

## 2

### **Participação, democracia e constituição: acomodando diferenças e superando as dificuldades de efetivação dos princípios**

*What scares me is not the violence  
of a few, but the silence of many*  
(Martin Luther King Jr.)

#### 2.1

##### **Acomodando diferenças na ópera legislativa**

A busca por uma teoria de justiça que possa fundamentar um sistema normativo é o trabalho incessante da jusfilosofia. O que se deseja perquirir, afinal de contas, é uma forma de organização da sociedade que atenda aos requisitos da justiça e do bem comum e, conseqüentemente, no plano da organização sociopolítica, fundada em princípios normativos que irradiem os valores tidos por relevantes e cardeais para a comunidade.

A despeito das diferenças existentes no seio das comunidades a respeito do bem e do justo, certo é que decisões devem ser constantemente tomadas no interesse geral, muito freqüentemente limitadas pelo fator tempo, uma vez que o equacionamento de diferenças mediante o debate livre e aberto não necessariamente implica na obtenção de posicionamentos ideológicos ou morais consensualmente aceitos por todos os envolvidos no prazo disponível para a adoção das medidas normativas necessárias. As divergências em torno das preferências morais individuais ou de segmentos da população são tão mais habituais e intensas quanto mais complexas e densas as sociedades. É comum verificar-se que aquilo que parece justo e razoável para alguns indivíduos ou grupos é frementemente rejeitado por outras pessoas ou coletividades, não raro ensejando diatribes virulentas, quando não violentas.

No que concerne aos assuntos públicos, dada sua inerente complexidade, malgrado muito se possa indagar sobre qual a decisão mais justa a tomar ou sobre qual medida irá proporcionar o melhor resultado para a comunidade, o fato é que as instituições têm que ser estabelecidas, as normas estipuladas e a agenda política continuada. A constituição sociopolítica da comunidade, assim, deve ser necessariamente assestada, de modo tempestivo, no sentido da vontade prevalente, de forma que a vida, a organização e a ação diuturna sociais possam fluir suavemente, sem interrupções bruscas ou corridas infrenes, provocadas por frustrações, desconfortos ou divergências profundas.

Não obstante, muitas das vezes, esta vontade prevalente acaba materializando vetores morais profundamente lesivos para determinados segmentos ou indivíduos, causando desequilíbrios incontornáveis e sérios para a comunidade como um todo. Da mesma forma, e pelo critério habitualmente adotado nos regimes democráticos, a razoabilidade e a justiça das resoluções assumidas não pode ser mensurada pela matemática majoritária apenas, o que sufocaria as minorias em todos os aspectos, menoscabando aquilo que o liberalismo político concebido na Ilustração teve de melhor. Neste ponto, sobleva a importância do processo político argumentativo transparente, aberto e livre, para a fundamentação das decisões levadas adiante, de tal sorte que possam ser constantemente enfrentadas pela contradição, tanto quanto sujeitas a reexame.

Ainda assim, o processo de formação da vontade geral e tomada de decisão política oponível aos membros da comunidade, em face do amplíssimo leque de diferenças morais existentes nas sociedades complexas contemporâneas, acaba por ensejar conflitos implícitos ou explícitos, manifestos ou latentes, em seu seio, tornando obrigatória a existência de espaços adequados para seu equacionamento pela via pacífica, de tal sorte que o pretendido bem-estar geral não seja comprometido. A própria concepção de pluralismo político traz em si uma compreensão da vida em sociedade como uma sobreposição de esferas, cada qual com suas características próprias, inclusive as normativas. E entre essas esferas não há qualquer escalonamento hierárquico; antes, elas se integram de forma complexa, em múltiplas dimensões, formas e tempos, sendo impróprio para o sistema normativo pretender abolir as diferenças existentes entre elas. Ao contrário, uma concepção política de pluralismo busca acomodá-las pela via da

compreensão e da tolerância dos envolvidos, do entendimento mútuo e, eventualmente, até mesmo, pela adjudicação conforme as situações peculiares de cada caso e os princípios fundamentais previamente estabelecidos no plano jurídico-político de organização da sociedade<sup>1</sup>.

Por outro lado, o equacionamento das diferenças não é apenas medida da necessidade de convivência pacífica. É também imperativo decorrente da busca pelo ideal de justiça e sua (re)construção permanente. E, mais importante ainda, trata-se de forma indispensável para a consolidação de um sentimento de participação ativa na vida política da comunidade, de onde se irá haurir a ordenação moral autônoma de aceitação das diretrizes e regras estabelecidas, porquanto fruto do debate político livre e igual, onde tenha havido igualdade de oportunidade de exposição das razões e motivações que lastreiam as preferências e os interesses individuais e coletivos, assim como se tenha propiciado o cotejamento com posições antagônicas ou divergentes e o reexame permanente a partir das novas informações obtidas no curso dos debates.

Percebe-se, logo, que o debate na *polis* é de relevância vital em, pelo menos, dois aspectos fundamentais: *primo*, sob a ótica do desenvolvimento de um sentimento de participação legitimador da ordem normativa a ser desenhada para a comunidade; *secundo*, porque permite o estabelecimento de uma verdadeira congruência entre os valores e preferências morais existentes no corpo social e a ordem normativa existente. Eis porque se afirma serem os dois principais desafios da filosofia política a construção de uma teoria da justiça e a elaboração de uma teoria da democracia<sup>2</sup>.

Para a afirmação da democracia, neste diapasão, a constante análise dos procedimentos estabelecidos no altiplano constitucional para o asseguramento da participação no discurso político livre e igual, conforme se relatará no tópico seguinte, são de insuperável importância. Mas, a par disso, também se apresentam como elementos indispensáveis para o regime democrático o respeito

---

<sup>1</sup> Sobre a concepção de pluralismo político, consulte-se o elucidativo texto de William Galston, *Reconceiving the Political: Notes toward a New Pluralism*. In: *Philosophy & Public Policy Quarterly*, Vol. 22, nº3, p. 15-20.

<sup>2</sup> Cf. WALDRON, Jeremy, *Law and Disagreement*, p. 3; afirma o autor serem as duas principais tarefas da filosofia política a elaboração de uma teoria para a *política* e de uma teoria para a *justiça*.

e a tolerância<sup>3</sup> mútuos pelas diferenças, do mais elevado grau de disparidade substancial de valores até a mais superficial e cotidiana contenda de preferências e interesses. Os procedimentos políticos de tomada de decisão, desde o advento do constitucionalismo democrático, têm sido razoavelmente semelhantes, de tal sorte que a participação política, a despeito das diferenças quanto a pontos de vista morais entre os membros da comunidade, vem sendo cada vez mais ampliada quantitativa e qualitativamente. Com efeito, a história pós-medieval tem sido o registro de uma crescente abertura política de participação. Hoje, são raros os casos de exclusão de pessoas à participação política, à exceção dos critérios de impedimento por sanção decorrente de conduta delituosa ou de limitação por idade<sup>4</sup>, tanto no que diz respeito ao direito de votar quanto ao direito de ser eleito.

