XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II

CAMILA BARRETO PINTO SILVA

FRANCISCO MATA MACHADO TAVARES

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

C755
Constituição e democracia II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP
Coordenadores: Camila Barreto Pinto Silva
Francisco Mata Machado Tavares – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN:
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II

Apresentação

O Grupo de Trabalho dedicado à apresentação e discussão de pesquisas científico-jurídicas referentes à seara da imbricação entre constituição e democracia correspondeu à expectativa suscitada pela atualidade, dramaticidade e relevância do tema no atual contexto sócio-histórico global, pautado por transições, tensões e crises relacionadas a díade conformadora do constitucionalismo democrático, que emerge no Ocidente a partir do século XVIII e consolida-se como fundamento triunfante das nossas sociedades a partir da segunda metade do século XX.

A tensão entre a rigidez associada ao constitucionalismo e o dinamismo próprio à legitimação democrática da autoridade política é um tema tão instigante como onipresente no pensamento humanístico e nos conflitos sociais desde o século XIX. Os receios de Mill e Tocqueville em relação aos riscos de tiranias majoritárias, de um lado; e os clamores republicanos em favor de uma primazia das decisões coletivas para além das reservas constitucionais, de outro; pautaram boa parte da trajetória jurídico-política da modernidade em seu estágio posterior ao iluminismo. As vozes de Locke a ecoarem sobre o apreço liberal pelas normas que afastam do debate político as condições de possibilidade da sua própria existência, e de Rousseau a saudarem variantes contemporâneas de uma vontade geral entendida como soberana em seus próprios termos, ainda se entrecruzam em um debate contínuo e profícuo. Neste processo, tentativas de síntese ou de composição entre o primado republicano da democracia e a conquista liberal do constitucionalismo, a exemplo da tese habermasiana de equiprimordialidade entre as autonomias pública e privada, parecem apenas estabelecer uma efêmera trégua em uma saudável e instigante tensão constitutiva do constitucionalismo erigido em sociedade plurais, complexas, seculares e referenciadas no duplo valor daquilo que Constant definira como as liberdades moderna e antiga.

Este Grupo de Trabalho ocorre em um momento no qual a recorrente contenda entre liberais e republicanos afigura-se ínfima, diante de uma ameaça mais séria e fundamental ao constitucionalismo democrático: vivemos sob tempos em que democracias perecem globalmente e o primado dos direitos fundamentais ou de sua projeção universal em um sistema assegurador de direitos humanos fenece. A emergência de populismos não democráticos, a naturalização do desprezo às garantias fundamentais prescritas nas

constituições e a emergência de hegemonias que, antes de definidas por novas ou alternativas razões, negam a racionalidade enquanto fundamento da vida social, parecem por em risco os dois mais preciosos consensos da nossa civilização: constitucionalismo e democracia.

Nestes tempos dramáticos e intensos, a produção acadêmica vê-se desafiada e convidada a encontras categorias, métodos, teorias e fundamentos capazes, senão de apontar rotas de saída da crise, de permitirem sua mais adequada e analiticamente refinada compreensão. Esta missão, acredita-se, fora cumprida pelo conjunto de pesquisadores/as que apresentaram seus artigos jurídicos no Grupo de Trabalho sobre Constituição e Democracia. Três grandes eixos do debate, tal como abaixo explicados, asseguraram a completude e a consistência da produção científica trazida ao GT nesta edição do Encontro Nacional do CONPEDI.

Primeiramente, destacam-se os trabalhos referentes a temas situados na fronteira entre a filosofia, a teoria política e a teoria da constituição. Nesta seara, houve contribuições referenciadas em uma plêiade atualizada e consistente de referências, oscilantes da teoria luhmaniana dos sistemas ao pensamento heiddegeriano, sem que faltassem estudos referenciados na produção do Sul Global, em especial quanto ao Novo Constitucionalismo. A fundamentação, a coesão, os limites e os desafios para a difícil e necessária composição entre democracia e direitos fundamentais foram, nestes trabalhos, perquiridos em grau de compatibilidade com a dificuldade e urgência dos problemas impostos pelo momento histórico presente.

Em seguida, mencionam-se os artigos identificados com a temática da jurisdição constitucional ou, ainda mais amplamente, do processo constitucional. Em um mundo no qual fenômenos como judicialização da política e politização da justiça conduzem ao limite as ideias liberais de checks and balances, indicando na prestação jurisdicional que dá concretude aos ditames asseguradores de direitos fundamentais o preciso locus da fronteira entre democracia e constituição, os trabalhos souberam lidar com problemas de pesquisa e olhares teóricos dignos de contribuírem para o permanente avanço científico nesta questão.

Houve, ainda, artigos dedicados a estudos sobre direitos fundamentais sem os quais a cidadania democrática e a própria dignidade de pessoas que se engajam em uma comunidade jurídico-política na condição de jurisconsortes livres e iguais não poderia realizar-se. Assim, o tema dos direitos de pessoas com deficiência, a questão migratória e as políticas orientadas à garantia do direito fundamental à moradia foram trazidos à baila em produções que refletem a mais desejável combinação entre rigor científico e compromisso social da atividade acadêmica no campo jurídico.

A sessão de apresentação dos trabalhos refletiu a qualidade dos textos que o/a leitor/a lerá a a seguir e indicou que, sob os mais tormentosos tempos para a democracia e os direitos fundamentais, o campo jurídico brasileiro não esmorece e enfrenta, com seriedade e consistência, a tarefa de compreender e defender estes dois alicerces do mundo livre, racional e secular. Desejamos a todos/as uma boa leitura.

Prof. Dr. Francisco Mata Machado Tavares - UFG

Profa. Dra. Camila Barreto Pinto Silva - UNIMES

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

DIREITOS FUNDAMENTAIS E O DESAFIO DA INCLUSÃO NO PARADIGMA DA RACIONALIDADE PROCEDIMENTAL

FUNDAMENTAL RIGHTS AND THE CHALLENGE OF INCLUSION IN THE PARADIGM OF PROCEDURAL RATIONALITY

Melissa Andrea Lins Peliz [1]

Resumo

Esse artigo tem por objetivo demonstrar como a concepção dos direitos fundamentais e sua aplicação no constitucionalismo moderno, diretamente relacionados a uma subjetividade jurídica soberana que opera um modelo de racionalidade procedimental, podem funcionar como parte de um mecanismo de exclusão. Para tanto, começa com uma crítica à racionalidade comunicativa de Habermas e a algumas de suas consequências práticas, com a ilustração do caso da declaração do "estado de coisas inconstitucional", contrapondo a ideia de soberania em Schmitt e apresentando alguns aspectos das reflexões de Derrida para pensar os direitos fundamentais sobre novas bases.

