

## **O discurso de aplicação dos direitos fundamentais na teoria do Estado Democrático de Direito: o que pensa o Supremo Tribunal Federal?**

**Eneas Romero de Vasconcelos<sup>1</sup>**

**RESUMO:** As decisões judiciais no Estado Democrático ocupam papel central na auto-compreensão metodológica do direito e na relação entre direito e moral, que são explicadas por várias teorias. Dentre elas, a ética do discurso aplicada ao direito procura apresentar uma resposta consistente para o problema da interpretação das decisões judiciais, que integram *o discurso de aplicação* do direito. Para que haja uma interpretação adequada das normas formuladas no *discurso de justificação* o aplicador do direito deve fazer uma leitura coerente das normas, baseada em princípios deontológicos. Por isso, é necessário que se faça um estudo da jurisprudência das decisões do Supremo Tribunal Federal para se verificar se em seu discurso de aplicação a Corte Constitucional está cumprindo o seu papel na garantia do Estado Democrático de Direito.

**PALAVRAS CHAVE:** Direito e Moral, Interpretação, Direitos Fundamentais e Supremo Tribunal Federal

**ABSTRACT** Judicial decisions in the *rule of law* play a major role in the understanding of law itself and in the relation between law and moral, which are explained by several theories. Between them, the ethics discourse theory applied to law presents a consistent answer to the problem to interpreting judicial decisions, which are part of the discourse of application. In order to have a correct interpretation of norms based upon the justification discourse the reader shall have a coherent reading of norms, based on deontological principals. Thus, it's necessary to study the Supreme Court's decisions in order to understand if the Court is accomplishing its goal to guarantee the state of law.

**KEY WORD:** Law and Moral, Interpretation, Human Rights and Supreme Court

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito e Estado pela Universidade de Brasília (Unb), Promotor de Justiça e Professor de Filosofia do Direito e de Direito da Criança e do Adolescente na Faculdade 7 de Setembro

## 1. Introdução: como tomamos decisões?

Atrasado para uma prova final em que preciso tirar uma nota alta e para a qual estudei várias semanas, pego um atalho, entro na contramão, e sou multado pelo guarda de trânsito. Depois de ouvir o meu caso: ele resume a solução para o problema: R\$ 100,00 e você chega a tempo para sua prova e não perde nenhum ponto na carteira. Pago? Ou pago para ver!

Uma mulher, ao fazer uma radiografia tridimensional, descobre que o “bebê” tão aguardado é um feto anencefálico. No meio da dor, compartilhada com a família, surgem várias dúvidas: dou à luz ao bebê destinado a falecer logo em seguida? Faço um aborto contrariando minhas convicções morais e religiosas? E, se vier a decidir pelo aborto, ingressarei com uma ação judicial que irá protelar a solução para o problema e retardar, ou até inviabilizar, a interrupção da gravidez? Uma vez que o aborto é um crime previsto pelo Código Penal<sup>2</sup>, o sistema judicial autorizará que eu proceda ao aborto neste caso?

Mais de 10 (dez) anos depois de tentar matar um adversário político, um conhecido político vai finalmente ser julgado pelo Supremo Tribunal Federal, Tribunal competente em decorrência do foro por prerrogativa de função, mas, pouco antes do julgamento, renuncia ao cargo e adia o julgamento do processo, que deverá voltar para o Estado onde ocorreu o fato e ser julgado pelo Tribunal Popular do Júri, implicando, possivelmente, na extinção da penal em face da prescrição penal. O que deve fazer o Supremo Tribunal Federal, aceitar que o processo, já tão demorado, prescreva?

Partido político formula consulta ao Tribunal Superior Eleitoral para que esclareça se o mandato pertence ao partido ou ao candidato, tendo como resposta que o mandato pertence ao Partido. Por se tratar de questão constitucional, a controvérsia é levada ao Supremo Tribunal Federal, que decide que, de direito, o mandato dos parlamentares pertence ao partido e que a mudança de partido tem como sanção à perda do mandato pelo parlamentar “infidel”.

