

---

## Jurisdição Constitucional e Democracia: a ADI 6357 sob a perspectiva substancialista e procedimentalista

### Gianluca Nicochelli

Mestrando em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), com bolsa CAPES. Bacharel em Direito pela UFPR. Pesquisador vinculado ao Centro de Estudos da Constituição (CCONS - UFPR), dentro do grupo de pesquisa Constitucionalismo e Democracia: filosofia e dogmática constitucional (UFPR). Membro do Núcleo de Estudos em Filosofia e Teoria do Direito (NEFIT - UFPR) e do Grupo Nacional de Estudos de Direito do Saneamento Básico (GESANE - UNB). Pesquisador na Área de Direito Constitucional, Direito Administrativo e Teoria do Direito. E-mail: gian.ops@hotmail.com

### Julio Eduardo Damasceno Medina

Doutorando em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito do Estado pela UFPR. Graduado em Direito pelo Instituto Federal do Paraná (IFPR). Pesquisador associado ao Centro de Estudos da Constituição (CCONS – UFPR). Advogado. Professor efetivo do curso de Direito do IFPR. E-mail: damascenomeditina@gmail.com

---

### Resumo

O presente artigo analisa o papel da Jurisdição Constitucional a partir do modelo substancialista de Ronald Dworkin e o modelo procedimental de Jurgen Habermas. O objetivo do texto é explorar as diferenças e, principalmente, as semelhanças destas teorias no âmbito da jurisdição constitucional, como modelos de racionalidades comprometidas com a democracia. Nesse sentido, apresenta-se um breve quadro do substancialismo e procedimentalismo acerca do assunto, ressaltando que ambas concordam com limitações subjetivas das decisões e o aumento da racionalidade destas como uma forma de razão democrática. Posteriormente, explicitasse o objeto de análise do artigo sob as lentes das referidas teorias, a ADI 6357. A questão que se coloca, portanto, é acerca da legitimidade da Corte, isto é, do Supremo Tribunal Federal, para ter a última palavra sobre as decisões - políticas – do Executivo e do Legislativo. Conclui-se que, a despeito de narrativas que fomentam a ideia que ambientes autoritários teriam vantagem em um contexto de crise, a atuação do Supremo na ADI 6357, ainda mais pensada dentro das teorias tratadas no artigo, caminha em sentido oposto.

### Palavras-chave

Democracia. Supremo Tribunal Federal. Habermas. Dworkin. Legitimidade.

## *Constitutional Jurisdiction and Democracy: ADI 6357 from a substantialist and proceduralist perspective*

## Abstract

This article analyzes the role of constitutional jurisdiction based on Ronald Dworkin's substantialist model and Jurgen Habermas' procedural model. The aim of the text is to explore the differences and, above all, the similarities between these theories in the context of constitutional jurisdiction, as models of rationality committed to democracy. In this sense, a brief overview of substantialism and proceduralism on the subject is presented, emphasizing that both agree on subjective limitations of decisions and their increased rationality as a form of democratic reason. Subsequently, the object of the article's analysis under the lens of these theories, ADI 6357, is explained. The question that arises, therefore, is about the legitimacy of the Court, that is, the Supreme Court, to have the last word on the political decisions of the Executive and Legislative branches. The conclusion is that, despite narratives that encourage the idea that authoritarian environments would have an advantage in a context of crisis, the Supreme Court's action in ADI 6357, even more so when considered within the framework of the theories discussed in the article, moves in the opposite direction.

## Keywords

Democracy. Brazilian Supreme Court. Habermas. Dworkin. Legitimidade.

## Sumário

1. Introdução; 2. Jurisdição Constitucional e Democracia: Uma Guisa Histórica; 3. Jurisdição Constitucional Substancial e Procedimental: Dworkin e Habermas; 4. O Fórum de Princípios e a Defesa das Autonomias Públicas e Privadas; 5. Considerações Finais. Referências.

## 1. Introdução

A teoria do direito do novo século poderia ser caracterizada a partir de compromissos republicanos e democráticos que fundam a sua base, traduzidas através da gramática do constitucionalismo e das constituições contemporâneas. Ainda do debate contemporâneo, vemos autores que se preocupam com a elaboração de teorias aptas a visualizar o Direito de modo a efetuar uma investigação minuciosa sobre o raciocínio jurídico no contexto das decisões de um Estado legítimo.

Estas decisões conduzem por fim para modificações diretas no constitucionalismo, assimiladas principalmente nas discussões acerca das possibilidades e dos limites da jurisdição constitucional. Este debate, apesar de sempre remontar tanto na teoria do direito, quanto na filosofia e o Direito Constitucional, ganha maior relevo diante dos pressupostos e ideais calcados justamente nas novas teorias pós-positivistas, especialmente do *rule of law*.

Nesse contexto, duas teorias localizam-se no centro do debate: a substancialista e procedimentalista. Aquela preocupada com a ênfase da regra majoritária, com os valores da carta constitucional e uma atuação ativa da jurisdição constitucional e está preocupada com a garantia e a preservação dos procedimentos democráticos que consigam abrandar o ativismo judicial, permitindo uma maior participação da sociedade na decisão.

Como expoentes destas linhas doutrinárias, temos dois autores muito significativos para os três campos citados até aqui. Ronald Dworkin e Jurgen Habermas protagonizam um interessante debate teórico sobre a questão, sendo o objetivo deste artigo refletir sobre os modelos atribuídos à jurisdição constitucional pelos autores, tendo como premissa que não são excludentes entre si e podem contribuir, ambos autores em conjunto, para uma argumentação epistêmica contrária as armadilhas da politização e valoração particular subjetiva.

Para isso, apresenta-se um breve quadro do substancialismo e procedimentalismo acerca da jurisdição constitucional. Tendo como intuito ressaltar, posteriormente, que ambos concordam com limitações subjetivas das decisões e o aumento da racionalidade destas como uma forma de razão democrática. É justamente diante destes pressupostos que a relação estabelecida de soberania popular e tutela de direitos fundamentais, tornou-se ao longo do século cada vez mais problemática, sendo nesta dificuldade que este trabalho se justifica.

Nesse cenário, toda norma jurídica deveria ser analisada conforme seu contexto pois apenas o enunciado feito pelo legislador, não garante a sua devida aplicação; assim, será analisada a ADI 6357 que retrataria toda a problemática do artigo: o papel do judiciário, especificamente, da jurisdição constitucional na concretização dos direitos fundamentais na perspectiva de ambos autores e a contribuição para uma perspectiva que garante a atuação de uma jurisdição responsável, através de modelos de racionalidades comprometidos com a democracia.

## 2. Jurisdição Constitucional e Democracia: Uma Guisa Histórica

Streck afirma que (2003, p. 260) a discussão das questões envolvendo o papel/função da jurisdição constitucional – ou do poder judiciário – na realização/defesa/efetividade de direitos fundamentais, tem como premissa, em primeiro ponto, a inefetividade da Constituição, e em segundo, a inércia dos Poder Públicos na realização de políticas públicas voltadas à efetivação destes direitos, os quais assegurados pela lei maior, há a intervenção da justiça constitucional.