Palavras-chave: Estado, Democracia, Alteridade, Inclusão, Legitimidade

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to demonstrate how the conception of fundamental rights and their application in modern constitutionalism, directly related to a sovereign legal subjectivity that operates a model of procedural rationality, can function as part of a mechanism of exclusion. To do so, it begins with a critique of Habermas' communicative rationality and some of its practical consequences, with the illustration of the case of the declaration of the "unconstitutional state of affairs", opposing the idea of sovereignty in Schmitt and presenting some aspects of Derrida's reflections to think fundamental rights on new foundations.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: State, Democracy, Alterity, Inclusion, Legitimacy

[1] Mestre em Metafísica (Unb)

I – Introdução

A relação dos direitos fundamentais com a soberania revela um paradoxo que a sociedade ainda não conseguiu resolver. Para além da aporia filosófica, o discurso prático que envolve a aplicação dos direitos fundamentais, voltado para a inclusão, mostra-se ainda mais tormentoso em uma sociedade que se encontra cada vez mais complexa e desigual. A prática jurídica, sedimentada na aplicação dos direitos fundamentais, que fundamentam e possibilitam a realização de políticas públicas, em confronto com essa desigualdade social, fomenta a dúvida sobre o sentido de universalidade dos direitos fundamentais assegurados constitucionalmente.

Isso revela que o projeto de racionalidade procedimental da modernidade mostrou-se insuficiente para a construção de uma sociedade, de fato, inclusiva. Tendo como paradigma de funcionamento a racionalidade procedimental, a sociedade, ao contrário disso, tornou-se cada vez mais fragmentada, eis que, ao ser operada dessa maneira, acaba por afirmar a exclusão. A operatividade dessa racionalidade procedimental excludente no âmbito do direito é especialmente demonstrada pela concretização dos direitos fundamentais cujos conteúdos indefinidos são preenchidos muitas vezes por atores não legitimados, conforme suas próprias inflexões subjetivas.

Essa percepção nos leva à constatação de que os direitos fundamentais plasmados nas Constituições, em sua dimensão político-normativa, não estão diretamente relacionados a um projeto de inclusão. É que a racionalidade jurídica procedimental operada por uma subjetividade jurídica soberana é insuficiente para conferir um fudamento de validade aos direitos fundamentais enquanto articulação da alteridade. Então, torna-se necessário analisar um novo modelo filosófico-jurídico que permita pensar os direitos fundamentais fora do padrão da racionalidade procedimental se se quiser pensar em uma sociedade inclusiva.

Antes de trazer novos paradigmas filosóficos que podem ampliar o debate sobre os direitos fundamentais, é preciso entender a atuação da própria racionalidade procedimental. Habermas apresenta-se como filósofo natural a entender esse modelo porque a partir da apresentação da modernidade como um projeto da racionalidade, ele introduz o paradigma da ação comunicativa. O seu projeto, então, é o da racionalidade procedimental baseada no agir comunicativo, que seria o único a possibilitar a intersubjetividade.

Aplicada ao direito, o agir comunicativo permitiria conferir-lhe legitimidade, de modo que não fosse preciso apelar para teorias jusnaturalistas e nem para a mera crença na legitimidade da lei. Ainda permitiria encontrar uma saída para o paradoxo anteriormente apontado: a relação entre soberania e direitos fundamentais a partir de uma postulada relação de complementaridade entre direito e moral.

Essa questão, contudo, não se dissipa tão facilmente e aliada a outra, a soberania política nos moldes pensados por Schmitt, parece criar um novo problema: a racionalidade procedimental operada por uma subjetividade jurídica que exclui. A soberania diluída, baseada no poder comunicativo, como pretendia Habermas, não parece domar a força do Estado que inclui alguns e gera a exclusão de outros.

O direito, como racionalidade neutra operada pelo soberano schmittiano, parece vocacionado a assimilar conteúdos morais que servem como justificativa para manter a dinâmica de não inclusão. E nesse sentido, a racionalidade comunicativa parece ainda ecoar a soberania de Schmitt, o que evidencia algumas fragilidades do pensamento de Habermas. A consequência pode ser o exercício da soberania por juízes que acreditam que o que é moralmente certo para eles deve ser aceito. A atuação de uma subjetividade jurídica que seria necessária para a concretização dos direitos fundamentais pode ser apreendida a partir da análise de casos da corte suprema brasileira que movimentam-se no sentido de possibilitar políticas públicas, dos quais trazemos ilustrativamente a arguição de descumprimento de preceito fundamental 347 em que restou declarado o "estado de coisas inconstitucional" em relação ao sistema penitenciário brasileiro.

A soberania como reflexo da subjetividade jurídica denota que a intersubjetividade almejada por Habermas não restou alcançada pelo direito. Assim é que outros modelos, avessos à fundamentação dos direitos fundamentais, e que partem da alteridade, podem ser trazidos como possíveis saídas para o estado de racionalidade procedimental baseado em uma subjetividade jurídica que exclui. E nesse sentido, o pensamento de Derrida, que desvenda o discurso de autoimunidade da soberania, pode apresentar possíveis saídas que podem representar o início de uma nova reflexão sobre os direitos fundamentais. Uma reflexão que inclua também a palavra justiça.

A reflexão proposta, então, eminentemente teórica, é uma crítica à teoria de Habermas através da leitura de algumas de suas obras, tomando como contraponto algumas ideias de Schmitt e Derrida. O trabalho partirá das linhas filosóficas de Habermas para detectar como a racionalidade procedimental termina por não apresentar um modelo de intersubjetividade dentro do direito. O pensamento de Habermas será o fio condutor do artigo ao qual será contraposto o de Schmitt para apresentar brevemente o problema da soberania política que no contexto atual permanece sendo operada por uma subjetividade (jurídica) e a seguir, o de Derrida para ajudar a pensar uma sociedade e um direito baseados na responsabilidade. O caso da APDF 347 serve apenas para ilustrar como opera a racionalidade procedimental pela subjetividade jurídica.

Aqui cabe um esclarecimento: adota-se a terminologia direitos fundamentais para indicar que se trata dos direitos humanos internalizados no bojo das Constituições democráticas. É que as discussões serão empreendidas a partir de uma ótica doméstica, como reflexo, aliás, e talvez, de todos os problemas relacionados à interpretação e aplicação dos direitos humanos.

II – *Com Habermas contra Habermas*: direitos fundamentais entre direito e democracia

Na compilação de artigos realizada por Luiz Moreira intitulado "*Com Habermas, contra Habermas"*, que é também tradutor de ensaios de Apel que compõem a coletânea, esse último pensador lança algumas críticas sobre o pensamento habermasiano que podem ser aproveitados para a própria leitura do papel dos direitos fundamentais. Apel compartilha com Habermas da concepção pragmática da linguagem[1], mas acredita que o projeto de uma ética discursiva, construída a partir de um modelo de intersubjetividade, parece ter sido abandonado por Habermas (APEL, 2004, p. 205), restando à fundamentação dos direitos fundamentais apenas a moral, que acaba prevalecendo sobre os discursos éticos e pragmáticos.

Mas de que intersubjetividade se fala? Essa intersubjetividade está relacionada à alteridade? Habermas concebe o social e o direito sob o paradigma da racionalidade comunicativa, mas seu projeto não parte da alteridade. Ao estabelecer uma indelével ligação entre modernidade e racionalidade, o filósofo alemão termina construindo um mundo da vida altamente racionalizado, decorrente de um processo de evolução social em que ética, moral e direito se encontrariam integrados por via da racionalidade comunicativa. Apenas esse mundo da vida racionalizado poderia fazer face à ação dos sistemas, própria da racionalidade instrumental-teleológica, permitindo um todo integrado.