É, pois, pela garantia e pelo alargamento sempre maior do espaço público de participação política que se torna possível (i) reforçar permanentemente a legitimidade da ordem jurídica que traduz as decisões políticas adotadas e das instituições que as executam ou protegem, (ii) equacionar as divergências entre as diferentes concepções morais acerca da vida digna ou, ao menos, contrapô-las pacificamente na busca do entendimento mútuo e do bem comum, e (iii) dotar os princípios fundamentais da ordem jurídica da força necessária para sua eficácia, mormente no respeitante à proteção dos direitos humanos e dos baldrames do edifício democrático, sendo, para este efeito, indispensável o desenvolvimento da percepção ou do sentimento de participação, por parte dos cidadãos, de seu processo de construção.

O pensamento jurídico, portanto, deve assinalar grande ênfase para o discurso político, do qual o direito extrai suas maiores aspirações de autoridade. A disciplina imposta pela ordem jurídica é legítima na medida em que assegura o

---

<sup>3</sup> Em recente artigo publicado, sob o título *Intolerance and Discrimination*, Jürgen Habermas discute a questão da tolerância à luz da consciência religiosa, estabelecendo conexões com o princípio da igualdade e com a questão do multiculturalismo, propondo a extensão dos aprendizados acerca da tolerância religiosa para o campo dos demais direitos culturais (New York University School of Law. I-COM, Vol. 1 Number 1, 2003, p. 2-12. Disponível em <[http://www3.oup.co.uk/ijclaw/hdb/Volume\\_01/Issue\\_01/](http://www3.oup.co.uk/ijclaw/hdb/Volume_01/Issue_01/)>. Acesso em: 08 abr. 2003.

<sup>4</sup> Veja-se, por exemplo, nossa Constituição da República de 1988, art. 14, que assenta o sufrágio universal e direto em seu *caput* (o art. 60, §4º, inc. II o torna cláusula pétrea); seu inc. II que faculta o voto para maiores de setenta anos e para os menores de dezesseis, com menos de dezoito; e o art. 15, que possibilita a cassação dos direitos políticos, por condenação criminal transitada em julgado (inc. III). Sempre é pertinente recordar que, a par destes critérios, o exercício da soberania popular está inscrito em nossa Carta Maior logo em seu art. 1º, inc. I e parágrafo único.

regular evoluir do processo político, ainda que os resultados obtidos não correspondam às concepções ideais sobre a justiça de todos e de cada um simultaneamente, o que seria utópico nas sociedades hodiernas; mas, antes, de tal forma que a comunidade esteja investida na plenitude do exercício de sua autonomia política, assegurando-se aos cidadãos condições mínimas de acesso ao debate público, mediante a igualdade de condições de participação nas discussões relevantes, acesso às informações de interesse geral e liberdade na exposição de pensamento, balizados pelo respeito à dignidade do homem e pela busca do bem comum. Neste sentido, é auspiciosa a digressão de JEREMY WALDRON:

“No direito, acima de tudo, com seu respeito à autoridade, sua noção de doutrina e a disciplina que impõe sobre nosso livre leque individual de idéias, cada um de nós procede do ponto de partida ao de chegada com o espírito de dividir o mundo social com inteligências, consciências e fontes de idealização outras que a nossa própria. O direito, como afirmei, aspira à justiça; mas representa a aspiração à justiça de uma *comunidade*, a qual – como Aristóteles enfatiza – é feita não por aqueles que pensam similarmente, mas por aqueles que pensam diferentemente, sobre assuntos de interesse comum”<sup>5</sup>

Também RAWLS, em seu *Liberalismo Político*, aponta para a existência de uma miríade de doutrinas religiosas, morais e filosóficas que provavelmente jamais serão professadas por todos os cidadãos de forma uníssona. Ainda assim, a busca de uma *sociedade bem-ordenada* exige que se admita o *fato do pluralismo razoável*, isto é, de uma pluralidade de doutrinas abrangentes, por vezes incompatíveis entre si, mas que sejam “o resultado normal do exercício da razão humana dentro da estrutura das instituições livres de um regime democrático constitucional”<sup>6</sup>. A elaboração de uma *concepção política de justiça* torna-se, destarte, possível e compatível com o *pluralismo razoável*, sendo através do *consenso sobreposto*<sup>7</sup> acerca das instituições políticas básicas da sociedade que se

<sup>5</sup> *Law and Disagreement*, p. 6. Trad. livre. No original: “In law above all, with its respect for authority, its idea of doctrine, and the discipline it imposes on the free range of our individual ideas, each of us proceeds from start to finish in a spirit of sharing the social world with intelligences, consciences and sources of normative idealization other than our own. Law, as I said, aspires to justice; but it represents the aspiration to justice of a community, which – as Aristotle emphasizes – is made up not of those who think similarly, but of those who think differently, about matters of common concern.

<sup>6</sup> *O Liberalismo Político*, p. 24

<sup>7</sup> O *consenso sobreposto* (*overlapping consensus*), ou consenso por justaposição para alguns tradutores, é um conceito idealizado por Rawls, que dele lança mão para desenhar sua tese da possibilidade de um *liberalismo político* em uma sociedade complexa como a nossa, a partir da

permite, ao mesmo tempo, prosseguir com a agenda político-normativa necessária para a vida em sociedade (*estabilidade*, para RAWLS), e respeitar a diversidade de crenças e preferências presentes em seu seio. E, nesta esteira, pode-se distinguir, no tormentoso campo da justificação, a base pública da não-pública, no atinente às questões políticas fundamentais da sociedade:

“O problema do liberalismo político consiste em formular uma concepção de justiça política para um regime democrático constitucional que a pluralidade de doutrinas razoáveis – característica da cultura de um regime democrático livre – possa endossar (...) Parte da suposta complexidade do liberalismo político decorre da aceitação do pluralismo razoável. Porque, ao aceitá-lo, presumimos que, num consenso sobreposto ideal, todo cidadão endossa tanto uma doutrina abrangente quanto uma concepção política focal, relacionadas de alguma forma (...) já que a concepção política é compartilhada por todos, ao contrário das doutrinas razoáveis, precisamos distinguir entre uma base de justificação pública de ampla aceitação pelos cidadãos, no que diz respeito a questões políticas fundamentais, e as muitas bases de justificação não-públicas que fazem parte das diversas doutrinas abrangentes aceitas apenas por seus defensores”<sup>8</sup>.

Sem sombra de dúvida, portanto, para o propósito de legitimação do direito, o espaço amplo e quase-irrestrito do legislador exsurge com muito maior proeminência, na qualidade de representante da vontade popular, do que a tarefa desempenhada pelas cortes de jurisdição. O papel de efetivação, interpretação e revelação do direito posto, exercido pela jurisdição e, mesmo, a criação do direito pela atividade normativa ampliativa do julgador têm importância suprema no regime democrático e dentro do cenário político-constitucional tripartido de poderes. Mas, no que diz respeito ao exercício da autonomia política dos

---

constatação do pluralismo de doutrinas filosóficas, morais e religiosas existentes. Não se trata de um pluralismo puro e simples, talvez irracional, mas especificamente de um *pluralismo razoável*, que resulta *do exercício livre da razão humana em condições de liberdade*. O *consenso sobreposto* é aquele que caminha lado a lado com a *concepção política de justiça*. A concepção política de justiça apresenta os princípios de justiça que delineiam os termos essenciais de cooperação entre os cidadãos e aponta quais instituições básicas da sociedade são justas. O *consenso sobreposto* é, pois, um consenso sobre esta concepção política pelas diversas doutrinas abrangentes e razoáveis presentes, endossando-a. Cf. RAWLS, John, *O Liberalismo Político*; e, do mesmo autor, *Uma Teoria da Justiça*; assim como as reformulações à *Teoria*, após 1971, proferidas em diversas palestras e reunidas na obra *Justiça e Democracia*, de 1992.

