

A OUVIDORIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO ESPAÇO ARGUMENTATIVO PROCEDIMENTALIZADO NECESSÁRIO À DEMOCRACIA

*THE PUBLIC PROSECUTION OMBUDSMAN'S OFFICE AS PROCEDURAL
ARGUMENTATIVE SPACE NECESSARY FOR DEMOCRAC*

Henrique Nogueira Macedo¹

Sumário: 1. Introdução. 2. Desenvolvimento. 2.1. Autonomia jurídica. 2.2. O princípio do discurso e seus derivados subprincípios da moral e da democracia. 2.3. As conexões entre direitos humanos e soberania popular e entre as autonomias política e privada. 2.4. A teoria do discurso como possibilidade de releitura da ação adequada ao Estado Democrático de Direito. 3. Conclusões. 4. Referências.

Resumo: O objetivo do presente artigo consiste na análise das contribuições filosóficas da teoria argumentativa habermasiana para a construção das Ouvidorias do Ministério Público como espaço público, argumentativo e procedimentalizado necessário à efetivação dos direitos fundamentais. Abordando a bibliografia de Jürgen Habermas atinente à Teoria do Discurso, analisa-se a influência dos conceitos de autonomia política e autonomia privada, bem como de suas relações com os direitos humanos e a soberania popular. Da mesma forma, examinam-se os princípios do discurso, da moral e da democracia, propondo-se uma releitura da ação adequada à construção de uma democracia participativa no Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Direito. Ministério Público. Ouvidoria. Democracia. Teoria do Discurso. Autonomia Política. Autonomia Privada. Direitos Humanos. Soberania Popular. Princípio do Discurso. Princípio da Moral. Princípio da Democracia. Estado Democrático de Direito.

Abstract: *The objective of the present article consists in the analysis of the philosophical contributions of the Habermasian argumentative theory for the construction of the Ombudsman's Office as a public, argumentative and procedural space necessary for the realization of fundamental rights. Approaching Jürgen Habermas's bibliography concerning the Speech-Act Theory, the influence of the concepts of political autonomy and private autonomy, as well their relations with the human rights and popular sovereignty. Similarly, the speech principle, the moral principle and the democratic principle are examined, proposing a rereading of the proper action to the construction of a participatory democracy in the Rule of Law.*

1 Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

Keywords: *Law, Public Prosecutor's Office. Ombudsman's Office. Democracy. Speech-Act Theory. Political Autonomy. Private Autonomy. Human Rights. Popular Sovereignty. Speech Principle. Moral Principle. Democratic Principle. Rule of Law.*

1. INTRODUÇÃO

A revisitação do papel das instituições públicas é matéria de primeira ordem e tarefa de imensa necessidade na permanente construção da sociedade em que se espera justiça e igualdade. Na democracia brasileira, uma jovem com pouco mais de trinta anos de idade, as Ouvidorias dos órgãos públicos assumem papel cada vez mais relevante no aperfeiçoamento do serviço público e na construção conjunta dos objetivos republicanos.

Como opção metodológica nesta breve reflexão, aproveita-se da visão procedimentalista do direito de Jürgen Habermas para compreender-se a cooriginariedade das autonomias pública e privada, o princípio do discurso e a democracia, na tentativa de releitura do processo brasileiro de construção e aplicação de normas de forma a adequá-lo ao ordenamento constitucional vigente.

Impõe-se, destarte, destacar alguns pontos do pensamento habermasiano para a construção de sua perspectiva procedimentalista do direito democrático.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. Autonomia jurídica

Em um mundo pós-metafísico, em que a reflexão invadiu as tradições culturais e cosmovisões, as orientações práticas, sem o respaldo religioso ou metafísico, somente podem ser fundamentadas mediante argumentações por razões. Para Jürgen Habermas, nascido em 18 de junho de 1929 na cidade de Düsseldorf na Alemanha, essas argumentações por razões devem se submeter ao único princípio irrefutável que ainda subsiste, a saber, o princípio do discurso. Assim, as decisões ou ações não podem mais ser escolhidas ou julgadas com base em dogmas oriundos da religião ou em enunciados metafísicos; exige-se, doravante, um horizonte de razões que, num processo discursivo, pode ser aceito por todos. Sem dúvidas de que esse processo de racionalização do mundo da *praxis* foi impulsionado por vários filósofos no decurso da modernidade.

Segundo Habermas (2003), o processo moderno de racionalização levou a uma separação entre discursos morais e éticos, estes representando a orientação para o bem compreendido individualmente ou por uma comunidade, e aqueles representando um ponto de vista universal, no qual se leva em conta a simetria dos interesses de todos. Isso se dá visto que a reflexão sobre as tradições culturais e cosmovisões provoca um individualismo dos projetos de vida e, por conseguinte, uma pluralidade das formas de vida coletivas. Em outras palavras, a crítica racional a uma tradição, a um contexto cultural, fragmenta a sua unidade preservada pela autoridade e possibilita ao indivíduo ou a uma determinada comunidade dar a si mesmo o sentido de sua vida. Dessa forma, a ética recebe conotações subjetivas e políticas, sendo constrangida ao âmbito do bem como autocompreensão individual ou de uma determinada

coletividade. Não se afigura mais um *ethos* global que perpassasse todas as esferas sociais. Diante dessa fragmentação, a moral, por sua vez, distancia-se “do ego e do etnocentrismo” na visão de Habermas (1997, p.131) e volta-se para os princípios mais gerais, como exigência ao agir de que a máxima do agente se refira a todos outros seres humanos como lei universal. Isso é o que se pode chamar de autodeterminação do agir por referência à universalidade, ou seja, significa que o uso da razão prática, como orientadora do agir, se especializou em autorrealização e autodeterminação, isto é, “*na medida em que as questões morais e éticas se diferenciaram entre si, a substância normativa, filtrada discursivamente, encontra a sua expressão na dimensão da autodeterminação e da autorrealização*” (HABERMAS, 1997, p.133).

Diante da pluralidade das formas de vida, a integração social pela ética seria demasiado tirânica e, pela moral, fraca e insegura. Desse modo, ao Direito, portador de um discurso normativo e ao mesmo tempo revestido de forças sistêmicas, foi incumbida a tarefa de colher os vários mosaicos sociais e conferir-lhes unidade. Isto é, o Direito moderno, inserido nesse contexto de racionalização dos mundos da vida, assume a função de integração da sociedade em sua totalidade. E, para que cumpra sua função, sobretudo a de regular os conflitos interpessoais, faz-se mister que ele proteja, de forma simétrica, todos os participantes e afetados, e isso significa que a autonomia dos sujeitos de direito deve ser preservada. Portanto, o Direito deve garantir a possibilidade do autoentendimento de seus sujeitos em seus contextos culturais e individuais, e deve criar meios para que os mesmos sujeitos autodeterminem as leis que se lhes destinarão. Somente assim o Direito alcança a sua legitimação. E, de acordo com Habermas, num mundo pós-metafísico, essa legitimação tem de passar pelo crivo do princípio do discurso. Sendo assim, Habermas terá de pensar a autonomia sob a luz da Teoria do Discurso, a fim de que o Direito encontre legitimidade sem se valer de enunciados metafísicos ou valores morais.