Um candidato, preso cautelarmente por ter sido acusado de mandar matar agentes

---

<sup>2</sup> A criminalização do aborto é previsto pelos arts. 124-128 do Código Penal, havendo duas exceções que tornam lícito o crime I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante e II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

públicos que o investigam, é eleito para o cargo de Prefeito de uma cidade do interior onde é um empresário rico e influente. Ele não foi condenado com trânsito em julgado: pode assumir o cargo ou prevalece a “presunção de inocência”?

Todos os casos envolvem relevantes questões morais e decisões que tem repercussões jurídicas graves. No primeiro caso, a subtração a aplicação da multa administrativa ocasionará a prática de um ilícito penal e administrativo (pelo guarda de trânsito) e penal por mim. No segundo caso, a dramática decisão moral implica também em uma decisão de natureza jurídica, podendo incluir, também neste caso, a prática de um ilícito criminal. No terceiro e no quarto, o que está “em jogo” é a própria eficácia do sistema processual penal e a compreensão das garantias constitucionais. No quarto caso, a decisão implica em ampla remodelagem do sistema político e democrática.

A corrupção, o direito à vida e à liberdade individual da mulher, a eficácia do sistema judicial, as garantias constitucionais, o sistema político e a democrática, são apenas alguns elementos que se apresentam nestes exemplos; outras questões estão em jogo. Embora nem todo dia estes problemas apresentem-se para todo mundo, surge, na vivência de cada indivíduo, problemas outros em que estão implicadas importantes questões jurídicas e morais e nas quais temos liberdade ampla para decidir: o aluno deve colar na prova para evitar a reprovação ou para, simplesmente, subir à média? Devo deixar parte da comida no prato com tanta gente passando fome? Ultrapasso o sinal vermelho? Cheguei atrasado para ver a namorada: a culpa é, evidentemente, do trânsito. Será mesmo?

Todas estas questões envolvem uma grande questão filosófica: qual o fundamento para as minhas decisões no exercício da minha liberdade subjetiva? Ou, em outros termos, como formulo juízos morais ou jurídicos? No primeiro caso, a questão moral e jurídica implica em uma escolha a ser feita pelo cidadão, que poderá ter graves conseqüências. Já no caso do aborto, do foro por prerrogativa e da fidelidade partidária, diretamente correlacionada com os princípios constitucionais estão princípios morais, que o Supremo Tribunal Federal deve interpretar de acordo com a Constituição.

Não é objetivo deste texto apresentar uma resposta definitiva para a melhor

interpretação dos princípios constitucionais (e da formulação dos juízos morais e jurídicos) por uma simples razão: não há resposta definitiva. Problematizar adequadamente o problema, contudo, é um dever da filosofia do direito e pensar o problema e seus atos é uma questão importante para cada cidadão.

Sem tratar aqui da ampla discussão filosófica sobre a formulação de juízos morais e jurídicos, este problema envolver outras questões, igualmente complexas, e para compreendê-lo é necessário fazer uma breve explicação sobre algumas das teorias que se apresentam para responder a este problema no mundo contemporâneo.

Compreender as teorias que respondem a este problema filosófico no Estado Democrático de direito é importante para o cidadão e para o operador jurídico, já que cada questão será tratada de modo bem diverso por autores com diferentes compreensões do direito pressuposto, pois ainda que não sejam reveladas as compreensões, elas poderiam, certamente, ser inferidas, o que levou DWORKIN a afirmar que “o voto de qualquer juiz é, em si, uma peça de filosofia do direito, mesmo quando a filosofia está oculta e o argumento visível é dominado por citações e listas de fatos.”<sup>3</sup>

## 2. Direito e Moral no Estado Democrático de Direito

No Estado Democrático de Direito, o cidadão confronta-se cotidianamente com o problema da “definição da relação entre ação, a norma e a situação”<sup>4</sup> questão que pode ser enunciada, de modo mais específico, na seguinte indagação: “de que forma os autores coordenam entre si os seus planos de ação nas situações concretas?”<sup>5</sup>

A resposta para esta questão, tem como pressuposto as diversas formas de formas de compreensão do papel do direito no contexto de profundas divisões que marca as democracias plurais contemporâneas<sup>6</sup> ANDREW ARATO e MICHEL ROSENFELD resumem algumas das

<sup>3</sup> DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. p. 113.