Por decorrência, tais questões implicariam em outras discussões, como a necessidade de redefinição entre os poderes do Estado, a admissão de que a justiça constitucional possa vir ter um papel intervencionista e um certo grau de dirigismo constitucional. Tendo como pano de fundo, justamente, a definição do que se entende de *rule of law* (STRECK, 2003, p. 261)

Streck leciona (2002; 2003) que as transformações do campo social fizeram com que entendimento do *rule of law* pudesse ser considerado um plus normativo das fases pretéritas que o Estado passou ao longo dos séculos. Ao qual, teve sucesso em fazer uma síntese destas fases agregando a construção das condições de possibilidades, suprindo assim as lacunas das etapas anteriores, representadas pelo anseio da modernidade, como justiça social, igualdade e a garantia dos direitos fundamentais. Tudo isso, demandou também um novo tipo de concepção acerca da jurisdição constitucional, tratando-se neste contexto como instituições aptas a instrumentalizar de dar guarida material ao texto constitucional (STRECK, 2002, p. 170)

Essa nova jurisdição, citando da mesma maneira o judiciário, passou a fazer parte da arena política, o qual devido a experiência negativa da legitimidade do nazifascismo, confiou a justiça constitucional a guarda da vontade geral, consubstanciada nos fundamentos do constitucionalismo. Esta fórmula fez com que houvesse uma alternativa para o resgate das promessas da modernidade – já citadas no parágrafo anterior, como justiça social, igualdade e garantia dos direitos fundamentais -, em que o acesso à justiça assume um papel fundamental calcado não nos procedimentos políticos, mas nos procedimentos judiciais (STRECK, 2002, p. 128)

Verifica-se, portanto, uma tendência de crescimento do papel do judiciário dentro desta nova ordem, situação que não tardou a ser criticada pela falta de legitimidade/representatividade na atividade jurisdicional por meio do voto popular. Como seria possível um juiz, não eleito democraticamente, controlar e anular leis elaboradas por um representante eleito democraticamente? Em que medida haveria a relação direito e política e como isso poderia ser expresso no próprio direito, ou carta constitucional, para estabelecer o campo social? Questões como estas cada vez mais ganharam a atenção da doutrina.

Nesse contexto, concordamos com Streck que afirma (2002, p. 98) que não haveria como o direito, dado toda esta transformação, não estar vinculado a uma justiça constitucional. Diante disto que se acende ainda mais o debate sobre quais os fundamentos e como deve ser o controle desta justiça constitucional, havendo, conforme citado anteriormente, duas correntes em princípios antagônicas: substancialista e procedimentalista, que serão analisadas a seguir.

### **3. Jurisdição Constitucional Substancial e Procedimental: Dworkin e Habermas**

Ronald Dworkin entende que a prática judicial está associada a uma dimensão moral, o que não significa uma moralização do direito, mas sim que o direito não pode ser neutro tanto

em relação à moral quanto em relação à política (CHUEIRI; SAMPAIO, 2009, p. 48). O direito então seria considerado válido enquanto for moralmente justificado, ou seja, baseado em princípios e sendo o principal destes o princípio da igualdade (CHUEIRI; SAMPAIO, 2009, p. 49).

A igualdade então seria dividida em dois princípios: o da igual importância e a responsabilidade especial. O primeiro demandaria do governo uma adoção de leis e políticas que garantam que o destino dos cidadãos seja independente de quem eles sejam, de onde tenham nascido e afins. E o segundo, exigiria o respeito por parte do governo, das opções de vida que os cidadãos fizeram, de acordo com a responsabilidade de cada um gerir a sua própria vida (DWORKIN, 2005, p. 16-17). Assim, a igualdade não dispensa a ideia de individualidade, mas a integra justamente de que o referido princípio abrange o igual respeito a todos os diferentes modos de vida (CHUEIRI; SAMPAIO, 2009, p. 49).

Nesse liame, para Dworkin, não seria o contrato social que nortearia toda a atuação dos governantes. Não seria um acordo ou consenso social que ditaria os rumos de sua atuação, mas sim valores éticos, morais. Assim, os governantes possuiriam liberdade para formular leis e políticas que acharem melhor para o campo social, desde que não desrespeitassem os princípios formulados pela moral social, em especial o da igual consideração por todos os cidadãos (DWORKIN, 2005, p. 14-15).

Esta ligação entre política e moral compreende da mesma maneira o exercício da jurisdição, dado que é na jurisdição o *locus* da realização de direitos fundamentais que devem ser preservados, independente do que os órgãos democráticos acharem do interesse da sociedade. O judiciário então seria capaz de aplicar o direito no sentido da efetivação destes direitos, o qual é um agir moral e político (CHUEIRI; SAMPAIO, 2009, p. 49).

Essa estrutura concedida por Dworkin, implicaria na descrição de duas concepções do que se entende por Estado Democrático de Direito: a centrada no texto legal e a centrada nos direitos (2000, p. 6). A primeira concepção, centrada no texto legal, entende que o *rule of law* deve assegurar aos cidadãos os direitos previstos no texto normativo, de maneira que os juízes não deveriam decidir questões políticas. O judiciário, a jurisdição constitucional, ver-se-ia perante a seguinte pergunta: qual a vontade do parlamento ao fazer esta lei? (CHUEIRI; SAMPAIO, 2009, p. 49).

Para responder essa pergunta, o juiz teria que tomar suas decisões com base em “chaves” interpretativas que o ajudariam a esclarecer a vontade do parlamento. Uma dessas chaves seria a semântica que poderia acabar em um vácuo, dado que em casos controversos uma palavra pode expressar nenhuma saída. A psicologia de grupo seria outra saída, baseando-se em declarações periféricas à lei (CHUEIRI; SAMPAIO, 2009, p. 50).

A concepção do *rule of law* centrada nos direitos, teria como premissa que para um

Estado ser considerado como tal, não pode apenas assegurar os direitos prescritos na lei; deve assegurar também os direitos morais que os cidadãos possuem entre si e os direitos políticos perante o Estado. Tais direitos então estariam assegurados, estariam acessíveis, nos tribunais, de maneira que as leis representariam as tentativas da comunidade de captar esses direitos na atividade legislativa, ao qual os princípios que foram rejeitados nesta atividade, seriam considerados inúteis no papel da prestação jurisdicional (DWORKIN, 2000, p. 15-16).

Dworkin afirma que o Judiciário estaria em melhores condições para decidir questões de direitos, dado que não sofre tanta pressão se comparado com os demais poderes, principalmente o legislativo (2000, p. 27). Assim, uma decisão que garante direitos fundamentais não feriria a equidade, dado que a defesa destes direitos mínimos individuais auxiliaria para uma maior igualdade de poder político no campo social (CHUEIRI; SAMPAIO, 2009, p. 51).

Esta última concepção de Estado Democrático de Direito que Dworkin adota. O judiciário, a jurisdição constitucional, não fica alheio aos processos de construção e reconstrução do direito nesta concepção, tendo como função proteger os direitos individuais desprendidos do compromisso moral e político que a comunidade assumiu para se constituir como livre e igual. O executivo e legislativo dariam o pontapé inicial para elaboração das regras destes direitos morais, mas é na atuação jurisdicional que seria efetivado os direitos morais nos casos concretos (CHUEIRI; SAMPAIO, 2009, p. 51).

Esta concepção impacta diretamente no que Dworkin entende por função dos tribunais, do judiciário e da jurisdição constitucional. Por exemplo, a ideia de que deixar os tribunais decidirem sobre uma questão polêmica é antidemocrático. Para Dworkin (2000, p. 100), a possibilidade de deixar a mercê de processos totalmente democráticos, majoritários, questões de grande controvérsia como o aborto, possibilitaria uma decisão baseada em opiniões totalmente morais, o qual acabaria por infringir a teoria de igualdade de representação.

Por conseguinte, Dworkin afirma (2000, p. 101) que o Tribunal deve pautar suas decisões com base em princípios, não de políticas. Isso implica em dizer que o juiz deve entender que direitos as pessoas têm sob o sistema constitucional, não devendo ser considerado como argumento para as decisões como deve se promover o melhor bem-estar geral; devendo assim, tomar as decisões elaborando e aplicando a teoria substantiva da representação, extraídas do princípio básico da igualdade.

Assim, o *judicial review* deve procurar garantir direitos por intermédio de decisões de princípios e não de política. Sendo justamente tais princípios que trariam a legitimidade dos julgamentos constitucionais pelo poder judiciário. Os julgamentos baseados em política, seriam atribuições exclusivas dos poderes legislativo e executivo, não sendo objeto

dos tribunais. Dessa maneira que Dworkin consegue balancear o princípio democrático com o princípio constitucional (KOZICKY; BARBOZA, 2008, p. 160).