Diferentemente da moral, a positividade do Direito divide o conceito unitário da autodeterminação. A autonomia moral exige de cada um as regras que ele mesmo, *in propria persona*, de acordo com um juízo próprio e imparcial, tem como obrigatórias. Em contrapartida, a autonomia jurídica não se refere apenas aos processos de formação de opinião e vontade, mas também “às *decisões coletivamente vinculativas, por instâncias que estabelecem e aplicam o direito*” (HABERMAS, 2002, p. 290). Em outras palavras, a autonomia jurídica concebe tanto os autores da norma jurídica quanto os destinatários, aqueles que à norma se submetem. A autonomia, no âmbito jurídico, caracteriza-se pela dupla forma da autonomia pública e privada: por um lado, entende-se a autonomia privada de sujeitos que fazem um uso egoísta de sua liberdade, nos limites de um espaço de arbítrio reconhecido legalmente; por outro, afigura-se a autonomia política, na qual os sujeitos fazem um uso público das liberdades subjetivas, com vistas à produção de uma legislação que poderá ser aceita racionalmente por todos os seus destinatários. Para Habermas, os teóricos da política e do Direito não conseguiram articular devidamente a relação entre as autonomias política e privada, sempre outorgando a uma delas predominância sobre a outra. Habermas percebe que a autonomia pública e a autonomia privada possibilitam-se reciprocamente.

Habermas (1997) analisa, primeiramente, a questão da autonomia na divisão do Direito em direito privado e em direito público, na ótica da dogmática

do direito civil alemão. O conceito de direito subjetivo surge da vinculação entre autonomia jurídica e autonomia moral no período do idealismo alemão. O direito subjetivo recebe imenso destaque, sendo considerado legítimo por si, como se fosse uma realidade anterior ou exterior ao Direito, a fim de proteger o indivíduo em sua autonomia privada sustentada pela autonomia moral.

Entretanto, durante o decurso do século, o laço com a autonomia moral é rompido, e o conceito de direito subjetivo perde seu intocável conteúdo de “poder de dominação individual”, sendo considerado, pela interpretação positivista do final do século XIX e início do século XX, a partir de uma ordem jurídica. Na análise habermasiana, os direitos subjetivos passam a ser entendidos como poder de vontade ou dominação da vontade conferido pela ordem jurídica. Hans Kelsen (1998), maior representante do positivismo jurídico, afirma que o direito subjetivo é um interesse protegido, objetiva e juridicamente. Com efeito, não há propriamente distinção entre direito subjetivo e direito objetivo, trata-se de diferentes perspectivas frente ao mesmo conceito de direito, o “direito objetivo”, que concede uma norma jurídica e sua consequente sanção: Se A – hipótese fática –, então B – sanção. Do ponto de vista do sistema jurídico, é direito objetivo; do ponto de vista do sujeito, é direito subjetivo. Nessa concepção, não há a ingerência da moral nos conceitos jurídicos. Hans Kelsen (1998) estima o sistema jurídico autônomo, construído e concebido a partir de suas próprias premissas e conceitos, os quais recebem dentro do sistema jurídico a devida função e lógica. Contudo, os direitos subjetivos, reduzidos à ótica do direito objetivo, perdem a sua solidez e tornam dependentes de uma vontade política que instituam-nos no ordenamento jurídico, por meio da atividade legislativa dos órgãos estatais. É o que podemos chamar “desmoralização” do direito subjetivo.

Finda a 2ª Guerra Mundial, quando o mundo viu a sombra imponente e insensível dos regimes totalitários, surgem críticas à “desmoralização” do direito subjetivo. A dogmática jurídica alemã do pós-guerra, constata Habermas (1997), intenta fundar novamente o direito subjetivo em bases morais, “neojusnaturalistas”. Procura, portanto, os autores alemães no pós-guerra enfatizarem a necessidade de positivação e proteção dos direitos sociais. No entanto, Habermas alerta que “*o nexa entre autonomia privada e moral, introduzida à luz do direito natural, não conseguiu convencer durante muito tempo*” (HABERMAS, 1997, p, 119). O simples acréscimo dos direitos sociais aos direitos humanos clássicos não é suficiente para conferir solidez a estes.

Na análise de Habermas (1997), a dogmática jurídica alemã não conseguiu esclarecer o nexa entre autonomia privada e autonomia pública. A doutrina do direito subjetivo iniciou-se conferindo aos direitos morais subjetivos uma legitimidade anterior ao ordenamento jurídico. Dessa forma, a autoridade moral dos direitos subjetivos, que garante a liberdade de ação dos indivíduos, independe de qualquer legalização democrática e, assim, não é fundamentada pela teoria do Direito. A autonomia privada, baseada na autonomia moral, prevalece ante a autonomia pública. O desenvolvimento da dogmática jurídica alemã culmina na antítese de sua tese, subordinando o direito subjetivo ao direito objetivo, à ordem jurídica. Nessa inversão do raciocínio, a legitimidade dos direitos subjetivos se exaure na legalidade de um domínio político, na positivação do Direito. A autonomia pública, que positiva o Direito, eleva-se e,

altaneira, não protege devidamente a liberdade individual, a autonomia privada dos sujeitos de direito.

Destarte, um conceito de autonomia privada baseado em uma autonomia moral, protetora da inviolabilidade do ser humano e impermeável à teoria do Direito, torna frágil a estrutura conceitual deste. De um lado, tem-se a predominância dos direitos privados, que são defendidos ao evocar-se a autoridade de conceitos advindos da moral, por outro, afigura-se a supressão da especificidade dos direitos privados pela teoria do Direito, o que gera a equivalência do direito privado ao direito público no nível do ordenamento jurídico e a consequente insegurança quanto à defesa incondicional dos direitos referentes à autonomia privada dos cidadãos. Ademais, Habermas (1997) alega que, em ambos os casos, o sentido intersubjetivo das liberdades subjetivas de ação não foi percebido. É somente nesse sentido intersubjetivo das liberdades que se valem, reciprocamente, os momentos da autonomia privada e da autonomia política.

O direito racional, na perspectiva habermasiana (HABERMAS, 1997) procura se legitimar assegurando, de maneira equânime, a autonomia privada e a autonomia pública. Na tradição da filosofia política, a autonomia privada é garantida por meio do domínio anônimo das leis referentes aos direitos fundamentais clássicos, ao passo que a autonomia política, por sua vez, é assegurada mediante os direitos à participação do cidadão na produção das leis do Estado, segundo o princípio da soberania do povo. Portanto, existe no pensamento habermasiano uma estreita relação entre a autonomia privada com os direitos humanos e a autonomia política com o princípio da soberania do povo.

