XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

TEORIAS DA DEMOCRACIA, DIREITOS POLÍTICOS E FILOSOFIA DO ESTADO

JOSÉ FILOMENO DE MORAES FILHO

VIVIAN DE ALMEIDA GREGORI TORRES

BRUNO DE ALMEIDA OLIVEIRA

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

T314
Teorias da democracia e direitos políticos [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP
Coordenadores: José Filomeno de Moraes Filho
Vivian de Almeida Gregori Torres
Bruno de Almeida Oliveira – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-807-3
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
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
ePós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br





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

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

TEORIAS DA DEMOCRACIA, DIREITOS POLÍTICOS E FILOSOFIA DO ESTADO

Apresentação

Os trabalhos publicados nessa obra, tem como base os artigos científicos apresentados no Grupo de Trabalho: Teorias da Democracia, Direitos Políticos e Filosofia do Estado I, durante o XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI, ocorrido entre 19 a 21 de junho de 2019, na Universidade Federal de Goiânia, sobre o tema "Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo".

A proposta do trabalho é inovadora, vez que a partir da apresentação dos resumos relatados pelos pesquisadores, realizou-se um debate no âmbito do Grupo de Trabalho, facultando aos participantes a oportunidade de aprimorar a pesquisa realizada, bem como trocar experiências e informações.

Os resultados obtidos foram conceitos amadurecidos que espelham uma perspectiva ampla, sobre temas polêmicos e atuais, que também tem a pretensão de dar continuidade à ideia de divulgar a pesquisa produzida por alunos de pós-graduação.

O esforço e dedicação dos participantes foram fundamentais para o sucesso do Grupo de Trabalho e a expectativa é de que o debate ocorrido contribua para o aprimoramento do conhecimento da temática.

Os artigos científicos discutidos foram apresentados na ordem a seguir:

1. "APORTES HISTÓRICO E FILOSÓFICO PARA UMA ANÁLISE DOGMÁTICA DA INTERDEPENDÊNCIA ENTRE DIREITOS HUMANOS E DEMOCRACIA", de autoria de Marcos Vieira de lemos. O trabalho faz críticas às universalidades dos direitos humanos e da democracia, analisando a interdependência dos institutos, sendo que com base nos Instrumentos Internacionais do Sistema Global sobre direitos humanos aprovados pelo Brasil, observo que à democracia, foi atribuído o papel negativo de suporte a limitações de direitos humanos, com exclusividade antes de 1993 e na maioria das vezes após tal ano, também, confrontou esta constatação com breve caminho histórico e duas visões filosóficas sobre a democracia e os direitos humanos.

2. “O CONCEITO DE CONTRARREVOLUÇÃO PROLONGADA DE FLORESTAN FERNANDES: ESTADO DE EXCEÇÃO NO BRASIL”, de autoria de Carlos Augusto de Oliveira Diniz. O estudo analisou o conceito de contrarrevolução prolongada no Brasil a partir de revisão bibliográfica, discutiu a relação do Estado com a propriedade e como isso impacta no direito. Abordou, ainda, o Estado de Exceção e posteriormente o caso do Estado brasileiro com base no conceito de contrarrevolução prolongada, tendo por centralidade explicitar que o estado de exceção é regra, demonstrando que no Brasil o estado de exceção é constante e anterior ao conceito contemporâneo, demonstrando ao final que no Brasil nunca se teve democracia efetiva, a história é marcada pela alternância de mais repressão e menos repressão.

3. “CANDIDATURAS AVULSAS NO BRASIL: (RE)LEITURA A PARTIR DA TEORIA DO ESTADO DE PARTIDOS”, tendo por autores Denise Goulart Schlickmann e Orides Mezzaroba. A pesquisa analisou os partidos políticos enquanto estruturas consagradas como indispensáveis à consolidação da Democracia Representativa no Brasil, ressaltando que apenas mediante filiação partidária o cidadão pode se candidatar e participar da disputa de poder que se consagra nas eleições. O autor faz um cotejo desta situação com a possibilidade de candidaturas avulsas, tendo em vista a permissão em Tratado Internacional do qual o Brasil é signatário.

4. “A REVISÃO CONCEITUAL DE SOBERANIA E OS DESAFIOS DE UMA INTEGRAÇÃO JURÍDICA QUE PRESERVE A DEMOCRACIA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS”, de autoria de Jose Marcos Miné Vanzella e Rafael Gaspar Hoffman. A pesquisa visitou o conceito de soberania estatal, previsto na Constituição Federal e comparou-o com concepções jurídicas, como a do pensamento de Habermas e o direito comunitário, enquanto instituto de importância para a integração jurídica entre os povos, bem como demonstrou os desafios jurídicos que o processo de integração ainda tem a superar, sobretudo no que se refere a proteção das democracias e direitos fundamentais, em especial de grupos minoritários e tutela do meio-ambiente.

5. “AS COTAS DE CANDIDATURA POR GÊNERO E A INCONSTITUCIONALIDADE DO PROJETO DE LEI Nº 1.256/2019”, de autoria de Jéssica Teles de Almeida e Raquel Cavalcanti Ramos Machado. O estudo analisou a alegada ineficácia do § 3º do artigo 10 da Lei nº 9.504/97, que tem por objeto as cotas de candidaturas femininas, em cotejo com o Projeto de Lei nº 1.256/2019 para revogação da norma, sob o prisma da inconstitucionalidade material do projeto, concluindo que não se revoga lei em face de sua mera ineficácia e que a revogação do citado art. 10, §3º é inconstitucional por violar a igualdade material e por acarretar um verdadeiro retrocesso na promoção do direito à participação política da mulher.

6. “O PROCESSO DE IMPEACHMENT: ANÁLISE COMPARATIVA 1992 - 2016”, de autoria de Ricardo Cotrim Chaccur e Marvia Scardua de Carvalho. O trabalho fez uma comparação dos argumentos favoráveis e contrários dos dois processos de impeachment ocorridos no Brasil, esclarecendo que ambos foram distintos sob a análise política e jurídica, mas colocaram em questionamento a efetividade das instituições.

7. “SERVIÇO ELEITORAL DO MESÁRIO E OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA”, de autoria de Lazaro Alves Borges. A pesquisa investigou o serviço eleitoral obrigatório a partir: a) concepção democrática que respalda a função do mesário; b) análise da função com a doutrina dos deveres fundamentais; c) compatibilidade com a escusa de consciência inscrita no art. 5 VIII da Constituição Federal; d) avaliação de instrumentos a fortalecer o papel do indivíduo na esfera pública, concluindo pela necessidade de edição legislativa de prestação alternativa.