<sup>8</sup> RAWLS, John, *O Liberalismo Político*, p. 26-27. É importante destacar, também, que a concepção política de justiça de Rawls está ligada à sua descrição do *constitutivismo político*, em que se trata de uma concepção *razoável* e não necessariamente “*correta*” do bom e do justo, indicando (i) que razoável tem campo de abrangência limitado, abarcando valores políticos apenas, relacionando-se a uma base de justificação pública, e (ii) que os princípios e ideais de dita concepção, assim como os conceitos de pessoa e sociedade, advêm dos princípios da razão prática.

cidadãos, a jurisdição não pode vislumbrar suplantar a atividade do legislador; este, sim, verdadeiro revelador dos interesses presentes na sociedade.

O distanciamento cada vez maior entre o Parlamento e seus representados é questão tão complexa que sua mera substituição pelo acesso à jurisdição não satisfaz os requisitos do exercício da soberania popular; tampouco serve como moeda de troca pelo elevado preço que a universalização da democracia impõe como efeito colateral de sua adoção. Sem dúvida, o exercício da jurisdição no campo dos processos subjetivos preenche a necessidade permanente de solução de conflitos a partir de um esquema argumentativo processual, onde a decisão apresentada ao caso concreto decorre ou do tradicional silogismo subsuntivo entre fato e norma, ou, nas questões mais complexas, a partir de derivações lógicas sucessivas, de natureza hermenêutica, apoiadas em princípios normativos aceitos pela comunidade. Já no campo dos processos objetivos, onde se analisam as próprias normas quanto à sua validade<sup>9</sup>, o trabalho interpretativo revelador do grau de compatibilidade dos preceitos examinados em face dos princípios e das regras fundamentais estruturantes do arcabouço normativo do Estado, os quais traduzem a vontade política da sociedade, ao ser cometido a um corpo reduzido de pessoas, como no caso das cortes constitucionais, apresenta incongruência direta com o princípio da soberania popular, e, em última análise, reduz-se o espaço público do exercício da razão discursiva. Isto, ainda que se entenda que o próprio poder atribuído à Corte Suprema seja decorrente da vontade do povo livremente consignada na assembléia constituinte.

O palco da ópera legislativa guarda muito maior identidade com a comunidade representada do que com o universo reduzido da jurisdição, tal qual se deduz do antigo brocardo: *concilium representat mentem populi*. Não se quer aqui afirmar que a jurisdição constitucional não tenha seu importante papel de instituição guardiã dos princípios fundamentais dentro do cenário republicano democrático, construído, entre outros, sobre os pilares da separação de poderes e do *rule of law*. Mas, por reflexão, em nosso País, terá a decisão da Corte Constitucional maior valor democrático que a deliberação da Comissão de Constituição e Justiça das duas casas congressuais? Não será a manifestação

acerca dos valores defendidos e desejados pela sociedade muito mais bem revelada pela interação discursiva do parlamentar?

Certamente, há um preço muito caro a ser pago pela democracia. Ainda assim, deve-se preferir, sob o ponto de vista democrático, a dedução da vontade popular pelo *opus legislatoris* à manifestação limitada dos guardiães da Carta Política. É verdadeiro que o já referido distanciamento entre o Parlamento e o cidadão é a causa maior da judicialização da política<sup>10</sup>. Tanto é que os instrumentos de facilitação do acesso à jurisdição, como no caso das *small claim courts*, têm levado para a arena jurisdicional discussões que, a rigor, são de índole estritamente política. Outros instrumentos de semelhante vulto, como os remédios constitucionais de defesa do cidadão, tais quais o mandado de segurança, a ação popular, o mandado de injunção, e sobretudo a ação civil pública têm ocupado, ainda que de forma nobremente constitucional<sup>11</sup>, o espaço da construção política, que tem sido relegada a um segundo plano. Esses remédios têm incomensurável valor como escudo protetor dos direitos fundamentais, individuais e coletivos, dos cidadãos e da sociedade civil. Todavia, a judicialização da política, isto é, o insistente encaminhamento de discussões deste jaez, acerca de questões políticas fundamentais, para a arena jurisdicional – que MANGABEIRA UNGER apelidou de *hipertrofia das práticas e modelos contra-majoritários*<sup>12</sup> - tem, também, seus efeitos colaterais; de maior impacto sobre o espírito republicano, a falta de comprometimento dos membros da sociedade com os resultados obtidos pelos julgamentos em ações das quais não necessariamente participaram de forma ativa<sup>13</sup>.

---

<sup>9</sup> Em nosso sistema, incluir-se-ia também, neste ponto, o controle incidental de constitucionalidade.

<sup>10</sup> Como observa Gisele Cittadino, a judicialização da política não é exclusividade do sistema estatutário, tampouco do *common law*, onde, pela natureza jurisprudencial de criação do direito, a possibilidade de *ativismo judicial* é mais latente. Também no sistema romano-germânico, a necessidade de interpretação do conteúdo, sentido e alcance das normas jurídicas, sobretudo em matéria de princípios, dada sua textura porosa e elástica, “*asseguram o espaço necessário para interpretações construtivistas por parte da jurisdição constitucional, já sendo possível falar em um ‘direito judicial’ em contraposição a um ‘direito legal’*” (CITTADINO, Gisele, op. cit., p. 17-18).

<sup>11</sup> Entendido aqui o termo na acepção que tem o constitucionalismo de aparato protetor das liberdades dos cidadãos, positivas ou negativas, em face do Estado.

<sup>12</sup> Apud WALDRON, Jeremy, op. cit., p. 8

<sup>13</sup> Não se pode deixar de mencionar, nesta discussão, a formidável contribuição que o instituto do *amicus curiae* trará para o direito pátrio quando vier a ser adotado de forma usual e regular, sobretudo na seara dos processos ditos objetivos. Isto porque oferece aos diversos setores



De fato, tornou-se muito mais fácil para o cidadão comum embargar uma empreitada lesiva ao patrimônio público ou ao meio-ambiente pela via da ação popular (de forma repressiva) do que pela via do encaminhamento do pleito ao seu representante no Parlamento competente (de forma preventiva), onde se pudesse discutir não somente, de forma concreta, o caso *sub examine*, mas sobretudo, de forma genérica e abstrata, a própria questão de fundo existente, à luz dos interesses e valores compartilhados pela comunidade, seja no plano local, seja no plano regional ou no nacional. Da mesma forma, em um nível muito superior, tornou-se menos trabalhoso revogar uma decisão genérica e abstrata (lei ou ato normativo) contrária ao desiderato da comunidade pela via do ajuizamento de uma ação declaratória de inconstitucionalidade do que pela proposta de criação de emenda constitucional de interpretação autêntica ou revogadora daquela mesma decisão.