De fato, tais princípios sustentam a prática das respectivas autonomias. Porém, a filosofia política não logrou êxito em uniformizá-los no âmbito teórico. O republicanismo deu primazia à autonomia política dos cidadãos do Estado, fazendo valer o princípio da soberania popular. Por outro lado, o liberalismo² privilegiou os direitos humanos, defendendo-se das maiorias tirânicas. Nota-se que as tradições políticas, caracterizadas como “republicanas” e “liberais”, são herdeiras dessas concepções. Na primeira corrente, os direitos humanos revelam-se como produto do autoentendimento ético e de uma autolegislação de uma comunidade política soberana. Nessa perspectiva, os direitos humanos somente são obrigatórios se constituídos da própria tradição da comunidade. Em contrapartida, a corrente liberal concebe os direitos humanos como legítimos por si mesmos e que, por isso, antecedem qualquer produção política de leis e constituem barreiras à vontade do povo. As liberdades subjetivas, nesse caso, são intangíveis. De um lado, prioriza-se o momento ético-voluntário; do outro, o moral-cognitivo. Para Habermas (1997), concebendo os direitos humanos e a soberania do povo dessa forma, chega-se à conclusão de que tais princípios configuram-se como concorrentes entre si. Na visão liberal, os direitos humanos são impostos externamente ao legislador político: a autonomia privada origina-se em um princípio moral, independente da autonomia política, que por ela é constrangida. Na visão republicana, por sua vez, os direitos humanos são meros instrumentos da soberania do povo, que podem ou não ser protegidos, dependendo da sua existência na tradição da respectiva comunidade: assim, a

2 Cf. discussão em Locke (1998).

autonomia política acolhe a autonomia privada em seu seio e esta é ameaçada de esvair-se.

O sistema de direitos não pode ser considerado à luz de uma perspectiva moral dos direitos humanos e nem à luz de uma perspectiva ética da soberania do povo, porquanto a autonomia privada dos cidadãos é sobreposta ou subjugada pela autonomia política. Habermas procurará, a partir dessa constatação mostrar a cooriginariedade da autonomia privada e pública e reinterpretar o conceito de autonomia à luz da Teoria do Discurso.

Para Habermas (2003), somente mediante uma formação discursiva da opinião e da vontade é que se podem aproximar a razão e a vontade. Ou seja, os discursos, nos quais as forças ilocucionárias impelem os usuários da linguagem ao entendimento, são capazes de levar esses mesmos usuários a convicções aceitas por todos de modo racional, sem coerção e violência. Assim, num mundo pluralizado, repleto de histórias e formas de vida diferenciadas, não é propriamente a moral ou a ética de um povo que deve assegurar o processo de criação do Direito, senão um processo democrático, no qual são criadas condições para preservar a racionalidade de seu processo e que possibilita a formação de uma vontade racional.

O sistema de direitos, segundo Habermas (1997), deve propiciar essa formação discursiva da vontade, institucionalizando um arranjo comunicativo que possibilite aos participantes de direito discutir se uma norma pode ser aceita por todos racionalmente, pois somente assim os destinatários dos direitos se considerarão também autores dos mesmos direitos. E essa institucionalização jurídica do uso público da liberdade deve ser realizada por meio dos direitos humanos. Ou seja, são os direitos humanos que possibilitam o exercício da soberania popular. Somente assim, à luz da Teoria do Discurso, é possível explicar a cooriginariedade da autonomia privada e pública, sem que uma se sobreponha à outra.

A autonomia privada pensada a partir da autonomia moral engendra dificuldades na relação com a autonomia política. A única forma de desvencilhar a autonomia privada do âmbito da moral, no pensamento habermasiano, é explicar o Direito a partir de si mesmo, e não como reflexo da moral. O Direito será concebido por Habermas à luz da Teoria do Discurso. Assim, será demonstrada, a partir da relação entre princípio do discurso, princípio da moral e o princípio da democracia, a tese habermasiana do Direito não subordinado à Moral. Cabe esclarecer que não será discutida a relação de complementaridade entre Moral e Direito, sob pena de desviarmos sobremaneira do propósito inicial deste estudo. Depois, será apresentada a tese de cooriginariedade entre as autonomias privada e política, conforme tratada na obra de Habermas e sua repercussão na noção contemporânea de democracia.

2.2. O princípio do discurso e seus derivados subprincípios da moral e da democracia

Habermas (1997) considera que o Direito não deve se subordinar à moral como um espelho roto ao real, mas deve ser autônomo, legítimo por si mesmo. Não há razão para aprofundar na discussão sobre a legitimação do direito, interessando, neste ponto, apenas a relação de subordinação, porquanto traz consequências ao conceito de autonomia. Sendo assim, para Habermas (1997),

a autonomia jurídica não deve ser uma simples cópia ou imagem da autonomia moral. A autonomia jurídica deve ser reinterpretada a partir da Teoria do Discurso. O princípio do discurso é formulado da seguinte maneira pelo filósofo de Düsseldorf:

São válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais. (HABERMAS, 1997, p.142)

O princípio do discurso é ainda abstrato – é certo que contém um caráter normativo de imparcialidade dos juízos práticos –, neutro ao direito e à moral, referindo-se a normas de ação em geral. O atributo “válidas”, portanto, não tem ainda determinação, seja moral ou de legitimidade, mas guarda ainda um sentido não específico de validade normativa. Com efeito, relaciona-se à possibilidade de satisfação das pretensões de validade levantadas pelas normas de ação. Central é o conceito de “discursos racionais”, que designa na construção habermasiana:

[...] toda a tentativa de entendimento sobre pretensões de validade problemáticas, na medida em que ele se realiza sob condições da comunicação que permitem o movimento livre de temas e contribuições, informações e argumentos no interior de um espaço público constituído através de obrigações ilocucionárias. (HABERMAS, 1997, p.142)

Dessa forma, percebe-se que os discursos práticos, assim como os teóricos, levantam pretensões de validade, as quais serão aceitas ou recusadas racionalmente. Não se aprofundará na compreensão das premissas dessa asserção. Basta dizer que todo ato de fala, para Habermas (2003), em sua dimensão ilocucionária, levanta pretensões de validade, as quais se dirigem ao ouvinte e perseguem um entendimento mútuo. Isso significa que é possível justificar uma norma de ação por razões. Ademais, somente será válida essa norma se for possível justificá-la por razões diante de todos: “*A introdução de um princípio do discurso já pressupõe que questões práticas em geral podem ser julgadas imparcialmente e decididas racionalmente*”. (HABERMAS, 1997, p.143-144).

Em suma, o princípio do discurso refere-se a normas de ação gerais; é abstrato, pois estabelece o ponto de partida para fundamentar imparcialmente as normas de ação; sem conteúdo, pois os argumentos a serem utilizados na fundamentação não podem ser determinados *a priori*, mas somente no momento da discussão; procedimental, pois exige a simetria entre os participantes; e guarda um sentido normativo, embora neutro em relação ao Direito e à moral, na medida em que determina um julgamento imparcial e uma decisão racional sobre as normas de ação.

