

LEGITIMIDADE DO EXERCÍCIO LEGISLATIVO PELO JUDICIÁRIO EM HABERMAS

João Pedro Nazareth Buzone (IC) e Orlando Villas Bôas Filho (Orientador)

Apoio: PIBIC Mackenzie

RESUMO

Na Teoria do Discurso, a atividade legislativa retira sua legitimidade, em termos gerais, da aceitabilidade racional, oriunda essa de um processo democrático com características distintivas que fornece ao cidadão a concomitante compreensão de si como ambos autor racional e destinatário de normas. O Judiciário, contrariamente, não conta com a dada legitimação de lastro discursivo-eleitoral; não obstante, tanto na aplicação legislativa quanto em sua interpretação (ambas as práticas realizadas pelo Poder em voga), é notado, ainda que indiretamente, determinado aspecto criativo quanto àquela atividade, sendo esse o ponto no qual reside a problemática investigada, vez que a prática reportada acaba, regularmente, por ser reputada como ativismo judicial, engendrando pressuposição de ilegitimidade por sua natureza. A tentativa de solução do objeto de análise residirá nos escopos da relação complementar entre Moral e Direito; e aceção de Constituições como 'documentos históricos de compreensão procedimental', incumbindo-se ao Judiciário a atuação em vias de sua interpretação e aplicação. À luz disso, protestar-se-á, a partir da salvaguarda de ambas autonomia pública e privada, a necessidade de garantia de ambiente propiciador de legitimidade a toda e qualquer elaboração discursivo-legislativa.

Palavras-chave: Jürgen Habermas. Democracia. Ativismo judicial.

ABSTRACT

In Discourse Theory, the legislative activity withdraws its legitimacy, in general terms, from the rational acceptability, deriving from a democratic process with distinctive properties which supply citizens with the concomitant perception of being himself both rational author and subject of norms. The Judiciary, contrarily, does not count on the referred discursive-electoral groundwork; nonetheless, both on its legislative application and interpretation (practices performed by the covered Power), it is noticed, albeit indirectly, some creative aspect regarding that activity, this being the point in which the investigated problem is encountered, since the reported practice ends up, regularly, being regarded as judicial activism, engendering an illegitimacy presupposition by its nature. The attempt of resolving the subject of analysis shall reside on the dimensions of complementary relation between Morality and Law; and definition of Constitutions as 'historic documents of procedural comprehension', assigned to the Judiciary its conduction aiming for interpretation and application. Considering this, it will be asserted, by the provision of both public and private autonomy, the imperative assurance of an environment propitious for legitimacy to any discursive-legislative elaboration.

Keywords: Jürgen Habermas. Democracy. Judicial activism.

1. Introdução

Muito se contesta, no bojo da integração social moderna, a relação entre as esferas, à primeira vista notadamente distintas, da juridicidade, moralidade e política, o que fornece relevância imediata à temática proposta, de maneira qual há, ainda, turva compreensão da relação aqui tratada, mostrando-se evidente ampla idealização e diminuto aprofundamento da compreensão dos limites da atuação de uma esfera sobre outra. É incontestada a ocorrência de participação ativa do Judiciário sobre a esfera legislativa, singularmente no que tange à interpretação e aplicação de normas constitucionais estabelecidas pela Carta, o que fatalmente provoca sua mutação e engendra a pressuposição de ilegitimidade dessa atuação quando analisada a partir da comum – e não suficientemente apreciada, em muitos casos – noção da separação dos poderes.

A construção jurídica habermasiana não escapa à mencionada regra, face a superficial perquirição. O Poder Legislativo, que realiza a referida prática tipicamente, tem a legitimidade emanada do processo discursivo democrático, enquanto o Judiciário não conta com a dada prerrogativa; não surpreendentemente, a denominação ‘ativismo judicial’ à referida atividade acaba por denotar pressuposição de ilegitimidade. Nada obstante, buscaremos argumentar na presente pretensão investigativa pela possibilidade de ter-se legitimidade em condutas análogas à legislativa por parte de cortes, a partir da utilização de conceitos e teses igualmente extraídos da Teoria do Discurso, sobretudo nas relações entre Direitos Humanos e Soberania Popular e entre Moral e Direito.

2. Teoria do Discurso: Universalidade e Democracia

A sociologia Habermasiana, em grande medida, orbita a “Teoria da Ação Comunicativa”, que fornece solo às esferas componentes da temática proposta. Nessa, ter-se-á avaliação de normas de ação postas frente a indivíduos, sejam esses tomados como particulares ou no papel de partes de uma comunidade, fundamentando-se o presente juízo a partir da elaboração do *Princípio do Discurso*, que conta com formulação teórica como se segue: “São válidas todas as normas de ação com as quais todos os possíveis concernidos poderiam concordar como participantes de discursos racionais” (HABERMAS, 2020, p. 155).

Diversos são os termos passíveis de análise na elaboração acima disposta; todavia, contemos-nos à noção, basilar a toda construção teórica do autor, de que há vinculação do processo analítico ao discurso, à factual concordância de todos os concernidos da ação quanto à sua aceitação ou não. Em outros termos, a tese norteadora do autor alemão remete o contrato (social) ao aspecto democrático-comunicacional de determinada sociedade em sua integridade, para que seja averiguada, publicamente, a pretensão de validade de normas de ação postas àquele grupo, limitado espaço e temporalmente.

Expressivo aspecto retirado da composição do princípio é o de que, ao presente momento, o Discurso se coloca em um nível de abstração neutro em relação à moral e ao direito, não havendo especificação acerca do enquadramento ou esfera na qual a norma apreciada se situa. Em experimento que fornece à elaboração maior concretude, Habermas realiza diferenciação interna ao *Princípio do Discurso*, o segmentando de maneira tal que esse adota traços de *Universalidade e Democracia*. O dado empreendimento discriminador acaba, assim, por se mostrar como um instrumento de caracterização de determinada norma a partir de diferenciação interna, à luz da qual podem ser traçadas peculiaridades inerentes à forma tomada pelo princípio abstrato em relação a cada paradigma, a depender de seu tipo. A mais recente especificação (Democracia) trata do direito, enquanto aquela (Universalidade) é endereçada à moral. Evidencia-se, pois, o núcleo comum a ambas as esferas normativas: o Discurso.

Nota-se, ao estudar a teorização de Habermas, forte influência da filosofia kantiana, malgrado a diversidade de críticas que dirigiu a esta. Não havendo a pretensão de esgotar discussões que podem ser suscitadas, é indispensável que se remeta, ainda que brevemente, a filosofia moral habermasiana a Kant. Na visão deste último, a avaliação moral de máximas é realizada segundo o amplamente conhecido Imperativo Categórico, que dispõe: “aja conforme a uma máxima que possa valer ao mesmo tempo como uma lei universal” (KANT, 2013, p. 31). Evidencia-se a construção do princípio universalista conforme um procedimento subjetivo, um conceito unitário, em decorrência do autor tomar a autodeterminação *in propria persona* — deve o indivíduo seguir normas estabelecidas a si próprio, mesmo que com pretensão de que haja o mesmo julgamento por parte dos demais, mediante utilização da razão. O princípio de avaliação moral kantiano, logo, determina que cada indivíduo aja por dever, a partir da razão, aferindo, ao utilizar-se de tradução da ação racional em fórmula — explicitada na citação acima —, as máximas a ele postas, sendo esse o resultado de um processo monológico, uma aplicação de lei tomada como universal por um indivíduo sobre uma máxima a ele mesmo submetida.

