fundamentais dos cidadãos, pois eles são a razão de ser de todo o ordenamento jurídico.

Nessa acepção, a utilização de argumentos decisórios para satisfazer os interesses da comunidade, em detrimento dos direitos fundamentais dos cidadãos gera inconstitucionalidade, portanto, não merecem guarida pelo Direito.

Assim, os fundamentos plasmados no voto do Ministro Luís Roberto Barroso, no julgamento conjunto de medida cautelar nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal, são característicos da Teoria Comunitarista.

Com efeito, após perquirir as razões decisórias lançadas no voto, restou clarividente a ausência de fundamentação com fincas no Direito positivo, bem como a falência de argumentos jurídicos, o que provocou a ilegitimidade democrática da decisão proferida.

O voto de Barroso buscou satisfazer os interesses da comunidade, mesmo com a violação do princípio da presunção de inocência dos réus condenados em 2ª instância que, mesmo sem o trânsito em julgado da decisão condenatória, serão submetidos coercitivamente ao cumprimento antecipado da pena.

A decisão comunitarista de Barroso comprova que a previsão constitucional dos direitos fundamentais, aliada com a garantia do controle de constitucionalidade não são suficientes para proteger os cidadãos dos abusos do Estado.

Descortina-se a necessidade de rompimento com o paradigma comunitarista, passando-se a assegurar um tratamento equânime entre o Estado e o cidadão, como pretende Jürgen Habermas em sua Teoria Discursiva do Direito.

Assim, importa assinalar que somente com a proteção efetiva dos direitos fundamentais e com o respeito ao mecanismo assecuratório do controle de constitucionalidade é que será alcançada a necessária legitimidade democrática do Direito.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Waldir. Proteção dos direitos fundamentais no controle concreto de normas alemão: competência para exame e rejeição da norma. **Direito e Democracia**, Canoas, v. 7, n. 2, p. 315-353, jul./dez. 2016. Disponível em: <http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/direito/article/view/2490>. Acesso em: 2 fev. 2019.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- CARVALHO, Feliciano de. **Teoria do Bloco de Constitucionalidade**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2b4830a2f3347c33>. Acesso em: 2 jul. 2018.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Devido Processo Legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo**. 3. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. **O poder judiciário e(m) crise: Reflexões de Teoria da Constituição e Teoria Geral do Processo sobre o Acesso à Justiça e as Recentes Reformas do Poder Judiciário à luz de: Ronald Dworkin, Klaus Günther e Jürgen Habermas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- GALUPPO, Marcelo Campos. **O que são direitos fundamentais, Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

- HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do outro**: estudos de teoria política. Tradução George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: Entre facticidade e validade. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2.
- LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.
- MEYER, Emílio Peluso Neder. **A Decisão no Controle de Constitucionalidade**. São Paulo: Método, 2008.
- MIRANDA, JORGE. Controle da constitucionalidade e direitos fundamentais. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 21, 2003. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista21/revista21_61.pdf. Acesso em: 5 jul. 2018.
- PEDRON, Flávio Quinaud. **Em busca da legitimidade do direito contemporâneo: uma análise reconstrutiva das teorias jurídicas de Ronald Dworkin, Jürgen Habermas e Klaus Günther**. Belo Horizonte: Clube de Autores, 2011.
- PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **O controle difuso de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro: aspectos constitucionais e processuais**. São Paulo, Malheiros Editores: 2010.
- SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 250, n. 127, p. 197-227, 2009. Doi: <http://dx.doi.org/10.12660/rd.a.v250.2009.4144>. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4144>. Acesso em: 5 jul. 2018.
- STRECK, Lênio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017.
- TAVARES, Felipe Cavaliere. O comunitarismo e seu ideal de justiça. **Legis Augustus**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 31-44, jan./jun. 2014. Disponível em: <http://apl.unisiam.edu.br/revistas/index.php/legisaugustus/article/view/515/483>. Acesso em: 5 jul. 2018.
- VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge Araújo. **Separação de Poderes, Estado de Coisas Inconstitucional e Compromisso Significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, dez. 2015. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/516692>. Acesso em 5 jul. 2018.

NOTAS

[4][...] “é possível situar a década de 1980 como o período da gênese, nos Estados Unidos, de um movimento de crítica ao liberalismo, especialmente em razão dos movimentos econômicos de desestatização e de globalização, bem como da derrocada do “socialismo do Estado” na Europa Ocidental” (CRUZ, 2014, p. 152-153).

[5]Entre os comunitaristas estrangeiros, registra-se Alasdair MacIntyre, Michael Walzer, Amitai Etzioni, Charles Taylor, Robert Bellah e Mark Tushnet; entre os comunitaristas nacionais, registra-se Ricardo Almeida Ribeiro da Silva, Virgílio Afonso da Silva, Luís Roberto Barroso e Felipe Cavaliere Tavares.