<sup>4</sup> GÜNTHER, Klaus. Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação, p. 20.

<sup>5</sup> GÜNTHER, Klaus. Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação, p. 20.

<sup>6</sup> Para a compreensão das principais respostas apresentadas para esta pergunta na atualidade, com especial ênfase para a proposta da teoria discursiva de HABERMAS, defendida na presente pesquisa, ver: ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew (Ed.) **Habermas on Law and democracy: critical exchanges**. Berkeley and Los Angeles:

propostas mais relevantes:<sup>7</sup>

1) em um extremo, encontra-se o *Critical Legal Studies movement*, “que tende a colapsar o direito em política e que considera as normas jurídicas suficientemente porosas ou contraditórias para cumprir os objetivos daqueles que detêm o maior poder político”<sup>8</sup>;

2) no outro extremo, situam-se aqueles “que concebem o direito como independente e essencialmente separável da ética e da política. O mais proeminente advogado desta posição é Niklas Luhmann cuja autopoiese das normas jurídicas considera o direito como um sistema auto-referencial que permanece normativamente fechado”<sup>9</sup>;

3) “Um outro modo de lidar com a problemática do nexo entre direito, ética e política é através da adaptação da dicotomia Kantiana entre o direito e o bom de modo a subsumir a estrutura básica do sistema jurídico – ou, pelo menos, do *sustentáculo* da ordem constitucional. O primeiro e mais influente esforço sistemático nesta direção é obviamente a filosofia política de John Rawls como está elaborada em sua *Teoria da Justiça*, e a mais próxima versão no campo da jurisprudência é encontrado na teoria do direito e da Constituição de Ronald Dworkin. Ambos Rawls e Dworkin tentam estabelecer a unidade normativa e a coesão da política sobre o campo contestado de concepções do bom, mas ambos são

---

University of Califórnia Press, 1998. A tradução, em português, para as respostas de Habermas as críticas que sofreu nesta obra pode ser encontrada em: HABERMAS, Jürgen. **Apêndice a Facticidade e validação**. In: **A inclusão do outro – estudos de teoria política**. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002. Para uma melhor compreensão da teoria do discurso aplicada ao direito ver: HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 1997. 2 Volumes.

<sup>7</sup> As teorias existentes não se resumem as sucintamente apresentadas por Arato e Rosenfeld, mas como este não é o objeto da presente dissertação, a maioria das teorias não foi nem mesmo mencionada. O positivismo, contudo, que nega a possibilidade de se atribuir qualquer conteúdo moral ao direito, será estudado, especialmente pela sua influência na prática judicial contemporânea, a despeito de sua menor influência teórica atual. A teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, especialmente no que tange aos direitos fundamentais, também será tratada na presente pesquisa.

<sup>8</sup> ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew. Introduction: Habermas’s Discourse Theory of Law and Democracy. In: ROSENFELD, Michel; ARATO, Arato (Ed.). **Habermas on Law and democracy: critical exchanges**, p. 2. No original: “the Critical Legal Studies movement, who tend to collapse law into politics and who deem legal norms sufficiently porous or contradictory to suit the aims of those who wield the greatest political power”

<sup>9</sup> ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew. Introduction: Habermas’s Discourse Theory of Law and Democracy. In: ROSENFELD, Michel; ARATO, Arato (Ed.). **Habermas on Law and democracy: critical exchanges**, p. 2. No original: “At the other extreme are those who conceive law as independent and essentially severable from ethics and politics. The most prominent advocate of this position is Niklas Luhmann whose legal autopoiesis casts law as a self-referential system that remains normatively closed”. Para um bom resumo da teoria sociológica de Niklas Luhmann, especialmente em sua aplicação ao sistema jurídico, ver os capítulos IV e V, da obra: PINTO, Cristiano Paixão de Araújo. **Modernidade, tempo e direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 161-237.

forçados a fazer sacrifícios tão grandes ao longo do caminho que seriamente compromete a força de suas últimas conclusões”<sup>10</sup>

4) “o projeto filosófico e jurisprudencial de Habermas em *Entre Faticidade e Validade* pode ser compreendido como uma tentativa de integração do que é mais atraente nas teorias como as de Rawls, Dworkin e Michlemann sem tombar preso as suas respectivas limitações.”<sup>11</sup>

O modelo da ética do discurso, proposto por HABERMAS, pretende responder a indagação sobre a posição do direito no contexto de profundas divisões que marca as democracias plurais contemporâneas, superando as limitações e deficiências dos outros modelos e conciliando a relação entre direito, política e moral, reconhecendo moral e direito como co-originários e fazendo uma releitura da relação entre soberania popular e direitos humanos e entre autonomia pública e privada.