Semelhante é o arranjo de Habermas, em cuja teoria a justificação de normas morais toma a forma do *Princípio da Universalidade*, princípio esse à luz do qual a reivindicação da validade de normas deva perdurar mediante a ressalva de ser algo igualmente bom a todos. Ao autor, como previamente mencionado, há atribuição de elevada valia a procedimentos comunicativo-democráticos. É nesse ponto que reside a discordância de Kant para com aquele. Apesar da dissemelhança entre as proposições acima dispostas, o princípio habermasiano acaba por configurar uma reinterpretação metodológica do Imperativo kantiano, havendo a reconstrução deste mediante avaliação intersubjetiva de máximas, exigindo-se que “a assunção ideal de papéis, que segundo Kant é efetuada de modo privado

por cada indivíduo, converta-se em uma práxis pública, exercida coletivamente por todos” (HABERMAS, 2020, p. 158). Assim, a Habermas, não é apta a exprimir vontade universal uma máxima resultante de um processo monológico: “a questão de se uma norma é universalizável [...] só pode ser decidida *dialogicamente*, pois as normas válidas têm de merecer o reconhecimento por parte de todos os concernidos” (KEINERT, HULSHOF, MELO; 2008, p. 84). Sendo a universalização o requisito precípua da moralidade, esse método assume natureza de procedimento argumentativo dialógico, visto que devem ser reconhecidas as máximas por parte de *todos* os concernidos ou partícipes, remetendo-se a responsabilidade avaliativa do indivíduo à sociedade, a partir do discurso e da argumentação. A ênfase desloca-se, assim, do que o indivíduo possa querer e julgar passível de conversão em lei universal para o que todos queiram que, de fato, se torne lei universal. Nada obstante a pretensão universalista do procedimento moral, que o fornece elevado grau de abrangência, há, além desses conflitos e máximas, questões ético-políticas no mundo da vida, especialmente se tratando da esfera pública. Nota-se, assim, o não esgotamento do *Discurso* a partir da *Universalidade*, se fazendo também necessária análise da especificação seguinte desse, pela *Democracia*¹.

A tensão entre *Facticidade* e *Validade*, aspecto esse que perpassa a teoria social habermasiana do Direito por completo, pode ser compreendida como a relação entre o que é tido como *justo*, e o que é tido como *normativamente válido*. Puramente a partir da compreensão de existência de vínculo (ainda que supostamente antagônico), poder-se-á reconhecer não somente a associação dos termos, mas também sua discriminação. Em outras palavras, não há confusão entre o que é válido (expressão que remete à mera positividade das normas), e o que é tido como conforme um ideal de justiça; tampouco incompatibilidade de um aspecto ao outro.

Semelhante à operação distintiva quanto à moralidade, ocorre especificação do Discurso face ao Direito, a partir do Princípio aludido, disposto esse como se segue: “só podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de receber o assentimento de todos os parceiros do direito em um processo discursivo [e jurídico] de produção normativa” (HABERMAS, 2020, p. 159). Em conformidade com teorizações de uma vastidão de outros filósofos, Habermas se mostra adepto à concepção de autonomia (pública), segundo a qual cidadãos podem atingi-la somente mediante a ressalva de compreenderem a si mesmos, concomitantemente, como autores e destinatários das leis (HABERMAS, 2020, p. 176), revelando-se, assim, o duplo caráter da validade normativa:

¹ Para maior conceituação da abrangência da universalidade, HABERMAS, 2020, p. 152 e seguintes (capítulo III.II). Para posterior crítica a tal compreensão: *Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Niklas Luhmann, 1984.

as normas jurídicas precisam ser produzidas de tal maneira que possam ser consideradas, sob os diferentes aspectos, ao mesmo tempo como leis coercitivas e leis da liberdade. [...] consideramos a validade de uma norma jurídica como equivalente da explicação para o fato de que o Estado garante ao mesmo tempo a *imposição factual* do direito e a *criação legítima* do direito (HABERMAS, 2018, p. 422. Grifo nosso)

O enfoque aqui é, destarte, voltado ao processo, à regulamentação jurídica da formação da vontade pública a partir da coletividade de razões que encontram assento em discursos (argumentações) públicos.

Todavia, a passagem de máximas com pretensão de obter caráter normativo por um filtro metodológico-procedimental (forma da elaboração legislativa), por si só, fornece a essas meramente o traço de validade, propriedade que diz respeito à positividade jurídica de normas (legalidade). No sentido discursivo da *Democracia*, por outro lado, há propriedades tipificadas pelo autor como condições para que o procedimento desfrute, além do caráter formal positivo, de justificabilidade^{II} fomentando seu aspecto de garantia de liberdade.

3. Legalidade e Legitimidade

Estabelecidos os pressupostos teóricos fundamentais à discussão que tem como ambiente a teoria de Habermas, podemos voltarmos-nos, agora, à elaboração do conceito de *Legitimidade na Teoria do Discurso*. O presente instituto, no qual busca respaldo a elaboração jurídico-legislativa, tem muito que ver com o Princípio acima tratado, havendo íntimo entrelaçamento entre racionalidade por garantia de liberdade e a gênese ou surgimento da lei, sendo essas, à luz do duplo caráter de validade, simultaneamente baseadas na coerção e na liberdade^{III}.

Contudo, não obstante a relação entre legalidade (validade jurídica) e legitimidade de normas, este aspecto se mede, sucintamente, a partir da *aceitabilidade racional* de determinada norma: “a *legitimidade* das regras é medida pela *resgatabilidade discursiva* de sua pretensão de validade normativa, em última instância se são obtidas em um procedimento racional de legislação” (HABERMAS, 2020, p. 65. Grifo nosso), essa se apresentando como titular de uma pressuposição de que determinada norma represente um reconhecimento racionalmente motivado, à luz do Princípio Democrático (HABERMAS, 2001, p. 779).

^{II} Não cabe aqui posterior detalhamento no que tange às condições procedimento-formais observadas as quais, a Habermas, haverá a designação de válida a determinada norma. Destacamos, somente, o já mencionado traço discursivo-democrático dessa (entre outros, em HABERMAS, 2020, p. 177).

^{III} “a validade jurídica de uma norma – e nisso consiste sua peculiaridade – garante *simultaneamente duas coisas*: tanto a legalidade do comportamento no sentido de uma obediência média às normas que, se necessário, é imposta por sanções, quanto também a legitimidade da própria regra, tornando possível a todo momento a obediência à norma por respeito à lei (HABERMAS, 2020, p. 66).