8. “VIOLÊNCIA, PODER E DEMOCRACIA: NOTAS SOBRE A RELAÇÃO ENTRE DEMOCRACIA E MONOPÓLIO ESTATAL”, de autoria de Fernando Cesar Mendes Barbosa e José Mauro Garboza Junior. O estudo investigou a relação entre democracia e o monopólio estatal do direito e da violência, sob o prisma do quanto estes estão relacionados. Os autores partiram de uma análise do problema democrático contemporâneo, para compreender, a partir da História do Direito, como a democracia e a legitimidade definem-se pelo estabelecimento de verdadeiras relações de força, tendo por conclusão a necessidade de retomada dos valores democráticos na construção de uma sociedade mais justa.

9. “O REFÚGIO E BIOPOLÍTICA: UM ESTUDO POLÍTICO FILOSÓFICO”, de autoria de Ana Flávia Costa Eccard e Adriano Negris Santos. O trabalho explorou os aspectos políticos impostos aos refugiados no decorrer do seu processo de acolhimento entendendo que estas são violações à vida, tendo por base o estatuto de refugiados a partir da questão da Biopolítica em Foucault.

10. “DEMOCRACIA DELIBERATIVA, DIREITOS FUNDAMENTAIS E DELIMITAÇÃO NA ESFERA DA FUNDAMENTALIDADE MATERIAL”, de autoria de Régis Willyan da Silva Andrade e Luiz Nunes Pegoraro. A pesquisa analisou o cenário jurídico-político, a legitimidade como cerne de sustentação do regime democrático do sistema jurídico bem como da atuação da Administração Pública, com o objetivo de analisar as transformações no Estado constitucional desde sua concepção liberal até a conjuntura democrático deliberativa, concluindo que através da cooperação entre o Poder Judiciário e a Administração Pública, estes atuam como fiscais da aplicação do texto constitucional e da solução de conflitos de interesses público versus interesses privado.

11. “O NARCISISMO SOCIAL E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA INTERNET”, de autoria de Lucas Prado Kizan. O trabalho abordou a liberdade de expressão na internet como pilar democrático da sociedade, e como este direito pode vir a ser ameaçado por discursos de ódio e proliferação de fake News, em decorrência de comportamentos sociais, especificamente na no âmbito da rede mundial de computadores, que denotam uma estrutura narcisista da sociedade, a partir do ódio.

12. “CRISE DE REPRESENTATIVIDADE NO BRASIL: POLITIZAÇÃO OU DESPOLITIZAÇÃO. UMA LEITURA PÓS-JORNADAS DE JUNHO DE 2013”, de autoria de Gualterberg Nogueira de Lima Silva e Randal Magnani. O estudo apresentou questionamentos sobre a crise de representatividade no Brasil pós-jornadas de junho de 2013, a partir da leitura do direito constitucional, tendo por base os dados empíricos do Índice de Confiança Social (ICS), do IBOPE Inteligência/2013, que mediu a confiança dos brasileiros nas instituições em geral durante os protestos ocorridos no país naquele ano.

13. “JUSTO POLÍTICO E BEM COMUM NA TEORIA CLÁSSICA DE JUSTIÇA”, de autoria de Rosalina Moitta Pinto da Costa e Shayane do Socorro de Almeida da Paixão. A pesquisa investigou como o justo político e o bem comum representam o conteúdo e finalidade da justiça legal, conceito da clássica teoria de justiça aristotélica. As pesquisadoras demonstraram que as leis positivadas refletem a justiça legal e resguardam em seu conteúdo o justo político resultado da deliberação dos seus cidadãos, enquanto tem a finalidade de alcançar o bem comum, sendo que a conceituação de pessoa como ser relacional é necessária para demonstrar como o bem individual e bem comum são indissociáveis no desenvolvimento integral.

14. “CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO ELEITORAL E O CONTROLE DO PODER NORMATIVO DA JUSTIÇA ELEITORAL”, de autoria de Pedro Henrique Costa de Oliveira e Ana Elizabeth Neirão Reymão. Os autores trouxeram à discussão a usurpação da competência legiferante do Congresso Nacional pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE), quando do exercício de sua atividade normativa, destacando que essa interferência causa desequilíbrio nas interrelações entre os poderes da República, a partir de um estudo de caso para analisar se as resoluções 22.610/07 e 23.389/13 do TSE constituem usurpação da competência do legislativo. Questionara ainda, o princípio da separação de poderes e o fenômeno do ativismo judicial, notadamente identificado na seara eleitoral, concluindo, ao final, que as normas analisadas são inconstitucionais.

Como se vê, os artigos exploraram de forma ampla a pluralidade de temáticas decorrentes das questões que envolvem a democracia, os direitos políticos e a filosofia do Estado, assunto que nos dias atuais tem despertado muito interesse em razão da crise política experimentada pelo país nos últimos anos.

Por fim, esperamos que a presente obra seja fonte de inspiração para o desenvolvimento de novos projetos e textos em defesa da democracia e dos direitos políticos.

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Universidade Federal de Fortaleza

Profa. Dra. Vivian A. Gregori Torres - Universidade Metodista de Piracicaba/SP

Prof. Dr. Bruno de Almeida Oliveira - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

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.

DEMOCRACIA DELIBERATIVA, DIREITOS FUNDAMENTAIS E DELIMITAÇÃO NA ESFERA DA FUNDAMENTALIDADE MATERIAL

DELIBERATIVE DEMOCRACY, FUNDAMENTAL RIGHTS AND DELIMITATION IN THE FIELD OF MATERIAL FUNDAMENTALITY

Régis Willyan da Silva Andrade [1]
Luiz Nunes Pegoraro

Resumo

O artigo analisará o cenário jurídico-político, a legitimidade como cerne de sustentação do regime democrático do sistema jurídico bem como da atuação da Administração Pública. Os objetivos são: analisar as transformações no Estado constitucional desde sua concepção liberal até a conjuntura democrático deliberativa. Adota-se a metodologia analítica documental. Através da cooperação poderá se verificar como o Poder Judiciário e a Administração Pública atuam como fiscais da aplicação do texto constitucional e da solução de conflitos de interesses público versus interesses privado, afetados diretamente pela teoria da democracia deliberativa.