Uma teoria abrangente, como a que é exposta em **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**, é necessária caso se queira conciliar direito, política, moral e democracia de

---

<sup>10</sup> ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew. Introduction: Habermas’s Discourse Theory of Law and Democracy. In: ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew (Ed.) **Habermas on Law and democracy: critical exchanges**, p. 3. No original: “Another way to deal with the problematic nexus between law, ethics, and politics is through adaptation on the kantian dichotomy between the right and the good in order to subsume the basic framework of the legal system – or, at least, the fundamental underpinnings of the constitutional order – to the right. The foremost and most influential systematic effort in that direction is obviously the political philosophy of John Rawls as elaborated in his *Theory of Justice*, and its closest counterpart in the realm of jurisprudence is found in the legal and constitutional theory of Ronald Dworkin. Both Rawls and Dworkin seek to set the normative unity and cohesion of the polity to make such major sacrifices along the way as to seriously undermine the force of their ultimate conclusions”. A teoria do direito e da Constituição de DWORKIN será melhor estudada no segundo capítulo desta pesquisa. Para uma melhor compreensão do tema ver: DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Para uma elaborada síntese e crítica da teoria do Direito e da Constituição de DWORKIN ver o item **Dworkin e a teoria dos direitos** do quinto capítulo de *Faticidade e Validade*: HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 1997, Volume 1, p. 261-276.

<sup>11</sup> ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew. Introduction: Habermas’s Discourse Theory of Law and Democracy. In: ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew (Ed.) **Habermas on Law and democracy: critical exchanges**, p. 4-5. No original: “Habermas’s philosophical and jurisprudential project in *Between Facts and Norms* can be understood in terms of seeking to integrate what is most attractive about theories such as those of Rawls, Dworkin and Michelman without falling prey to their respective shortcomings. Because of his moorings in the Kantian tradition and his steadfast commitment to proceduralism, Habermas’s project is best viewed as a quest to perfect Rawls contribution presented in *Theory of Justice*, in ways that allow for genuine dialogue and consideration of differences that divide social actor while narrowing the gap between democracy and rights” A compreensão discursiva do direito de Habermas, defendida na obra *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, nos termos em que adiante será explicitado, constitui-se no marco teórico para a compreensão das restrições aos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito. Para a compreensão do papel do marco teórico na pesquisa jurídica, inclusive nesta dissertação ver: GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa & DIAS, Maria Tereza Fonseca. (Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática, p. 55-61.

modo a superar modelos que submetam o direito a sistemas dirigidos pelo poder administrativo ou pelo dinheiro sem recair em modelos que se situam no extremo oposto por se ampararem em propostas normativas que abandonam o contato com a realidade contemporânea.

### 3. Discursos de justificação e de aplicação

A interpretação das normas jurídicas e das normas morais, como se viu, é um dos principais problemas enfrentados pelos cidadãos e pelo intérprete profissional do direito no Estado Democrático de Direito e “para a equação do problema exige-se o cotejo das teorias da moral, do direito e da sociedade, a fim de descobrir, em que detalhe, como a aplicação das normas é implícita ou implicitamente tematizada.”<sup>12</sup>

Para se compreender adequadamente o problema é necessário entender, também, como se dá a relação entre direito e moral na teoria do discurso, tanto no modelo proposto por HABERMAS como no modelo proposto por GÜNTHER.