[Leis] recebem sua legitimidade de um procedimento legislativo que, por sua vez, apoia-se no princípio da soberania popular. O paradoxo da geração de legitimidade a partir da legalidade tem de ser explicado com a ajuda de direitos que garantem aos cidadãos o exercício de sua autonomia política” (HABERMAS, 2020, p. 129);

Em outros termos, constata-se, a datar das transcrições supra, que se pondera a legitimidade de normas “a partir da *possibilidade* de resgate discursivo de sua pretensão de validade normativa” (BÔAS FILHO, 2008, p. 153. Grifo nosso), oriunda tal aspiração de ter sido, a regra, elaborada em um processo legislativo racional.

[...] a legalidade é apenas uma forma derivada de legitimidade, uma vez que as instâncias das quais provêm as decisões são partes componentes de um sistema de dominação política que deve previamente estar legitimado para que a legalidade possa servir de signo de legitimidade (BÔAS FILHO, 2008, p.165);

O surgimento da legitimidade a partir da legalidade só parece um paradoxo sob a premissa de que o sistema jurídico tem de ser representado como um processo circular que se fecha recursivamente e se legitima a *si mesmo*. [...] A compreensão do sistema de direitos segundo a teoria do discurso dirige o olhar para ambas as direções. Por um lado, o peso da legitimação ligado à criação do direito é deslocado das qualificações dos cidadãos para processos juridicamente institucionalizados de formação discursiva da opinião e da vontade. Por outro, a juridificação da liberdade comunicativa significa também que o direito precisa se abrir para fontes de legitimação das quais não pode dispor (HABERMAS, 2020, p. 181).

À luz disso, pode-se compreender que a legitimidade de normas jurídicas não encontra lastro de maneira isolada na formalidade legal, tampouco em eventual resgate de normas superiores^{IV}, mas a partir de uma racionalidade própria ao instituto, derivada essa da garantia mútua de soberania popular e direitos humanos (BÔAS FILHO, 2008, nota 29). Relevante, aqui, é a ressalva de haver emergência concomitante, no *Discurso*, das autonomias pública e privada, uma vez que “não é o processo legislativo, em última instância, a medida de legitimidade do ordenamento jurídico. Para ser legítimo, o processo legislativo emana da composição entre soberania do povo e direitos humanos.” (MOREIRA, 2019, p. 160).

^{IV} Em sociedades chamadas pelo autor alemão de ‘profanizadas’ — em contraste com sociedades tradicionais, em que a juridicidade se alimenta do religiosamente sublimado —, ordens normativas têm de ser mantidas sem garantias meta-sociais, se mostrando essas, na conjuntura pontuada, insuficientes para compensar o *déficit* da tensão entre validade e legitimidade. Sobre isso: HABERMAS, J. *Fé e Saber*. 1ª. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2013; e HABERMAS, J.; RATZINGER, J. *Dialética da secularização: sobre razão e religião*. 3ª. ed. Aparecida: Ideias & Letras, 2007.

Assim, remete-se a discussão versada às condições político-discursivas que têm de ser resguardadas em vias de consolidação da pressuposição de racionalidade do resultado do discurso democrático. Em outras palavras, *pode ser observado que o estatuto de racionalidade, e conseqüente legitimidade, de normas ou regras obtidas por meio de um procedimento (no caso, do Discurso) é condicionada a determinada conjuntura, qual seja a da garantia recíproca e concomitante de Direitos Humanos e Soberania Popular (Autonomia Privada e Pública).*

4. Direitos Humanos e Soberania Popular

A temática à qual voltamo-nos agora conta com discordâncias ao longo da história no que tange à anterioridade ou superioridade de uma das formas de autonomia perante a outra, de maneira qual as mesmas são colocadas em conflito resultante de aparente incompatibilidade na consideração simultânea de ambas. Desenredando essa problemática, pode ser suscitado, também na teoria habermasiana, o questionamento acerca de o que deve prevalecer: a Soberania Popular ou os Direitos Humanos?

Dois dos maiores expoentes que fundamentam antagonicamente a presente questão são Kant e Rousseau, representando a visão liberal e republicana quanto à temática. Àquele, haveria um só direito humano inato, o de autonomia privada (HABERMAS, 2020, p. 140)^V, de maneira qual um contrato social teria função meramente institucionalizadora desse direito.

Não obstante, o autor interpreta que o referido direito deve diferenciar-se a si mesmo em um “sistema de direitos”, no qual haveria posituação não somente da liberdade de determinado indivíduo, mas a igualdade dessa liberdade mediante outros. Desse modo, Kant não interpreta a relação entre autonomia privada e soberania popular como limitadora de uma à outra, visto que nenhum indivíduo autonomamente poderia racionalmente aceitar leis que viriam a infringir seu direito garantido por lei natural. “Para o liberalismo, os direitos humanos desde a sua origem constituiriam barreiras que impediriam a vontade soberana do povo de apoderar-se das esferas de liberdade subjetivas intocáveis” (HABERMAS, 2018, p. 427). Habermas não compartilha dessa leitura, argumentando que:

[...] a ideia de autonomia jurídica dos cidadãos exige que os destinatários do direito possam ao mesmo tempo se entender como seus autores. Essa ideia seria contraditória se o legislador democrático da Constituição encontrasse os direitos humanos como fatos morais pré-dados e apenas precisasse positivá-los (HABERMAS, 2018, p. 429);

^V “[...] o direito é a limitação da liberdade de cada um na condição de sua concorrência com a liberdade de todos, na medida em que esta é possível segundo uma lei universal”. KANT, *Über de Gemeinspruch*, v. VI, p. 143-144.

[...] em Kant, o direito moral ou natural, deduzido *a priori* da razão prática, ocupa a tal ponto o lugar central, que o direito corre o risco de se desfazer em moral; falta pouco para o direito ser reduzido a um modo deficiente de moral. A inserção kantiana do momento de indisponibilidade dos fundamentos morais do direito é de tal ordem, que o direito positivo é subsumido ao direito racional (HABERMAS, 2020, p. 613).

Assim, no liberalismo, o legislador teria o arbítrio de legislar mediante conformidade a direitos humanos previamente impostos, no interior dos limites delimitados por esses, estabelecendo-se, ainda que externamente, perspectiva conteudista acerca do que é tomado como “justo”. Como exposto anteriormente, todavia, o discurso não fita a dada acepção, mas descreve procedimentalmente as condições à luz das quais pode-se ter resultado tomado como legítimo, justo^{VI}. Segue White, em análise da composição habermasiana:

O máximo que se pode esperar de uma ética filosófica é um esclarecimento *do que é a justiça*, no sentido de critérios de procedimentos válidos universalmente apropriados para o julgamento da justiça das normas propostas; não pode ir além e nos dizer com a mesma certeza *o que exige a justiça*, no sentido de selecionar determinadas normas para guiar a ação. O que a justiça exige em dados cenários sociais e históricos não pode ser legitimamente decidido antecipadamente a uma argumentação ou discurso *real* entre todos os envolvidos” (WHITE, 1995, p. 56).