[6]“Tal constatação acaba em uma afirmação mais radical: ambas as autonomias são complementares e equiprimordiais (sic), de modo que se torna absurdo a tentativa de afirmação de uma relação hierárquica entre ambas. Com isso, esquemas arcaicos de compreensão – por exemplo, ainda levado a cabo por um Direito Administrativo que compreende o interesse público como superior ao interesse privado – caem por terra em uma leitura procedimental. Um é condição de existência e permanência do outro” (FERNANDES; PEDRON, 2007, p. 245).

[7]“Dentro de um sistema normativo, a norma que regula a produção normativa é considerada norma superior, enquanto a norma produzida segundo as suas determinações é norma inferior” (ALVES, 2006, p. 317-318).

[8][...] “por paradoxal que possa parecer, os antecedentes específicos do moderno controle de constitucionalidade devem ser encontrados justamente no Direito inglês e, em especial, pelo esforço de Edward Coke (1552-1634). Influenciado pelo pensamento racionalista de Thomas More, Coke sempre acreditou que a lei escrita (statute law) subordina-se, não apenas às diretrizes da common law, mas também à racionalidade da qual derivariam os direitos naturais. Coke não admitia a existência de um poder ilimitado, fosse do rei, fosse do Parlamento” (CRUZ, 2004, p. 85).

[9] Uma “Constituição real e efetiva a possuíram e a possuirão sempre todos os países, pois é um erro julgarmos que a Constituição é uma prerrogativa dos tempos modernos. Não é certo isso” (LASSALE, 1998, p. 24).

[10] “Em princípio, não há prejuízo algum à normatividade constitucional de um Estado o fato de suas leis constitucionais estarem dispersas em vários documentos, além do texto constitucional codificado. Na verdade, trata-se de eficiente forma de atualização constitucional e de proteção dos direitos humanos, haja vista a tendência, principalmente na América Latina, de estender hierarquia constitucional aos tratados internacionais assinados pelos Estados sobre tal matéria. Com efeito, trata-se de postura fraterna entre os países que se unem em prol de uma mesma constituição; pelo menos parte do bloco, em relação aos tratados internacionais sobre direitos humanos” (CARVALHO, 2015, p. 22).

[11] “Seria interessante ainda observar como problemática análoga ou homóloga à da constitucionalidade e dos direitos fundamentais vai emergindo nos nossos dias para além do âmbito estatal, por força da progressiva (conquanto sempre precária) institucionalização da comunidade internacional. Refiro-me à Carta das Nações Unidas e ao jus cogens, à Declaração Universal de 1948 e aos numerosíssimos tratados celebrados na sua sequência, aos Tribunais Europeu e Interamericano de Direitos do Homem, enfim ao Tribunal Penal Internacional criado pelo Estatuto de Roma de 1948” (MIRANDA, 2003, p. 68-69).

[12] No julgamento de medida cautelar das presentes ações, além do Ministro Luís Roberto Barroso, votaram a favor da execução provisória da pena após decisão condenatória em 2ª instância, os Ministros Luiz Edson Fachin, Teori Zavascki, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes. A favor da concessão das medidas cautelares pleiteadas, votaram os Ministros Marco Aurélio, Celso de Mello, Ricardo Lewandowski, Rosa Weber e Dias Toffoli.

[13] O Habeas Corpus nº 126.292 foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal, em 17, de fevereiro de 2016, que, em decisão plenária, alterou posicionamento anterior do Tribunal, passando a admitir que o réu condenado em 2ª instância seja obrigado a iniciar o cumprimento da pena mesmo sem ter havido o trânsito em julgado da decisão.

[14] “Trata-se de construção jurisprudencial da Corte Constitucional colombiana, que tratou do assunto pela primeira vez na Sentencia de Unificación (SU) nº 559, de 1997. Nesse caso, a Corte Constitucional constatou existir um descumprimento generalizado dos direitos previdenciários de um grupo de 45 (quarenta e cinco) professores de dois municípios colombianos e de um grupo ainda maior que era alcançado pela situação. Declarou o “estado de coisas inconstitucional” e determinou que os municípios envolvidos encontrassem solução para a inconstitucionalidade em prazo razoável” (VIEIRA JÚNIOR, 2015, p. 17).

INFORMAÇÃO ADICIONAL

COMO CITAR ESTE ARTIGO: MENDES, Jeferson de Oliveira; HENRIQUES, Rebeca Souza; PEDRON, Flávio Quinaud. O controle de constitucionalidade como mecanismo assecuratório dos direitos fundamentais à luz da teoria discursiva do Direito de Habermas. Revista de Direito da Faculdade Guanambi, Guanambi, v. 6, n. 01, e248, jan./jun. 2019. doi: <https://doi.org/10.29293/rdfg.v6i01.248>. Disponível em: <http://revistas.faculadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadedireito/article/view/248>

LIGAÇÃO ALTERNATIVA

<http://revistas.faculadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadedireito/article/view/248> (html)