Na teoria do discurso, o direito serve como mediador entre sistema e mundo da vida de modo a garantir a integração social, partindo da teoria da ação comunicativa propõe-se uma nova leitura da relação entre direito, democracia e moral.<sup>13</sup> Direito e moral passam a ser vistas como co-originais, operando em diferentes níveis de referência e com fundamento em diferentes normas de ação.<sup>14</sup>

HABERMAS abandona, aqui, a antiga relação de subordinação entre direito<sup>15</sup> e

<sup>12</sup> GÜNTHER, Klaus. Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação, p. 20.

<sup>13</sup> Direito e moral partem de um *princípio discursivo normativo (fundado no sentido da imparcialidade dos juízos práticos)* e *neutro (em relação ao direito e à moral)* expresso nos seguintes termos: “D: são válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais” (HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**, Volume 1, p. 142.)

<sup>14</sup> Segundo HABERMAS moral e direito operam em diferentes níveis nos seguintes termos: 1) “**o princípio moral** opera no nível de constituição *interna* de um determinado jogo de argumentação”; 2) **o princípio da democracia** refere-se ao nível da institucionalização *externa* e eficaz da participação simétrica numa formação discursiva da opinião e da vontade, a qual se realiza em formas de comunicação garantidas pelo direito”; 3) “**o princípio da moral** se estende a todas as normas de ação justificáveis com o auxílio de argumentos morais”; 4) “**o princípio da democracia** é talhado na medida das normas do direito”. HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**, Volume 1, p. 146, grifei.

<sup>15</sup> HABERMAS resume o que entende por Direito: ““Por ‘direito’ eu entendo o moderno direito normatizado, que se apresente com a pretensão à fundamentação sistemática, à interpretação obrigatória e à imposição. O direito não represente apenas uma forma do saber cultural, como a moral, pois forma, simultaneamente, um componente importante do sistema de instituições sociais. O direito é um sistema de saber e, ao mesmo tempo, um sistema de

moral,<sup>16</sup> herdeira do jusnaturalismo, que replicava o direito da moral,<sup>17</sup> na qual ainda se percebe resquícios da tradição platônica.<sup>18</sup>

Diferentemente das normas morais, as normas jurídicas, que pressupõe a sua institucionalização legítima, não sobrecarregam a comunicação dos indivíduos. Neste contexto, “O direito moderno tira dos indivíduos o fardos das normas morais e as transfere para as leis que garantem a compatibilidade das liberdades de ação. Estas obtêm sua legitimidade através de um processo legislativo que, por sua vez, se apóia no princípio da soberania popular”.<sup>19</sup>

Já KLAUS GÜNTHER, recusando a co-originalidade entre Direito e Moral proposta por HABERMAS, parte do pressuposto de que não é possível abdicar da razão prática. Na moral, formulam-se discursos de justificação, em que elabora a fundamentação das normas; na aplicação do direito surge o discurso de aplicação da norma para a situação concreta.

GÜNTHER analisa, ao defender a necessidade de se valer da razão prática, os

---

ação. Ele tanto pode ser entendido como um texto de proposições e de interpretações normativas, ou como uma instituição, ou seja, como um complexo de reguladores de ação. E, dado que motivos e orientações axiológicas encontram-se interligados no direito interpretado como sistema de ação, as proposições do direito adquirem uma eficácia direta para a ação, o que não acontece com os juízos morais. Do outro lado, as instituições distingue-se de ordens institucionais naturais através de seu elevado grau de racionalidade; pois, nelas, se incorpora um sistema de saber mantido dogmaticamente, isto é, articulado, trazido para um nível científico e interligado com uma moral conduzida por princípios.” HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**, Volume 1, p. 65.

<sup>16</sup> A partir de **Direito e Democracia: entre facticidade e validade** Habermas abandona a antiga diferença entre direito e moral sustentada nas *Tannure Lactures* para defender a co-originalidade das normas morais e das normas jurídicas. Para a compreensão da diferença entre direito e moral anteriormente expostas ver: HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**, Volume 2, p. 193-247.

<sup>17</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**, Volume 1, p. 139: “Pois as dificuldades analisadas não dependem apenas das colocações falsas da filosofia da consciência, como também do fato de o direito moderno, ao manter a distinção entre direito natural e positivo, assumir uma hipoteca. Ele apega-se a uma reduplicação do conceito de direito que não é plausível, do ponto de vista sociológico, e precária, do ponto de vista normativo.”