Contrapondo tal concepção encontra-se Rousseau, de acordo com quem o exercício da autonomia política não se vê limitado pela ressalva de conformidade dessa para com direito(s) inato(s). Do contrário, o autor inverte a dinâmica, sustentando que “os direitos humanos seriam legítimos em virtude de serem um resultado [...] da autodeterminação soberana de uma coletividade política” (HABERMAS, 2018, p. 427). Assim, o francês representa uma passagem: do recurso a um consenso valorativo, a propriedades formais do processo democrático. Todavia, no Discurso se mostra mais complexa a relação entre os aspectos aqui analisados, havendo interligação, derivando a legitimidade, genericamente, das condições sob as quais há o discurso garantidor de aceitabilidade racional.

se os discursos [...] constituem o lugar em que se pode formar uma vontade racional, a legitimidade do direito se baseia, em última instância, em um mecanismo comunicativo: como participantes em discursos racionais, os

^{VI} Sobre isso: “A ética do discurso não precisa apregoar certos valores de conteúdo, passíveis sempre de discussão [...], ao invés disso, ela pode descrever, numa perspectiva exterior caracterizável como objetiva, quase jurídica, os procedimentos do entendimento entre iguais. Quando esses procedimentos efetivamente são executados, o resultado também teria que ser considerado “justo”. [...] Ela não precisará mais ser determinada a partir de uma ideia substancialista de justiça, que cada um interferiu, de acordo com sua própria concepção de justiça, a partir de suas interpretações individuais do que ele ou ela considera direito” (REESE-SCHÄFER, 2012, p. 68).

parceiros do direito [...] poderia[m] contar com o assentimento de todos os possíveis afetados. Portanto, *a almejada conexão interna entre soberania popular e direitos humanos precisa ser buscada em um sistema de direitos que estabelece precisamente as condições sob as quais podem ser institucionalizadas em termos jurídicos as formas de comunicação necessárias à gênese politicamente autônoma do direito* (HABERMAS, 2020, p. 152. Grifo nosso).

Assim sendo, havendo vínculo entre a positividade do direito e a legitimidade de leis garantidoras da liberdade, Habermas remete a soberania popular ao estabelecimento de condições de um procedimento democrático, procedimento esse mediante o qual os resultados de deliberações representarão o consenso de todos os interessados na legislação tratada. Nas palavras do autor, a “substância dos direitos humanos se insere então nas condições formais da institucionalização jurídica desse tipo de formação discursiva da opinião e da vontade, na qual *a soberania popular assume um formato jurídico*” (HABERMAS, 2020, p. 152. Grifo nosso).

[...] o poder organizado em termos estatais não se estabelece como que externamente ao lado do direito, mas é *pressuposto* por ele e estabiliza a si mesmo nas formas do direito. O poder político pode se desenvolver somente pelo código do direito que é institucionalizado na forma de direitos fundamentais (HABERMAS, 2020, p. 185).

Mediante reconhecimento das condições necessárias à formação racional da política, clarifica-se a demanda de que deva haver um arranjo comunicativo propiciador dessa condição sob a qual ter-se-á a legitimidade. Mostra-se como intrínseca a cláusula de que haja, como pressuposto, a institucionalização jurídica dos Direitos Humanos como meio (*medium*, ambiente) no qual pode haver o pleno exercício da prática deliberativa. Argumenta Habermas, por fim, que “os direitos humanos, que *tornam possível* o exercício da soberania popular, não podem se impor de fora como uma restrição a essa prática” (HABERMAS, 2018, p. 428).

Testifica-se, a partir de então, que “o sistema de direitos exige a realização simultânea e complementar da autonomia privada e da autonomia política, as quais, normativamente consideradas, são cooriginárias e se pressupõem reciprocamente, já que uma permanece incompleta sem a outra” (HABERMAS, 2020, p. 403)^{VII}. Traz-se à tona o caráter ilusório da concepção segundo a qual tem-se relação de antagonismo ou incompatibilidade entre a

^{VII} “Soberania do povo e direitos humanos, segundo o ponto de vista de Habermas, relacionam-se internamente quando a autonomia política dos indivíduos é realizada não apenas por leis gerais, mas no modo comunicativo da formação da opinião e da vontade discursivas. A legitimidade do direito não se apoia, portanto, nem exclusivamente no direito do indivíduo [...], nem no estado dos virtuosos do povo soberano [...], mas na mediação comunicativa, no princípio do discurso” (REESE-SCHÄFER, 2012, p. 86).

Soberania Popular e os Direitos Humanos, visto que as dimensões de autonomia analisadas são, na verdade, não somente complementares, mas mutuamente condicionantes^{VIII}; em outras palavras, há a premissa de um ambiente garantidor de direitos fundamentais em sua vertente privada para que possa haver o amplo exercício da autonomia pública, evidenciando-se não somente a co-originalidade entre os aspectos analisados, mas também, e sobretudo, sua pressuposição recíproca.

Importante destacar, ainda, que o equilíbrio do elo é mantido ainda que mediante inversão dos fatores desse, uma vez que, do mesmo modo, Direitos Humanos somente podem ser garantidos onde há garantia da autonomia pública^{IX}. Assim, é inscrito no delineamento do direito moderno a convergência de ambos os ideais republicanos e liberais, de Rousseau e Kant, a partir da existência de pretensão de legitimidade procedente de uma ordem democrática regida pela lógica de direitos subjetivos (HABERMAS, 2020, p. 68), ganhando, esses, forma positiva a partir da autonomia política de cidadãos, garantida essa por um processo que fornece legitimidade, perspectiva de aceitabilidade racional.

5. Relação entre Moral e Direito – Cooriginariedade e Complementaridade

O próximo aspecto requerente de explicitação na edificação da teoria habermasiana se trata do elo entre moralidade e juridicidade. A pluralização, decorrente do processo de modernização da sociedade, engendra o chamado “desencantamento de mundo”, termo esse popularizado por Weber e, em grande medida, utilizado por Habermas. Tal perfil, em linhas gerais, faz com que não mais haja coesão entre os valores que influenciavam a visão de mundo dos integrantes de determinada sociedade, o que podia, ao tempo e em última *ratio*, ser utilizado como instrumento de legitimação e justificação de normas, uma vez que não mais se mostra presente uma única percepção acerca da totalidade de eventos. Assim, não mais pode haver recurso a embasamento meta-social para o direito em sociedades modernas, suscitando déficit de facticidade de um em relação ao outro. Na compreensão habermasiana, dessarte, não se confundem os institutos da moral e do Direito. Dois são os arquétipos nos

^{VIII} Sobre isso: “[...]as deliberações públicas legitimadoras das decisões sobre leis e políticas exigem que os pressupostos comunicativos e as condições procedimentais de formação racional da opinião e da vontade *já estejam institucionalizados* no sistema de direitos fundamentais” (WERLE, SOARES; 2008, p. 140).