Assim fica claro que a concepção de democracia para Dworkin não se identifica necessariamente com a regra da maioria, mas sim por uma concepção constitucional de democracia. Isto é, um regime de governo no qual as decisões coletivas são tomadas por instituições políticas cuja composição e práticas, tenham como base o tratamento igualitário de consideração e respeito a todos os membros do campo social (KOZICKY; BARBOZA, 2008, p. 162).

Esta concepção de democracia, prevê que as decisões políticas sejam tomadas por aqueles que foram eleitos democraticamente, enquanto o judiciário, mesmo com caráter contramajoritário, possa ainda tomar decisões sobre direitos, já que, conforme mencionado, estaria mais afastado das pressões do campo social, podendo ter um julgamento imparcial (KOZICKY; BARBOZA, 2008, p. 162-163).

A concepção de democracia constitucional tratada por Dworkin, traria como fator de legitimação para atuação do poder judiciário em revisar e anular leis emanadas pelo parlamento e executivo, a supremacia dos direitos fundamentais. A tutela de tais direitos, estando na essência do constitucionalismo, acabaria por demonstrar que o *judicial review* pode conviver em total harmonia com o princípio democrático, na medida que os juízes fariam uma leitura moral da constituição, expressando justamente valores políticos e morais escolhidos pelo próprio povo quando do processo constituinte (KOZICKY; BARBOZA, 2008, p. 161).

Ainda, segundo o autor (2000, p. 32) não haveria razão para se pensar que a transferência de decisões sobre direito, no caso, do poder legislativo para o judiciário, retardaria o ideal democrático de igualdade, mas ao contrário, promoveria muito bem esse ideal. Assim, é possível afirmar que a jurisdição se constitui também como um novo espaço de cidadania para Dworkin.

Em sentido semelhante, Jurgen Habermas (1997, p. 317) toma como referência a atuação eminentemente substancial do Tribunal Constitucional Alemão, reconhecendo a existência de um direito para além do direito posto o qual sua fonte seria a ordem constitucional em sua totalidade.

Crítica assim, a denominada “jurisprudência de valores”, a qual entende a constituição como se fosse uma “ordem concreta de valores” e desconhece dessa maneira a distinção entre estes e os princípios. O filósofo alemão explica que os princípios seriam deontológicos e os valores teleológicos, o qual as normas – expressão de princípios – obrigam seus destinatários sem distinção, enquanto os valores não são mais do que preferencias intersubjetivamente compartilhadas (HABERMAS, 1998, p. 328). Para Habermas (1997, p. 170), esta noção de constituição – substancialista - ignora o caráter

vinculante do sistema de direitos constitucionalmente assegurados assim como o pluralismo das democracias contemporâneas assim como aparenta desconhecer as relações de poder assimétricas inscritas nas democracias contemporâneas.

Logo, a primeira distinção. Se para Dworkin haveria valores universais e imutáveis, historicamente compartilhados e expressos no que se entende por direitos fundamentais, para Habermas seria necessário substituir a moralidade e esses valores preexistentes por um processo comunicativo de construção de identidades.

Esta distinção implicaria, do mesmo modo, em uma diferente concepção de democracia. Para Habermas, a democracia constitucional não seria fundamentada em conteúdos substantivos, mas sim em procedimentos que asseguram a formação democrática da opinião, exigindo uma política pós-convencional que precisa ser construída ao longo do tempo (HABERMAS, 1998, p. 355).

A construção da legitimidade ao longo do tempo, permitiria anotar que os cidadãos não seriam escravos de morais, valores, sob os quais nascerem. Justamente pelo fato do aprendizado social contínuo e as sociedades contemporâneas possuírem uma identidade pós-convencional. Isso significa que mesmo havendo uma herança cultural, uma moral, os indivíduos conseguem identificar princípios, valores, que foram a comunidade como um todo, conseguindo assim criticá-los (CRUZ, 2006, p. 73).

O sentido de moralidade/política pós-convencional, relacionado aos estudos de Jean Piaget e Lawrence Kohlberg<sup>1</sup>, liga-se intrinsecamente com o viver das democracias constitucionais. Isto é, não ligadas a sentimentos universais, nacionalistas, e sim à contínua solidariedade entre os próprios indivíduos, estranhos entre si, de culturas diversas (BUNCHAFT, 2015, p.40). Nesse sentido, o que uniria uma nação constituída de cidadãos, considerando estrangeiros como seus integrantes, não seria um substrato preexistente, e sim o patriotismo constitucional, em um contexto de intersubjetividade partilhada de entendimentos possíveis relacionadas ao Estado Democrático de Direito (HABERMAS, 2002, p. 181).

Para o filósofo alemão, haveria um nexos interno entre Direito e Democracia de natureza conceitual, de modo que a ideia de Estado de Direito só seria efetivamente

---

<sup>1</sup>Kohlberg estabelece uma perspectiva evolutiva do homem a partir da filogenética, tendo em vista a formação de culturas e sociedades e o modelo ontogenético de desenvolvimento do Eu. (BUNCHAFT, Maria Eugênia. *Patriotismo Constitucional: Jurgen Habermas e a reconstrução da ideia de nação na filosofia contemporânea*. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2015, p. 38). Com base nisso, Habermas acentua o processo de aprendizado, na qual nenhum nível pode ser pulado. Basicamente, vai de “uma sociedade primitiva na qual as ações humanas eram avaliadas estritamente do ângulo de sua consequência (moralidade pré-convencional), passando por uma sociedade antiga/medieval, na qual essas ações tinham por balizamento sua conformidade com um sistema de regras previamente instituído pela autoridade da tradição (moralidade convencional) e chegando finalmente, em uma sociedade moderna, em que não só as ações mas, principalmente, as normas de conduta precisavam ser justificadas do ponto de vista de princípios universais (moralidade pós-convencional)”(CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Poder constituinte e Patriotismo Constitucional*. In: Marcelo Campos Galuppo (Org). *O Brasil que queremos: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte, Ed. PUC Minas, p.72-73).

completo com uma real participação democrática dos cidadãos, assim como a democracia dependeria das formas do Estado de Direito para se efetivar em sociedades mais complexas. É por tal razão que Habermas entende que o agir político fundamenta o rule of law (BORGES; NICOCELLI, 2023, p. 180). Nesse sentido que Habermas desenvolve a noção procedimentalista do Estado Democrático de Direito e do Direito, não abandonando o pressuposto de que a ordem jurídica não pode prescindir da pretensão de legitimidade (HABERMAS, 2003b, p. 310).

Este ideal, para além de perpassar a sua legitimidade apenas no texto legal, traria como fator que o legitimaria, a incorporação de diferentes grupos sociais em um só corpo. Esta seria a ideia principal que ligaria a moralidade/política pós-convencional e o patriotismo constitucional.

Deste processo aberto, Habermas entende o direito moderno como um direito coercivo dado a possibilidade de sancionamento estatal com a previsão de normas sem a necessidade de uma consciência moral; assim como um direito positivo, pois retroage às decisões de um legislador político e; um direito escrito, dado o procedimento democrático e procedimento nele inserido (2002, p.251). Em outras palavras, o direito moderno fica entre a dimensão coercitiva de um direito legalmente instituído e na legitimidade do resultado de um entendimento conjuntamente negociado, isto é, entre factidade e validade, ou ainda, entre a ameaça de sanções e a força resultante de um acordo racionalmente motivado (HABERMAS, 2003a, 307b).

Ainda, as necessidades internas deste direito seriam justamente as garantias dos direitos da própria forma do constitucionalismo: direito a iguais liberdades, direitos de nacionalidade e à tutela jurisdicional (LOPES; OLIVEIRA, 2006, p.168). Sendo necessária uma comunidade política que proteja o status de sujeitos de direito daqueles que a compõem, sempre tendo como base direitos fundamentais.