Palavras-chave: Legitimidade, Legalidade, Administração pública, Direitos fundamentais, Democracia deliberativa

Abstract/Resumen/Résumé

The article will analyze the juridical-political scenario, the legitimacy as the core of support for the democratic regime of the legal system as well as the performance of the Public Administration. The objectives are: to analyze the transformations in the constitutional state from its liberal conception to the deliberative democratic conjuncture. The documentary analytical methodology is adopted. Through cooperation it can be verified how the Judiciary and Public Administration act as fiscals of the application of the constitutional text and of the solution of conflicts of interests between public versus private interests, directly affected by the theory of deliberative democracy.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Legitimacy, Legality, Public administration, Fundamental rights, Deliberative democracy

[1] Pós-doutor em Direito Constitucional pela FDSM/MG; Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), sob a orientação da Profa. Dra. Flávia Piovesan. Professor.

INTRODUÇÃO

A conquista dos Direitos Fundamentais bem como da democracia insurgem como as duas maiores conquistas da moralidade política, onde os ideais que tiveram maior repercussão e destaque como valores basilares da civilização ocidental foram a liberdade, igualdade, Direitos Fundamentais e democracia que se apresentam, simultaneamente, como fundamentos de legitimidade e elementos estruturantes do Estado democrático de direito.

A partir da denominada *virada kantiana*[1] verifica-se uma reaproximação entre ética e direito, com o ressurgimento da razão prática, da fundamentação moral dos Direitos Fundamentais e do debate sobre a Teoria da Justiça fundado em um imperativo categórico jurídico.

Fundamenta-se tal imperativo por meio da aplicação do movimento denominado neo-positivista, como seu principal precursor Hans Kelsen, e mais recentemente a partir da denominada virada lingüística proposta por Wittgenstein e com os pós-positivistas, cujo intuito é reatribuir valores morais as decisões jurídicas.

Insurge com o movimento constitucionalista um desejo cada vez maior de aproximar o direito positivado aos valores e garantias fundamentais conquistadas ao longo dos anos, de forma a alcançar o ideal denominado democracia.

A democracia, desta forma, consiste em um projeto moral de autogoverno coletivo, que pressupõe cidadãos que sejam não apenas os destinatários, mas também os autores das normas gerais de conduta e das estruturas jurídico-políticas do Estado. Leciona Gustavo Binenbojm[2] que, "*a democracia representa a projeção política da autonomia pública e privada dos cidadãos, alicerçada em um conjunto básico de direitos fundamentais*".

Na primeira parte da pesquisa poderá se verificar que a própria regra da maioria apenas é moralmente justificável em um contexto na qual todos os membros são capacitados ativa e passivamente, sendo tratados com igual respeito e consideração, tendo

[1] A expressão é normalmente atribuída a Otfried Hoffe. Sobre o tema, v. TORRES, Ricardo Lobo. *A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos, in* Teoria dos Direitos Fundamentais (obra coletiva), Editora Renovar, 1999, p. 248/249.
[2] BINENBOJIM, 2008, p. 50.

como pressuposto o direito fundamental a igualdade, transubstanciado juridicamente no princípio da maioria como técnica de deliberação coletiva.

A partir desta análise pode-se verificar a estreita relação existente entre Direitos Fundamentais e democracia, podendo-se dizer que há uma relação de interdependência e reciprocidade.

No segundo tópico da pesquisa, segundo a corrente dita liberal destaca-se a obra de John Rawls[3] que iniciou o debate pós-positivista no campo da filosofia política e do direito. Desta forma, a noção kantiana de uso público da razão – que pressupõe uma comunidade de sujeitos livres e iguais foi utilizada para definir aquilo que denominava "elementos constitucionais essenciais", classificando-os em dois tipos,

> (i) Os princípios fundamentais que especificam a estrutura geral do Estado e do processo político: as competências do Legislativo, do Executivo e do Judiciário; o alcance da regra da maioria;
> (ii) Os direitos e liberdades fundamentais e iguais de cidadania que as maiorias legislativas devem respeitar, tais como o direito ao voto e à participação na política, a liberdade de consciência, a liberdade de pensamento e de associação, assim como as garantias do império da lei.

Verifica-se, desta forma, que a Constituição assume a feição liberal de uma Constituição-garantia, que especifica um procedimento político justo e incorpora as restrições que protegem as liberdades fundamentais, ao mesmo tempo em que asseguram a sua prioridade.

Verifica-se que os Direitos Fundamentais são direitos morais, reconhecidos no seio de uma comunidade política (comunidade de princípios) cujos integrantes são tratados com igual respeito e consideração, desta forma aplicando-se o conceito de democracia como característica fundamental do Estado democrático de direito.

Deste modo, uma democracia apenas pode ser verdadeiramente considerada como um ente governamental, se os cidadãos forem tratados de forma equânime, com igual respeito e consideração.

Na terceira parte da pesquisa, discorreremos sobre os Direitos Fundamentais, neste sentido, podem ser entendidos como "*condições democráticas*", reconhecidos pela comunidade política sob a forma de princípios, sem os quais não há cidadania em sentido

[3] RAWLS, John. *O liberalismo político*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000, p. 277.

pleno, nem verdadeiro processo político deliberativo. Os Direitos Fundamentais, portanto, são uma exigência democrática antes que uma limitação à democracia.

Outra importante vertente jusfilosófica de fundamentação dos Direitos Fundamentais e da democracia, pós-positivista, é fundada na teoria do discurso e no procedimentalismo ético de Jurgen Habermas, que acredita na possibilidade de consensos morais materiais acerca de qual deve ser o conteúdo justo do direito.

Na perspectiva habermasiana os Direitos Fundamentais não são produto de uma revelação transcendente, como na corrente jusnaturalista, nem tampouco de princípios morais racionalmente endossados pelos cidadãos, como propõe kantianamente John Rawls e Ronald Dworkin, mas conseqüência da decisão recíproca de cidadãos livres e iguais, que podem legitimamente regular suas vidas por intermédio do direito positivo.

A pretensão de Jurgen Habermas é substituir os fundamentos moral e transcendental dos direitos do homem, próprios da tradição liberal, por um fundamento procedimental, extraído de sua teoria democrática. O princípio do discurso, elevado à condição de ideia-força da democracia, pressupõe uma igualdade entre os cidadãos, como pedra angular de um novo contrato social.

Mantém o raciocínio Jurgen Habermas[4] e procura compatibilizar a soberania popular com os direitos humanos, pois estes são vistos como "*condições necessárias que apenas possibilitam o exercício da autonomia política; como condições possibilitadoras, eles não podem circunscrever a soberania do legislador, mesmo que estejam à sua disposição. Condições possibilitadoras não impõem limitações àquilo que constituem*".