O que há que se considerar contudo é que, como afirmado, a eficácia da democracia, sob a ótica da soberania popular, cobra tarifa alta por sua manutenção, consubstanciada exatamente no lento e laborioso exercício da razão discursiva entre os integrantes da comunidade, em caráter permanente. E tudo o que foi dito aplica-se tanto ao trabalho legislativo *stricto sensu* das instituições formais, tais que o Parlamento, como, por igual, à criação normativa *lato sensu*, em proporções menores, pela atuação de entidades intermédias e arenas informais de formação da vontade coletiva, componentes da sociedade em todos os níveis. Mas, tanto em um plano como em outro, embora operosos, o resultado da criação normativa pela via da ativa participação política dos cidadãos interessados - diretamente, ou indiretamente por seus representantes nas casas parlamentares - tem o condão de obter maior chance de adstrição, vale dizer, comprometimento por seus destinatários, exatamente pela percepção de que os comandos impostos são derivados da comum articulação entre os afetados por seus efeitos<sup>14</sup>.

---

organizados da sociedade civil a plena possibilidade de participação direta e ativa no palco da argumentação produzida dentro do procedimento conduzido em juízo, abrindo-se a todos os interessados na discussão a oportunidade de oferecimento de novas razões e questionamento de outras. Da mesma forma, é mister que se considere com seriedade o valor intrínseco que as audiências públicas podem oferecer para o bom andamento dos trabalhos do Poder Legislativo.

<sup>14</sup> Eis porque a construção jurisprudencial nos moldes do *common law* traduz, com maior perfeição e estabilidade, o “direito da terra”, pois logra, através de imemoriais decisões que se renovam a cada situação submetida ao crivo das cortes, declarar o direito pré-existente e já reconhecido pelas relações tradicionais e costumeiras da sociedade. Mas, por outro lado, também nos países do

Tal fato ganha enorme dimensão quando se está a tratar dos princípios fundamentais estruturais do Estado Democrático de Direito Constitucional. O salto da *constituição nominal* para a *constituição normativa* enfrenta, neste diapasão, uma série de dificuldades, que têm submetido a Teoria da Constituição a um verdadeiro calvário. Todavia, os trabalhos que vêm sendo desenvolvidos pelos chamados *crítico-deliberativos* ao redor do tema são de preciosidade inestimável para sua melhor compreensão e tratamento.

## 2.2

### A dignidade republicana da *agora*

Quando se invocam conceitos da filosofia política, já assaz conhecidos, como debate democrático, processo decisório ou criação de leis, não se pode prescindir da lembrança da *agora*, a verdadeira assembléia onde, na Antiguidade, e, particularmente, em Atenas, se travavam as discussões sobre os as decisões políticas fundamentais da *polis*.

Dentro da problemática ético-política, o pensamento de Sócrates é um verdadeiro divisor de águas na história do pensamento filosófico; tanto é que a história da filosofia distingue dois momentos distintos, um pré e outro pós-socrático. A partir de Sócrates, a preocupação maior dos pensadores desvia-se da contemplação da natureza (*physis*) para os problemas da política na sociedade grega. Junto com os sofistas, seus adversários teóricos mais proeminentes, Sócrates compartilha uma verdadeira paixão pelas questões políticas fundamentais da *polis*, que começava a se organizar em um sistema que, hoje, denominamos de *democracia*.

O afloramento do debate democrático segue a reboque dos desenvolvimentos sociais verificados na Grécia, entre os séculos VI e IV a.c., com o marcante desenvolvimento da atividade comercial, a formação das cidades-

---

*common law*, a enciclopédia legal codificada oriunda do labor legislativo tem ocupado espaço cada vez maior, dada a necessidade de se estabilizar, *ad futurum*, as relações de sociedades em rápida transformação. Veja-se, a este respeito, o capítulo seguinte deste trabalho.

estados, inclusive Atenas, o fortalecimento da classe mercantil com a expansão marítima e a consolidação das bases institucionais mais sólidas, que serviram de supedâneo à evolução do processo democrático, nomeadamente a partir das reformas políticas iniciadas por Sólon<sup>15</sup>.

No plano prático, ainda na Grécia clássica, as discussões públicas eram privilégio daqueles que dominavam a arte da oratória, como os sofistas, para os quais as críticas socráticas se dirigiam, no sentido de que a manipulação dos argumentos não levavam à verdade e à justiça, mas, de fato, punha “a convicção irrefletida na alma dos ouvintes”<sup>16</sup>. Por outro lado, a *isegoria* (ou igualdade no uso da palavra) também se adstringia aos “cidadãos”, categoria da qual se excluía os escravos, as mulheres e as crianças (e mesmo alguns comerciantes), longe de alcançar a plenitude daquilo que hoje se concebe como processo democrático ideal. No plano teórico, paralelamente, Platão já apresentava suas preocupações para com a educação cívica dos participantes do processo decisório e dos governantes. E, com efeito, a proposta platônica de regime ideal de participação dos cidadãos nos assuntos públicos mais se aproximava de uma visão elitista do que propriamente pluralista. Na sua idealização da *Callipolis* (cidade bela), a sociedade deveria se dividir conforme funções hierarquizadas, entre as quais se distribuiriam as diversas classes de cidadão, de acordo com os interesses gerais do bem-comum. Deste modo, apenas aqueles preparados para a discussão dos assuntos públicos e com a capacidade para a apreensão da justiça, do bem-comum e, em última análise, da unidade da idéia de Bem, é que eram legitimados para a função de estadista. Aos *arcontes* (sábios-magistrados) e aos educados para a filosofia política e para o modelo a ser perseguido de unidade da Cidade, deveria ser reservada a função suprema de governar a cidade, segundo o conhecimento da ciência, da medida e da prudência (*phronesis*). Assim é que Platão equaciona a problemática da relação entre a “licensiosidade da opinião democrática e a verdade”<sup>17</sup> e consegue legitimar o exercício do poder pelo estadista-filósofo a partir de sua capacidade para perceber e fazer valer a primazia do Bem, não obstante reconhecer a importância do espaço discursivo da agora,

---

<sup>15</sup> Sólon promoveu uma grande reforma sociopolítica e legislativa em Atenas, concedendo a todos os cidadãos homens, inclusive os pobres, o direito ao voto nas Assembléias.

<sup>16</sup> RUBY, Christian, *Introdução à Filosofia Política*, p. 15

<sup>17</sup> Id., p. 23

onde se manifestam os conflitos e as diferenças (espaço agonístico – *agon*) para se poder chegar à unidade pretendida, que era, como já afirmado, a missão precípua da política: reconduzir a multiplicidade à unidade harmônica, noção esta que atravessou a Idade Média e veio a ser interrompida com o advento da concepção atômica da sociedade e dos novos modelos de democracia restaurados na transição do Renascimento e do Iluminismo.