As ideias de Habermas estão assentadas em uma concepção prévia de universalidade da ética discursiva que permite transcender as formas de vida particular e que acabaria por alargar a compreensão da comunidade à qual se aplica, tornando-a mais inclusiva. Mas essa inclusão, seja esclarecido, é apenas dos sujeitos dotados de capacidade de linguagem e ação. É por isso que se disse que em seu modelo a alteridade não encontra tradução no mundo da vida racionalizado.

Ao olhar para o mundo moderno, tem-se a impressão de que a racionalidade nos moldes habermasianos, na verdade, reafirma a exclusão, expandindo desigualdades prévias que

[1] Contudo, a pragmática de Apel é transcendental, enquanto a de Habermas universal: "O maior desafio de sua concepção pragmática e universal da linguagem [de Habermas] – diferentemente da concepção transcendental de Apel – reside precisamente na dupla estrutura do ser racionalmente construída" (HABERMAS, 1982, p. 228 *in*: MILOVIC, 2002, p. 222).

existiam antes mesmo da constituição do poder político (DE GIORGI, 2017, p. 41) que, por sua vez, tem uma relação de co-originariedade com o direito, segundo Habermas. Isso acontece porque Habermas ignora a força do mundo da vida não racionalizado, que permanece pré-reflexivo e pré-cognitivo, e no qual se desdobram as relações de poder e exclusão (COOLE, 1997, p. 232). Discussões sobre o diferente, então (a mulher, o negro, as crianças, os transexuais) não teriam a força de irromper no mundo da vida por meio de pretensões de validade, como entende Habermas.

O direito no mundo moderno permitiria assegurar coesão social segundo Habermas. De fato, transportada a teoria da ação comunicativa ao direito, este emerge entre mundo da vida e sistemas, como um sistema de ação e como um saber presente no mundo da vida, que é capaz de traduzir a linguagem coloquial do mundo da vida para os códigos dos sistemas. Nisso o direito difere da moral, que está presente apenas no mundo da vida. Aliás, no projeto de Habermas o direito é independente da moral, mas guarda com ela uma relação de complementaridade, compartilhando ambos a mesma forma de racionalidade, quer seja, a moral-prática, supostamente neutra. Essa relação entre direito e moral repercutirá de diversos modos na filosofia política e jurídica de Habermas: na relação entre autonomia e heteronomia, autonomia pública e autonomia privada, direitos humanos e soberania, Estado constitucional e democracia.

A tensão que se encontra entre tais conceitos é diluída em Habermas por um artifício que resulta da aplicação da teoria do agir comunicativo ao direito: a legitimidade do direito e por conseguinte, do próprio Estado, só pode ser encontrada na legalidade. Habermas ressignifica, então, o sistema dos direitos, de modo que os autores das leis devem ser entendidos simultaneamente também como seus destinatários. Os sujeitos de uma comunidade se atribuem reciprocamente direitos fundamentais pertinentes a iguais liberdades de ação e à proteção judicial, como destinatários das leis, e de participação em processos de formação da opinião e da vontade, como autores das mesmas leis.

Habermas estabelece assim, uma inexorável, não obstante frágil, ligação complementar entre democracia e direitos fundamentais. Fugindo de uma fundamentação jusnaturalista e metafísica, mas sem recair no extremo oposto forjado pelo positivismo, ele quer encontrar um fundamento de validade normativo para o direito, ainda que esse seja independente da moral. Para Habermas nada vem antes da prática da autodeterminação dos civis, a não ser o princípio do discurso e o *medium* do direito (HABERMAS, 2003a, p. 164-165). O princípio do discurso, neutro, proveria normas morais através de um princípio moral a

atuar internamente (autonomia) e normas jurídicas por meio de um princípio da democracia, que funcionaria externamente (heteronomia).

A neutralidade do princípio do discurso já é, em si, questionável, na medida em que concebe justiça (liberdade subjetiva de indivíduos inalienáveis) e solidariedade (bem-estar das partes irmanadas em uma forma de vida partilhada intersubjetivamente) como se decorressem do princípio da ética discursiva (HABERMAS, 1991, p. 19), ocultando que talvez não passem de ideais da sociedade moderna, cujo conteúdo ainda deve ser preenchido. A questão se torna ainda mais difícil no que diz respeito à fundamentação dos direitos fundamentais e às consequências prática que resultam disso.

Na fundamentação dos direitos fundamentais a que chega Habermas, há clara sobreposição dos discursos morais aos éticos e pragmáticos. Ora, a ética do discurso acaba, segundo Habermas, a fornecer até mesmo um substrato moral. O direito, então, como categoria de mediação entre fatos e normas, abraçaria, contraditória e simultaneamente, um certo conteúdo moral, mantendo-se, contudo, neutro como técnica de comunicação (CASTRUCCI, 2015, p. 285).

Exemplificativo desse pensamento do filósofo é sua leitura da *Virginia Bill of Rights* e da Declaração de Independência norte-americana de 1776 que são dadas por ele como fatos (ou eventos) que demonstram a justificação histórica incontestável dos direitos humanos fundamentais (decorrentes do projeto de evolução social) e que dessa forma devem ser postulados como detentores de uma validade sobrepositiva que, por sua vez, decorre da moral universal (CASTRUCCI, 2004, p. 287). Os direitos fundamentais, sendo assimilados ao ordenamento jurídico de todos os estados e assumindo a forma de direitos subjetivos, gozam de sua força cogente, sendo moralmente neutros.

Mesmo dispostos nas constituições, são válidos para todo e qualquer cidadão, na medida em que gozam de validação universal (moral racional e procedimental). A prova de sua validade sobrepositiva é que, com a evolução histórica, incrustaram-se em todas as constituições democráticas. A Constituição seria, portanto, um documento que demonstraria a universalidade dos direitos fundamentais e simultaneamente lhes conferiria a força cogente própria dos direitos subjetivos.

Segundo Habermas, os direitos fundamentais previstos nas constituições nada têm de transcendental e sua durabilidade depende de interpretação contínua, que permitiria sua constante convalidação em todos os níveis de elaboração do direito. A liberdade comunicativa, segundo entende, permitiria o perpetuar da criação do ato jurídico como processo constituinte

permanente. Mas a prática do constitucionalismo habermasiano só se instala depois de instauradas condições de igualdade e liberdade.

Habermas não quer apelar para a abstração de teorias contratualistas, mas também indica uma ficção: a de que sujeitos, vivendo livremente, decidem se engajar em uma prática democrática e constitucional se comprometendo a resolver sua vida futura mediante leis, partindo-se do pressuposto de que todos eles são capazes de tomar parte em discursos racionais. A partir de então, os sujeitos dessa comunidade engajam-se naquela prática constituinte permanente mencionada, o que estabelece também uma relação entre constitucionalismo e democracia. Trata-se da legitimação pela legalidade que, no contexto, traduz-se como a própria constituição.