<sup>18</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**, Volume 1, p. 140-141: “Subjaz a essa construção a idéia platônica segundo a qual a ordem jurídica copia e, ao mesmo tempo, concretiza no mundo fenomenal a ordem inteligível de um ‘reino dos fins’. Mesmo que não se leve em conta a metafísica kantiana, é evidente que na reduplicação do direito em direito natural e positivo perdura uma herança platônica, a saber, a intuição segundo a qual a comunidade ideal dos sujeitos moralmente imputáveis –a comunidade de comunicação ilimitada de Josiah Roey até Apel – entra no tempo histórico e no espaço social, passando pelo *medium* do direito, adquirindo uma figura concreta, localizada no espaço e no tempo, enquanto comunidade de direito. Esta intuição não é de todo falsa, pois uma ordem jurídica só pode ser legítima, quando não contrariar princípios morais. Através dos componentes de legitimidade da validade jurídica, o direito adquire uma relação com a moral. Entretanto, essa relação não deve levar-nos a subordinar o direito à moral, no sentido de hierarquia de normas. A idéia de que existe uma hierarquia de leis faz parte do mundo pré-moderno do direito. A moral autônoma e o direito positivo, que depende de fundamentação, encontram-se numa *relação de complementação* recíproca.”

<sup>19</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**, Volume 1, p. 114-115.

diferentes modelos teóricos que a tradição filosófica tem utilizado para, partindo de princípio universais, chegar à resposta para problemas concretos, de diferentes modos na tradição filosófica:

*1) na tradição aristotélica o problema sempre foi equiparado à fundamentação de máximas corretas de atuação<sup>20</sup>; 2) na tradição kantiana, as éticas universalistas chegaram a uma conclusão lógica da desvalorização e do enfrentamento moral dos modos de vida, passando a negligenciar a definição precisa da faculdade de julgar e a perquirir as condições para fundamentar com correção as normas morais<sup>21</sup>; 3) nas teorias sistêmicas, o problema se desloca da dimensão da aplicação de norma para a observação de formação e de reprodução de sistemas<sup>22</sup>; 4) no modelo proposto por KLAUS GÜNTHER que parte da formação de juízos morais universais (baseados no princípio moral U), enunciados em discurso de justificação da fundamentação da norma moral e jurídica, até o plano concreto através de discursos de aplicação.*

O discurso de aplicação baseia-se na explicitação de todas as características do caso para que se possa escolher as normas que possam ser aplicadas a ele de modo coerente, mantendo-se a imparcialidade na aplicação, especialmente no discurso de aplicação dos direitos fundamentais, cuja interpretação, nos casos difíceis, apresenta maior risco de dissenso.

Neste aspecto, GÜNTHER aproxima sua teoria da *teoria do direito como integridade* de DWORKIN, dando ênfase à coerência do aplicador do direito para resolver a situação concreta. A interpretação judicial do direito adquire proeminência, já que, ao formular o discurso de aplicação, deve atuar de modo a garantir coerência ao sistema judicial de acordo com os princípios morais universais que fundamentam o discurso de justificação da sociedade.

Em sociedades periféricas, contudo, o problema apresenta-se de modo mais dramático na medida em que não há a inserção plena do cidadão, que apenas parcialmente se integra no sistema do Estado Democrático de Direito em face da falta de construção “de uma esfera pública pluralista fundada na generalização institucional da cidadania”<sup>23</sup>, a qual se soma “também

<sup>20</sup> GÜNTHER, Klaus. Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação, p. 24.

<sup>21</sup> GÜNTHER, Klaus. Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação, p. 26.

<sup>22</sup> GÜNTHER, Klaus. Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação, p. 29.

<sup>23</sup> NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*.p. 237.

mecanismos sociais destrutivos da autonomia operacional da política”<sup>24</sup>

No Brasil, ao mesmo tempo em que parte do povo não se integra ao sistema protetivo do Estado Democrático de Direito, sofrendo diversos abusos por parte do aparato estatal e do poder econômico, outra parte sofre proteções indevidas na medida em que não tem seus atos ilícitos reprimidos pelo sistema jurídico em razão, também, da indevida influência do poder econômico e do poder político nas instituições públicas.