Ao final poderá concluir-se que independente de qual aporte teórico se fundamente, verifica-se certo consenso na atualidade sobre o papel das noções de Direitos Fundamentais e democracia como fundamentos de legitimidade e elementos constitutivos do Estado democrático de direito, que irradiam sua influência por todas as suas instituições políticas e jurídicas.

Assim, passa-se a analise dessa evolução da Administração Pública e sobre toda a configuração teórica do direito administrativo sob o enfoque da teoria da democracia deliberativa, bem como seus limites junto ao poder constituinte derivado.

[4] *Ibidem*, p. 165.

2 – A igualdade material e a teoria constitucional de democracia deliberativa

As transformações do Estado, bem como a evolução dos Direitos Fundamentais e da democracia deliberativa, destaca-se que esta tem como uma de suas características mais importante buscar conciliar as duas principais matrizes da Teoria política moderna: a matriz político-liberal e a matriz democrática.

Ensina Claudio Pereira Souza Neto[5] que, "*essa compreensão, de que o liberalismo político pode ser conciliado com a democracia, não é uma constante nas reflexões sobre a política e o direito. [...] tanto no mundo dos fatos quanto no plano teórico, a soberania popular foi vista como uma ameaça a liberdade individual*".

A matriz político-liberal tem como objetivo precípuo garantir a liberdade individual contra os eventuais abusos das autoridades estatais, onde destacamos o liberalismo político como a garantia de direitos e liberdades fundamentais.

Leciona Norberto Bobbio[6] que,

> o liberalismo é uma doutrina do Estado limitado tanto com respeito aos seus poderes quanto às suas funções. A noção corrente que serve para representar o primeiro é Estado de direito; a noção corrente para representar o segundo é Estado mínimo. Embora o liberalismo conceba o Estado tanto como Estado de direito quanto como Estado mínimo, pode ocorrer um Estado de direito que não seja mínimo (por exemplo, o Estado social contemporâneo) e pode-se também conceber um Estado mínimo que não seja um Estado de direito (tal como, a respeito da esfera econômica, o Leviatã hobbesiano, que é ao mesmo tempo absoluto no mais pleno sentido da palavra e liberal em economia).

O liberalismo político surge em um contexto em que se passa a propugnar pela limitação do Estado absolutista, caracterizado, fundamentalmente, pela centralização do poder político e pela monopolização da produção normativa.

A democracia, por sua vez, preocupa-se não com a limitação do poder do Estado em favor das liberdades individuais, como ocorre no liberalismo, mas com a participação dos cidadãos no processo de tomada de decisões políticas.

---

[5] NETO, Claudio Pereira de Souza. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 19.

[6] BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia.* 6. ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 17.

Para Hans Kelsen[7] a vontade geral,

> formada segundo o princípio da maioria, não é manifesta sob a forma de uma *diktat* imposto pela maioria a minoria, mas como resultado da influência mútua exercida pelos dois grupos, como resultado do embate de orientações políticas de suas vontades [...] De fato, todo o procedimento parlamentar, com sua técnica dialético-contraditória, baseada em discursos e réplicas, em argumentos e contra-argumentos, tende a chegar a um compromisso. Este é o verdadeiro significado do princípio da maioria na democracia real.

A democracia deliberativa surge como forma de oposição às teorias de liberdade positiva e negativa, como forma de conciliar essas duas tradições em que está baseado o pensamento político moderno, e o faz de modo a sustentar a sua cooriginalidade.

A noção de Estado de direito que se vale a democracia deliberativa não se restringe a concepção liberal clássica, mas incorpora também as expectativas igualitárias que tradicionalmente tem sido vinculada ao Estado social, onde esta igualdade material razoável é uma condição fundamental para a efetivação do Estado democrático de direito.

A democracia deliberativa pressupõe a igualdade de "possibilidades" de participação política, em que sob o prisma formal já foi consolidado como elemento inquestionável da estrutura institucional das democracias constitucionais.

A igualdade requerida pela democracia deliberativa, tal qual ocorre com a liberdade, também deve ser entendida como aquela necessária a instauração de um contexto propício para a interação cooperativa, com a distribuição justa dos recursos sociais.

Só há deliberação sobre o bem comum se os participantes do processo político perceberem, que para além das diferenças, existe também um "nós", porque todos tem interesse na manutenção da estabilidade democrática.

A igualdade econômica razoável é requisito fundamental para que, em um contexto de pluralismo, todos (grupos e indivíduos) se vejam motivados a cooperar no processo político democrático, compreendendo o outro com quem se dialoga como um parceiro na empreitada democrática e não como um inimigo que se busca eliminar

[7] KELSEN, Hans. *A democracia*. Trad. Ivone Castilho Benedetti *et al.* 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 69-70.

Esse ponto de vista é compartilhado por Herman Heller[8] que pontua como o estado democrático *"se caracteriza por uma unidade na multiplicidade de opiniões, um certo grau de homogeneidade econômica deve ser garantido justamente para possibilitar essa unidade, já que é capaz de gerar uma consciência d sentimento do ´nós', uma vontade comunitária que se atualiza*".

O modelo deliberativo implica não só igualdade quanto ao acesso ao procedimento democrático, mas também igualdade quanto à capacidade de exercer real influência na vida política, estando diretamente ligado a idéia de capacidade igual de funcionar publicamente.

Para Nancy Fraser[9] a inclusão exibe "*além da dimensão econômica, também uma dimensão cultural. Por isso as políticas inclusivas englobam não só redistribuição de recursos, mas também reconhecimento das diferenças*".

O reconhecimento em conjunto com a redistribuição é fundamental para instaurar um contexto de igualdade de capacidades para atuar em público. Em geral, enquanto a redistribuição é a solução adequada para as diferenças econômicas, o reconhecimento o é para as desigualdades de gênero e etnia.

A teoria constitucional de democracia deliberativa pretende "reconstruir" a normatividade constitucional em vigor, fornecendo-lhe "coerência" e "integridade". Desta forma, esta teoria é ao mesmo tempo descritiva e racionalizadora.

Esta teoria é descritiva por entender que não é mais possível, em face do fato do pluralismo, sustentar metafisicamente um sistema de princípios. É racional ao buscar reconstruir as tradições políticas que, de fato, informam ao núcleo material da Constituição, consubstanciado em princípios que são objeto de um "consenso" entre as diversas doutrinas abrangentes razoáveis.