Dessa maneira, Habermas (2003, p. 169) cita três formas de direitos fundamentais de conteúdo concreto variável: a) aqueles que resultam da autonomia da configuração do direito, prevendo maior liberdades subjetivas de ação aos sujeitos; b) aqueles que resultam da autonomia dos status dos membros, relacionados ao sentimento de pertencimento de uma dada comunidade política ou direitos de nacionalidade; c) aqueles que resultam da autonomia de configuração do igual direito de proteção, relacionado a tutela jurisdicional. Tais direitos asseguram que os indivíduos se vejam como destinatários dele, estabelecendo o núcleo da autonomia privada do sujeito.

Não obstante, ao fundar-se de uma nova comunidade, os sujeitos se deparam com uma quarta categoria necessária, a que possibilita com que se vejam como autores do direito em geral (LOPES; OLIVEIRA, 2006, p.168). Como resultado, o surgimento das três primeiras categorias de direitos possibilita a criação do direito em si, sem isso, não existiria

direito. Agora, sem a criação dessa quarta categoria, o direito não adquiriria conteúdo concreto (HABERMAS, 2003a, p.169), por não haver uma autonomia pública dos sujeitos. Essa autonomia é dada pelos direitos fundamentais políticos, sendo a última categoria, possibilitando a liberdade e igualdade através da participação nos processos de formação de opinião e da vontade (LOPES; OLIVEIRA, 2006, p. 168).

Restando que, para o filósofo alemão, sem os direitos fundamentais que assegurassem a autonomia privada dos cidadãos, não haveria como institucionalizar as condições sob as quais os sujeitos do campo social pudessem fazer o uso de sua autonomia pública (HABERMAS, 2002, p. 293) Na mesma linha, sem o exercício da autonomia pública, os cidadãos não poderiam chegar a uma regulamentação, atividade, capaz de gerar o consenso acerca de suas necessidades também de concepções de bem (HABERMAS, 2002, p. 293). Neste raciocínio, ignorar uma parcela da autonomia, seja pública ou privada, comprometeria a estrutura basilar do paradigma habermasiano, dado que os sujeitos do campo não conseguiriam se ver como autores e destinatários de seus direitos (HABERMAS, 2002, p. 234)

Assim, percebe-se que a autonomia pública e privada é interdependente à legitimidade do direito, uma serve para outra. Somente pela autonomia pública é garantido o gozo das liberdades subjetivas e somente pela autonomia privada é que se tem sujeitos de direito (HABERMAS, 2003a, p. 173).

Isso esboça a teoria procedimentalista do direito de Habermas: não basta apenas a garantia da autonomia pública e privada, são necessárias institucionalizações devidamente procedimentais que asseguram a garantia das mesmas, sendo está a função primordial da jurisdição constitucional (HABERMAS; OLIVEIRA, 1998, 2006). Nesta vertente, o tribunal constitucional não deve ser um guardião de valores substanciais, deve sim zelar pela garantia de que a cidadania disponha de meios para estabelecer um entendimento sobre a natureza de seus problemas e a forma de sua solução, em clara contraposição a interpretação dirigida por princípios no sentido de uma interpretação construtiva de Dworkin, quanto da concepção paternalista que é atribuída aos tribunais constitucionais pela jurisprudência de valores (HABERMAS, 1997, p. 328).

Esta compreensão funda-se em uma perspectiva republicana, pressupondo a participação entre livre e iguais em que a observância de direitos e deveres se funda em relações simétricas de reconhecimento. Disto, a atividade estatal seria vista como um resultado da ação comunicativa – dado que a sua função não é só garantir os direitos subjetivos, mas também a participação -, sendo a justificação dos direitos, uma decorrência do processo democrático (HABERMAS, 1998, p. 344).

Este panorama dos dois autores, permite-nos ao menos chegar a uma conclusão prévia: a despeito das diferenças teóricas, há elementos que permitem uma conexão para

além de se pensar em teorias excludentes entre si<sup>2</sup>. Por exemplo, A doutrina de ambos os autores permite pensar a jurisdição como um espaço de ampliação da cidadania, ao qual o exercício argumentativo deve ser explorado na melhor razão para os valores e princípios contidos dentro do *rule of law*. Para além das semelhanças, enquanto Dworkin fala de fundamentos constitucionais estáveis, ou se o leitor quiser entender estritamente por valores, ao qual o posicionamento do juiz não deve ser de buscar sozinho a melhor justificação prática no caso concreto; Habermas entende que estes conteúdos são construídos argumentativamente e discursivamente e o juiz deve ter um respeito recíproco e coletivo assentando na igualdade, da mesma maneira que Dworkin (1998, p. 353).

Das inúmeras distinções hermenêuticas que poderiam ser trazidas, optamos por tentar escolher uma saída comum: pensar a jurisdição constitucional em conjunto.

#### 4. O Fórum de Princípios e a Defesa das Autonomias Públicas e Privadas

O título desta seção não é por acaso. Conforme visto ao longo deste artigo, Dworkin entende a jurisdição constitucional como o fórum do princípio, dado que os juízes constitucionais pela sua formação e independência, seriam mais aptos para resolver questões envolvendo princípios enquanto os integrantes dos demais poderes seriam mais qualificados para decidir questões políticas que atendessem da melhor maneira o interesse coletivo. Doutro lado, vimos que Habermas entende que a jurisdição constitucional necessita assegurar os procedimentos que comprometem as condições processuais para o exercício da autonomia pública e da autonomia privada, garantindo o processo legislativo democrático e devido processo legislativo constitucional.

Tendo tais premissas, analisaremos adiante a ADI 6357 sob as lentes das teorias de Dworkin e Habermas.

---

<sup>2</sup> Vale a nota que, Habermas cita Dworkin diretamente ao tratar do princípio da segurança jurídica, na medida em que afirma que Dworkin tem o mérito de preocupar-se com a prática da decisão judicial que consiga satisfazer simultaneamente as exigências da segurança e da aceitabilidade racional. Nesse sentido, a argumentação dworkiana voltada para a leitura moral da Constituição, revela, para o filósofo alemão, uma visão substantiva da democracia constitucional que não seria adequada a maioria dos regimes contemporâneos, ainda mais aqueles regimes que teriam um contexto histórico-social que não propicia recursos a princípios substantivos: “A interpretação reconstrutiva só será bem-sucedida se a história, da qual uma ordem jurídica concreta surgiu, sedimentar, de alguma maneira, algum fragmento de ‘razão existente’. Por ser americano, Dworkin pôde apoiar-se num desenvolvimento constitucional contínuo que dura mais de duzentos anos; por ser liberal, ele está obrigado a uma avaliação mais otimista, descobrindo processos de aprendizagem na maior parte do desenvolvimento jurídico americano” (HABERMAS, J. *Direito e Democracia: entre factividade e validade*. v. 2. 2ª ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b, p. 266) e “a referência hermenêutica a uma pré-compreensão determinada por princípios não deve entregar o juiz à história de tradições autoritárias com conteúdo normativo; ao contrário, esse recurso obriga-o a uma apropriação crítica de uma história institucional do direito, na qual a razão prática deixou seus vestígios (HABERMAS, J. *Direito e Democracia: entre factividade e validade*. v. 2. 2ª ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b HABERMAS, 2003b, p. 252).

#### 4.1. A ADI 6357 e a Verdade da Vantagem Democrática

A crise do Coronavírus e seus reflexos ainda pautam uma boa parte do debate público, o que seria justamente uma parte dos reflexos catastróficos do cenário de crise instaurado desde o início da pandemia. Outro reflexo seria de que os papéis desempenhados pelos Estados e principalmente pelos seus líderes, estariam em maior destaque que o costume, dado a necessidade imediata de ações para o contingenciamento da crise.

Em excelente artigo para o Estado da Arte, Pedro Vicente de Castro alerta-nos para uma narrativa interessante – que apesar de incipiente não ganhou tanto campo para a sua proliferação - intitulada como “o mito da vantagem autoritária”<sup>3</sup>. Em linhas gerais, a narrativa seria a de que as democracias estariam em uma certa desvantagem para lidar com crises, como a do Coronavírus, quando comparados com regimes autoritários dado que o alto grau de concentração nestes regimes lhe daria maior capacidade de arregimentar recursos e adotar medidas enérgicas para responder a emergência.