^{IX} Em reconstrução da teorização habermasiana: “[...]os direitos subjetivos que garantem a autonomia privada se apresentam como condições de possibilidade dos direitos políticos em dois sentidos: primeiro, porque constituem a linguagem jurídica da democracia, o *medium* em que ela se exerce, firmando o conceito de pessoa jurídica entendida como destinatária das leis; em segundo lugar, porque a autonomia privada ela mesma é uma condição indispensável para a participação autônoma na discussão pública sobre as leis. Também em dois sentidos os direitos de liberdade de ação acarretam os direitos políticos: aquelas categorias jurídicas não podem ser positivadas e concretizadas sem os direitos que tornam os destinatários autores das leis que eles devem obedecer, e as liberdades subjetivas não poderiam em princípio ser distribuídas igualmente sem a participação simétrica de todos os cidadãos no processo de formação da vontade e da opinião” (REPA, 2013, p. 115).

quais se desdobra a relação tratada, a saber: a partir da *complementaridade* e da *cooriginariedade*. A princípio, dediquemo-nos a tratar da segunda face dessa relação.

Um dos pontos elementares à teorização habermasiana é a outrora abordada indistinção do Discurso face a ambos moral e Direito, sendo, em decorrência, deontologicamente neutro. Daí emerge a crítica, também já tratada, de Habermas em relação a Kant: a juridicidade, em sua faceta positiva, não é subsequente de uma moral anterior à relação jurídica; se o fosse (levando-se às últimas consequências o, na visão de Habermas, equívoco kantiano), haveria redução do Direito a uma subsidiária garantia de imperativos morais. Em citação supratranscrita, seria “reduzido a um modo deficiente de moral” (HABERMAS, 2020, p. 613).

Desse modo, pode ser apercebida a cooriginariedade entre normas jurídicas e morais a partir do fato de que uma não pode ser legisladora para a outra; uma não pode ser dada como subsumida da outra. No lugar de subordinação da juridicidade à moralidade (ou vice-versa), estabelece-se, no bojo da sociedade moderna pós-metafísica, diferenciação simultânea entre aqueles; nas palavras do autor,

[O entrelaçamento simultâneo entre moral e direito] possibilita que, nas ordens jurídicas, o direito positivo seja usado como um meio para distribuir cargas argumentativas e institucionalizar caminhos de fundamentação abertos a argumentações morais. A moral não paira mais *sobre* o direito [...]; ela migrou para o direito positivo, sem se dissolver nele (*Tanner Lectures*; in: HABERMAS, 2020, p. 591)

A citação acima, contudo, resgata não somente a cooriginariedade, mas assinala também o outro ângulo da relação aqui tratada. À luz desse perfil, compreende-se a relação de complementaridade mútua entre Direito e Moral, relação essa que, a despeito de não ter sido tratada em minúcias, pode ser deduzida da elaboração da legitimidade na obra de Habermas. Um dos aspectos primários que resultam da elaboração tratada é o fato de que, ao autor, o Direito não pode haurir sua legitimidade de si próprio, devendo essa, necessariamente e em termos bastante gerais, ser extraída da aceitabilidade racional. Revela-se, assim, o entrelaçamento do recurso do direito não somente ao princípio da positivação, mas, igualmente, ao princípio da fundamentação.

A característica de cooriginariedade, ao contrário do que se pode ser deduzido por parte do leitor — tanto da presente obra, quanto da de Habermas —, não sustenta, nos termos de Neves, a “desfundamentação” do modelo discursivo (NEVES, 2012, p. 57)^X. O autor

^X Por “desfundamentação”, pode-se compreender o direito pura e integralmente positivo, mediante ausência total de recurso a qualquer justificabilidade que não derivada de sua própria forma.

brasileiro aponta, como atributos do direito moderno habermasiano, não somente a positividade e o legalismo, mas também a universalidade e a exigência de fundamentação de normas. Destarte, ao avesso do que poder-se-ia concluir, o encargo aqui tratado traz à baila a fundamentação racional tanto derivada do processo quanto da ética; além, por fim, da fundamentação moral.

Sucessivamente, depreende-se a relação de complementaridade entre Direito e moral: o critério designador de legitimidade do jurídico é parametrizado de acordo com o grau de moralidade que o perpassa, havendo, assim, clara expansão do direito para além da mera legalidade:

Por meio do componente de legitimidade da validade jurídica, conserva-se uma referência à moral inscrita no direito positivo. Mas essa referência não deve nos levar a posicioná-la acima do direito, no sentido de uma hierarquia entre as duas ordens normativas [...]. Ao invés disso, a moral autônoma e o direito positivo, dependente de justificação, encontram-se em uma *relação de complementaridade* (HABERMAS, 2020, p. 154).

Doravante, uma ordem jurídica só pode ser legítima se não contradiz princípios morais, mediante razões que não desdiguem ideais de justiça pós-tradicionais^{XI}; em outras palavras, uma ordem jurídica pode gozar de presunção de legitimidade somente mediante a ressalva de não contradição em relação a princípios morais, de universalidade e solidariedade (HABERMAS, 2020, p. 146, 154).

Sem embargo, a dada intersecção entre normas jurídicas e morais na esfera pública (sua complementaridade), como já tratado anteriormente, não resulta na redução de uma a outra no sentido de serem indistintas, vez que é mantida a distinção linguística entre aquelas. Nos termos do Discurso, tem-se forma específica de deliberação democrática que acarreta linguagem específica a normas jurídicas, dotada a dita forma de neutralidade. Em outras palavras, a complementaridade entre as normativas analisadas não manifesta primazia da moral em relação ao Direito uma vez que aquela deve adentrar o Discurso e passar pela filtragem argumentativa característica desse, de maneira qual não goza de anterioridade aos processos democráticos e não podendo, regulamentações jurídicas, ser legitimadas exclusivamente por não contradizerem princípios morais (HABERMAS, 2018, p. 425). Assim, com a reserva de “tradução” de proposições de cunho moral, *a complementaridade não significa imediata moralização do Direito* (HABERMAS, 2020, p. 206-207).

^{XI} “Para que seja legítimo, o direito politicamente positivado de uma comunidade jurídica concreta deve ao menos estar de acordo com princípios morais que reivindicam validade geral para além da comunidade jurídica” (HABERMAS, 2020, p. 363).

Resulta da complexa e multiforme relação a determinação de que, em sua origem, Moral e Direito são dotados de cooriginariedade, o que gera a insubordinação de uma esfera normativa à moralidade por neutralidade deontológica. Apesar disso, no que tange ao procedimento, a relação é de complementaridade, sendo a normatização jurídica porosa aos discursos morais. Portanto, se vê aberto o acesso da racionalidade moral de cunho procedimental a ambos o direito e a política (HABERMAS, 2020, p. 588, 621).

Esse duplo aspecto da relação entre normas morais e normas jurídicas, a saber, o de simultaneidade na origem e o de complementaridade procedimental, garante uma neutralidade normativa imediata para o Direito, mas possibilita a abertura do mundo jurídico, a partir do procedimento legislativo (MOREIRA, 2019, p. 150).