Nesse diapasão é que a *democracia* se consolida como a resposta possível à forma de organização política necessária para a harmonia no processo de conciliação de interesses diversos e tendências as mais variadas possíveis. Através do mútuo entendimento, obtido através do debate na *agora*, e da *isonomia*, podiam-se resolver as diferenças entre os membros das nascituras sociedades complexas. Destacadamente, é através do debate no espaço democrático que se podem alçar as decisões por consenso (*autonomia*). Se, antes deste momento, o exercício do poder político se dava pela força, pela tradição do privilégio e pela autoridade divina, a partir da consolidação do regime democrático na Grécia Antiga, as decisões passam a ser tomadas por meio da argumentação, da persuasão, do convencimento, ganhando destaque o papel dos sofistas<sup>18</sup>. Destarte, para os antigos, o conceito de democracia, ao contrário do pensamento moderno, consubstanciava-se na noção estreitamente associada à própria etimologia do termo: poder do *demos*, isto é, da comunidade de cidadãos. Falar-se em democracia, na Antiguidade, significava fazer alusão ao debate em praças públicas, sendo que, através da livre expressão, podia-se ativamente e *diretamente* tomar parte no processo de elaboração das normas e decisões

---

<sup>18</sup> Os *sofistas* eram mestres da retórica e da oratória e, muito embora tenham sido sempre alvos de oposição contundente por Sócrates, Platão e Aristóteles, tiveram importante papel na disseminação da educação e preparação cívica dos cidadãos. O maior antagonismo daqueles pensadores contra os sofistas baseava-se no argumento de que eles seriam meros defensores da vitória no debate argumentativo a qualquer custo, não demonstrando maiores preocupações com a busca da verdade, o que corromperia, sob uma perspectiva ética, sua atuação na vida da *pólis*, e, portanto, causando danos à própria democracia (razão pela qual a própria denominação de *sofista* adquiriu forte conotação pejorativa). Não obstante, se isso é verdade, não é menos certo que a defesa de Sócrates em favor do “governante esclarecido” também abalava as premissas basilares da sociedade democrática ateniense, uma vez que proclamava a necessidade de restrição do debate acerca dos assuntos de governo aos que dominavam a arte da política (*politike techne*), da mesma forma que, ao se construir um navio ou praticar qualquer outro ofício que requeira conhecimentos específicos, recorre-se a um profissional especializado (acerca desse tema, é de valioso interesse a leitura sobre o *Mito de Protágoras*).

políticas em geral<sup>19</sup>. Aliás, a participação política ativa dos cidadãos atenienses na *agora* constituía verdadeira honra pessoal ou ato de dignidade. É interessante observar que a origem da palavra *idiotes* está na qualidade que se atribuía àqueles atenienses que se furtavam à participação nos debates públicos.

A retomada do espírito republicano e da autonomia política das sociedades e de seus membros, levada a cabo pelo projeto Iluminista, após o turvo intervalo da Idade Média<sup>20</sup>, esbarrou, como já se afirmou<sup>21</sup>, em uma questão problemática. A pluralidade de concepções morais, religiosas e filosóficas resultante da proliferação das liberdades, com o conseqüente rompimento da unidade ética (heterônoma), gerou uma antítese entre a pluralidade de racionalidades nas diversas esferas da vida e a proposta de um único tipo de racionalidade, baseada no sujeito, proposta pela filosofia moderna. A incapacidade de superação do paradigma da razão subjetiva pôs *em dúvida a possibilidade da própria realização da modernidade*<sup>22</sup>. Assim é que o novo paradigma da racionalidade intersubjetiva, tão lucidamente capitaneada por HABERMAS, revigora a grandeza da noção republicana de espaço público, a partir da concepção fundamental de construção de uma razão apoiada nas relações comunicacionais entre os homens.

É, portanto, no plano geral de debate argumentativo amplo no espaço público aberto da *polis* que se pode desenvolver a concepção política razoável de justiça propugnada por RAWLS, possibilidade esta inatingível no ambiente estreito das cortes. E sobre a base desta concepção razoável, torna-se possível a discussão pública acerca das questões políticas fundamentais da sociedade,

---

<sup>19</sup> Eis aqui a maior diferença entre a democracia segundo o pensamento da Antiguidade e a concepção dos modernos. Para estes, a democracia passou a significar, precipuamente, um regime político onde se abre àqueles que usufruem do *status* de cidadania plena a faculdade de efetuar a escolha dos *representantes* que irão participar do processo político em nome dos demais, especialmente em função de sua maior afinidade com as causas públicas (ou, na terminologia empregada pela doutrina jusfilosófica francesa, aqueles que são capazes de *discuter les affaires*). Em outras palavras, para o pensamento político moderno, a qualidade essencial da prática democrática está na representação política.

<sup>20</sup> Apesar dos esforços de grandes pensadores medievais, como Tomás de Aquino (*Summa Theologiae*) e Marsílio de Pádua (*Defensor Pacis*), de resgatar a concepção aristotélica, em referência à posição fulcral da *polis* no cenário político.

<sup>21</sup> Sobre a relação entre o projeto iluminista da modernidade, a filosofia centrada no sujeito e os desafios para a democracia, consulte-se o brilhante e elucidativo texto de MENDES, Denise Vitale Ramos, *Modernidade e Democracia Participativa em Habermas e Hannah Arendt*, in *Direito, Estado e Sociedade* (Revista do departamento de Direito da PUC-Rio), nº 18, jan/jul 2001, p. 72-93

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 72

especialmente as atinentes à atividade interpretativa dos princípios e fundamentos constitucionais e as questões básicas de justiça. Em todos os casos, as decisões alcançadas, ainda que não se coadunem com os pontos de vista diversos existentes, serão razoáveis, na medida em que se proporcionou, através de um procedimento adequado de construção discursiva, a participação de todos os envolvidos, de modo igual e livre<sup>23</sup>.

Assim, é perfeitamente possível que as pessoas se vejam a cumprir, como membros da comunidade, determinadas decisões com cujo conteúdo não estejam em acordo. Isto porque o objetivo primordial do sistema normativo é a construção da moldura necessária para o teatro da vida em sociedade, em face das diferenças existentes. Isto, todavia, não deve ser encarado como um problema ou uma crise do sistema normativo, posto que, em uma concepção de democracia que prima pelo processo deliberativo, os resultados atingidos terão maior chance de eficácia em seu cumprimento e respeito em razão do comprometimento de toda a sociedade participante naquele processo, ainda que seja impossível obter a concordância em relação às preferências morais de cada um dos membros da comunidade, devido ao inafastável fato do pluralismo das sociedades complexas.