Do princípio do discurso, depreendem-se dois outros princípios sobre normas de ação, a saber, o princípio moral e o princípio da democracia. O princípio moral é assim considerado:

Só é imparcial o ponto de vista a partir do qual são passíveis de universalização exatamente aquelas normas que, por encarnarem manifestamente um interesse comum a todos os concernidos, merecem assentimento intersubjetivo. (HABERMAS, 1989, p.86)

O princípio moral é uma especificação do princípio do discurso, como um princípio de universalização, referindo-se a normas de ação que somente podem ser justificadas sob a consideração simétrica dos interesses. Assim, é válida moralmente aquela norma de ação capaz de subsistir quando examinada sob o ponto de vista do interesse de todos, da “humanidade”. Agir moralmente é

antes colocar-se como membro da humanidade diante do *Outro* generalizado e entrever a ação que pode ser racionalmente aceita pelo *Outro*, isto é, por todos coletivamente considerados. Por sua vez, o princípio da democracia é formulado da seguinte maneira

[...] somente podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros do direito, num processo jurídico de normatização discursiva. (HABERMAS, 1997, p.145)

O princípio da democracia é a transformação pela qual passa o princípio do discurso ao ingressar no âmbito jurídico. Os membros capazes de assentimento não são vistos mais enquanto “humanidade”, como no princípio moral, mas como parceiros de direito, que se autodeterminam como membros livres e iguais de uma associação livremente estabelecida. Dessa forma, o princípio da democracia destina-se a balizar um procedimento de normatização legítima do Direito, estabelecendo as regras para a institucionalização de discursos de justificação jurídica e de instrumentalização dos espaços para a realização das formas de argumentação. Em outras palavras, o princípio da democracia regulamenta a institucionalização dos processos de formação da opinião e da vontade no âmbito da normatização jurídica. Desse modo, o princípio da democracia não se limita às discussões de normas morais, mas abre espaço para os vários tipos de discurso, seja moral, ético ou pragmático.

Desse modo, o princípio da democracia se diferencia do princípio da moral no nível da referência. Enquanto o princípio da moral atua no nível da constituição interna de um determinado jogo de argumentação, o princípio da democracia opera na institucionalização externa da participação simétrica numa formação discursiva da opinião e da vontade. O princípio da democracia se distingue do princípio da moral também em razão da diferença entre as normas jurídicas e as normas morais. Enquanto o princípio da moral se estende a todas as normas de ação justificáveis por argumentos morais, as quais surgem de interações naturais, o princípio do discurso se constrange às normas do Direito, que foram revestidas de forma jurídica, intencionalmente produzidas em uma comunidade organizada. Ou seja, as normas do Direito, horizonte do princípio do discurso, possuem caráter artificial, diferentemente das normas morais.

Os dois aspectos que diferenciam o princípio da democracia do princípio da moral revelam as duas tarefas impostas ao sistema de direitos baseado na Teoria do Discurso. Por um lado, ele deve institucionalizar uma formação da vontade política racional e, por outro, deve fornecer o próprio *medium* do Direito, no qual essa vontade se expressará como vontade comum dos membros livremente associados. Assim, o princípio da democracia está intimamente relacionado ao Direito.

Habermas (2002, p.289) entende que o Direito é o próprio anverso do princípio da democracia. Por isso, a autolegislação pública dos cidadãos não precisa ser extraída e fundamentada a partir da autolegislação moral, típica do idealismo alemão, mas pode ser reinterpretada a partir do próprio princípio da democracia ou princípio do direito, independente de fundamentos morais.

Assim, para Habermas (2002), o Direito e a moral nascem do comum solo do princípio do discurso; entretanto, são esferas normativas diferentes. A moral opera no jogo interno da argumentação, ao passo que o princípio da democracia, que regulamenta o Direito, opera na institucionalização dos processos de elaboração e aplicação legislativa. Ademais, é possível enumerar

várias outras diferenças entre o universo moral e o universo jurídico. Por um lado, a moral estende-se a todas as pessoas naturais, quebrando todas as barreiras históricas ou sociais, ao passo que uma comunidade jurídica, limitada no tempo e no espaço, visa a proteger somente a integridade de seus membros. As normas jurídicas limitam-se a regular o comportamento externo, ao passo que a moral perscruta o mais íntimo do coração do homem.

Com efeito, ao invés de ser visto como cópia platônica do mundo da moral, o Direito deve ser visto como seu complemento funcional, pois o Direito alivia os participantes, ao retirar-lhes o desmedido peso das exigências cognitivas, motivacionais e organizatórias de uma moral da consciência subjetiva. Com o Direito, ao julgar um ato, a pessoa não precisa se submeter à incomensurável tarefa de conhecer todos os sutis meandros que motivaram o agente; basta remeter-se a um código de obrigações jurídicas, legitimado pelo processo democrático que o instituiu. O Direito compensa a falha funcional da moral de nem sempre conseguir resultados precisos do ponto de vista cognitivo e seguros do ponto de vista motivacional. Ademais, o risco de dissenso inerente aos discursos morais dificulta a ação da moral para a estabilização de expectativas de comportamento, ao passo que o Direito pode utilizar sanções para coibir comportamentos recalcitrantes.

Diante do exposto, o Direito, à base da Teoria do Discurso, não precisa copiar um modelo da moral, mas deve legitimar a si mesmo. Isso não significa que se trata de um decisionismo cego, no qual a validade indisponível do direito se vale unicamente de uma vontade política, nem que sua legitimidade, a qual, por não advir da moral, se alcança na temporalidade, precisa de uma forma de “moral limitadora” que lhe remeta ao universal, longe da temporalidade.

2.3. As conexões entre direitos humanos e soberania popular e entre as autonomias política e privada

Como analisado acima, o processo de racionalização do mundo da vida acarretou a separação entre as dimensões éticas e morais, realçando os aspectos da autorrealização e da autodeterminação como instâncias normativas do agir. O princípio da soberania do povo foi associado ao aspecto da autorrealização ética pela tradição republicana; em contrapartida, a tradição liberal vinculou os direitos humanos à autodeterminação moral. Em ambas as perspectivas, a autonomia privada e a autonomia política não se complementam, mas competem entre si. Para Habermas (1997), as tentativas de sobreposição de uma autonomia em relação à outra restaram equivocadas. Não se pode priorizar a autonomia privada, ao conceber os direitos fundamentais lastreados em princípios morais. Desse modo, a autonomia privada é anterior e independente da autonomia política, que só aparece na instauração do contrato social. Por sua vez, semelhante falha é o enaltecimento da autonomia política, que acabaria por absorver a autonomia privada, que, esvaída de sentido em si mesma, é mal protegida pela generalização e abstração das leis públicas constituídas no processo ético de autoentendimento da comunidade política.

De acordo com Habermas (1997), para que as autonomias política e privada sejam entendidas como complementares entre si, é necessário que o Direito se liberte de uma fundamentação moral. Pois a autonomia privada baseada na autonomia moral se opõe naturalmente à autonomia política, uma

vez que, por um lado, o exercício da autonomia política já desnaturaliza o caráter privado da autonomia moral e, por outro, a proteção da autonomia moral, aos homens “enquanto homens”, é sempre imposta externamente à autolegislação, à autonomia política.

Para Habermas (2002), a dicotomia entre as autonomias se resolve pela pressuposição de que ambas se cooriginam mutuamente; pois todo exercício da autonomia privada é inseparável do uso, orientado para o entendimento, das liberdades políticas dos cidadãos, isto é, da prática da autonomia política por parte destes. E os direitos humanos clássicos possuem as condições para a institucionalização jurídica do arranjo comunicativo que propicia o exercício dos cidadãos de sua autonomia política. Existe, assim, uma conexão interna entre soberania popular e direitos humanos, entre autonomia pública e autonomia privada, que não outorga predomínio a nenhum dos extremos em detrimento do outro, mas que lhes reconhece semelhante importância na construção teórica.