Dentro da concepção habermasiana, a interpretação dos direitos fundamentais fica sujeita a observância de tradições, conforme a evolução histórica. Não se pode postular para os direitos fundamentais um fundamento de validade metafísico, mas sua concretização é balizada por tradições e circunstâncias históricas, o que limita a democracia a circunstâncias externas à Constituição, já evidenciando a fragilidade de um vínculo interno entre democracia e constitucionalismo.

A crítica à filosofia política de Habermas evidencia que a tensão entre soberania e Estado de direito não se encontra diluída pela racionalidade procedimental. Nesse contexto, a concretização dos direitos fundamentais, que opera um modelo de racionalidade procedimental discursiva, revela que o sistema jurídico apenas renova o já conhecido embate entre Schmitt e Kelsen quanto ao guardião e intérprete da Constituição, mantendo e promovendo novas exclusões pela chancela dos direitos fundamentais.

III – O "estado de coisas inconstitucional" e a soberania político-jurídica

Habermas suspeita de um sistema em que a atualização constitucional seja realizada por um juiz não eleito, o que ele acreditava que poderia fragilizar o constitucionalismo em sua relação com a democracia. Mas em seu modelo de racionalidade procedimental não fica claro como estabelecer limites ao Poder Judiciário, especialmente em se tratando da concretização dos direitos fundamentais. O filósofo lembra que há distinção entre os discursos de fundamentação e adequação, próprios do Poder Legislativo e do Poder Judiciário respectivamente, contudo, mesmo a aplicação da lei fica aberta aos argumentos pragmáticos, éticos e morais, controlados por limitações temporais, sociais e materiais próprias do processo judicial (HABERMAS, 2003a, p. 292), muitas vezes insuficientes a um efetivo controle.

Essa dificuldade de Habermas parece indicar que seu projeto ainda não oferece uma resposta adequada à soberania política de Carl Schmitt com todas as suas consequências, o que é revelado expressivamente na aplicação dos direitos fundamentais. Como decorrência da análise schmittiana sobre Estado e soberania, direito e política, torna-se claro que os direitos fundamentais detêm, ao menos parcialmente, um substrato político-teológico que se relaciona com a ideia de universalidade moral. Reconhecido o fundamento moral dos direitos fundamentais é possível entender também como eles podem ser mantidos como centro de um sistema baseado na legitimação pela dominação, eis que podem ser opostos a identidades políticas desconformes à ideologia predominante. Na linha da análise amigo-inimigo, possibilitada pela obra de Schmitt, divisa-se o fundamento moral dos direitos fundamentais como produtor de diferenciações.

Segundo ainda o fundamento político-teológico de Carl Schmitt sobre soberania, soberano é aquele que tem o poder de decidir, em *ultima ratio*, sobre o estado de exceção.[2] Quando se está dentro de um estado de exceção permanente, em que os direitos fundamentais são invocados para conceder um certo sentido de estabilização do sistema, fácil verificar que aquele que tem o poder de definir seu respectivo conteúdo, detém o poder soberano.

O exercício dessa soberania por uma subjetividade jurídica é que parece acabar legitimada pela racionalidade procedimental, como ilustra o caso da arguição de descumprimento fundamental 347. De fato, a decisão liminar concedida na ADPF 347 é bastante ilustrativa quanto à adoção de elementos schmittianos nas discussões envolvendo os direitos fundamentais – e de resto sua ligação com a democracia (ou com sua impossibilidade nesse modelo). O ativismo judicial, de que é exemplo referida decisão, está a demonstrar que estamos presos ao exercício da soberania por juízes que teriam o poder de decidir em última instância o que é exclusivo do povo (BARSALINI, 2013, p. 59).

Nesse caso paradigmático, a corte suprema brasileira invocou a teoria do "estado de coisas inconstitucional" a partir de precedentes da corte constitucional colombiana, para declarar a violação massiva de direitos fundamentais dos presos, que foi atribuída difusamente a diversos entes federativos e agentes do Estado, em virtude de "falha estatal estrutural",

[2] "A contiguidade essencial entre estado de exceção e soberania foi estabelecida por Carl Schmitt em seu livro 'Politische Theologie' (Schmitt, 1922). Embora sua famosa definição do soberano como 'aquele que decide sobre o estado de exceção' tenha sido amplamente comentada e discutida, ainda hoje, contudo, falta uma teoria do estado de exceção no direito público, e tanto juristas quanto especialistas em direito público parecem considerar o problema muito mais como uma *quaestio* facti do que como um genuíno problema jurídico. Não só a legitimidade de tal teoria é negada pelos autores que, retomando a antiga máxima de que necessitas legem non habet, afirmam que o estado de necessidade, sobre o qual se baseia a exceção, não pode ter forma jurídica; mas a própria definição do termo tornou-se difícil por situar-se no limite entre a política e o direito" (AGAMBEN, 2008, p. 11).

expressão utilizada no voto do relator, Min. Marco Aurélio, ao conceder a medida cautelar na ação citada. As decisões da corte colombiana, ainda segundo o Min. Marco Aurélio, destacaram três pressupostos principais para a admissão do estado de coisas inconstitucional: "...situação de violação generalizada de direitos fundamentais; inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a situação; a superação das transgressões exigir a atuação não apenas de um órgão, e sim de uma pluralidade de autoridades". Todos esses pressupostos estariam presentes de modo a se poder reconhecer, ainda nas palavras do relator, a capacidade apenas da corte suprema para "...superar os bloqueios políticos e institucionais que vêm impedindo o avanço de soluções, o que significa cumprir ao Tribunal o papel de retirar os demais Poderes da inércia, catalisar os debates e novas políticas públicas...".

Para além da própria inconsistência teórica e filosófica da declaração do "estado de coisas inconstitucional" (DE GIORGI, 2018, p. 483) e do discurso que autoimuniza a atuação do Poder Judiciário (apesar das medidas dirigidas a ele próprio na decisão já mencionada, como a exigência da audiência de custódia que, de mais a mais, já se encontrava no ordenamento jurídico por força da internalização do Pacto dos Direitos Civis, bem como da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, o que indica um descumprimento sistemático), há que se perscrutar também o próprio papel dos direitos fundamentais cuja violação massiva ali restou invocada de modo a possibilitar a intervenção judicial, como instrumento que permite a interseção entre político e jurídico, acabando por obnubilar a distinção.

Mais do que isso, essa análise também indica que os direitos fundamentais são peças chave de uma engrenagem que permite perpetuar a exclusão. É que a concretização desconstitucionalizante do texto constitucional oculta os fatores reais de poder, eis que não possibilita "...uma relação consistente da atividade de interpretação/aplicação constitucional e da práxis política dos órgãos estatais e cidadãos com o modelo constitucional" (NEVES, 1996, p. 323). No caso dos direitos fundamentais, essa concretização desconstitucionalizante ocorre porque sua própria fundamentação é ambígua. Trata-se, por assim dizer, de uma incoerência maior. Ora, a concretização dos direitos fundamentais levará em conta práticas totalizantes e universalizáveis, voltando-se necessariamente às estruturas de poder, e não ao cidadão titular do direito fundamental.