6. Constitucionalismo em Habermas – Papel de Cortes na Legislação

Emerge a problemática da presente proposta investigativa, qual seja a legitimidade de eventual atividade análoga à legislativa exercida pelo Poder Judiciário. Decisões judiciais são subjugadas a estatutos, estando sua legitimidade, em consequência, vinculada à legitimação de normas jurídicas, justificabilidade essa que, por sua vez, remete à racionalidade de um processo legislativo mediante imprescindibilidade da separação de Poderes e do Estado de Direito. Sem embargo, não raro é contemplado determinado nível de conflituosidade entre o Poder que exerce a função analisada tipicamente (Legislativo) e o Judiciário.

Como bem pontua Neves, “a lei, tal como emitida pelo legislador, ainda é apenas um texto que delimita fronteiras variáveis de interpretação normativa [...]. O procedimento jurisdicional deve cumprir e aplicar a lei, mas é através dele que o texto tem um sentido normativo” (NEVES, 2012, p. 191). Desse modo, malgrado o estabelecimento de limites flexíveis a determinada carta (estabelecidos pelo constituinte originário), dessa prática “só resulta o *texto constitucional*, não exatamente a Constituição como plexo de sentidos normativos” (NEVES, 2012, p. 194)^{xii}; de tal maneira, é intrinsecamente vinculada à ideia de lei seu exercício e aplicação por parte do Judiciário^{xiii}.

^{xii} “[no âmbito da interpretação judicial] determinam-se quais normas podem ser extraídas e produzidas a partir do texto constitucional. A Constituição, portanto, como estrutura normativa básica, não se reduz ao seu texto, o que conduziria a uma concepção estática, mas antes se constrói e reconstrói permanentemente na circularidade dos diversos procedimentos do Estado Democrático de Direito, independente de mutação textual mediante reforma constitucional” (NEVES, 2012, p. 195).

^{xiii} Importante pontuarmos ser ilusória a concepção de puro tecnicismo do saber instrumentalizado pelo especialista jurídico, fato em decorrência do qual é evidenciado o aspecto criativo necessariamente encontrado nas elaborações jurídico-legislativas, a partir da possibilidade de ativa participação de Tribunais no que toca a aplicação e interpretação de normas. “Enquanto o saber especializado for utilizado para problemas de controle politicamente relevantes, faz-se notável sua inevitável impregnação normativa [no que tange a valores e pontos de vista morais]” (HABERMAS, 2020, p. 449).

Posto de que modo se dá o exercício de atividade legislativa — em um sentido com considerável amplitude — por parte do Judiciário, fica evidente a problemática que perpassa o desenvolvimento teórico-social de Habermas e é pautada no presente momento: a legitimidade de normas é derivada da racionalidade de um processo legislativo indisponível à justiça. Em outros termos, o Judiciário acaba por invadir o poderio legislador e, em seguimento, aparenta carecer da legitimação racional democrático-discursiva da qual dispõe a elaboração segundo o modelo típico — em especial no exercício de aplicação e interpretação normativa — se pondo em situação de maior atuação na regulação da vida em sociedade. A dada prática é comumente denominada ‘ativismo judicial’, em ocorrência de atuação proativa do Poder tratado.

O inquirido, destarte, é *se pode a jurisdição, no que tange à criação ou alteração normativa por sua parte, ainda que interpretativa, desfrutar de legitimidade, no sentido habermasiano, ao fazê-lo*. Adentrando a esfera da compreensão acerca do constitucionalismo e juridicidade a Habermas, é conveniente que seja realizada separação quanto a peculiaridades da visão tratada: dimensão histórica de constituintes, diferenciação entre normas e princípios regentes do sistema jurídico, e compreensão procedimental de constituições. Culminarão, por fim, na hipótese de solução da problemática aludida.

Como supracitado, textos constitucionais são passíveis de alteração por gerações futuras à de sua elaboração, de maneira qual Habermas eleva seu estatuto ao de um projeto de composição constituinte em andamento que se estende ao longo de gerações, de maneira qual, a cartas constitucionais como um todo, é atribuída qualificação de procedimento histórico^{XIV}. Consoante ao anteriormente aludido (HABERMAS, 2020, p 588, 621), de constituições resulta somente seu texto, incumbindo-se ao Judiciário, patentemente futuro ao procedimento constituinte originário, o encargo de sua aplicação. Contudo, a mera declaração de existência e exigência de direitos humanos e de cidadania não os fornece concretude e, por si só, não são sinônimos de cidadania. Para que o sejam, deve-se gozar de força normativa a constituição: a “cidadania exige, portanto, concretização das normas constitucionais referentes aos direitos fundamentais” (NEVES, 2012, p. 182).

A dimensão histórica da compreensão de constituintes democráticas expressa, assim, não obstante o delineamento temporal quanto a seu nascimento, se tratar de um projeto diante do qual gerações futuras têm não somente o direito, mas o dever de atualização do documento originário em vista de fornecimento de “substância normativa”, entendendo-se o dado

^{XIV} “*the allegedly paradoxical relation between democracy and the rule of law resolves itself in the dimension of a historical time, provided one conceives the constitution as a project that makes the founding act into an ongoing process of constitution-making that continues across generations*” (HABERMAS, 2001, p. 768).

processo como autocorretivo e temporalmente extensivo (HABERMAS, 2001, p. 774), conquanto que seja ressalvado o “reconhecimento do projeto como *o mesmo* ao decorrer da história [e que seja] julgado [e executado] da *mesma* perspectiva” dos fundadores, dos constituintes originários^{xv}, em um contínuo processo de aplicação, interpretação e suplementação de normas constitucionais.

O fato conseguinte aqui relevante é o de que Constituições, dada sua abertura a interações futuras para com suas disposições, não são dotadas da pretensão de esgotamento de suas possibilidades interpretativas, nem têm em seu conteúdo minúcias de sua aplicação. Em outras palavras, agora nos termos de Sustain (compreensão essa adotada por Habermas), à luz dessas há a proposição de “normas de fundo” em conjunto ao texto constitucional, princípios estabelecidos pela carta e que podem vir a ser utilizados por tribunais constitucionais, e dos quais deriva a sua interpretação construtiva (HABERMAS, 2020, p. 324). Contudo, mantém-se em aberto a questão de se o recurso às normas de fundo principiológicas estabelecidas não remeteria tribunais constitucionais a uma criação do direito, reservada ao legislador democrático, situação essa denominada, por muitos, *ativismo judicial* (prática ativa de cortes constitucionais em processos análogos ao legislativo).

Em vias de maior elucidação do fenômeno, cumpre que seja realizada qualificação dos distintos conceitos de *princípios* e *valores*, ambos regentes de um sistema jurídico a partir do recurso a tais por parte de tribunais. Em poucas palavras, princípios são dotados de sentido deontológico, enquanto valores possuem sentido teleológico. Normas deontológicas, assim, possuem sentido de obrigação absoluta, universal e incondicional, mediante pretensão de benefício simétrico a todos submetidos a essa, adequando-se ao critério de avaliação moral de máximas (Princípio da Universalidade), mediante invocação da razão ou de procedimentos neutros.