Para fundamentar essa tese, Habermas (1997) concebe uma espécie de gênese lógica dos direitos, fundada no princípio do discurso. O filósofo alemão aplica o princípio do discurso na institucionalização jurídica, especializando-o no princípio da democracia de forma a conferir legitimidade aos processos de normatização. Se os indivíduos pretendem regular a sua convivência por meio do Direito positivo, é necessário que reconheçam direitos a liberdades subjetivas de ação. Ou seja, no próprio sistema de direitos, os direitos subjetivos à liberdade de ação são inerentes ao conceito de “forma jurídica”. Caso contrário, não seria possível conceber a instituição de uma associação livre de membros.

Todavia, o princípio do discurso revela que todos os membros têm direito a iguais liberdades subjetivas de ação, pois somente as normas que respeitarem essa igual distribuição das liberdades são legítimas. À luz do princípio do discurso, para a constituição de uma associação voluntária de membros é necessária a existência de um código que conceda a esses membros o *status* de detentores de direitos às mesmas liberdades nessa associação. Interessante notar aqui que o princípio do discurso acrescenta o termo *mesmas* às liberdades de ação. Dessa forma, os sujeitos não têm direitos isoladamente, mas somente quando há reciprocidade, quando todos têm os mesmos direitos. O princípio do discurso rompe a concepção solipsista dos direitos e os concebe intersubjetivamente. Esse é o primeiro ponto modificado pela aplicação do princípio do discurso, conforme ensina Habermas. Cabe ressaltar que, nesse primeiro instante, os membros dessa associação construída sobre um código jurídico, que agora se revestem de sujeitos de direitos, são vistos ainda como destinatários de leis. É esse reconhecimento mútuo como destinatários de leis de uma associação livre que dão forma a direitos fundamentais que garantem a autonomia privada dos sujeitos jurídicos.

Assim, o direito às mesmas liberdades subjetivas de ação e os direitos correlatos devem ser necessariamente reconhecidos pelos indivíduos que pretendem regular legitimamente sua convivência por meio do direito positivo. Esses direitos estabelecem o código jurídico como tal. No entanto, ainda são direitos abstratos, “insaturados”, como os denomina Habermas (1997). Eles, por si só, não garantem a autonomia dos sujeitos do direito.

Para o filósofo de Düsseldorf, que se tornou conhecido pela cátedra em Frankfurt (HABERMAS, 1997), os sujeitos do direito somente conseguirão a

autonomia se se entenderem e agirem como autores dos direitos a eles mesmos destinados. Mas para a realização dessa autonomia, os sujeitos de direitos não podem mais abandonar o *medium* do Direito. Isso quer dizer que o código do direito é dado previamente a eles como o único meio para a concretização de sua autonomia. A ideia de autolegislação deve exprimir-se no Direito, não mais por pressupostos éticos ou morais. Logo, é necessário que se concebam condições jurídicas para que os sujeitos de direito avaliem a legitimidade do direito que estão criando.

Portanto, esses sujeitos de direitos, à luz do princípio do discurso, conferem o papel de autores de sua ordem jurídica, concedendo-lhes direitos à participação, em igualdade de chances, nos processos de formação da opinião e da vontade. Esses direitos garantem a autonomia política dos sujeitos jurídicos e que possibilitam a criação de um Direito positivo legítimo, pois, conforme o princípio do discurso, serão válidas as normas que puderem encontrar o assentimento de todos os potencialmente atingidos, na medida em que estes participam de discursos racionais.

Dessa forma, a soberania popular, à luz do princípio da democracia, é submetida a uma transformação em termos comunicativos, movendo-se para a garantia de uma simétrica liberdade comunicativa de cada um para tomar posição em relação a pretensões de validade criticáveis levantadas nos processos de criação e aplicação das normas. Ou seja, a soberania popular é a garantia da igual participação em todos os processos de deliberação e de decisão importantes para a legislação, garantia que exige o âmbito dos procedimentos de formação da vontade política. A soberania não se materializa nos membros de um coletivo autônomo, mas nas formas de comunicação que regulam a formação discursiva da opinião e da vontade política, de modo que os resultados, ainda que falíveis, tenham pretensão de racionalidade. E é nesses procedimentos de formação da opinião e da vontade políticas que os cidadãos concretizam seus direitos ainda abstratos e exercitam sua autonomia política.

Destarte, fica mais clara a relação interna entre a soberania do povo e os direitos humanos e, por conseguinte, a cooriginariedade da autonomia privada e da autonomia política. A autonomia privada não se sustenta em uma autonomia moral, que reduz o espaço da autonomia política dos cidadãos, ou que é instrumentalizada em vista da soberania do legislador político. A não ser o princípio do discurso, em que estão inseridas as condições para a socialização comunicativa, e o *medium* do Direito, nada se antecipa à autodeterminação dos membros de uma comunidade. É certo que código jurídico já implica direitos de liberdade, os quais estabelecem o *status* de pessoas de direito aos membros da comunidade; entretanto, esses direitos não impõem limitações à soberania do legislador, mas são condições de possibilidade para o próprio exercício da autonomia política. Pois, sem tais direitos não é possível institucionalizar um arranjo comunicativo para a formação da vontade política, no qual os cidadãos exercitam sua autonomia política.

Em outras palavras, sem os direitos liberais clássicos, que garantem a autonomia privada, não seria possível inaugurar um sistema de direitos que institucionalizasse as condições de abertura para a formação da vontade política. E, por outro lado, a autonomia política é repensada dentro de um complexo de redes de comunicação, ou melhor, espaços argumentativos procedimentalizados,

em que são possíveis a discussão e a decisão racional na produção e aplicação legislativa, conferindo ao Direito uma legitimidade interna:

O nexo interno entre direitos humanos e soberania popular, que buscamos aqui, reside, pois, no fato de que a exigência de institucionalizar a auto legislação em termos de direito tem que ser preenchida com o auxílio de um código, o qual implica, ao mesmo tempo, a garantia das liberdades subjetivas de ação e de reclamação. Inversamente, a repartição igualitária desses direitos subjetivos (e de seu “valor eqüitativo”) só pode ser satisfeita através de um processo democrático que justifica a suposição de que os resultados da formação política da opinião e da vontade são racionais. Deste modo, a autonomia privada e a autonomia pública pressupõem-se mutuamente, sem que uma possa reivindicar o primado sobre a outra. (HABERMAS, 1997b, p. 316)

Em suma, para se instaurar o direito positivo em geral é necessária a instalação de um código jurídico que conceda o *status* de sujeito de direitos aos participantes, isto é, que essas pessoas sejam consideradas como participantes de uma associação livre de parceiros de direito e, portanto, portadoras de direitos com pretensões jurídicas efetivas. O código jurídico estabelecido garante o exercício da autonomia privada dos membros de direito, isto é, sem a autonomia privada dos sujeitos de direito, garantida pelos direitos humanos clássicos, é impossível estabelecer o *medium* do Direito, que, por sua vez, é responsável pela institucionalização jurídica das condições comunicativas que permitem aos sujeitos de direito exercer sua autonomia política.

Resta irrefragável, neste ponto, o que fora dito anteriormente. Os direitos fundamentais possibilitam a *praxis* de autodeterminação dos cidadãos, conferindo substância aos direitos fundamentais clássicos que garantem a autonomia privada. Portanto, a autonomia pública e a autonomia privada pressupõem-se mutuamente.