A formação dos elementos nucleares da democracia deliberativa surgem do processo evolutivo de seus principais ideais, a começar pela "racional-normativa" que preponderou durante o constitucionalismo clássico, que tinha como preocupação

[8] HELLER, Herman. *Démocratie politique et homogénéité sociale.* Revue Cités, n. 6, maio, 2001, p. 205.
[9] FRASER, Nancy. *Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça pós-socialista*. *In:* SOUZA, Jessé (org.). *Democracia hoje:* novos desafios para a teoria democrática contemporânea. Brasília: UNB, 2001, p. 245.

principal estabelecer limites a atividade estatal, cuja formulação mais conhecida está presente na *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*.

A crise deste modelo clássico surge da relativização histórica do conteúdo constitucional e da elisão da justificação normativa, o que fez surgir inúmeras teorias da constituição, tanto de cunho formal-normativo quanto político-sociológico. Considera-se, por exemplo, a teoria formal-normativa proposta por Hans Kelsen[10], como corolário de sua cruzada para *"purificar a ciência do direito de qualquer reflexão de caráter sociológico, psicológico ou político"*.

O "reconstrutivismo" é a via seguida pela democracia deliberativa para superar o conflito entre a perspectiva descritiva e a prescritiva, cuja função é fornecer coerência ao sistema constitucional, e não de uma tentativa de identificar os princípios intrinsecamente válidos, como ocorria na antiga teoria racional-normativa, e nem, tampouco, de uma descrição acrítica do direito constitucional positivo, como se dava na teoria positivista da constituição.

Em visão semelhante ensina Ricardo Lobo Torres[11] que "*a constituição da democracia deliberativa pode ser entendida como uma constituição complexa, resultante da interação entre a constituição ideal e a constituição histórica*".

Para a democracia deliberativa, a teoria constitucional não pode servir de álibi para que o intérprete deixe de aplicar a constituição em seu todo, sua função é apenas a de nortear a atividade interpretativa, a qual deve se dar a partir e nos limites do texto constitucional.

É com base nessa evolução que Claudio Pereira de Souza Neto[12] conceitua a democracia deliberativa como

> um sistema aberto cujo núcleo substantivo é o repositório das tradições políticas que dão fundamento ao estado democrático de direito, reconstruídas democrática, discursiva e coerentemente, de modo a permitir a cooperação livre e igualitária de todos os cidadãos na deliberação democrática.

[10] KELSEN, HANS. *Teoria pura do direito*. Trad. João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 1/5.
[11] TORRES, Ricardo Lobo. *A constituição ideal dos direitos:* o liberalismo igualitário na obra de Santiago Nino. *In*: MACEDO, Ubiratan Borges de. (org.). *Avaliação crítica da proposta da democracia deliberativa*. Rio de Janeiro: Círculo de Estudos do Liberalismo; Londrina: Edições Humanidades, 2002, p. 23/25.
[12] NETO, 2006, p. 224.

Assim, verifica-se que o núcleo da democracia deliberativa consiste na aferição de igualdade material, não só econômica, mas também a capacidade de atuar publicamente e a inclusão de todos por meio do reconhecimento das diferenças o que gerou uma transformação da teoria constitucional, exigindo para sua legitimação uma reconstrução democrática, discursiva e coerente, a fim de se garantir a eficácia dos direitos fundamentais.

3 – A esfera da fundamentalidade material e a eficácia dos Direitos Fundamentais

A fundamentalidade formal decorre do fato de a Constituição positivar determinada norma como Direito Fundamental. Já a fundamentalidade material se deriva do conteúdo da norma, seja ou não ela caracterizada pelo texto constitucional como fundamental.

Ensina Ingo Wolfgang Sarlet[13] em sua definição de direitos de fundamentalidade, como

> Direitos Fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integrados ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera da disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparadas, agregando-se a Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo).

O recurso a fundamentalidade material justifica-se diante da insuficiência de critérios formais fornecidos pelo texto constitucional para definir quais são os Direitos Fundamentais que tem lugar no sistema brasileiro.

Essa definição é crucial, a fim de que se possa demonstrar quais direitos podem ser caracterizados como cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, inciso IV da CF/88) e quais direitos gozam de aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º da CF/88).

A partir desta delimitação pode-se verificar no sistema brasileiro a abrangência dos Direitos Fundamentais, a fim de proporcionar a sua proteção adequada, bem como sua efetivação.

[13] SARLET, 2001, p. 80/85.

A primeira referência inscrita na Constituição da República de 1988 atinente a fundamentalidade formal está disposta no Título II: "Dos direitos e garantias fundamentais".

Pode-se deduzir com base nisso que todos os dispositivos elencados nesse Título (art. 5º a 17 da CF/88) instituem direitos fundamentais e garantias, onde segundo o texto expresso, compreenderia os "direitos e deveres individuais e coletivos", os "direitos sociais", os "direitos à nacionalidade" e os "direitos políticos" e poderia se concluir que todos esses direitos deveriam gozar do mesmo tratamento.

Contudo, a jurisprudência não tem entendido dessa maneira, quando reconhece a unidade do sistema, não extrai dela conseqüências iguais em face das diferentes categorias de direitos fundamentais.

De fato, pode-se perceber um tratamento diferenciado para o que a Constituição denomina "direitos individuais" e para o que denomina "direitos sociais", devido, entre outros fatores, pela própria imprecisão do texto constitucional no estabelecimento de critérios para a definição da fundamentalidade formal.

Em visão semelhante leciona Cláudio Pereira de Souza Neto[14] que tudo se complica quando "*outros dispositivos constitucionais passam a ser levados em consideração. O § 1º do artigo 5º estabelece que "as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata*"".

Essa expressão leva a uma dupla interpretação, onde na primeira todos os direitos arrolados no Título II da Constituição podem ser compreendidos à luz de conceitos como os de "norma auto-aplicável" ou "norma de eficácia plena". A segunda interpretação, onde o § 1º do artigo 5º seria aplicada somente ao próprio artigo 5º.

Cláudio Pereira de Souza Neto[15] pontua ainda que "*as duas conclusões tornam-se problemáticas quando se passa a examinar cada um dos dispositivos que instituem Direitos Fundamentais de acordo com outro critério formal: o modo de positivação*".

A Constituição da República em seu artigo 6º arrola, como Direito Fundamental social, o direito a saúde, não apresentando problemas quanto ao seu modo de positivação.

[14] NETO, 2006, p. 228.
[15] NETO, 2006, p. 229.