A defesa do ideal republicano de participação política ativa, todavia, requer, dadas as circunstâncias que a realidade hodierna impõe, sejam descentralizados os pólos de decisão política legitimamente reconhecidos, nos moldes propostos por HABERMAS. De fato, é uma concepção prístina, subjacente ao espírito republicano democrático, que o corpo legislativo tenha grande número de representantes do povo. O fator de legitimação das decisões assembleares é precisamente sua natureza coletiva, vale dizer, não-monocrática, não-plutocrática, não-aristocrática ou não-oligárquica. É claro que não se consegue explicar facilmente que o Chefe do Executivo, eleito com um número absoluto de votos muito superior ao número de votos obtidos por qualquer membro do Parlamento, não seja visto como legítimo representante da vontade popular para a tarefa de produção legislativa. Mais complexa ainda é a tarefa de contrapor esta constatação com a possibilidade de o Chefe do Executivo representar a vontade popular nas relações exteriores do Estado, por vezes, de

---

<sup>23</sup> RAWLS, op. cit., p. 29

dimensão política e estratégica muito superior a uma lei ordinária de menor impacto sobre a vida da sociedade. Mas, como dito, trata-se de reconhecimento antigo, vinculado à própria evolução histórica das concepções de republicanismo, democracia e separação de poderes.

De qualquer modo, está posto que o corpo legítimo para a produção de normas que vincularão a conduta de toda a sociedade é necessariamente um corpo constituído por certo número expressivo de representantes da vontade popular. Mas, por mais expressivo que possa ser, trata-se de percentuais de representação verdadeiramente insignificantes. Em países de largos contingentes populacionais, como o Brasil e os E.U.A., não passa de meros 0,002 por cento. Não se trata, portanto, de razões aritméticas, mas de uma tradição ínsita ao modelo republicano moderno<sup>24</sup>. Assim, ao corpo legislativo formalmente instituído, urge agregar, de forma subsidiária e, também, coordenada, a contribuição dos processos decisórios oriundos das arenas informais de formação da vontade coletiva dos diversos segmentos da sociedade. A este respeito, o princípio da subsidiariedade no processo de formação da vontade e tomada de decisão não é somente uma proposta puramente filosófica, de pouca aplicabilidade prática. Com efeito, ele já havia sido proposto nas Encíclicas Papais *Quadragesimo Anno* (1931)<sup>25</sup> e *Mater et Magistra* (1961)<sup>26</sup>, vindo a ser incorporado suavemente ao texto do Tratado de Maastricht (1992), onde se determinou que as competências sejam exercidas nos níveis mais inferiores e próximos às comunidades locais, com o fito de mitigar a tendência ao *déficit democrático*, de que trata SILVIA FABER TORRES, com cristalina clareza, e de pertinência ímpar à importância de descentralização dos fóruns decisórios que aqui se atribui ao princípio *sub examine*:

<sup>24</sup> Embora, mesmo na Grécia Antiga, como em Atenas, não houvesse verdadeiramente uma democracia direta, mas núcleos de representação, que se alternavam periodicamente. Sobre esta composição, veja-se a nota de rodapé nº11, cap. 7, *infra*.

<sup>25</sup> Enunciou o Pontífice, Papa Pio XI: “*convém, portanto, que a suprema autoridade do Estado permita que as associações inferiores resolvam aqueles assuntos e cuidados de menor importância, para os quais perderia muito tempo, com o que lograria realizar mais livre, mais firme e mais eficazmente tudo aquilo que é de sua exclusiva competência, enquanto só ele pode realizar dirigindo, vigiando, urgindo e castigando, conforme o caso requeira e a necessidade exija. Portanto, tenham presente os governantes que, enquanto mais vigorosamente reine, servido este princípio de função subsidiária, a ordem hierárquica entre as diversas associações, tanto mais firme será não somente a autoridade, senão também a eficiência social e tanto mais feliz e próspero o estado da nação*”. Apud TORRES, Silvia Faber, *O Princípio da Subsidiariedade no direito público contemporâneo*, p. 20 et passim. Aliás, trata-se de rica obra, de leitura indispensável para os estudiosos do tema.

<sup>26</sup> Papa João XXIII, que literalmente reitera os termos já pronunciados pelo Papa Pio XI

“A inclusão da idéia de subsidiariedade nos debates prévios à celebração do Tratado da União Européia deve-se, sobretudo, à tentativa de conter o poder comunitário que em um processo de integração tende a se acentuar, a exemplo do que ocorre nos sistemas federais, que denotam uma clara tensão entre a retórica da diversidade e o ímpeto voltado à universalidade. Com efeito, quanto mais densa e profunda se torna a relação entre os Estados-membros, mais propensas ao “*déficit democrático*” ficam suas instituições, eis que, inevitavelmente, o aumento de competências atribuídas à Comunidade implica em uma retração dos poderes de controle e participação dos órgãos que representam a soberania popular, pelo que, conseqüentemente, as mais relevantes decisões são tomadas por especialistas comunitários e representantes governamentais, muito distanciados dos cidadãos”.

É importante observar, também, conforme se verá mais detalhadamente no capítulo seguinte, que no sistema do *common law* a participação dos destinatários da norma no processo nomogenético esteve igualmente presente. Em um primeiro momento, por sua própria natureza declaratória, reconhecendo como direito a *lex terrae*, isto é, os costumes e tradições locais. A *lex terrae*, com sua ínsita capacidade de traduzir a pluralidade dos *ethos* compartilhados localmente, impunha limites ao próprio poder real, como se depreende do acordo que João Sem-Terra se viu obrigado a fazer perante os barões, consubstanciado no célebre texto da *Magna Charta* (1215), onde se defere à autoridade das *communitas regni* o estabelecimento das fronteiras de ação e decisão políticas do monarca, delineadas por aqueles afetados por suas conseqüências; ainda que longe estivesse a composição dos interesses dos senhores feudais do que se pode conceber como uma participação cívica republicana. Mas, ainda assim, tratava-se de reconhecer o direito como expressão da vontade do povo, indiretamente, pela revelação dos costumes e tradições. Em um segundo momento, pelo ingresso da burguesia comercial no Parlamento, não sob a forma de ruptura com o poder político monárquico, mas, antes, como forma de encampar organicamente a vontade popular como fonte legítima de exercício do poder político.

Por último, cumpre uma anotação derradeira a respeito de BARTOLO DE SASSEFERRATO, um conhecido jusfilósofo, que viveu entre 1314 e 1357. Tal qual TOMÁS DE AQUINO e MARSÍLIO DE PÁDUA, BARTOLO, considerado um pós-glosador, procurou colocar a teoria do direito lado a lado com a teoria política, inserindo na discussão da metodologia jurídica a relevância do debate



político na *civitas*. Por trás de seu pensamento, pairava uma questão fundamental para sua época, que era a soberania legislativa das cidades italianas.

A partir do século XIII, muitas cidades ao sul dos Alpes haviam instituído formas autônomas de governo, que produziam suas próprias leis, bem aos moldes republicanos e, ao que se sabe, de boa qualidade<sup>27</sup>. Tal forma de organização era resultado, de um lado, da intensa atividade comercial na região, a qual dependia de regulações bem estabelecidas, e, de outro, da permanente ameaça de invasão germânica proveniente do norte, o que catapultou o fortalecimento de uma ordem político-jurídica autônoma. Todavia, a situação política de fato não correspondia à teoria jurídica que havia sido firmada, sobretudo, pelo trabalho dos glosadores, debruçados no Código Justiniano. A concepção jurídica em vigor, preocupada em fornecer as bases unificadoras para o fortalecimento e a expansão do Império Papal, contrastava com a fragmentação das pequenas *repúblicas* de cidades como Pisa, Milão e Bolonha. BARTOLO DE SASSEFERRATO esposava a tese de que se a doutrina jurídica não acompanhava a situação *de facto*, então era aquela que deveria ser alterada. Além disso, o pensador trouxe à superfície da discussão teórica uma comparação de grande utilidade entre a validade dos costumes e a validade do direito legislado.