As relações de exclusão e de inclusão indevidas, contudo, vem sofrendo limitações pelo crescimento de uma sociedade global integrada, amparada na proteção dos direitos humanos, e no surgimento de uma esfera pública mais ampla e participativa, que passa a reprimir casos mais graves e públicos de direitos humanos, tanto na tutela individual (por exemplo, na violência policial e carcerária) quanto na tutela coletiva (especialmente no direito ambiental) sem que as relações de exclusão deixem de se manifestar, de vários modos, em todo o aparelho estatal e na sociedade.

##### **5. Conclusão: mas afinal o que pensa o Supremo Tribunal Federal do Brasil?**

No Poder Judiciário, as contradições da inserção parcial do Brasil no modelo do Estado Democrático de Direito apresentam-se de modo mais marcante: os juízes que deveriam formular um *discurso de aplicação* do direito que, atendendo as características da situação, fosse capaz de garantir coerência no momento da concreção da norma, que parte de princípios universais decorrentes do *discurso de justificação* decorrentes da fundamentação destas normas, ao se submeter à interferências do poder administrativo e do poder econômico acabam por ficar reféns de tantas contradições em nome das supostas particularidades da situação que acabam por renunciar, em larga medida, à coerência, levando à perda de credibilidade de um poder que deveria ser o último recurso na proteção dos direitos fundamentais.

No sistema jurídico brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, ao exercer o controle abstrato e concreto (em última instância) de constitucionalidade, exerce uma função de grande relevo na auto-compreensão metodológica da interpretação dos Direitos Fundamentais no Estado Democrático de Direito no Brasil.

---

<sup>24</sup>NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*.p. 242.

Estudar a auto-compreensão metodológica que o Supremo Tribunal tem de si próprio, notadamente na interpretação dos direitos fundamentais, é um problema imprescindível para que compreenda a inserção do Brasil no modelo do Estado Democrático de Direito, especialmente no exercício dos discursos de aplicação dos direitos fundamentais conforme o modelo proposto por GÜNTHER.

A auto-compreensão que o Supremo Tribunal Federal tem dos direitos fundamentais manifesta, de modo mais marcante, as tensões que emergem de um Estado periférico: 1) por um lado o tribunal sofre, no exercício do discurso de aplicação, as influências do poder político e econômico que podem colocar em risco a coerência da interpretação; 2) por outro lado sofre as pressões da esfera pública, cuja influência não pode ser negligenciada em uma *sociedade aberta dos intérpretes da Constituição* (MENDES)<sup>25</sup>, e ainda utiliza, como referência, decisões de Cortes Constitucionais estrangeiras e métodos de doutrinadores estrangeiros.

O ingresso pleno do Brasil no modelo do Estado Democrático de Direito depende, também, da auto-compreensão metodológica que o nosso Tribunal Constitucional e do papel que os direitos fundamentais tem em nosso sistema. Esta é uma tarefa importante de mais para ser negligenciada e deve envolver a sociedade aberta de intérpretes da Constituição e os profissionais do direito (juízes, promotores, advogados e professores).

Enquanto não compreendermos, de modo consistente, a auto-compreensão metodológica que o Supremo Tribunal Federal na aplicação dos direitos fundamentais tem de si próprio teremos maior dificuldade em garantir a inserção do Brasil no modelo do Estado Democrático de Direito e a garantia de coerência e integridade do sistema judicial. Esta é uma que deve ser realizada coletivamente pelos juristas comprometidos com a radicalização da democracia. Realizá-la, mais do que um dever, é uma necessidade.

---

<sup>25</sup> Segundo o Ministro do Supremo Tribunal Federal GILMAR MENDES, ao apresentar a obra de HÄBERLE: “Essa concepção exige uma radical revisão da metodologia jurídica tradicional, que, como assinala Häberle, esteve muito vinculada ao modelo de uma sociedade fechada. A interpretação constitucional dos juízes, ainda que relevante, não é (nem deve ser) a única. Ao revés, cidadãos e grupos de interesse, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública constituiriam forças produtivas de interpretação, atuando, pelo menos, como pré-intérpretes (*Vorinterpreteten*) do complexo normativo constitucional.” MENDES, Gilmar Ferreira. Apresentação. In: HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição**, p. 9.