De acordo com as características formais desse dispositivo, poder-se-ia atribuir ao direito à saúde a possibilidade de ser aplicado imediatamente.

O texto constitucional determina que a saúde seja garantida por "políticas sociais e econômicas", não pela ação do Poder Judiciário, ao qual descabe a implementação de "políticas".

Ingo Wolfgang Sarlet[16] ensina que o sistema de Direitos Fundamentais é *"não propriamente um sistema lógico-dedutivo (autônomo-suficiente), mas, sim, um sistema aberto e flexível, receptivo a novos conteúdos e desenvolvimentos, integrado ao restante da ordem constitucional, além de sujeito aos influxos do mundo circundante*".

Consideram-se materialmente fundamentais aqueles preceitos que configuram condições para a cooperação na deliberação democrática. Tais condições instituem padrões de convivência social cujo respeito garante que todos os cidadãos se sintam efetivos participantes da comunidade política.

Ressalta-se que tais limites representam não uma violação da soberania popular, mas uma garantia das precondições indispensáveis para a sua efetiva manifestação. A expressão "direitos e garantias individuais", presente no art. 60, § 4º, IV, deve, portanto, ser interpretada como "direitos e garantias fundamentais", e essa fundamentalidade deve ser perquirida observando-se o conteúdo material da norma.

Em visão semelhante Dimitri Dimoulis[17] ensina que Direitos Fundamentais são "*direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidas em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual*".

Alega-se que não cabe ao Poder Judiciário realizar a concretização de tais direitos, visto que esta depende de opções de caráter orçamentário, a serem tomadas em cenários de escassez de recursos.

[16] SARLET, 2001, p. 64.
[17] DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos Direitos Fundamentais. 3. ed. rev. atual. e ampl.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 49.

A atuação social do Estado estaria condicionada à "reserva do possível", razão pela qual a legitimidade para a tomada de decisões nessa seara seria do Poder Executivo e do Poder Legislativo, compostos por autoridades escolhidas pelo voto popular.

Contudo, adotando-se, como critério para a definição da fundamentalidade material dos direitos sociais, a noção de condições para cooperação na deliberação democrática, o argumento democrático-orçamentário fica superado.

Leciona Claudio Pereira de Souza Neto[18] que,

> o que importa, sob o prisma da legitimidade, é observar que a objeção democrático-orçamentária à atribuição de fundamentalidade aos direitos sociais incide em uma falácia, ao vincular duas questões distintas: uma é a de fundamentalidade material, que decorre do conteúdo da norma; outra é dos meios necessário para concretizá-la.

O grande desafio para a teoria constitucional não é discutir se os direitos sociais são ou não fundamentais, mas delimitar a esfera da fundamentalidade material, para o que é necessário ingressar na seara da justificação do conteúdo normativo.

Em visão semelhante Ricardo Lobo Torres[19] defende a "*teoria do mínimo existencial que serve a finalidade de estabelecer quais são os direitos sociais que representam condições para o exercício efetivo da liberdade*".

O conceito de mínimo existencial exibe, assim, o *status positivus libertatis*, segundo a qual, sem condições sociais mínimas, o ser humano não pode efetivamente gozar sua liberdade, elevada a critério precípuo para a legitimação da organização social.

De qualquer forma, seja como fundamento na liberdade, seja como fulcro em uma versão minimalista da dignidade humana, dessa importante construção resulta a prerrogativa de o Poder Judiciário concretizar a esfera mínima dos direitos sociais, independentemente das Políticas Públicas implementadas pelo Poder Executivo e Pelo Poder Legislativo.

---

[18] NETO, 2006, p. 246.

[19] TORRES, Ricardo Lobo. A jusfundamentalidade dos direitos sociais. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, v. XII, 2003, p.356; *Id*. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos Fundamentais sociais:* estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 1/5.

Como esclarece Ricardo Lobo Torres[20] à retórica do mínimo existencial "*não minimiza os direitos sociais, senão que os fortalece extraordinariamente na sua dimensão essencial, dotada de plena eficácia, e os deixa incólumes ou até mesmo os maximiza na região periférica, em que valem sob reserva de lei*".

O debate sobre quais são os limites máximos de realização da justiça social pelo Estado, por meio de Políticas Públicas, diz respeito ao conceito de máximo social, que não reflete sobre os limites da ação do Poder Judiciário, mas da ação dos demais poderes do Estado.

Para além do mínimo, os direitos sociais também podem ser implementados, mas "sob reserva de lei", que permite ao legislador comum introduzir limitações, restringindo a área de proteção do direito, no que ensina Dimitri Dimoulis[21] que,

> a reserva de lei pode ser de várias espécies. Está presente uma reserva legal simples (também denominada de plena, absoluta ou ordinária) quando a Constituição indica que o exercício do direito será feito 'na forma da lei' ou nos 'termos da lei' (exemplos art. 5º, XV, XVIII, da CF). Tem-se uma reserva legal qualificada (também denominada de limitada ou relativa) quando a Constituição indica pelo menos um dos seguintes elementos: o tipo, a finalidade ou o meio de intervenção autorizado, dos quais o legislador poderá se valer quando de sua concretização da limitação constitucional do Direito Fundamental consubstanciado na reserva legal qualificada (exemplos: art. 5º, XII, da CF).

Assim como a Teoria do Mínimo, a democracia deliberativa também atribui fundamentalidade material aos direitos sociais que figuram como condições de liberdade, concebendo-os como condições necessárias, além de enfatizar o sentido positivo da liberdade e de buscar harmonizá-lo com a igualdade.

Claudio Pereira de Souza Neto[22] leciona que "*a fundamentalidade material dos direitos sociais pode também ser concebida, sob o prisma democrático como uma manifestação da "eficácia horizontal" dos direitos 'civis' e 'políticos*'".

Os direitos sociais são garantias que permitem aos indivíduos viver a sua vida privada e cooperar na empreitada democrática livres de qualquer dominação social e

[20] TORRES, 1999, p. 264.
[21] DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo., 2011, p. 146/147.
[22] NETO, 2006, p. 252.

econômica figurando como artifícios para a moderação do absolutismo dos poderes econômicos e sociais.

A igualdade material sustentada pela democracia não é uma igualdade absoluta, mas relativa o suficiente para que se possam deliberar quais são as diferenças consideradas justas.

A questão central está relacionada ao fato que se considerarmos certos direitos sociais como condições para a cooperação democrática, então o Poder Judiciário, como seu guardião, possui também o dever de concretizá-los, quando tem lugar a inércia dos demais ramos do Estado na realização dessa tarefa.