Em prol de uma defesa para a autonomia política das cidades italianas, BARTOLO esboçou a seguinte indagação: se a teoria jurídica não rechaça a validade dos costumes e, com efeito, chega a atribuir-lhe grande autoridade, porquê negar a autoridade das decisões expressas das comunidades? Para responder a tal indagação, o pensador apontou para o entendimento de que mais do que os usos e costumes, é o consentimento tácito que constitui o direito costumeiro. A aceitação ao longo do tempo, por um povo, de normas que não foram impostas heteronomamente, regulando sua atividade de forma natural (*opinio iuris*), é a causa próxima do direito consuetudinário, sendo os usos, tradições e costumes sua causa remota. Assim, se o direito costumeiro, que não é imposto, mas aceito por um povo, tem validade, igual valor (*paris potentiae*), ou até mesmo maior peso, deve necessariamente ter um corpo de normas que seja correspondente à manifestação expressa de consentimento deste mesmo povo.

---

<sup>27</sup> WALDRON, Jeremy, op. cit., p. 60 et seq.

Por conseguinte, se o direito costumeiro pode ser criado pelo consentimento tácito da comunidade e, logo, sem uma ascendência hierárquica impositiva, a criação de um direito por consentimento expresso, da mesma sorte, não requer qualquer autorização superior<sup>28</sup>.

O ensinamento de BARTOLO DE SASSEFERRATO é importante para o resgate da dignidade da legislação. O princípio *civitas sibi princeps* (a cidade é seu próprio príncipe) é a base fundamental do sentimento republicano e do sentimento de vinculação ao resultado das normas produzidas autonomamente pela e para a comunidade. O reconhecimento da produção decorrente da autonomia política é ínsito à própria natureza do exercício da liberdade política das sociedades. E, no mesmo sentido, o consentimento tácito ou a decisão expressa é uma projeção cujo vetor de origem deve estar imbuído na mente de todos os membros da comunidade. Esta percepção, contudo, não é algo dado, mas que tem que ser construída e consolidada de forma perene, tenaz e livre no seio das comunidades, tal qual uma verdadeira concepção de democracia propõe.

Por tudo o que até aqui já se afirmou, não poderia ter maior importância para o pleno, efetivo e real exercício do jogo democrático o estabelecimento de regras bem definidas, mutuamente respeitadas e amplamente conhecidas para sua execução. Faz-se referência, aqui, à relevância do procedimento deliberativo para a democracia. Tal qual nos processos judiciais – que, certamente, são o exemplo institucionalizado mais notável de organização do exercício racional do debate argumentativo - onde há limites temporais, circunstanciais, formais e materiais para a dedução das pretensões em juízo, também no processo nomogenético apresenta o procedimento papel preponderante no jogo democrático. A moldura procedimental da democracia não assegura a justiça plena do conteúdo dos resultados produzidos, até porque há questões que muito possivelmente serão eternamente inconciliáveis no plano moral, mas asseguram uma base mínima necessária para a convivência pacífica, tolerante e harmônica na sociedade. Neste sentido, afirma WALDRON:

“a autoridade do direito repousa sobre o fato de que há uma reconhecida necessidade de agirmos em concerto sobre várias questões ou coordenar nosso comportamento em várias áreas com referência a uma estrutura comum, e que essa

---

<sup>28</sup> Ibid., 64

necessidade não é evidenciada pelo fato de que discordamos uns dos outros sobre qual deva ser o nosso curso de ação comum ou a nossa estrutura comum”<sup>29</sup>

## 2.3

### Direitos de participação

Uma indagação sobre a hierarquia moral entre os princípios fundamentais de uma ordem jurídico-política estabelecida nos dias de hoje certamente levaria a uma resposta universal: a dignidade da pessoa humana. Certamente, o direito à vida digna está no ápice de qualquer sistema jurídico, já que entre as funções cardiais da organização política fundamental de uma sociedade está a revelação daqueles valores tidos por mais caros e estimados. Mas, os regimes democráticos nas sociedades atuais longe estão de um sistema que pretenda ser perfeito e carregam consigo os ônus que lhes são inerentes. Entre eles, estão a diversidade de interesses e concepções morais, filosóficas e religiosas, a complexidade social, as desigualdades de condições sócio-econômicas basilares entre os membros da comunidade e tantas outras dificuldades que requerem diuturno enfrentamento.

O equacionamento destas dificuldades propugna por instituições democráticas bem fortalecidas, sobre as quais se poderá construir a *razão pública* em um ambiente de participação política ativa livre e igual. Percebe-se, assim, que ao se falar em participação política, tem-se em vista um elemento que, enquanto fundamental para o sistema democrático, não disputa uma colocação na ordem hierárquica daqueles direitos de fundo moral<sup>30</sup>, mas, antes, trata-se de elemento indispensável e supremo para a própria realização plena do Estado democrático. O direito de participação política é insito à própria concepção de Estado democrático de direito, onde as normas voltadas para a sociedade são produto, senão, da própria vontade desta. É pois elemento indispensável a uma concepção republicana de Estado e um regime democrático de governo. O

---

<sup>29</sup> Op. cit., p. 7. Trad. livre. No original: “*The authority of law rests on the fact that there is a recognizable need for us to act in concert on various issues or to co-ordinate our behaviour in various areas with reference to a common framework, and that this need is not obviated by the fact that we disagree among ourselves as to what our common course of action or our common framework ought to be*”.

homem-cidadão, em decorrência de seu direito de participação, é, contemporaneamente, criador e destinatário das normas dirigidas à sociedade da qual participa.

Como lembra RAWLS, “a razão pública é característica de um povo democrático”<sup>31</sup>. A manifestação da razão pública por meio das decisões normativas que irão reger a vida da sociedade reveste-se da legitimidade própria dos regimes democráticos exatamente porque é extraída da razão dos cidadãos enquanto agentes políticos em pé de igualdade, que formam um corpo coletivo titular do poder político último, ao qual se reserva a força coercitiva e a exclusividade quanto à escolha das diretrizes políticas fundamentais de interesse geral. A participação política dos cidadãos-agentes na construção da razão pública é assim a própria condição de possibilidade do regime democrático.

Também ROBERT DAHL elenca, entre seus critérios-padrão elementares para o processo democrático, a participação efetiva da sociedade, ao lado da igualdade de peso de voto entre os cidadãos, do conhecimento efetivo ou possibilidade de acesso aos conhecimentos relacionados às proposições deliberadas e alternativas existentes, assim como suas conseqüências sobre a vida da sociedade, do controle da agenda de discussão política – no respeitante à conveniência de escolha dos temas e oportunidade para sua deliberação -, e da inclusão de todos os cidadãos adultos residentes na comunidade sobre a qual as normas deliberadas democraticamente serão aplicadas<sup>32</sup>.