Ora, na lição de Schmitt, o líder soberano é o único capaz de subordinar burocracia e tecnologia, personificando o verdadeiro poder. E ao assim fazê-lo, o soberano coloca-se dentro e fora do direito, ao mesmo tempo, no caso do estado de exceção (DOURADO, 2017, p. 20). É a postura dos juízes quando decidem que existe um "estado de coisas inconstitucional": eles colocam-se ao mesmo tempo dentro e fora do sistema (para usar uma palavra habermasiana),

na medida em que, à guisa de aplicação dos direitos fundamentais, vocação para a qual o Poder Judiciário teria sido talhado, arvoram-se como o único entre todos os poderes que pode "organizar" tal estado, galvanizando os debates que levariam à adoção de políticas públicas. Olvidam-se, vale dizer, de que fazem parte do sistema e que, como tal, também não realizam a contento a fiscalização de presídios, omitindo-se, do mesmo modo, na adoção de medidas alternativas capazes de reduzir o encarceramento, isso sim, deveres legalmente atribuídos ao Poder Judiciário.

Essas medidas que devem ser observadas e que contribuíram para o "estado de coisas inconstitucional", no momento da decisão são tratadas como contingências que o soberano deixa de invocar para decidir com base nos direitos fundamentais, o que justificaria também a adoção de providências pelo direito, em substituição ao fracasso das opções políticas. Isso, à toda evidência, revela uma contradição ínsita à própria palavra lei (ou ao direito como um todo), eis que em um estado de exceção permanente forjado nos termos schmittianos, é a suspensão da aplicação da lei que gera sua força.

A concretização dos direitos fundamentais, aliás, se encontra no centro da maioria das discussões judiciais que ensejam o protagonismo judicial (ou o ativismo judicial). Especificamente no âmbito da realização de políticas públicas firmou-se uma sólida jurisprudência no âmbito de nossa corte suprema[3], amparada na invocação de proteção aos direitos fundamentais, entre os quais os direitos sociais, tais como plasmados na Constituição Federal, a permitir a pronta intervenção do Poder Judiciário.

Esse protagonismo judicial é possibilitado porque o modelo jurídico está alicerçado em declarações de direitos apontados como fundamentais aos seres humanos, cuja concretização parece ser viável apenas através da sujeição da vida a cálculos e mecanismos de poder. A judicialização da política representa uma invasão do direito sobre a vida social (VIANNA, 1999, p. 22) por intermédio da aplicação de direitos fundamentais que poderiam

[3] Alguns exemplos de recursos extraordinários afetados à sistemática da repercussão geral que envolvem a proteção ao direito social à saúde: RE 566471/ RN, Tema 6 ("Dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo"); RE 657718/MG, paradigma que será substituído por determinação do Min. Relator, eis que referido recurso restou extinto sem resolução do mérito, Tema 500 ("Dever do Estado de fornecer medicamento não registrado pela ANVISA"); RE 684612/RJ, Tema 698 ("Limites do Poder Judiciário para determinar obrigações de fazer ao Estado, consistentes na realização de concursos públicos, contratação de servidores e execução de obras que atendam o direito social da saúde, ao qual a Constituição da República garante especial proteção"); RE 979742/AM, Tema 952 ("Conflito entre a liberdade religiosa e o dever do Estado de assegurar prestações de saúde universais e igualitárias"). Além disso, a abundante jurisprudência nos mais diversos temas: ARE 903241 AgR/DF (preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado); ARE 1076316 AgR/MG (direito social de acesso dos portadores de necessidades especiais à escola pública); RE 1101106 AgR/DF (implementação do atendimento de crianças até cinco anos em creches, sem que se possa invocar o princípio da reserva do possível).

pretensamente dar solução a conflitos individuais e coletivos, de modo a assegurar a coesão social e a participação de todos como cidadãos de uma determinada comunidade política.

Tudo está a indicar que, para além da realização de políticas públicas baseadas na garantia de direitos fundamentais nos moldes jurisprudenciais de nossa corte suprema, é necessário investigar a operatividade de uma racionalidade procedimental baseada na subjetividade jurídica. A subjetividade jurídica, portanto, está no fundo da problemática atinente à exclusão sob a justificativa teórica de realização dos direitos fundamentais. Essa segunda constatação não se separa da primeira na medida em que os direitos fundamentais no constitucionalismo moderno têm relação tanto com uma dimensão institucional quanto com uma subjetiva.

Os direitos fundamentais em sua concepção moderna são direitos de sujeitos, mas a realizar-se no Estado e contra o Estado, ente soberano, e, desse modo, guardam em seu cerne um paradoxo (DOUZINAS, 2009, p. 38). É que eles nascem como direitos absolutos de sujeitos, mas atrelados à violência da soberania, que está relacionada à exclusão. Nessa concepção o direito permanece atrelado à força que autoriza a si mesma e que não tem a ver com sua habilidade de ser justa (GRUJIC, 2019, np).

IV – A aplicação dos direitos fundamentais através da efetivação de políticas públicas pelo Poder Judiciário: o "estado de coisas inconstitucional"

Na filosofia política de Habermas, o Estado não surge como entidade naturalmente dotada de força na forma hobbesiana que pode empregar a violência para garantir a segurança daqueles que lhe transferiram conscientemente todas as suas liberdades. Ele nasce de forma co-originária ao direito, com ele mantendo uma relação simbiótica: a soberania só é possível juntamente com o exercício dos direitos fundamentais. Soberania e direitos fundamentais devem ser interpretados mutuamente (e não de forma excludente), tendo como paradigma balizador o conceito de autonomia pública e privada.

Na constituição do Estado, a teoria do agir comunicativo se apresentaria como terceira via a assegurar não apenas a união dialética de princípios próprios do liberalismo e do republicanismo, mas também a da soberania e dos direitos fundamentais, como um modelo racional que confere mais do que legitimação, mas menos do que constituição. A soberania no modelo habermasiano é procedimental, encontrando-se diluída[4], entre vários atores sociais,

[4] "A soberania diluída comunicativamente se faz valer no poder dos discursos públicos que descobrem temas de relevância para toda a sociedade, interpretam valores, contribuem para a solução de problemas, produzem boas razões e desvalorizam outras. (...) Os discursos não dominam. Eles produzem um poder comunicativo que não

com poder igual ou maior que o do Estado, que não ocupa mais o centro do sistema. Apenas a soberania procedimental pode permitir, pela razão, a dissolução dos poderes ilegítimos, parece pensar Habermas.

Diferentemente de Schmitt, Habermas entende que a vontade popular não fica restrita aos parlamentos, mas envolve a "circulação comunicativa" e é dessa forma que a soberania se encontrará diluída entre esses agentes, que procedem democraticamente, de modo procedimentalizado e seus discursos tomarão forma através de resoluções de corporações legislativas politicamente responsáveis (HABERMAS, 2003a, pp. 231-232). A formação da vontade popular, então, mesmo não estando restrita ao parlamento, ganha sentido e força quando institucionalizada.