Caso a hipótese se confirmasse, o Brasil estaria em uma situação complicada. Contudo, poderíamos pensar, a partir das teorias exploradas no artigo, o inverso do mito da vantagem autoritária: a estrutura constitucional oferece espaços para diálogos institucionais necessário para combate da pandemia, sendo um destes espaços a própria jurisdição constitucional. Assim, o intuito desta seção será analisar a teoria dworkiana e habermasiana em conjunto, vislumbrando uma maior perspectiva à jurisdição constitucional com modelos que propiciariam uma maior racionalidade democrática, ainda mais em tempos de calamidade. Conforme vimos, objeto então é a ADI 6357.

A referida ação constitucional requereu em sede cautelar para que o Supremo conferisse interpretação conforme à carta magna, aos arts. 14, 16, 17 e 24 da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) e ao art. 114, caput. e § 14, da Lei de Diretrizes Orçamentárias do ano de 2020 (LDO/2020)<sup>4</sup>. De acordo com o então Presidente da República, Jair Messias Bolsonaro, por intermédio da Advocacia Geral da União (AGU), os padrões de adequação orçamentária deveriam ser relativizados em conjunturas reconhecidas constitucionalmente como excepcionais, como é o caso da pandemia de Covid-19.

A tese central da AGU é clara: a norma de exceção fiscal prevista na LRF não é suficiente para garantir a eficiente atuação do governo federal frente às demandas fiscais e sociais que se apresentem diante da atual pandemia. Ainda mais, pois, é necessário a criação de novas políticas públicas, emergenciais e imprevisíveis, quando da formulação da

---

<sup>3</sup> CASTRO, P. V. O mito da vantagem autoritária. In: Revista Estado da Arte. 03 de abril de 2020. Disponível em: <https://estadodaarte.estadao.com.br/o-mito-da-vantagem-autoritaria/>.

<sup>4</sup> Ressalta-se que o Congresso Nacional reconheceu a calamidade pública por Covid-19 e autorizou a União Federal a descumprir a Meta Fiscal da LDO 2020 e a limitação de empenho por meio do Decreto Legislativo nº 06/2020. Portanto, o legislativo autorizou o descumprimento apenas das regras conferidas no inciso II do artigo 65 da LRF, isto é, o atingimento dos resultados fiscais da LDO 2020 e da limitação bimestral decorrente do potencial queda na receita.

LRF. Aduziu ainda que o direito à saúde, a ordem econômica, os valores sociais do trabalho e a dignidade da pessoa humana, estariam em risco no estado de calamidade, expressados pela insuficiência da flexibilização orçamentária prevista no art. 65 da LRF. Tais argumentos justificariam o afastamento das restrições orçamentárias previstas na LDO e na LRF.

A decisão monocrática<sup>5</sup>, referenda pelo Plenário, assentou o recente posicionamento da Corte acerca da constitucionalidade dos dispositivos objeto da ação, tido como “mecanismos de prudência fiscal para as despesas obrigatórias continuadas”, entendendo que o afastamento das limitações previstas na LRF em relação aos gastos públicos em face da pandemia, seria compatível com os riscos iminentes colacionados na peça inaugural. O Ministro relator entendeu pelo afastamento das exigências de demonstração de adequação e compensação orçamentária em relação à criação/expansão de programas públicas destinados ao enfrentamento do contexto de crise, expandindo ainda os efeitos da suspensão dos referidos dispositivos para todos os entes federados que tivessem decretado estado de calamidade<sup>6</sup>.

A referida decisão, assim como feito em um pedido inicial pela AGU, não autoriza um ordenamento de exceção que pode ser utilizado como precedente em demais casos, ou ainda, ser considerado como um “cheque em branco” para os gestores e agentes públicos (SCAFF; GUIMARÃES, 2021, p. 33). Na realidade, pode ser considerada uma ilustração da

---

<sup>5</sup> Ementa: REFERENDO DE MEDIDA CAUTELAR. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL (LRF). ARTS. 14, 16, 17 e 24. LEI DE DIRETRIZES ORÇAMENTÁRIAS (LDO/2020). ART. 114, CAPUT, E PARÁGRAFO 14. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO. AFASTAMENTO DA EXIGÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE ADEQUAÇÃO E COMPENSAÇÃO ORÇAMENTÁRIAS. CRIAÇÃO E EXPANSÃO DE PROGRAMAS PÚBLICOS DESTINADOS AO ENFRENTAMENTO DA PANDEMIA CAUSADA PELA COVID-19. PROTEÇÃO DA VIDA E DA SAÚDE. CONFIRMAÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR. PROMULGAÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL 106/2020. PERDA SUPERVENIENTE DO INTERESSE DE AGIR. EXTINÇÃO DA AÇÃO. 1. A Lei de Responsabilidade Fiscal instituiu um inovador modelo regulatório das finanças públicas, baseado em medidas gerais de transparência, de programação orçamentária, de controle e de acompanhamento da execução de despesas e de avaliação de resultados, destinadas, entre outros pontos, a incrementar a prudência na gestão fiscal e a sincronizar as decisões tomadas pelos Estados e pelos Municípios com os objetivos macroeconômicos estabelecidos nacionalmente pela União. 2. No entanto, existem situações nas quais o surgimento de condições supervenientes absolutamente imprevisíveis afeta radicalmente a possibilidade de execução do orçamento planejado. Inteligência do art. 65 da LRF. 3. O surgimento da pandemia de COVID-19 representa uma condição superveniente absolutamente imprevisível e de consequências gravíssimas, que afetará, drasticamente, a execução orçamentária anteriormente planejada. 4. O excepcional afastamento da incidência dos arts. 14, 16, 17 e 24 da LRF e 114, caput, in fine, e § 14, da LDO/2020, durante o estado de calamidade pública e para fins exclusivos de combate integral da pandemia de COVID-19, não conflita com a prudência fiscal e o equilíbrio orçamentário intertemporal consagrados pela LRF. Realização de gastos orçamentários destinados à proteção da vida, da saúde e da própria subsistência dos brasileiros afetados pela gravidade da situação vivenciada. 5. Medida cautelar referendada. 6. O art. 3º da EC 106/2020 prevê uma espécie de autorização genérica destinada a todos os entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) para a flexibilização das limitações legais relativas às ações governamentais que, não implicando despesas permanentes, acarretem aumento de despesa. 7. Em decorrência da promulgação da EC 106/2020, fica prejudicada a Ação Direta de Inconstitucionalidade, por perda superveniente de objeto e de interesse de agir do Autor. Precedentes.

<sup>6</sup> Após o referendo da cautelar, o Plenário, ao analisar pedido da AGU, declarou extinta a ação por perda de objeto em razão da aprovação da Emenda Constitucional 106/2020, denominada de “Orçamento de Guerra”. Esta EC institui um regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações da calamidade pública nacional decorrente da pandemia, sendo temporária e integrando o bloco de constitucionalidade. Poderíamos abordar este caso ao longo do texto, mas para não alargamento do debate, vale a nota: Scaff e Guimarães (2021) argumentam que a ADI 6357 em conjunto com a EC 106/2020, retratam o conceito de “direito financeiro de guerra”. Em nossa análise, preliminarmente, o referido conceito expressaria da mesma maneira a legitimação da jurisdição constitucional dentro do paradigma procedimentalista do *rule of law* na perspectiva habermasiana.

possibilidade de respostas adequadas feitas pela jurisdição constitucional ao regime democrático de crise, dado que os esforços apreendidos até então não foram suficientes para garantir os direitos à saúde, à vida e a dignidade da pessoa humana; e ainda com o aumento de casos de Covid-19, o governo precisou ampliar suas contratações tanto de médicos quanto de materiais hospitalares, dentro outros setores essenciais à continuidade dos serviços públicos.