## 6. Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. **Colisão e Ponderação como Problema Fundamental da Dogmática dos Direitos Fundamentais**. Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, em 10.12.1998. Tradução informal de Gilmar Ferreira Mendes.

\_\_\_\_\_. Jürgen Habermas's Theory of Legal Discourse. In: ROSENFELD, Michel; ARATO, Arato (Ed.). **Habermas on Law and democracy: critical exchanges**. London, Berkeley and Los Angeles: University of Califórnia Press, 1998, p. 226-233.

\_\_\_\_\_. **Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Livraria, Editora e Distribuidora, 2001. Título original: *Theorie der Juristischen Argumentation*.

\_\_\_\_\_. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdès. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2001. *Theorie der Grundrechte*.

\_\_\_\_\_. **Teoría del discurso y derechos humanos**. Traducción e Introducción Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995. Título original: *Juristische Interpretation und rationaler Diskurs y Diskurstheorie und Menschenrechte*.

DORSEN, Norman et. al. **Comparative Constitutionalism: cases and materials**. S. Paul: Thomson West, 2004.

DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law: a Moral Reading of the American Constitution**. New York: Oxford University Press, 1996.

\_\_\_\_\_. **O Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Título original: *Life's Dominion*..

\_\_\_\_\_. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Título original: *Law's empire*.

\_\_\_\_\_. **Uma Questão de Princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. Título original: *A matter of principle*.

\_\_\_\_\_. Is Law a System of Rules? In: DWORKIN, Ronald (ed.). **The Philosophy of Law**. Oxford and New York: Oxford University Press, 1977, p. 38-65.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação**. Tradução de Cláudia Molz. São Paulo: Landy editora, 2004. Título original: *Der sinn für Angemessenheit: Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2002. Título original: *Wahrheit und Method*.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997. Título original: *Die offene Gesellschaft der Verfassunsinterpreten. Ein Beitrag zur pluralistischen und ‘prozessualen’ Verfassungsinterpretation*.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre faticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2 v. Título original: *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratische Rechstaats*.

\_\_\_\_\_. **A Era das transições**. Tradução e introdução de Flávio Beno Siebenleicher. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. Título original: *Zeit der Übergänge*.

\_\_\_\_\_. **A Inclusão do Outro. Estudos de teoria Política**. Tradução de George Sperber e de Paulo Astor Soethe. São Paulo: Edições Loyola, 2002. Título original: *Die Einbeziehung des Anderen – Studien zur politschen Theorie*.

\_\_\_\_\_. **The future of human nature**. Cambridge: Polity, 2003.

\_\_\_\_\_. Paradims of Law. In: ROSENFELD, Michel; ARATO, Arato (Ed.). **Habermas on Law and democracy: critical exchanges**. Translated by William Reg. London, Berkeley and Los Angeles: University of Califórnia Press, 1998, p. 13-25.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. Título original: *Die normative kraft der Verfassung*.

LUHMANN, Niklas. *Quond Omnes Tangit: Remarks on Jürgen Habermas’s Legal Theory*. In: **Habermas on Law and democracy: critical exchanges**. Berkeley and Los Angeles: University of Califórnia Press, 1998, p. 157-172.

MENDES, Gilmar Ferreira *et alii*. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. São Paulo: Saraiva, 1996.

MÜLLER, Friederich. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**. Tradução: Peter Naumann. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

\_\_\_\_\_. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Original: *Zwischen Themis und Leviathan: eine schwierige beziehung – eine rekonstruktion des demokratischen rechtstaates in auseinandersetzung mit Luhmann und Habermas*.

\_\_\_\_\_. *A interpretação Jurídica no Estado Democrático de Direito*. In: GRAU, Eros Roberto; PIEROTH, Bodo & SCHLINK, Bernhard. **Grundrecht. Staatsrecht II**. Heidelberg: C.F. Müller, 1998.

SCHLINK, Bernhard. *German constitutional culture in transition*. In: ROSENFELD, Michel (ed.). **Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy: Theoretical Perspectives**. Durham and London: Duke University Press, 1994, p. 197-222.