Assim, pode-se entender que a concretização judicial de direitos sociais fundamentais, independentemente de mediação legislativa, é um mínimo em relação ao controle da ação inconstitucional, o que leva ao fortalecimento da Teoria da Constituição da Democracia Deliberativa, como forma de delimitar a fundamentalidade material.

4 – A Teoria da Constituição da Democracia Deliberativa como fator delimitador da Fundamentalidade Material

Chega-se, então, a análise do modo como a teoria democrático-deliberativa atua nas Constituições, em especial a Constituição da República de 1988, definindo Direitos Fundamentais e normas estruturantes, bem como programas de ação, fornecendo resultados mais convincentes do que as versões procedimentalista e substancialista.

No Brasil, tem predominado, há cerca de duas décadas, uma "teoria normativa da Constituição dirigente", cujo aspecto central é a afirmação de que os dispositivos constitucionais instituidores de programas de ação são normas e, como tais devem ser aplicados.

José Joaquim Gomes Canotilho[23] ensina que "*sob esse prisma, a teoria constitucional deve se preocupar com a 'justeza' das decisões, com a 'identidade material' de uma ordem política, com a legitimidade normativo-substancial do sistema político*".

Essa afirmação da normatividade do "bloco dirigente" é uma das principais conseqüências da guinada por que passou a teoria constitucional progressista a partir da

[23] CANOTILHO, 1994, p. 108.

reabertura democrática, e principalmente da entrada em vigor da Constituição da República de 1988.

A Constituição Federal de 1988 representa, ao mesmo tempo, a garantia da liberdade e da democracia política, e a projeção de uma utopia social igualitária, fornecendo ao pensamento jurídico progressista simultaneamente uma "trincheira de resistência" e uma "carta programática".

Dado esse conteúdo constitucional, uma das tônicas da teoria brasileira passa a ser incrementar a força normativa da Constituição pela via do desenvolvimento de uma dogmática da efetividade.

Norberto Bobbio[24] ensina que "*o problema fundamental em relação aos Direitos do Homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los*". Chegou-se, pela ausência da valorização da reflexão sobre a justificação normativa, a questionar a conveniência de a Constituição ter consagrado princípios como o da dignidade da pessoa humana.

Leciona Lênio Streck[25] que,

> a adequação da teoria da constituição dirigente a compreensão da Constituição Federal de 1988 também tem sido, por vezes, sustentada sob o prisma material, figurando como uma decorrência do não cumprimento das promessas da modernidade, plasmadas no Texto Constitucional, e do funcionamento distorcido de nossa democracia representativa – ambas características da "realidade periférica" de nosso País.

Esse compromisso com a efetividade e com o dirigismo se revela, sobretudo, no âmbito da teoria da norma constitucional, formulado por José Afonso da Silva[26] onde "*todos os dispositivos constitucionais possuiriam algum grau de normatividade e deveriam, por isso, surtir efeito"*.

As antigas normas não auto-aplicáveis se convertem em normas de eficácia limitada, e a elas se passa a atribuir uma série de efeitos, embora, continuem não sendo

---

[24] BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos.* Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 24.
[25] STRECK, Lênio Luiz. *O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais fundamentais*. *In:* SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos Fundamentais sociais:* estudos de direito constitucional internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 191.
[26] SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais.* 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 27.

passíveis de aplicação integral autônoma pelo Poder Judiciário, sem a intermediação legislativa.

A maior divergência entre a teoria da constituição dirigente e a teoria da constituição da democracia deliberativa, concerne ao tema da predefinição dos resultados da deliberação democrática.

As expressões "norma programática", "norma de eficácia limitada", "princípio programático" acabaram por se constituir em verdadeiros índices da não efetivação da Constituição. Quando se quis, nos últimos vinte anos, deixar de aplicar a Constituição, por diversas vezes, bastou-se etiquetar a norma suscitada como programática e transferir para o legislador a tarefa que, sob o prisma formal, era mesmo do Poder Judiciário.

Na concepção habermasiana[27] de legitimidade procedimental, "*justas são as decisões tomadas em um contexto em que estejam presentes determinadas condições procedimentais, a saber, aquelas que permitem que a deliberação pública se dê de maneira livre, aberta e igualitária*".

Não há cabimento, portanto, em estabelecer previamente à deliberação, princípios informadores do seu resultado, onde a deliberação pública apenas estaria impedida de chegar a resultados que violassem as suas próprias condições procedimentais.

Jurgen Habermas[28] parece conceber o núcleo material da constituição democrático-deliberativa em termos mais cooperativos, especialmente, quando extrai de sua ética do discurso, destacando que a deliberação pública deve se pautar por "ações comunicativas", não "estratégicas".

Sustenta-se, a partir disto que são materialmente fundamentais não apenas os direitos que configurem de forma imediata as condições para a participação no processo democrático, mas também aquelas cuja observância é necessária para que todos se sintam motivados a deliberar tendo em vista a realização do bem comum.

Verifica-se, desta forma, que o problema se torna ainda mais grave quando se atribui ao Poder Judiciário a função de implementar os direitos sociais ou de controlar a sua implementação.

[27] HABERMAS, 2010, p. 152.
[28] *Ibidem*, p. 253.

J.J. Canotilho[29] ensina que "*em sede de Constituição dirigente, não tem grande sentido nem alcance prático falar-se dos tribunais ou de um tribunal constitucional como defensor da Constituição* [...] *quer pela especificidade de suas funções, quer pelos problemas de legitimação democrática, o alargamento das funções do juiz a tarefas de conformação social positiva é justamente questionável*".

Em visão semelhante Andréas J. Krell[30] leciona que no Brasil, predominou a compreensão de que, "*por ser 'menor o nível de organização e atuação política da sociedade civil', deveria ser aumentada a responsabilidade dos integrantes do Poder Judiciário na concretização e no cumprimento das normas constitucionais, inclusive as que possuem uma alta carga valorativa e ideológica*".

A democracia deliberativa é crítica de uma judicialização generalizada da política, de uma hegemonia do Poder Judiciário, considerando que este deve exercer uma função política importante, mas subsidiária à deliberação popular. Situa-se, pois, na esfera da "neutralidade política", ao propugnar por um núcleo material da Constituição capaz de obter a adesão das mais diversas doutrinas abrangentes razoáveis, sem negar nenhuma delas.