Entre o texto e o contexto, fato é que o Supremo optou, corretamente, pelo contexto, respondendo de maneira correta o campo social. Pautando-se pelos princípios explícitos e implícitos na constituição, a Corte possibilitou que o governo brasileiro concedesse auxílio emergencial à população, pagasse o valor do seguro-desemprego para trabalhadores formais em caso de suspensão de seus contratos, distribuisse alimentos para idosos, assim como a continuidade de outros programas de redistribuição de recursos cujo aumento de despesa não poderia ser compensado nos termos exigidos pela LDO.

Esta interação, reflete justamente as condições pos-convencionais que Habermas assenta sua teoria. Isto é, um ambiente que diversas pretensões de validade convivem e entram em conflito, mas que não se assenta em um aspecto substantivo do direito natural ou uma ordem pré-estabelecida, mas sim se assenta nos pressupostos comunicativos desenvolvidos sob condições específicas de formação de opinião e da vontade (HABERMAS, 2003b, p.310). Assim que é possibilitado que uma norma seja revista na perspectiva habermasiana, espelhando da mesma maneira dois princípios necessários à legitimidade da jurisdição constitucional: princípio constitucional da reversibilidade das decisões e o princípio da não escravidão voluntária (OLIVEIRA, 2006, p. 84). A convergência destes dois princípios possibilitaria que o entendimento constitucional não fique fixo a um determinado tempo e como consequência, a sociedade não seja escrita do entendimento passado que por vezes, é refletido pelo legislador constituinte e pode ser da mesma maneira refletido pelo legislador ordinário (NICOCELLI, 2021, p. 943).

Em sentido semelhante, a defesa dos direitos fundamentais pelo Supremo e a possibilidade de os entes subnacionais suspenderem os dispositivos supracitados na ADI 6357, possibilita que estes entes tenham um devido processo legislativo democrático que possa traduzir a necessidade local em medidas normativas de combate, devido a um processo legislativo constitucional que possibilitou o controle judicial de constitucional da lei e do processo legislativo (NICOCELLI, 2021, p. 942). Como vimos na seção anterior, esta interpretação construtiva que possibilita o exercício da autonomia jurídica dos cidadãos é entendida como a razão que legitima a jurisdição constitucional na perspectiva habermasiana (HABERMAS; OLIVEIRA, 1998, 2006), sendo notável que esta deve emergir como partícipe no contexto de crise para buscar uma solução política e sendo justamente esta posição adotada pelo Supremo no contexto pandêmico, dado que atuou como árbitro

da dinâmica do processo político, influenciando da mesma maneira a decisão do Congresso no tocante a EC nº 106 (SCAFF; GUIMARÃES, 2021, p. 37).<sup>7</sup>

Além disso, Habermas entende que o controle de constitucionalidade como meio para reforçar o processo de formação democrática da vontade, não poderia ser visto então como um entrave democrático, ou seja, deveria eliminar eventuais obstáculos postos a este processo, assegurando o vínculo entre Direito e Estado de Direito, já que nem a maioria eleita detém a prerrogativa de inviabilizar o próprio procedimento democrático e suas condições procedimentais. Isso significa que a jurisdição constitucional necessita muito de fundamentação e legitimidade, refletidas nos debates concernentes à fundamentação das normas, do que da aplicação delas (HABERMAS, 1997, 148-149), o que fora feito pelo Supremo ao referendar a decisão monocrática, ao passo que zelou o aspecto procedimental da Constituição. Fruto de um debate público, com razões públicas, da própria jurisdição, que vinculou as pessoas – especificamente os chefes do Executivo - em nome de uma comunidade democrática, a uma resposta e responsabilidade política, não sendo apenas ilustrativo que a constituição possibilite o desfazimento de amarras institucionais, por via procedimental, para em momentos emergenciais, concretizar princípios, direitos fundamentais.

Em outras palavras, o processo legislativo democrático não pode ficar congelado ao que fora promulgado em um contexto normal, com um novo pano de fundo, ainda mais emergencial. Há de se assegurar a vinculação do Direito e Estado de Direito. Assim, não significa que a despeito do pedigree democrático constituidor da LRF e da LDO para o exercício fiscal de 2020, estas não poderão ser afastadas em detrimento de outro contexto, no caso específico, dentro do estado de calamidade.

Na perspectiva dworkiana é adotada a análise de casos concretos como metodologia para o estudo da prática judicial americana. Nessa linha, a abordagem da teoria substancialista perante um caso concreto brasileiro, não é nova. É justificável.

Conforme vimos, a ADI 6357 fora decidida tendo como base o afastamento das exigências de demonstração de adequação e compensação orçamentária para programas públicos destinados ao enfrentamento do contexto de crise. A razão deste afastamento seria de que haveria dado o contexto pandêmico, gastos orçamentários destinados à proteção da vida, saúde e da própria subsistência dos brasileiros afetados pela calamidade pública, havendo da mesma maneira, direitos fundamentais consagrados que teriam que

---

<sup>7</sup> Essa influência não escapa a teoria do filósofo alemão. Para Habermas, a jurisdição constitucional teria certo limite para a influência do processo político, o qual deveria preservar a autonomia pública e privada dos cidadãos. A partir dessa colocação, Habermas entende que o modelo procedimentalista de direito, os sujeitos de direito privado, na atuação das relações e situações do Estado social, só podem chegar a uma absoluta liberdade objetiva, se em seu lugar os legisladores políticos fizerem de sua liberdade comunicativa, isto é, se envolverem em debates público sobre a interpretação das necessidades destes sujeitos (HABERMAS, J. *Más allá del Estado nacional*. Madrid: Trotta, 1997, p.163).

ter a efetiva proteção, principalmente, em contextos excepcionais. Ainda, cita-se a necessidade de medidas de apoio possíveis para a manutenção das atividades do Sistema Único de Saúde (SUS), visto que houve a consagração, a partir dos arts. 169 e 197 da carta magna, do direito à saúde pública como direito de todos e dever do Estado, necessitando de sua garantia e sua universalidade e igualdade de acesso às ações e serviços de saúde.

Sob o ponto de vista da teoria da decisão judicial de Dworkin, para se chegar na melhor resposta nos *hard cases*, o juiz teria de partir da distinção entre princípios e *policies*, tendo em vista que mais coerente e consistente será a decisão para sustentar uma pretensão de direitos fundamentais, se baseada em princípios.

Vislumbrando a decisão do Ministro Relator temos tanto argumentos de princípios como de *policies* em suas razões. Em resumo, os princípios seriam as proposições que prescrevem direitos enquanto as *policies* são proposições que descrevem objetivos. Esta última, referente a decisão, basear-se-ia na ideia de propagação, continuidade de políticas públicas no contexto de calamidade pública.

Seria na jurisdição que a distinção entre princípios e *policies* ganha maior relevo na teoria dworkiana, dado que constrói um espaço de interação entre a filosofia, o direito, a política e a moral, a qual promove uma leitura moral da Constituição. Todavia, a dimensão política de uma decisão jurídica não é facilmente objetável, dado que uma vez que o sentido da decisão não se redonda em expedientes imediatos de felicidades gerais, ou seja, mendigando doses do bem comum, mas sim se funda na execução de direitos fundamentais (CHUEIRI; KOZICKI, 2022, p. 51).

No caso da ADI 6357 esta dimensão política da decisão fica ainda mais evidenciada, dado que as razões das políticas públicas ao fundar-se em direitos fundamentais, estariam comprometidas devido a propagação do vírus. Nesse sentido, tanto os argumentos de princípios, quanto de *policies*, estão em xeque na jurisdição e à defesa dos direitos fundamentais neste caso, não somente para um grupo específico, mas para a comunidade em geral, de forma igualitária.