A racionalidade procedimental implicaria uma prática constituinte permanente entre sujeitos capazes de tomar parte em discursos racionais e remeteria a uma relação necessária entre democracia e Estado constitucional centrado na defesa dos direitos fundamentais. Mas se a democracia é autoconstitutiva (do que decorreria a desnecessidade de legitimação), por que, então, um Estado de direito constitucional? A democracia constitucional habermasiana, nesse sentido, seria a reunião de princípios paradoxais, não apenas porque busca sintetizar ideias liberais e republicanas, mas também porque estabelece uma improvável relação entre democracia, como fonte de legitimação do poder, e constitucionalismo centrado em direitos fundamentais.

O questionamento indica que a relação entre Estado de direito constitucional e democracia é muito mais frágil do que a racionalidade procedimental postula. Se isso é verdade, quer seja, se essa relação é frágil, também pode-se questionar a base que serve de sustentação ao argumento, quer seja, a própria relação entre política, moral e direito. Tanto a política quanto o direito, segundo Habermas, guardam uma relação de entrelaçamento com a moral. Também segundo o filósofo, o direito se situa, em certa medida, entre a política e a moral.[5] O campo que

substitui o poder administrativo, mas pode apenas influenciá-lo. Essa influência limita-se a dar e retirar legitimação" (HABERMAS, 2014a, pp. 79-80).

[5] É o que se colhe das seguintes passagens do texto do artigo intitulado *¿Como es posible la legitimidad por via de legalidad?*: "*Aquel momento de incondicionalidad que incluso en el derecho moderno constituye um contrapeso a la instrumentalización política del médio que es el derecho, se debe al entrelazamiento de la política y el derecho com la moral*" (HABERMAS, 1988, p. 25). E mais à frente, ao explicar a relação intrínseca e complementar do direito e da moral: "*En este aspecto, el derecho se sitúa entre la política y la moral; y correspondientemente, como ha mostrado Dworkin, en el discurso jurídico los argumentos relativos a interpretación de las leyes, en el caso de aplicación de éstas, se unen tanto con argumentos relativos a objetivos políticos, como con argumentos relativos a justificaciones morales*" (HABERMAS, 1988, p. 42). Nas *Tanner lectures* essa posição do direito também é deixada explícita: "O direito situa-se entre a política e a moral: Dworkin demonstra que o discurso jurídico trabalha, não somente com argumentos políticos que visam ao estabelecimento de objetivos, mas também com argumentos de fundamentação moral" (HABERMAS, 2003c, p. 218).

ilustraria melhor a relação de complementaridade entre direito e moral seria justamente o dos direitos humanos fundamentais (CASTRUCCI, 2015, p. 286).

Habermas remete a legitimidade do direito à sua legalidade na medida em que a sua validade advém de procedimentos de formação racional da vontade em que ingressariam argumentos morais, éticos e pragmáticos. O direito é autônomo, mas assimila a racionalidade procedimental da moral e nesse sentido, deve ser com ela compatível. Essas razões habermasianas, assentadas na eticidade discursiva de uma comunidade evoluída, indicam uma perigosa aproximação entre o direito e a moral, de modo que o primeiro parece servir como meio para a institucionalização de reivindicações originárias de uma moral racional (CASTRUCCI, 2015, p. 286). A leitura dessa fundamentação moral dos direitos fundamentais traz consequências dramáticas no plano do direito, à exemplo do paradigmático "estado de coisas inconstitucional".

Com efeito, na ADPF 347 a suprema corte brasileira declarou o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro sob uma indisfarçável superioridade moral de direitos fundamentais lesados pelo Estado (os três Poderes estariam envolvidos nessa violação massiva de direitos). À primeira vista, o movimento parece ser positivo: trata-se do legítimo exercício do poder contramajoritário no uso da autoridade de que se encontraria investida a corte constitucional.

Mas observando melhor, esse mecanismo de "aplicação" (ou execução) do direito que resguarda tudo que é fundamental ao sujeito parece apenas legitimar o "estado de coisas inconstitucional" na medida em que mantém na periferia social os encarcerados e os que têm vocação para sê-lo, deixando de realizar uma reflexão mais profunda sobre o mecanismo de exclusão que essa fresta do direito permite vislumbrar. A decisão não propicia, por exemplo, pensar sobre os reais motivos da política de encarceramento, que se dirige a certas parcelas sociais e reconhecidamente adotada pelo Estado.

Os direitos fundamentais, então, com seus conteúdos indefinidos, permitem seu preenchimento por qualquer sujeito que se apresente como dotado de soberania, segundo sua própria inflexão. É por isso que se disse que a decisão do STF na ADPF 347 apenas parece renovar o debate sobre a legitimidade para a interpretação da Constituição, ou seja, quem seria seu guardião, especialmente no que diz respeito ao coração desses documentos escritos: os direitos fundamentais. Um estado de violação massiva dos direitos fundamentais como se apresenta a situação dos presos é um estado de alteração da realidade institucional que permite que um soberano se apresente como o único legitimado a restabelecer a ordem normativa e

social, no caso, o Poder Judiciário. Isso nos lembra o estado de exceção de Schmitt mas, na verdade, trata-se de um estado de exceção que já se tornou crônico.

O "estado de coisas inconstitucional" se apresenta, assim, como uma fórmula vazia que contribui para manter um distanciamento entre a Constituição e a realidade social. É dizer: entre o Estado de direito e a democracia. Desse modo, trata-se de jurisprudência que apenas reproduz um modelo de racionalidade que não permite a inclusão de grupos que se encontram nas periferias da modernidade e, assim, não apenas a Constituição perde normatividade, mas o próprio direito corre o risco de deslegitimar-se.

A realização dos direitos fundamentais se apresenta, então, possível, sob essa ótica, apenas através da subjetividade jurídica soberana. Isso significa a necessidade de refletir sobre esse modelo de subjetividade jurídica que maneja os direitos fundamentais de modo a perpetuar exclusões que se verificam no âmbito social. Significa também repensar a própria fundamentação dos direitos fundamentais, se é que é possível ainda se falar em fundamentação, fora de um projeto de racionalidade e de universalização.

V – Para além da aplicação dos direitos fundamentais: reflexões alternativas ao da racionalidade procedimental como possibilidade de inclusão

Pensando além da racionalidade habermasiana, Rorty, por exemplo, nos convida a refletir sobre a necessidade de fundamentação dos direitos humanos em detrimento de uma possível eficiência prática desses direitos. Ao questionar a eficiência das próprias instituições, ele permite a crítica quanto à forma adotada para a concretização dos direitos fundamentais, notadamente nos países periféricos da América Latina. Em alinhamento ao pensamento de Luhmann, Marcelo Neves, por exemplo, ilustra muito bem a impossibilidade de exercício dos direitos fundamentais para os subincluídos de países periféricos para quem faltam as condições reais desse exercício, mas frisa o alcance do Estado como aparelho coercitivo através de suas estruturas punitivas para esse grupo (NEVES, 2015, p. 124).