2.4. A teoria do discurso como possibilidade de releitura da ação adequada ao Estado Democrático de Direito

De nada adiantariam as observações sobre a teoria do discurso e o princípio da democracia, se das constatações do filósofo Jürgen Habermas não se vislumbrasse sua aplicabilidade na construção do Direito contemporâneo. A relação de subordinação da autonomia aos preceitos morais enseja incoerências, seja na concepção dos direitos públicos e direitos privados na teoria do direito, seja na construção teórica dos filósofos políticos a respeito dos direitos humanos e do princípio da soberania do povo.

Pode-se perceber, aproveitando-se da perspectiva habermasiana, que os conceitos de autonomia privada e de autonomia política, conforme os entendia a filosofia política, culminavam em uma furtiva oposição. Pois a autonomia privada, fundada pelos direitos humanos com contornos morais, concorre com a esfera da autonomia política, da autolegislação democrática com fulcros no princípio da soberania popular: o legislador, não obstante sua soberania, não poderia legislar sobre nada que constrangesse os direitos humanos. Mas esses direitos não foram por ele legislados, mas impostos previamente. Destarte, os destinatários do direito não poderiam se considerar como seus coautores, uma vez que tais direitos já se lhes afigurariam como fatos prontos:

Os direitos humanos podem ser fundamentados como direitos morais; mesmo assim, a partir do momento em que os concebemos como elemento

constitutivo do direito, eles não podem ser impostos paternalisticamente a um legislador soberano. Os destinatários do direito não poderiam entender-se como seus co-autores, se o legislador se limitasse a operacionalizar os direitos humanos, tidos como fatos morais já prontos. De outro lado, porém, o legislador, sem prejuízo de sua autonomia, não pode decidir nada que fira os direitos humanos. (HABERMAS, 1997b, p.315)

A solução de Habermas (1997b) é, como visto, conceber o Direito à luz da Teoria do Discurso, distinto da moral e, por conseguinte, uma autonomia jurídica não vinculada à autonomia moral. A partir das implicações do princípio da democracia, a autonomia política se realiza sob uma forma comunicativa da formação da vontade e da opinião coletivas. Cada indivíduo, não visto isoladamente, mas dentro de uma associação livre de participantes, está de posse de uma intangível liberdade comunicativa, que pode ser definida como a possibilidade de manifestar-se ativamente, ante as pretensões de validade apresentadas por outros no cenário público.

O próprio princípio da democracia requer a institucionalização dessas formas propiciadoras da formação discursiva da opinião e da vontade pública. No entanto, tal institucionalização só é possível a partir de um código de direitos que lhe forneça as condições. Para que isso ocorra, os direitos fundamentais devem ser interpretados intersubjetivamente. Assim, esse catálogo de direitos fundamentais inclui, com a mesma dignidade de reconhecimento, os direitos que delimitam o exercício discursivo da autonomia política. Não é o indivíduo enquanto pessoa moral, considerada em perspectiva solipsista, que evoca direitos fundamentais, mas enquanto membro de uma associação livre é que pode reivindicar os mesmos direitos concedidos aos demais membros. Nesse código jurídico configura-se a autocompreensão dos sujeitos, que passam a se entender não só como destinatários da ordem, mas também como autores, simultaneamente. Trata-se de direitos de participação em processos de formação da opinião e da vontade pública, de comunicação e garantia das condições materiais para o gozo desses direitos.

Por sua vez, a instauração desse código demanda a criação de uma ordem de *status* para as possíveis pessoas do direito, ou seja, para pessoas que, na qualidade de titulares de direitos, façam parte de uma associação livre de parceiros do direito. Somente com a garantia da autonomia privada é que pode haver direito positivo. E, somente com os direitos clássicos da liberdade, que garantem a autonomia privada de pessoas de direito, pode haver um *medium* para a institucionalização jurídica das condições que permitem aos indivíduos fazerem uso de sua autonomia política enquanto cidadãos. Por isso, tais direitos possibilitam o exercício da autonomia política, ao invés de constranger, como entenderam os filósofos políticos, na crítica habermasiana. E, por fim, somente com o exercício da autonomia política nasce um direito positivo legítimo que garanta a autonomia privada.

Demonstrada assim, segundo Habermas, a relação interna entre direitos humanos e soberania popular, e autonomia política e autonomia privada, em verdadeiro amálgama que não oferece a um dos extremos a primazia, mas revela a dependência recíproca dos conceitos, abre-se uma possibilidade para a construção democrática.

Vislumbra-se, então, uma janela para um pensamento alheio ao lugar-comum. A construção habermasiana deve provocar em todos a sensação de

liberdade diante da possibilidade de concepção do Direito que, a um só tempo, assegure a autonomia pública e privada, atuando por meio de normas jurídicas que são produzidas e aplicadas em procedimentos institucionalizados abertos à participação racional ampla e irrestrita de todo sujeito.

Tem-se, a partir desse alvorecer do conhecimento, a possibilidade de se repensar a nossa democracia contemporânea, espremida e tolhida cotidianamente na praxe forense dos procedimentos penais autoritários e inquisitoriais. Percebendo que a democracia somente pode ser concebida dentro de um espaço argumentativo procedimentalizado em que os cidadãos se reconhecem autores e destinatários das normas jurídicas, pode-se pensar em um Estado Democrático de Direito. Precisas são as palavras de Habermas:

Com isso, atingimos o núcleo do paradigma procedimentalista do direito, pois a *“combinação universal e a mediação recíproca entre a soberania do povo institucionalizada juridicamente e a não-institucionalizada”* são a chave para se entender a gênese democrática do direito. O substrato social, necessário para a realização do sistema dos direitos, não é formado pelas forças de uma sociedade de mercado operante espontaneamente, nem pelas medidas de um Estado do bem-estar que age intencionalmente, mas pelos fluxos comunicacionais e pelas influências públicas que procedem da sociedade civil e da esfera pública política, os quais são transformados em poder comunicativo pelos processos democráticos. Neste contexto, é fundamental o cultivo de esferas públicas autônomas, a participação maior das pessoas, a domesticação do poder da mídia e a função mediadora dos partidos políticos não-estatizados. (HABERMAS, 1997b, p.186)

É justamente nessa perspectiva procedimentalista do direito democrático, que somente será construído pela participação das pessoas em uma comunidade racionalmente livre, que o direito processual deve ser repensado. Não há mais como admitir a ideia de processo como relação jurídica de subordinação, em que aquele que alega ser titular de um direito pode valer-se dos órgãos estatais para satisfação de sua pretensão, sem a reconstrução participativa da realidade. Deve-se, portanto, avançar para uma leitura desprendida da herança pandectista da ação como vínculo entre sujeitos.

A ação processual não pode mais servir como instrumento de dominação entre pessoas e, muito menos, de instituições ou órgãos estatais sobre cidadãos. A adoção do conceito de ação fazzalariano (FAZZALARI, 2006) tem o objetivo de permitir a releitura do Direito Processual, mais especificamente o penal, à luz do Estado Democrático de Direito, em que o ato imperativo estatal, seja um provimento jurisdicional ou não, baseie-se na construção participada dos destinatários juridicamente interessados.

A ação como sequência de posições jurídicas subjetivas que garantem a plena participação no processo em contraditório não é a única leitura possível, mesmo porque a univocidade é impossível em uma sociedade complexa e livre, mas se aproxima da compreensão do processo no Estado Democrático de Direito. A participação plena dos interessados no provimento, em simétrica paridade, é o ponto de contato do pensamento processual de Fazzalari (2006) com a perspectiva procedimentalista do Direito em Habermas (1997), necessária à construção do Estado Democrático do Direito.