Este sentido de igualdade, conforme vimos anteriormente, é justamente o que conferiria ao direito, enquanto moralmente justificado, o seu sentido de validade (CHUEIRI; SAMPAIO, 2009, p.49). Disto, sabe-se que igualdade requer distribuição de recursos e, para tanto, um nível de intervenção governamental, visto que qualquer distribuição é consequência do direito positivo e das políticas do governo. O compromisso deste princípio é moralmente verdadeiro para Dworkin, devendo ser interpretado da maneira que a igual consideração e o total respeito, se apoiem e se afirmem mutuamente (CHUEIRI; KOZICKI, 2022, p. 67), espelhando justamente o que Dworkin entende por democracia constitucional: ou seja, um regime de governo qual as decisões coletivas cuja estrutura, composição e prática, tratem os membros da comunidade com igual consideração e respeito (KOZICKI,

BARBOZA, 2008, p. 162)

Isso significa que a redistribuição de recursos não pode ser neutra – dado que a sociedade, sem ou com pandemia, não o é -, deixando que o mercado simplesmente a regule, ou ainda, que o contexto social emergente a regule. Ou seja, as desigualdades devem ser equalizadas, na medida em que isso seja moralmente desejável e praticável, de forma que os que estão em desvantagens consigam reverter a situação (CHUERI; KOZICKI, 2022, p. 68). Em outras palavras, as desigualdades do campo social acentuadas devido ao contexto de calamidade pública, devem ser tratadas, até mesmo pela jurisdição, de uma maneira que possa dar condições iguais dos indivíduos – a partir da universalidade e igualdade no acesso às ações e serviços de saúde, fundamentados pelo princípio da dignidade da pessoa humana – ao menos de se defender da propagação do vírus e suas consequências.

Na mesma linha, o argumento dworkiano de que o judiciário estaria em melhor condições para decidir questões de direito devido ao fato que sofre menos pressão com os demais poderes, fez-se valer no contexto pandêmico no Brasil. Vários foram os estudos que demonstraram as trocas de farpas entre Governadores e o então Presidente Bolsonaro na condução de políticas públicas para o enfrentamento da crise, sendo o judiciário, a jurisdição constitucional, o Supremo, considerado até mesmo o “árbitro da federação”<sup>8</sup>, decidindo até mesmo questões em como o Governo Federal deveria tratar o contexto de

---

<sup>8</sup> Sobre o assunto, ver: NICOCELLI, Gianluca. Federalismo, Patriotismo Constitucional e o STF frente a Covid-19: Reflexões para uma suposta legitimação e atuação do Supremo em meio à pandemia. In: *Anais do XIV Simpósio Nacional de Direito Constitucional*, 2021, Curitiba. Processo Constitucional e Constitucionalismo Contemporâneo. Curitiba: ABDConst, 2021. v. 1. p. 923-948. Na mesma linha também DANTAS, A.Q.; PEDROSA, M.H.M.R.; PEREIRA, A.L.S. A pandemia de Covid-19 e os Precedentes do STF sobre as Competências Constitucionais dos Entes Federativos: uma Guinada Jurisprudencial ou Mera Continuidade da Função Integrativa da Corte?. *Revista Direito Público*, Brasília, Volume 17, n.96, 2020, p. 58: “O exercer do papel de árbitro de sucessivos conflitos normativos, com contundentes reflexos políticos, dessa feita, teve como especial condutor determinadas posturas adotadas pelas respectivas autoridades executivas responsáveis pelo enfrentamento da crise sanitária.”.

calamidade<sup>9</sup>.

A referida decisão, portanto, reflete o que a corrente substancialista entende por uma atuação legítima da jurisdição: mais do que equilibrar os poderes, a jurisdição constitucional deve assumir o papel de um intérprete que põe em evidencia as maiorias eventuais, a vontade geral implícita e trabalha na perspectiva que o texto constitucional estabelece as condições do agir político-estatal (STRECK, 2003, p. 271). Ao qual, podemos afirmar que a decisão liminar da ADI 6357, possa ser caracterizada democrática e legítima no pensamento dworkiano, refletindo a função da jurisdição constitucional.

Deste modo, tanto da perspectiva procedimental, quanto da substancial, a decisão da ADI 6357 pode ser pensada para ilustrar a legitimidade da jurisdição constitucional no pensamento de Habermas e Dworkin. Tais teorias, conforme vimos, fundam-se em diferentes concepções sobre democracia, mas ainda assim, fundam-se diante/para/sobre (d)ela.

Em vista disso, de um aspecto democrático pensado em um contexto de crise, as referidas teorias, realçam ainda mais o caráter de que a despeito da narrativa da “vantagem autoritária” citada no início desta sub-seção, tanto os procedimentos quanto a própria materialidade substancial das decisões, podem condicionar respostas céleres e corretas à defesa de direitos fundamentais. Ao qual se torna, na realidade, uma vantagem democrática diante do contexto de crise, visto que há tanto no texto quanto na teoria constitucional, respostas para a solução de problemas que condicionam o poder público a agir, o que não é possível em um contexto autoritário dado que a resposta estaria à mercê de uma única vontade, o que, mormente a história nos mostra, ser uma vontade irresponsável e desarrazoada em qualquer contexto, principalmente quando se trata da defesa de direitos fundamentais.

---

<sup>9</sup>O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil moveu uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – nº 672 – com o objetivo de questionar as ações e omissões do Governo Federal, em especial do Presidente e do Ministro da Economia. Requeria o CFOAB, em sede cautelar, que fosse determinado ao Presidente o cumprimento do Protocolo da Organização Mundial da Saúde, sem interferência no que se relacionam as atividades econômicas e consequentemente regras de aglomeração, como também a não interferência nas atividades técnicas do Ministério da Saúde. O Ministro Relator entendeu em sede cautelar que, dado a série de medidas administrativas implementadas pelo Presidente da República, não seria possível “que o Judiciário substitua o juízo discricionário do Executivo e determine ao Presidente da República a realização de medidas administrativas específicas” Sobre o pedido relacionado à atribuição das políticas adotadas pelos chefes dos demais entes subnacionais, o Ministro entendeu que não competia ao Poder Executivo federal, afastar as decisões dos governos estaduais, distrital e municipais que “adotaram ou venham a adotar, no âmbito de seus respectivos territórios, importantes medidas restritivas como a imposição de distanciamento social” visando justamente à diminuição dos casos, tendo como base as recomendações da OMS e estudos técnicos científico. Lamentando ainda, que na condução da crise devido ao vírus, “mesmo em assuntos técnicos essenciais e de tratamento uniforme em âmbito internacional, é fato notório a grave divergência de posicionamento”. Sobre o assunto ver: NICOCELLI, Gianluca. Federalismo, Patriotismo Constitucional e o STF frente a Covid-19: Reflexões para uma suposta legitimação e atuação do Supremo em meio à pandemia. In: *Anais do XIV Simpósio Nacional de Direito Constitucional*, 2021, Curitiba. Processo Constitucional e Constitucionalismo Contemporâneo. Curitiba: ABDConst, 2021. v. 1. p. 923-948. Na mesma linha também DANTAS, A.Q.; PEDROSA, M.H.M.R.; PEREIRA, A.L.S. A pandemia de Covid-19 e os Precedentes do STF sobre as Competências Constitucionais dos Entes Federativos: uma Guinada Jurisprudencial ou Mera Continuidade da Função Integrativa da Corte?. *Revista Direito Público*, Brasília, Volume 17, n.96, p. 37-64, 2020.

## 5. Considerações Finais

Tratamos no artigo, teorias que discorrem sobre a legitimidade democrática da jurisdição constitucional relacionando um determinado modelo de democracia com seus respectivos modelos de jurisdição constitucional.

Conforme analisado, a teoria substancialista – tratada a partir da teoria de Dworkin neste artigo – é definida não apenas por procedimentos de participação e organização política, mas também por caracterizar um modelo de comunidade ética de valores compartilhados que justifica o modelo hermenêutico proposto. Esta definição de democracia, confere ao judiciário, a jurisdição constitucional, a função primordial de proteger os direitos fundamentais tendo como embasamento uma atuação material e valorativa, assentada pela melhor justificação para a prática social em questão; assumindo o papel de interprete que coloca em evidência, inclusive contra maiorias eventuais, a vontade geral do direito positivo expressado como valor permanente de sua cultura.