O pragmatismo de Rorty impõe o abandono da retórica da racionalidade, apelando para a justiça como lealdade ampliada (RORTY, 2005, pp. 122-123). O apelo à justiça fora do contexto da racionalidade procedimental, conforme propõe Rorty, pode, no contexto, se aproximar do pensamento de Derrida. A introdução da palavra justiça aliada ao pensamento da alteridade nos moldes derridianos pode representar um novo modelo fora do padrão da racionalidade procedimental para pensar os direitos fundamentais. Derrida representa um desafio ao fundacionalismo: a desconstrução pode ser defendida como a possibilidade de emancipação de um princípio fundacional completo e autossuficiente (VILLE, 2012, p. 5).

A palavra justiça não surge de pronto relacionada ao direito ou à racionalidade das leis no pensamento derridiano e nem como decorrente do *moral point of view* próprio do discurso moral que empresta seu procedimentalismo ao direito. Na fundação da lei, Derrida nota que o problema da justiça apresenta-se já como violentamente resolvido, o que é dissimulado e reprimido. Isso porque o ato fundador (*cup de force*) é um ato de fé (fundamento místico da autoridade), que pode ser referido como um absoluto performativo (VILLE, 2012, p. 154-155).

Nesse ponto, chama-se a atenção para a clara dissonância entre Derrida e Habermas na interpretação do ato fundador norte-americano. Como já expusemos, em Habermas o constitucionalismo é enfrentado como prática entre sujeitos racionais que atualizam o teor de uma Constituição e que seria próprio do *ethos* democrático de sociedades modernas, mas conformado por limitações temporais e espaciais que inibem a performatividade de seus sujeitos capazes de fala. O constitucionalismo democrático nos moldes habermasianos tem um efeito limitador quanto aos sujeitos que podem se engajar na prática constitucional e quanto aos temas admitidos à discussão. Essa prática se remete a um ato fundador que se pretende performativo, revelando-se, contudo, constatativo ao final e excluindo o diferente, como Derrida desvendará.

De fato, Derrida, ao analisar a Declaração de Independência dos Estados Unidos, deixa claro que ela não pode ser vista como um ato praticado pelo povo (em nome do povo) ou, ainda, que o legitima como entidade existente antes da declaração (VILLE, 2012, p. 46). Dessa forma, ele quer problematizar a noção da intencional e consciente presença de um sujeito que é associado com enunciados performativos, assim como com a noção de um evento (VILLE, 2012, p. 48). O ato fundador de um Estado tem um sentido maior de ruptura do que de um ato racional originário.

São exemplificativos e simbólicos desse posicionamento a respeito da suposta performatividade de um ato que declara a independência de um país, no caso os Estados Unidos, a pergunta sobre "...quem assina, e com o que chamamos nome próprio, o ato declarativo que funda uma instituição?" (DERRIDA, 1986, p. 8). E mais à frente, a resposta peremptória no sentido de que: "...o povo não existe. Ele não existe como entidade, ele *não* existe, *antes* da declaração, não como tal" (DERRIDA, 1986, p. 11). Extrai-se daí, que o ato performativo, supostamente criador e legitimador de um poder soberano, revela-se, na verdade, constatativo: "Os nós do performativo exclui os Outros e aqui Derrida vê o paradoxo principal da constituição da democracia moderna" (MILOVIC, 2017, p. 134).

A leitura do texto das *Declarações de Independência*, não obstante, não é uma forma de crítica à ideologia ou uma forma de encontrar contradições substantivas nos textos ou entre textos e práticas. O que Derrida quer dizer, é que *Declaração* está localizada entre a

performatividade e a constatatividade, o que é próprio de um ato linguístico que depende da indecidibilidade de seus efeitos. Também não se trata de um desafio a ser resolvido (HOY, 1997, p. 139).

Não obstante, permanece a força do argumento de que não existe ato instituidor do direito que não apele à força, uma força performativa. O ato fundador não é conciliador, é violento, e essa violência é conservada pela prática do direito. O discurso racionalizador, que procura conciliar tendências acaba por, eventualmente, dissimular as incoerências e idiossincrasias sociais, tornando-se, ele mesmo, autoimune.

Assim também não há direito sem força. A justiça da lei é a justiça da força e o direito sempre recorre a ela, não identificando-se necessariamente com a própria justiça. Daí a importância da palavra *enforced* (aplicação pela força) no contexto do direito. Como lembra Derrida: "...não há direito que não implique *nele mesmo, a priori, na estrutura analítica de seu conceito*, a possibilidade de ser '*enforced*', aplicado pela força" (DERRIDA, 2010, p. 8). Se o direito não se desvincula da força poderíamos inquirir se a intersubjetividade alcançada pela aplicação da teoria da ação comunicativa para fundamentar a ordem normativa e constituir o social não está sendo dirigida a "domesticar" o poder e com isso diluir o político que é a esfera das relações de dominação e submissão.

As consequências políticas do projeto filosófico de Derrida vão além das oposições entre democracia e constitucionalismo, autonomia e heteronomia ou de soluções que privilegiam ambas as funções em um caminho intermediário como no modelo de Habermas. Essas teorias frequentemente colocam o significado de um documento, no caso a Constituição, à disposição de um sujeito que escolhe livremente, concebendo, assim, a autoimunidade da soberania que precisa ser evidenciada e desconstruída em nome de uma subjetividade heterogênea que pode desvendar o poder neutralizador do domínio e da soberania performativa (VILLE, 2012, p. 72-73), e Derrida é um caminho nessa direção.

Ao se debruçar sobre o conceito do político schmittiano, Derrida acentua a lógica operante entre soberania e estado nacional que permite concluir também pela imperfectibilidade do modelo racional de "aplicação" dos direitos fundamentais. Assim como o elemento humanitário pode ser usado como álibi para proteger ou estender os poderes de um Estado-nação particular, elegendo aqueles que devem fazer parte da humanidade (DERRIDA, 2016, 117-119), também os direitos fundamentais são pretextos para manter o estado de coisas inconstitucional na medida em que mantêm a operatividade de um sistema racional que já escolheu aqueles que devem dele fazer parte. Ao assim fazê-lo, mantêm os excluídos fora da possibilidade efetiva de exercício dos direitos fundamentais. Com Derrida também pode-se

criticar, ainda em oposição a Habermas e Schmitt, a ideia de direitos humanos fundamentais relacionados a uma determinada cultura histórica e que devem ser operacionalizados por estados-nações particulares (DERRIDA, 1994, pp. 114-115).

O pensamento derridiano oferece, enfim, a possibilidade de pensar em um direito que, embora não prescinda dos direitos fundamentais, permite o questionamento dos discursos de autoimunidade dos conceitos de soberania e democracia, intrinsecamente relacionados aos dos direitos fundamentais. Tais conceitos não podem ser adotados para compor a fundamentação dos direitos fundamentais, eis que também estão sob suspeição ou, pelo menos, são permanentemente questionados.