Orientações valorativas, por outro lado, adequam-se ao que é bom a determinada comunidade jurídico-política, possuindo sentido relativo, de sopesamento de valores e preferências intersubjetivamente compartilhadas que dizem respeito a um consenso consuetudinário. Sumariamente, portanto, normas principiológicas e valores, entre outras distinções, podem ser diferidas a partir de sua referência ao agir obrigatório e teleológico, e caráter vinculante absoluto ou relativo ao caso concreto (HABERMAS, 2020, p. 327).

Exemplo de utilização de valores no direcionamento jurisprudencial se vê a partir da chamada “judicatura dos valores” do Tribunal Constitucional alemão, instituição à qual, ao

^{xv} “the interpretation of constitutional history as a learning process is predicated on the nontrivial assumption that the later generations will start with the same standards as did the founders. [...] All participants must be able to recognize the project as *the same* throughout history and to judge it from *the same* perspective” (HABERMAS, 2001, p. 775)

autor, há compreensão de Constituições não como estruturadas por princípios que estabelecem sua arquitetura, mas como uma “ordem concreta de valores”. Consoante, é realizada clara crítica de Habermas à consequente compreensão de equiparação metodológica entre a orientação por princípios e a ponderação de bens valorativos, especialmente no sentido de que, “princípios são transformados em valores ao serem concebidos como imperativos de otimização cuja intensidade permanece aberta” (HABERMAS, 2020:325; 331). O grau de intensidade do cumprimento de valores não pode ser extraído diretamente do texto normativo. Assim, resultando da redução de princípios a valorizações, a disfunção suscitada é a de que, “por nenhum valor poder reclamar de saída primazia incondicional sobre outros valores, essa operação de ponderação transforma a interpretação do direito vigente na tarefa de *realização de valores em vista de casos específicos*” (HABERMAS, 2020:325), reduzindo-se a atividade jurisdicional de cortes à valoração utilitária de casos concretos.

Reside, aqui, o cerne da crítica habermasiana à prática de ponderação valorativa, uma vez que “requer um tipo de concretização de normas implicitamente produtoras do direito, a qual confere à jurisprudência constitucional o estatuto de uma legislação concorrente” (HABERMAS, 2020, p. 331), emanando da prática evidente prejuízo quanto à carga de legitimação:

Desse modo, o Tribunal Constitucional se transforma em uma instância autoritária ao se deixar conduzir pela realização de valores materiais previamente dados ao direito constitucional. Pois se, em casos de colisão, *todas as razões podem assumir o caráter de argumentos finalísticos, desaparece com isso a parede de contenção introduzida no discurso jurídico com a pretensão deontológica das normas de direito e dos princípios fundamentais* (HABERMAS, 2020, p. 331. Grifo nosso).

A partir do excerto, evidenciam-se dois conteúdos passíveis de análise: a configuração do enquadramento de Direitos Fundamentais como princípios jurídicos, e a introdução de uma “parede de contenção” deontológica de sistemas jurídico-constitucionais, as aludidas ‘normas de fundo’. Primeiramente, clareia-se o entendimento habermasiano de enquadramento de Direitos Humanos ou Fundamentais como normas principiológicas: “como normas jurídicas, os direitos fundamentais são formados, assim como regras morais, seguindo o modelo de normas obrigatórias de ação — e não segundo o modelo de bens atrativos” (HABERMAS, 2020, p. 328), emanando de tal conceituação a ideia de obrigatoriedade geral em virtude de sua propriedade deontológica universal:

O sistema dos direitos e os princípios do Estado são certamente tributários da razão prática, mas antes de tudo na figura especial que esta assume no

princípio democrático. O conteúdo moral dos direitos fundamentais ou dos princípios do Estado de direito pode ser também explicado porque as normas fundamentais do direito e da moral, ambas fundadas no mesmo princípio do discurso, entrecruzam-se de maneira substantiva (HABERMAS, 2020, p. 268).

Contudo, a partir da incorporação da dita 'parede de contenção' principiológica, remete-se novamente à relação entre juridicidade e moralidade, notadamente na feição da proporção de sua complementaridade. Não cabe aqui regressão a sua diferenciação sem embargo da tratada correlação. Ainda assim, no que tange à legitimidade de normas jurídico-democraticamente suscitadas, não há neutralidade em relação à moral; pelo contrário: a Habermas, "uma ordem jurídica só pode ser legítima se não contradiz princípios morais" (HABERMAS, 2020, p. 154), de maneira qual questões que tangem a justiça devem ser tratadas com prioridade, tanto no processo de normatização quanto no de aplicação de normas jurídicas. Segue o autor:

O princípio do exercício constitucional do poder ... aparenta estabelecer limites à autodeterminação da soberania popular. O Estado de direito requer que a formação democrática da vontade não viole direitos humanos que foram positivamente promulgados como direitos básicos (HABERMAS, 2001, p. 766; tradução livre).

À vista disso, é evidenciado o fato de que, ao autor alemão e no que tange à moralidade, nominalmente no tocante a direitos humanos fundamentais, esses são tomados como indisponíveis, sendo-lhes sempre devido respeito e conseqüente conformidade por parte da atuação jurisdicional, produto de sua configuração universalista. Remetendo-se novamente ao que concerne a relação entre os dados direitos e cartas constituintes, foi demonstrada a compreensão habermasiana segundo a qual direitos fundamentais se mostram como sustentáculo de sistemas jurídicos, somente à sobra dos quais pode haver a construção de uma teorização respaldada no discurso. Em outras palavras, esses princípios são a origem da qual decorre aspectos de posterior discussão no discurso, como a democracia e legalidade. A partir, portanto, da migração de princípios morais dos direitos humanos ao direito positivo, a datar da legislação constituinte originária em Estados modernos, os dados direitos transfiguram-se como normas regentes do sistema jurídico, representando a "parede de contenção" deontológica.

Habermas parece alinhar-se à compreensão procedimental de constituintes, enxergando o papel de Tribunais Constitucionais como assegurador de um procedimento democrático da legislação, garantindo que o processo tratado seja cumprido "segundo condições legitimadoras de uma *política deliberativa*" (HABERMAS, 2020, p. 351), seguindo:

Uma interpretação segundo a teoria do discurso insiste que a formação democrática da vontade não extrai sua força legitimadora da convergência prévia de convicções éticas arraigadas, mas de pressupostos e procedimentos comunicativos [...]. Um Tribunal Constitucional que se orienta por uma compreensão procedimental da constituição não precisa ir além de seu crédito de legitimação, podendo mover-se dentro das competências de aplicação do direito — claramente definidas segundo a lógica da argumentação (HABERMAS, 2020, p. 357).