Por outro lado, analisamos a teoria procedimentalista – tratada a partir da teoria de Habermas neste artigo – ao qual entende que a democracia não seria apenas a proteção de direitos (autonomia privada), mas propriamente a conciliação desta proteção com as práticas democráticas (autonomia pública). Nesta definição de democracia, caberia ao judiciário, a jurisdição constitucional, assegurar a garantia e implementação de(os) procedimentos, assegurando da mesma maneira o processo democrático. Para esta teoria, não há o que se falar sobre sentimentos absolutos, pré-definidos, que expressariam o valor da cultura através da jurisdição; pelo contrário, estes valores seriam construídos argumentativamente e discursivamente no processo, daí também a importância dos tribunais constitucionais.

A ideia proposta neste artigo foi de que, a despeito das diferenças das referidas teorias e também das críticas que podem ser feitas ao transplantar estas teorias para a realidade brasileira, é possível analisar a jurisdição constitucional, o Supremo, sob um viés de legitimidade democrática a partir dos estudos de Dworkin e Habermas.

Assim, foi analisada a ADI 6357 sob as lentes dos referidos autores como uma forma de pensar as razões da legitimação do Supremo, mesmo em um contexto de crise. A sua atuação na referida ADI, conforme vimos, refletiria tanto o pressuposto de uma análise substancial quanto procedimental. Isto é, atuou de maneira que podemos pensar o poder judiciário enquanto interprete da Constituição que detém um papel primordial em atuar na efetivação de direitos fundamentais enquanto representação dos valores escolhidos pela sociedade, quanto em poder judiciário que detém a função em atuar como crítico de perspectivas passadas, examinando as práticas e procedimentos da formação democrática

da vontade para um processo que produz sua própria legitimidade.

Das duas teorias, podemos concordar que pensar o direito como uma prática interpretativa, mais ainda, o *judicial review*, é basicamente uma atitude crítica e reconstrutiva. Crítica pois não se assenta em algo limitado, um sentido único e reconstrutivo pois a cada contexto, surge-se um novo significado, aplicável naquele determinado contexto ou não.

Em um contexto democrático, esta análise se firma, conforme vimos, como uma “vantagem” se comparados a outros regimes, ainda mais em condições de crise. Esta vantagem, seja qual fundamento escolhermos, se funda com a tensão entre democracia e constitucionalismo, entre a reinvenção de direitos e a limitações destes. É nesse sentido que um é dependente do outro. Ou seja, só há democracia porque há constitucionalismo e só há constitucionalismo porque há democracia. Como expressão dessa lógica proposicional, a própria ADI 63157 sob as lentes das teorias de Dworkin e Habermas.

## Referências

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Federal: ADPF 672. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília, DF, 13/10/2020, Tribunal Pleno. Data de Publicação: DJ 29/10/2020. *STF*. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADPF%20672%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=\\_score&sortBy=desc&isAdvanced=true](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADPF%20672%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true). Acesso em: 25/08/2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI 6357. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Brasília, DF, 13/05/2020, Tribunal Pleno. Data de Publicação: DJ 20/11/2020. *STF*. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%206357%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=\\_score&sortBy=desc&isAdvanced=true](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%206357%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true). Acesso em: 25/08/2023.

BORGES, Gabriel de Souza Ramos; NICOCELLI, Gianluca. *O Direito e o Estado Democrático de Direito: análise correlacional entre a perspectiva de Jürgen Habermas e Niklas Luhmann*. In: LUDWIG, Celso Luiz; AGUIAR, Márlcio. *Grandes debates jurídicos da teoria e filosofia do direito: um campo de pesquisa sob crítica*. Estudos em homenagem ao professor Celso Luiz Ludwig. 1. ed., Curitiba, NEFIT, 2023, v.2., p. 177-194.

BUNCHAFT, Maria Eugenia. *Patriotismo Constitucional: Jürgen Habermas e a reconstrução da ideia de nação na filosofia política contemporânea*. 2ª edição, Curitiba: Juruá, 2015.

CHUEIRI, V. K. de; SAMPAIO, J. M. A. Como levar o Supremo Tribunal Federal a sério: sobre a suspensão de tutela antecipada n. 91. *Revista Direito GV*, v. 5, p. 45-66, 2009.

CHUEIRI, V.; KOZICKI, K. Dworkin, a leitura moral da constituição e a unidade do valor. In: Angela Machado Fonseca; Thiago Freitas Hanssen. (Org.). *Grandes debates jurídicos da filosofia e teoria do direito: a consolidação de um campo de pesquisa*. 1ed. Curitiba: Nefit, 2022, v. 1, p. 46-72.

**Revista Publicum**

Rio de Janeiro, Volume 9, Número 1, 2023, p. 184-205

<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum>

DOI: 10.12957/publicum.2023.80598

CASTRO, P. V. *O mito da vantagem autoritária*. In: Revista Estado da Arte. 03 de abril de 2020. Disponível em: <https://estadodaarte.estadao.com.br/o-mito-da-vantagem-autoritaria/>. Acesso em: 26/08/2023.

CRUZ, A. R. de S. Poder constituinte e Patriotismo constitucional. In: Marcelo Campos Galuppo (Org). *O Brasil que queremos: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte, Ed. PUC Minas, p.47-105, 2006.

DANTAS, A.Q.; PEDROSA, M.H.M.R.; PEREIRA, A.L.S. A pandemia de Covid-19 e os Precedentes do STF sobre as Competências Constitucionais dos Entes Federativos: uma Guinada Jurisprudencial ou Mera Continuidade da Função Integrativa da Corte?. *Revista Direito Público*, Brasília, Volume 17, n.96, p. 37-64, 2020.

DWORKIN, R. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, R. *Uma Questão de Princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HABERMAS, J. *Más allá del Estado nacional*. Madrid: Trotta, 1997.

HABERMAS, J. *Facticidad y Validez: sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en Términos de Teoría del Discurso*. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998.

HABERMAS, J. *A Inclusão do outro: Estudos de teoria política*. Tradução de Geoge Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola: 2002.

HABERMAS, J. O Estado democrático de direito é uma amarração paradoxal de princípios contraditórios? In: Habermas, Jürgen. *Era das transições*. Tradução de Flávio Beno Siebeneicher. RJ: Tempo Brasileiro, 2003a.

HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, v. 2. 2ª ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneicher. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b.

KOZICKI, K.; BARBOSA, E. M. de Q. Jurisdição constitucional brasileira: entre constitucionalismo e democracia. *SEQUÊNCIA* (UFSC), v. 56, p. 151-176, 2008.

NICOCELLI, Gianluca. Federalismo, Patriotismo Constitucional e o STF frente a Covid-19: Reflexões para uma suposta legitimação e atuação do Supremo em meio à pandemia. In: *Anais do XIV Simpósio Nacional de Direito Constitucional, 2021*, Curitiba. Processo Constitucional e Constitucionalismo Contemporâneo. Curitiba: ABDConst, 2021. v. 1. p. 923-948.

OLIVEIRA, M. A. C. de. *Poder constituinte e Patriotismo Constitucional: O projeto constituinte do Estado democrático de direito na teoria discursiva de Jürgen Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

OLIVEIRA, M. A. C. de.; LOPES, D. F. Breves contribuições para uma reflexão sobre o poder constituinte e a legitimidade do direito na modernidade no marco do debate jusfilosófico e teórico-constitucional contemporâneo. MG: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Belo Horizonte, nº 49, p. 161-180, Jul. – Dez. 2006.

STRECK, L. L. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma Nova Crítica do Direito*.

**Revista Publicum**

**Rio de Janeiro, Volume 9, Número 1, 2023, p. 184-205**

<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum>

DOI: 10.12957/publicum.2023.80598

Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STRECK, L. L. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais e Sociais no Brasil. *Novos Estudos Jurídicos* - Volume 8 - Nº 2 - p.257-301, maio/ago. 2003.

**Enviado em: 07/12/2023**

**Aprovado em: 29/01/2024**