Os argumentos aqui aduzidos procuram inferir que a concretização judicial contramajoritária de Direitos Fundamentais, se adequadamente realizada, não implica uma usurpação das prerrogativas do Poder Legislativo, nem, tampouco, uma violação da legitimação democrática que o caracteriza, podendo resultar em um incremento da democracia.

Leciona Heinrich Scholler[31] que a democracia deliberativa dá "*sustentação apenas a um princípio da 'proibição relativa do retrocesso social', sob um prisma democrático-deliberativo, o retrocesso social pode ser judicialmente fulminante tão-só quando afetar a esfera da fundamentalidade material*".

---

[29] CANOTILHO, 1994, p. 350.

[30] KRELL, Andréas J. *Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos Direitos Fundamentais sociais. In:* SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A Constituição concretizada:* construindo pontes entre o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 46-47.

[31] SCHOLLER, Heinrich. *Constituição e direito no processo da globalização:* a transição do estado social e da economia planificada para uma economia de mercado. *In:* SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos Fundamentais sociais:* estudos de direito constitucional internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 100.

Pode-se constatar, portanto, que a teoria da constituição da democracia deliberativa mantém como ideal de efetivação constitucional duas relações diferentes. Incrementa a efetividade no âmbito do núcleo substantivo da Constituição e deixa à deliberação majoritária a realização do que, tanto formal quanto materialmente, pode ser caracterizado como projeto constitucional.

Como aspecto fundamental a democracia deliberativa afirma acerca do Estado apenas que este deve ser democrático, e que essa democracia deve se organizar em moldes deliberativos, considerando que o núcleo material da Constituição, enquanto parâmetro fundamental para a limitação da vontade majoritária, deve se circunscrever à esfera da neutralidade política.

Assim, pode-se concluir que a teoria constitucional da democracia deliberativa, tem sua legitimidade democrática, jurídica e administrativa sempre que interesses públicos e privados se contrapuserem e em razão disto haja necessidade de se limitar a vontade de um em face do outro, utilizando-se desta forma deste modelo cooperativo e da ponderação como forma de se solucionar tais conflitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Constatou-se que as divergências acerca da legitimidade se devem as múltiplas formas de organização política e aos diversos modos de obtenção do consenso, onde o grau de aceitação desses regimes não depende de uma mera fidelidade a retórica democrática, mas em grande parte, da forma como seus ordenamentos jurídicos permitem a resolução dos principais problemas que costumam dividir a sociedade.

Fundamentado na teoria de Kant, construiu-se a ideia de autonomia do poder político, partindo do desenvolvimento contínuo da razão do indivíduo no entorno da sociedade em que está inserido, sob dois aspectos: o primeiro sobre a liberdade de pensar e o segundo sobre a tolerância.

Por meio das concepções de John Rawls e Jurgen Habermas, verificou-se que o direito retira sua eficácia de um procedimento de entendimento, em que se confrontam as pretensões de normatividade de diversas pessoas e grupos sociais.

Pode-se, desta maneira, constatar que a legitimidade do Direito depende da existência e do respeito a um sistema de Direitos Fundamentais, bem como do cumprimento de um processo legislativo.

Entretanto não é o resultado de um processo legislativo qualquer e sim conforme pontua Habermas, de um processo legislativo em que argumentem e assintam os destinatários da norma, sendo assim legitimo o direito, criado por cidadãos autônomos dotados de liberdade comunicativa.

Constatou-se assim que a legitimidade do poder político depende de pessoas autônomas, interessadas na pretensão de validade de outro e que estejam prontas para contestá-las, usando da razão e da vontade tanto para contestar quanto para aquiescer, sendo assim suficientemente para fundar o tipo de direito ou poder político que se considera legítimo.

A legitimidade democrática pode ser verificada pela participação política nos regimes democráticos, onde se pode entender como democracia um método ou conjunto de regras de procedimento para a constituição de Governo e para a formação das decisões políticas.

Somente alcançaremos uma verdadeira legitimidade jurídica a partir do reconhecimento efetivo dos órgãos do Poder Público, onde uma determinada conduta é descrita como legal quando conforme ou não contrária à lei.

Nesse contexto, surge a democracia deliberativa como forma de oposição as teorias de liberdade positiva e negativa, e de conciliar essas duas tradições em que está baseado o pensamento político moderno, e sustentando a sua cooriginalidade.

A noção de Estado de direito que se vale a democracia deliberativa não se restringe a concepção liberal clássica, mas incorpora também as expectativas igualitárias que tradicionalmente tem sido vinculada ao Estado social, onde esta igualdade material razoável é uma condição fundamental para a efetivação do Estado democrático de direito.

Pode-se entender que a concretização judicial de direitos sociais fundamentais, independentemente de mediação legislativa, é um mínimo em relação ao controle da ação inconstitucional, o que leva ao fortalecimento da Teoria da Constituição da Democracia Deliberativa, como forma de delimitar a fundamentalidade material.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BINENBOJIM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. Liberalismo e Democracia. 6. ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 1994.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra ed., 1994.

CITTADINO, Gisele. Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 1999.

CUNHA, Paulo Ferreira. Constituição, Direito e Utopia - Do Jurídico-constitucional nas Utopias Políticas, 1996.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria geral dos Direitos Fundamentais. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DWORKIN, Ronald. Equality, Democracy and Constitution: We the people in court, in Alberta Law Review, 28, 1990.

_____. O Império do Direito. trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p.211.

FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça pós-socialista. In: SOUZA, Jessé (org.). Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea. Brasília: UNB, 2001

HABERMAS, Jurgen. Direito e Democracia. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. Direito e Democracia: entre Faticidade e Validade. 2. ed. rev. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. V. 1

HELLER, Herman. Démocratie politique et homogénéité sociale. Revue Cités, n. 6, maio, 2001.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Trad. João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998

_____. A democracia. Trad. Ivone Castilho Benedetti et al. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KRELL, Andréas J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos Direitos Fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). A Constituição concretizada: construindo pontes entre o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

NETO, Claudio Pereira de Souza. Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

RAWLS, John. O Liberalismo político. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos direitos fundamentais. 2. ed. rev. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHOLLER, Heinrich. Constituição e direito no processo da globalização: a transição do estado social e da economia planificada para uma economia de mercado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Direitos Fundamentais sociais: estudos de direito constitucional internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SILVA, José Afonso. Aplicabilidade das normas constitucionais. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

STRECK, Lênio Luiz. O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Direitos Fundamentais sociais: estudos de direito constitucional internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos, in Teoria dos Direitos Fundamentais (obra coletiva), São Paulo: Renovar, 1999.