Além disso expõe a insuficiência do projeto de racionalidade jurídica para conferir um fundamento de validade aos direitos fundamentais como articulação da alteridade porque ele está diretamente relacionado à experiência da subjetividade herdada da filosofia kantiana. Esse modelo acaba por perpetuar interpretações dos direitos fundamentais que não fogem aos modelos normativistas e institucionais que já demonstraram ser inviáveis para fomentar a inclusão. Permite pensar, enfim, em direito como responsabilidade e não como força.

VI- Conclusão

Habermas se volta a uma leitura não metafísica do direito, mas busca um fundamento de validade normativa para ele. Para isso, ele pretende sair do modelo de filosofia da subjetividade e apresenta o paradigma da comunicação, mas uma comunicação baseada na razão e não na alteridade. E por isso ele ainda insiste em um modelo de direitos humanos com validade universal (direitos humanos universais) e próprios de sujeitos de direito.

O projeto de racionalidade habermasiano pretendia ser o da intersubjetividade. Mas ele não restou alcançado dentro do direito, como ele próprio reconheceu. A racionalidade procedimental continua sendo operada, e por um sujeito jurídico soberano. Aliás, a soberania é uma construção da própria subjetividade jurídica, sendo dela reflexo. Então, o que isso diria para a crítica quanto aos direitos fundamentais, na linha do que aqui vem sendo desenvolvido?

Nossa tese é de que essa racionalidade procedimental é insuficiente para a construção de uma sociedade e um direito, de fato, inclusivos. Isso pode ser verificado especialmente na aplicação dos direitos fundamentais cujo conteúdo permanece sendo preenchido por uma subjetividade jurídica soberana. Essa forma de operacionalidade termina por excluir, mantendo na periferia aqueles que já foram previamente excluídos. Assim, o direito precisa partir de um novo modelo para pensar os direitos fundamentais e dessa forma pensar a própria inclusão.

É por isso que apresentamos Derrida como possível saída para o confronto de Schmitt a Habermas. Derrida pensa a alteridade, mas ele não dispensa as instituições. O exercício dos direitos fundamentais fora de um padrão universalizante, mas perante as instituições. Ele apenas pondera que o direito, como justiça, não pode ser encontrado nas instituições e nem nas leis. A prática da democracia se apresenta muito mais como uma relação indecidível entre Estado e direito (inclusive os fundamentais) do que como uma relação de complementaridade. Dessa percepção, pode resultar um papel de guardião e intérprete da Constituição mais efetivo por parte dos atores sociais em um sentido crítico e reflexivo.

A indiferença à inclusão: essa parece ser uma patologia muito mais grave a combater do que a racionalidade instrumental-teleológica e antes de decretar o fim da era dos direitos fundamentais, talvez seja o caso de pensá-los sob um novo paradigma.

BIBLIOGRAFIA

AGAMBEN, G. *Estado de exceção*: homo sacer, II, 1. 2. ed. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2008.

APEL, K.O. *Dissolução da ética do discurso?* In: MOREIRA, Luiz (org.). Com Habermas, contra Habermas: direito, discurso e democracia.; tradução dos ensaios de Karl-Otto Apel Cláudio Molz; revisão de tradução Luiz Moreira. São Paulo: Landy, 2004. p. 201-315.

BARSALINI, G. *Direito e Política na obra de Giorgio Agamben*: soberania e estado de exceção permanente. Sergio Antonio Fabris Editor, 2013.

CASTRUCCI, E. *Jürgen Habermas and the political realism: a critique*. In: Sociology and Anthropology 3(6): 285-294, 2015.

COOLE, D. *Habermas and the question of alterity.* In: D'ENTREVES, M. e BENHABIB, S. Habermas and the unfinished project of modernity: critical essays on the philosophical discourse of modernity. Cambridge: The MIT Press, 1997, pp. 221-244.

DE GIORGI, R.; VASCONCELOS, D. Os fatos e as declarações: reflexões sobre o estado de ilegalidade difusa. *Direito & Práxis Revista*. Rio de Janeiro, Vol. 9, N. 01, 2018, p. 480-503. Acesso em: 16.08.18

_____ DE GIORGI, R.; VASCONCELOS, D. Os fatos e as declarações: reflexões sobre o estado de ilegalidade difusa. *Direito & Práxis Revista*. Rio de Janeiro, Vol. 9, N. 01, 2018, p. 480-503. Acesso em: 16.08.18

DERRIDA, J. *Espectros de Marx*: o estado da dívida, o trabalho do luto e a nova Internacional. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

_____. *Força de lei*: o "fundamento místico da autoridade". 2.ed. São Paulo: WMF M. Fontes, 2010.

_____. *A besta e o soberano*. vol. I. Rio de Janeiro: Via Verita, 2016.

_____. Declarations of independence. [S.l.]: *Journal New Political Science*, v.7, 1986. p. 7-15. Disponível em: < https://doi.org/10.1080/07393148608429608> Acesso em: 25 mar. 2018.

DOURADO, A. *Direito distintivo e dignidade relacional*: a dimensão política da dignidiade humana. Tese (Doutorado - Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília/ Faculdade de Direito, 2017.

DOUZINAS, C. *O fim dos direitos humanos*. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

GRUJIC, V. (2019). The balance between human rights and efficacy. In *Evidence-Based Work with Violent Extremists: France as a case example,* Lexington Books, in press.

HABERMAS, "*¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad*?". Doxa. N. 05 (1988), pp. 21-45. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc7s808>. Acesso em: 10 abril 2018.

_____. Constitutional democracy: a paradoxal union of contradictory principles? *Political Theory*. Vol. 29, nº 6, Dec., 2001, pp. 766-781. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/3072601> . Acesso em 19 maio. 2018.

_____. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade 1. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a.

_____. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade 2. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b.

_____. *Tanner lectures in:* Direito e democracia: entre facticidade e validade 2. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. V.2, 2.ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003c, pp. 193-247.

_____. *A inclusão do outro*: estudos de teoria política. Tradução de George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2007.

_____. *Mudança estrutural da esfera pública*: investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa. Tradução de Denilson Luís Werle. São Paulo: Editora Unesp, 2014a.

HOY, D. *Splitting the Difference*: Haberma's critique of Derrida. In: D'ENTREVES, M. e BENHABIB, S. Habermas and the unfinished project of modernity: critical essays on the philosophical discourse of modernity. Cambridge: The MIT Press, 1997, pp. 124-146.

MILOVIC, M. *Filosofia da Comunicação*: para uma crítica da modernidade. Brasília: Plano, 2002.

_____. *Política e metafísica*. São Paulo: Max Limonad, 2017.

NEVES, M. Os Estados no centro e os Estados na periferia: alguns problemas com a concepção de Estados na sociedade mundial em Niklas Luhmann. *Revista de Informação legislativa*. Ano 52, Número 206, abr./jun. 2015. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/206/ril_v52_n206_p111.pdf. Acesso em: 05 de abril de 2019.

RORTY, R. *Pragmatismo e política*. São Paulo, Martins, 2005.

SCHMITT, C. *O conceito do político*. Petrópolis: Vozes, 1992.

VIANNA, L. W. *A judicialização da política e das relações sociais*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VILLE, J. *Jacques Derrida*: law as absolute hospitality. New York: Routlege, 2012.