Doravante, é sinalizada a elucidação da problemática que toma lugar na presente elaboração, uma vez que Habermas inclui a participação e influência da jurisdição constitucional em suas ponderações, de maneira qual *a garantia de determinados direitos condiciona a existência do Estado de direito e a decorrente busca por legitimação discursiva de normas*, concomitante à prescrição de normatização através da mesma prática comunicativa^{XVI}:

O processo legislativo democrático requer uma forma específica de institucionalização legal para que leve a regulações legítimas. ... A relação entre democracia como a fonte de legitimação e um constitucionalismo que não necessita de legitimação democrática não representa paradoxo algum, todavia. Visto que regras constitutivas que fazem uma democracia possível não podem limitar a prática democrática na maneira de leis externamente impostas. Simplesmente por clarificar os conceitos, o alegado paradoxo desaparece: condições propiciadoras não devem ser confundidas com condições limitadoras (HABERMAS, 2001, p. 770; tradução livre).

Desse modo, há a solução do aparente desacordo entre poderes Judiciário e Legislativo, resolvido pelo autor com recurso ao caráter constitutivo que direitos fundamentais desempenham em sistemas constitucionais. *A garantia desses é condição básica imprescindível ao exercício da cidadania e existência de um Estado de Direito na conformação moderna, estando Cortes Constitucionais incumbidas da garantia desses.* A alegação de ocorrência do que seria por muitos chamado de “ativismo” por parte de Tribunais é, na composição democrático-discursiva de Habermas, dissolvida nos termos do compromisso publicamente estabelecido a partir da legislação constituinte, sincronamente à atribuição de direitos aos participantes dessa, direitos esses de feição moral e, por consequência, universal, de interesse simétrico a todos. Isso desde que, reitera-se, tenha-se em mente a compreensão

^{XVI} Quanto a isso, “Embora essa ênfase excessiva no lado dos princípios continue sendo característico em Habermas, ele incluiu, porém, a jurisdição assim como também a interpretação do direito ... feita por juízes em suas ponderações. [...] O exercício da influência sobre a normatização do direito *através* do poder comunicativo e a garantia de pressupostos de existência do Estado de direito *para* esse poder comunicativo condicionam-se, assim, mutuamente” (REESE-SCHÄFER, 2012, p. 91-92).

de cartas constituintes e sua aplicação como processo unificado entre o legislador originário e gerações futuras, a partir da instrumentalização de princípios balizadores estabelecidos moral-discursivamente.

Destarte, assim como é inconcebível a admissão de discursos cujos resultados limitam direitos fundamentais e, por consequência, impedem a continuidade da própria esfera pública e Estado de Direito (NEVES, 2012, p. 144-146), é equitativamente inconcebível a admissão de cenários semelhantes por parte de Tribunais Constitucionais (HABERMAS, 2001, p. 766):

A discussão sobre o *ativismo* [...] do Tribunal Constitucional [no caso, o alemão] não pode ser introduzida em abstrato. Se a constituição é compreendida como interpretação e configuração de um sistema de direitos por meio do qual se faz valer a conexão interna entre autonomia pública e privada, *uma jurisprudência constitucional ofensiva em casos que envolvem a implementação do procedimento democrático e a forma deliberativa da formação da opinião e da vontade políticas não é lesiva, mas normativamente necessária* (HABERMAS, 2020, p. 359. Grifo nosso).

7. Conclusão/ Considerações Finais

A conclusão a que se chega, portanto, é a de que a atuação de Tribunais Constitucionais, no exercício de aplicação e ampliação de direitos humanos tornados positivos a partir da elaboração constituinte, não pode ser caracterizada, no tecido da sociologia habermasiana, como invasão de prerrogativas do Poder Judiciário sobre o Legislativo. Aos Tribunais é incumbida a função de aplicação e concretização de normas postas, a partir de um processo legislativo nos moldes discursivos, por um constituinte originário histórico; por conseguinte, não furtada a exigência de conformidade da lógica interpretativa futura por parte do Tribunal Constitucional em relação àquela lógica legitimatória do originário (à luz da qual é propiciada a continuidade da mesma a partir do princípio democrático, pelo estabelecimento concomitante e horizontal entre autonomia pública e privada), a participação ativa dos dados Tribunais (a alguns tomada como ativismo, análoga à prática legislativa), é não somente direito, mas dever.

No tocante a direitos humanos tornados fundamentais a partir de sua positivação legítima (ausente os quais ter-se-á, inevitavelmente, interrupção das possibilidades comunicativo-discursivas em sua plenitude, situação essa que condiciona o exercício do Princípio Democrático e consequente legitimação de normas de ação em geral), Constituições como documentos históricos em compreensão procedimental e Tribunais encarregados da garantia e concretização dessas, não há de se falar em ruptura da ordem social por desmanche da separação dos Poderes na situação analisada e por vezes tomada como 'ativista'. Pelo contrário, é pela manutenção da irrestrita atuação dos Poderes tratados, pela

salvaguarda das condições e do ambiente à sombra dos quais pode haver sua atuação e exercício — em outros termos, pela manutenção de Direitos Humanos e, conseqüentemente, soberania popular e Democracia —, é que poder-se-á ter legitimidade na atuação legislativa por parte do Judiciário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BÔAS FILHO, Orlando Villas. Legalidade e legitimidade no pensamento de Jürgen Habermas. *In*. NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo R. (Orgs). *Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas*. São Paulo: Malheiros, p. 147- 167, 2008.

HABERMAS, Jürgen. *Constitutional democracy: a paradoxical union of contradictory principles?*. *Political Theory*, v. 29, n. 6, p. 766- 781, 2001.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia*. São Paulo: Editora Unesp, 2020.

HABERMAS, Jürgen. Reflexões acerca da importância evolucionária do direito moderno. *In*. HABERMAS, Jürgen. *Para a reconstrução do materialismo histórico*. São Paulo, Editora Unesp, 2016.

HABERMAS, Jürgen. Sobre o vínculo interno entre o estado de direito e democracia. *In*. HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo, Editora Unesp, p. 419- 434, 2018.

MOREIRA, Luiz. *A fundamentação do direito em Habermas*. 4ª ed. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

REESE-SCHÄFER, Walter. *Compreender Habermas*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012.

REPA, Luiz. *A cooriginariedade entre direitos humanos e soberania popular: a crítica de Habermas a Kant e Rousseau*. *Trans/Form/Ação*, Marília, v. 36, p. 103-120, 2013. Edição Especial. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-31732013000400008&script=sci_arttext&lng=pt>; acesso em 28.dez.2020.

WERLE, Denílson; SOARES, Mauro. *Política e direito: a questão da legitimidade do poder político no estado democrático de direito*. *In*. NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo R. (Orgs). *Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas*. São Paulo: Malheiros, p. 117- 142, 2008.

WHITE, Stephen K. *Razão, justiça e modernidade: a obra recente de Jürgen Habermas*. São Paulo: Ícone, 1995.

Contatos: jp.nazareth2@gmail.com e ovbf@usp.br