O processo democrático é constitutivo de direitos, e não instrumento de realização de qualquer finalidade metafísica. O objetivo é a construção coparticipada do provimento, a partir do diálogo permanente entre todos os

interessados. A democracia não se realiza no absenteísmo estatal e tampouco na imposição de soluções unilaterais para os conflitos de uma sociedade plural e complexa. Esta é a conclusiva esperança de Habermas:

Divergindo do paradigma liberal e do Estado social, este paradigma do direito não antecipa mais um determinado ideal de sociedade, nem uma determinada visão de vida boa ou de uma determinada opção política. Pois ele é formal no sentido de que apenas formula as condições necessárias segundo as quais os sujeitos de direito podem, enquanto cidadãos, entender-se entre si para descobrir os seus problemas e o modo de solucioná-los. Evidentemente, o paradigma procedimental do direito nutre a expectativa de poder influenciar, não somente a auto compreensão das elites que operam o direito na qualidade de especialistas, mas também a *de todos* os atingidos. E tal expectativa da teoria do discurso, ao contrário do que se afirma muitas vezes, não visa à doutrinação, nem é totalitária. Pois o novo paradigma submete-se às condições da discussão contínua, cuja formulação é a seguinte: na medida em que ele conseguisse cunhar o horizonte da pré-compreensão de todos os que participam, de algum modo e à sua maneira, da interpretação da constituição, toda transformação histórica do contexto social poderia ser entendida como um desafio para um reexame da compreensão paradigmática do direito. Esta compreensão, como aliás o próprio Estado de direito, conserva um núcleo dogmático, ou seja, a ideia da autonomia, segundo a qual os homens agem como sujeitos livres na medida em que obedecem às leis que eles mesmos estabeleceram, servindo-se de noções adquiridas num processo intersubjetivo. Contudo, esta ideia é “dogmática” num sentido *sui generis*. Pois nela se expressa uma tensão entre facticidade e validade, a que é “dada” através da estrutura linguística das formas de vida socioculturais, as quais *nós*, que formamos nossa identidade em seu seio, não podemos eludir. (HABERMAS, 1997b, p.190)

Vislumbra-se, então, a esperança de solução dos conflitos não pela imposição das leis, mas pela construção coparticipativa das normas pelos seus destinatários. O processo legítimo, como sequência preparatória do provimento, somente poderá ser assim considerado na medida em que garantir a participação discursiva plena de todos os interessados em sua elaboração.

3. CONCLUSÕES

Não há como conceber, se este Estado se pretende democrático, em que cidadãos conscientes no espaço público argumentativo se reconheçam como autores e destinatários das normas materiais e processuais, a perpetuação de exemplos de imposição unilateral de restrição de bens e da própria liberdade de indivíduos, sob qualquer outra bandeira.

A ação do Ministério Público deve ser assim concebida como em simétrica paridade ao cidadão, para participarem discursiva e dialeticamente da construção do provimento estatal, que constituirá na norma vigente no caso concreto.

As Ouvidorias constituem, destarte, um espaço adequado de participação popular, em que todas as questões são levadas aos órgãos do Ministério Público, sejam administrativos ou de execução, para que os problemas sejam refletidos e, de forma dialógica, construídas as soluções e vias possíveis à efetivação dos direitos fundamentais e cumprimento das missões constitucionais do órgão.

Somente pela necessária abertura neste século XXI, encontrará o Ministério Público, com auxílio de suas Ouvidorias, a fonte legitimadora social que o erigiu, pelas mãos do constituinte originário em 1988, à qualidade de órgão constitucional com função precípua de *Ombudsman* da sociedade brasileira.

4. REFERÊNCIAS

AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan. **A reforma do processo penal no Brasil e na América Latina**. São Paulo: Método, 2001.

ANDOLINA, Italo, VIGNERA, Giuseppe. **I fondamenti costituzionali della giustizia civile**. Torino: G. Giappichelli Editore, 1997.

ARAUJO, Sergio Luiz Souza. **Teoria geral do processo penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARROS, Flaviane de Magalhães. O processo, a jurisdição e a ação sob a ótica de Elio Fazzalari. **Virtuajus: Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito da PUC-Minas**, Belo Horizonte, a.2, n.1, agosto de 2003a. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/Prod_Docente_Ano2.html>. Acesso em: 15 set. 2005.

_____. O paradigma do estado democrático de direito e as teorias do processo. **Virtuajus: Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito da PUC-Minas**, Belo Horizonte, a.2, n.1, agosto de 2003b. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/Prod_Docente_Ano2.html>. Acesso em: 15 set. 2005.

BRETAS C. DIAS, Ronaldo. **Responsabilidade do estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BULÖW, Oskar von. **Teoria das exceções e dos pressupostos processuais**. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. 2.ed. Campinas: LZN, 2005. Título original: Die Lehre von den Processeinreden und die Processvoraussetzungen, publicada por Emil Roth, em Giesen, 1868.

CALAMANDREI, Piero. **Instituciones de Derecho Precesal Civil**. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Europa-America, 1962.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CAMPOS BARROS, Romeu Pires. **Lineamentos do Direito Processual Penal brasileiro**, v.2, Goiânia: Imprensa da Universidade Federal de Goiás, 1967.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del proceso civil**. v.1. Trad. Santiago Sentis Melendo. 5.ed. Buenos Aires: Europa-América, 1989.

_____. **Lezioni di Diritto Processuale Civile**. Padova: Cedam, 1986, v.4.

_____. **Questioni sul processo penale**. Bolonha: Zuffi, 1950, p.11-19 e 117-132.

_____. **Sistema de derecho procesal civil**. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Uetha Argentina, 1944, v.1.

CARRE DE MALBERG, Raymond. **Teoria general del estado**. México: DF, 1948, p. 741-861.

CARRIÓ, Alejandro D. **Garantias constitucionales em el proceso penal**. 4.ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

CARVALHO NETO, Menelick de. Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. **Revista de Direito Comparado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**. Belo Horizonte, v.3, p.473-486, mai. 1999.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

_____. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

_____. **Devido processo legislativo**. 2.ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

_____. **Direito, política e filosofia: contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2007.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva e Cia Editores, 1942, p.3-101.

_____. **Principii di Diritto Processuale Civile**. Napoli: Jovene, 1980.

_____. **Ensayos de Derecho Procesal Civil**. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Europa-America, 1949, p.3-33.

CINTRA, Antonio C.; GRINOVER, Ada P.; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria geral do processo**. 20.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 3.ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1973.

CRUZ, José Raimundo Gomes da. Justa causa e abuso de poder referentes à propositura da ação penal. **Justitia**. São Paulo, 1967, ano XXIX. v.58., p.53-71.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do Código de Processo Civil**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. **A instrumentalidade do processo**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di Diritto Processuale**. 7.ed. Padova: Cedam, 1992.

_____. La dottrina processualistica italiana: dall' "azione" al "processo" (1864-1994). **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: Dott. A. Milani, v.XLIX (II serie), p.911-925, 1994.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. Tradução: Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal constitucional**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Ilegalidade, abuso de poder na denúncia e na prisão preventiva. **Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal**, Rio de Janeiro, v.13, 1966, p.63-83.

GOLDSCHMIDT, James. **Derecho Procesal Civil**. Trad. Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Editorial Labor, 1936.

_____. **Direito Processual Civil**. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Curitiba: Juruá, 2003.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 3.ed. São Paulo: Saraiva: 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias constitucionais do direito de ação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

_____. **Processo constitucional em marcha**. São Paulo: Max Limonad, 1985.

_____; FERNANDES, Antônio S.; GOMES FILHO, Antônio M. **As nulidades no processo penal**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____; _____. **Recursos no processo penal**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

HABERMAS, Jürgen. **Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática**. Porto Alegre: Petrópolis, 1992.

_____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. v.1. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. v.2. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997b.

_____. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. Trad. George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2002.

_____. **Consciência moral e agir comunicativo**. 2.ed. Trad. Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **A era das transições**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b.

HOBSBAWM, Eric J. **A era das revoluções: Europa 1789-1848**. Trad. Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. 20.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2006.

_____. **A era do capital: 1848-1875**. Trad. Luciano Costa Neto. 8.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2001.

JELLINEK, Giorgio. **La dottrina generale del diritto dello stato**. Trad. Modestino Petroziello. 3.ed. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1949.

_____. **Teoria generale del estado**. Trad. Fernando de Los Rios. 2.ed. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1954.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2007. Título original: The structure of scientific revolutions.

LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). **Estudos continuados de teoria do processo: A pesquisa jurídica no curso de mestrado em Direito Processual**. v.1. São Paulo: Síntese, 2000.

_____. (Coord.). **Estudos continuados de teoria do processo: A pesquisa jurídica no curso de mestrado em Direito Processual**. v.2. São Paulo: Síntese, 2001.

_____. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.

_____. (Coord.). **Estudos continuados de teoria do processo: A pesquisa jurídica no curso de mestrado em Direito Processual**. v.3. São Paulo: Síntese, 2003.

_____. (Coord.). **Estudos continuados de teoria do processo: A pesquisa jurídica no curso de mestrado em Direito Processual**. v.4. São Paulo: Síntese, 2004.

_____. (Coord.). **Estudos continuados de teoria do processo: A pesquisa jurídica no curso de mestrado em Direito Processual**. v.5. São Paulo: Síntese, 2004b.

_____. (Coord.). **Estudos continuados de teoria do processo: A pesquisa jurídica no curso de mestrado em Direito Processual**. v.6. Porto Alegre: Thomson IOB, 2005.

_____. **Teoria Geral do Processo**. 6.ed. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

_____. (Coord.). **Coisa julgada: de Chiovenda a Fazzalari**. Belo Horizonte, Del Rey, 2007.

LIEBMAN, Enrico Tulio. **Corso di Diritto Processuale Civile**. Milano: Dott. A. Giuffré Editore, 1952.

_____. **Manuale di Diritto Processuale Civile**. 2.ed. Milano: Dott. A. Giuffré Editore, 1957, v.1. p.31-47.

_____. **Manual de Direito Processual Civil**. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p.145-163.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. 1. Tradução Cândido Rangel Dinamarco. Campinas: Millenium, 2001.

_____. **Manual de Direito Processual Civil**. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas**. São Paulo: LTr, 2006.

MANZINI, Vincenzo. **Istituzioni di diritto processuale penale**. Padova: Cedam, 1957.

_____. **Tratado de derecho procesal penal**. Trad. Santiago Sentis Melendo e Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: Europa-America, 1951-54, v.1.

MARQUES, Jose Frederico. **Tratado de Direito Processual Penal**. v.1. São Paulo: Saraiva, 1980.

_____. **Elementos de Direito Processual Penal**. v.1. Rio de Janeiro: Forense, 1961, p. 305-382.

_____. **Elementos de Direito Processual Penal**. v.1. 2.ed. rev. e atual. por Eduardo Reale Ferrari. Campinas: Millennium, 2000, p. 341-428.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. **Da justa causa para a ação penal**: na perspectiva do processo como procedimento em contraditório. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Universidade Federal de Minas Gerais, 2006.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Juizados especiais criminais**: comentários, jurisprudência, legislação. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. **Processo penal**. 14.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. **A lide e o conteúdo do Processo Penal**. Curitiba: Juruá, 1998.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. 2.ed. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leoncio Martins Rodrigues. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

MOREIRA, Jose Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**: exposição sistemática do procedimento. 20.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa causa para a ação penal condenatória no direito brasileiro**. 1997. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo.

MUNOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. Tradução Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre, 1988.

NORONHA, E. Magalhães. **Curso de Direito Processual Penal**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 1982.

NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório. **Direito constitucional ao recurso**: da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da participação nas decisões. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006.

_____. O princípio do contraditório. **Boletim técnico da Escola Superior de Advocacia da OAB-MG**, Belo Horizonte, n.1, p.39-55, jan./mar. 2004.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

- ORESTANO, Ricardo. **Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche**. Bologna: Mulino, 1978.
- PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1999.
- RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 7.ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.
- REDENTI, Enrico. **Profili pratici del Diritto Processuale Civile**. 2.ed. Milano: Dott. A. Giuffrè: 1939.
- REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. **Habermas e a desobediência civil**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- ROSA, Alexandre Moraes da. **Decisão penal**: a bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006.
- ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Tradução da 25ª edição alemã de Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000. Título original: Strafverfahrensrecht.
- SANTOS, Moacir Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. v.1. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1978.
- SATTA, Salvatore. **Direito Processual Civil**. Trad. Luiz Autuori. 7.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1973.
- SAVIGNY, Friederich Carl von. **Derecho romano atual**. Trad. Jacinto Mesía e Manuel Poley. Madrid: Góngora, 1847, t.I, p.257-264.
- SIDOU, J. M. Othon. **Direito civil comparado**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- SILVA, Luciana Telles Machado da. **Prisões processuais penais e o estado democrático de direito**. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. Porto Alegre: Fabris, 1987.
- _____. **Jurisdição, direito material e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- _____; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria geral do processo civil**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- SOUZA, José Barcelos. **Teoria e prática da ação penal**. São Paulo: Saraiva, 1979.
- TAVAREZ, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3.ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2003.
- _____. **Direito penal da negligência**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, v.1. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

TORNAGHI, Hélio. **A relação processual penal**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

_____. **Curso de processo penal**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. v.1. São Paulo: Saraiva, 1972.

TUCCI, Rogério Lauria. **Habeas corpus, ação e processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1978.

_____; CRUZ, José Rogério. **Devido processo legal e tutela jurisdicional**. São Paulo: RT, 1993.

_____; _____. **Teoria do Direito Processual Penal**: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

VARGAS, José Cirilo. **Processo penal e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p. 131-236.

_____. **Direitos e garantias individuais no processo penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002

VIEIRA, José Marcos Rodrigues. Teoria Geral da Efetividade do Processo. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. Belo Horizonte, v.2, n.2, p.90-170, 1º sem. 1998.

_____. **Da ação cível**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

VIGORITI, Vincenzo. **Interessi Collettivi e Processo**: La legittimazione ad agire. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1979.

WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. **Polemica intorno “all’actio”**. Firenze: Sansoni, 1954.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.