A participação efetiva ou potencial de todos os cidadãos, de forma equânime, no processo deliberativo, alerta DAHL, previne que grupos em situação de desigualdade de participação possam se beneficiar ou se prejudicar quanto à manifestação de seus pontos de vista; ou, ainda, que minorias mais favorecidas economicamente venham a dominar, em seu proveito, o processo político de discussão, formação de vontade e decisão<sup>33</sup>.

---

<sup>30</sup> Esta observação também se aplica ao desenvolvimento do tema “liberdade de expressão”, do qual se tratará na última parte do presente trabalho.

<sup>31</sup> *O Liberalismo...*, p.9

<sup>32</sup> DAHL, Robert, *On Democracy*, p. 37-38

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 39

O prévio conhecimento ou possibilidade de acesso às informações relativas à deliberação são condições igualmente essenciais para o processo democrático. A possibilidade de produção de argumentos convincentes em favor de determinado ponto de vista pressupõe o domínio, ao menos parcial, do tema versado; caso contrário, tratar-se-ia de mero intercâmbio de percepções relativas acerca das alternativas de deliberação. A este respeito, são recorrentes as reflexões de índole filosófico-política sobre a premissa, aparentemente incoerente, da livre participação de todos os membros da comunidade no processo deliberativo em face da real situação presente nas sociedades complexas, que impõem aos cidadãos inúmeras ocupações com o trabalho, a família, o lazer, os afazeres diversos, vedando-lhes o permanente acompanhamento das questões públicas. Não por menos, já ROUSSEAU, cujo espírito democrático radical não se contesta, preocupado com esta questão, ao discorrer sobre a forma ideal de governo e a aristocracia, defendia a possibilidade de se cometer os assuntos públicos aos homens sábios e ricos, pois estes teriam, segundo ele, mais tempo para envolver-se com tais matérias:

“Temos aqui duas pessoas morais distintas, a saber, o governo e o soberano, e, por conseguinte, duas vontades gerais: uma, concernente a todos os cidadãos; outra, apenas aos membros da administração (...) Numa palavra, a ordem mais justa e natural é a em que os mais sábios governem a multidão, quando estamos seguros de que a governarão em benefício dela, e não em benefício próprio (...) se esta forma de governo comporta certa desigualdade de riqueza, isto acontece para que em geral a administração dos negócios públicos seja confiada aos que podem dela cuidar, empregando todo o seu tempo”<sup>34</sup>.

Mas, a ampliação do direito de participação política constitui, por tudo o que já se afirmou, um elemento fundamental e de insuperável importância no plano democrático. Possivelmente, a participação poderia ser vista como o “direito dos direitos”<sup>35</sup> no teatro da razão pública e da confecção de uma concepção política de justiça, assim como da busca do bem-comum da sociedade. O direito de participação política tem, outrossim, dúplice natureza. Em primeiro lugar, é um direito fundamental de natureza negativa; isto é, lista-se entre aqueles que exigem do Estado a abstenção de qualquer ato que possa prejudicá-lo. Por

<sup>34</sup> ROUSSEAU, J.J., *O Contrato Social*, Livro III, cap. V

<sup>35</sup> A expressão, segundo Waldron, e citando outros autores, seria criação de William Cobbett, lançada no texto “*Advice to young men and women, advice to a citizen*”, de 1829. Op. cit., p. 234.

outro lado, é também um direito de feição positiva, vale dizer, de natureza prestacional em relação ao Estado, que assume, por disposição constitucional, o dever de levar a cabo as medidas necessárias para sua eficácia. Assim, ao mesmo tempo em que o Estado deve se abster de cercear o direito de participação política dos cidadãos, a não ser naqueles casos previstos na mesma Carta Política que o assegurou<sup>36</sup>, também deve providenciar todo o instrumental necessário para franquear de forma efetiva o acesso do cidadão aos fóruns e aos momentos de decisão coletiva, precipuamente o processo de sufrágio, providenciando, *exempli gratia*, as urnas, os mesários, o aparato de segurança pública para sua ocorrência, a estrutura administrativa e judicial para a contagem e validação dos votos, publicação de resultados etc.

Os gregos orgulhavam-se de sua condição de cidadãos ativos, espírito este resgatado na Revolução Francesa, embora, em ambos os casos, os direitos de participação política fossem ainda bastante restritos, tanto verticalmente, quanto horizontalmente. Hodiernamente, vai-se completando o ciclo de universalização dos direitos de participação, ainda que a duras penas. Trata-se, fundamentalmente, da consagração de uma moldura ideológica, que define a relação atual entre o homem e o aparelho coercitivo do Estado, e cujo equacionamento é tributário da doutrina dos direitos humanos fundamentais, entre eles se elencando, sobranceiramente, o direito de participação<sup>37</sup>.

O direito de participação também tem duplo aspecto no que concerne sua forma de atuação. Por um lado, pode representar a faculdade de participar no processo decisório da comunidade, seja de forma direta, seja de forma indireta, pela escolha de representantes. Por outro, pode se consubstanciar na faculdade de ser escolhido como integrante do aparelho Estatal, em qualquer uma de suas três funções primordiais.

Para RAWLS, a liberdade de participar, em condições de igualdade de oportunidades, nos cargos e posições públicos figura como um dos princípios de justiça que concebe para uma sociedade bem ordenada. No cenário dos direitos fundamentais e dos princípios nucleares do Estado constitucional democrático

---

<sup>36</sup> Em nossa Constituição de 1988, por exemplo, consignados no art. 15

<sup>37</sup> MOREIRA, Adriano, *Ciência Política*, p. 25

proposto por RAWLS, dois são os princípios que devem balizar o ideal de justiça: (i) em primeiro lugar, todos devem ter igual direito a um sistema de liberdades fundamentais que seja compatível com um sistema de liberdades para todos; (ii) as desigualdades econômicas e sociais são admitidas no limite da igualdade de oportunidades de participação em cargos e posições públicas e do critério da perseguição do maior benefício possível para os indivíduos menos privilegiados da sociedade<sup>38</sup>. Assim, para RAWLS, o direito de participação na vida política da sociedade também adquire destacada relevância no que respeita o acesso dos cidadãos às posições públicas na máquina estatal.

Congênere à diferenciação entre estes dois aspectos foi, durante bom tempo, no período de alastramento das constituições liberais, a distinção entre *cidadãos ativos* e *cidadãos passivos*. Passivos eram aqueles aos quais se negava a participação política no poder estatal, por faltar-lhes independência econômica, categoria na qual se incluíam além dos menores e mulheres, todos os empregados por conta alheia<sup>39</sup>. Esta distinção entre a cidadania passiva, com o correlato reconhecimento das liberdades negativas, e a cidadania ativa, revelada pela participação direta no processo político e nos órgãos estatais manifestadores do poder soberano democrático corresponde, por último, a dois momentos revolucionários na história do liberalismo. O primeiro, marcado por documentos históricos como a *Magna Charta* (1215), o *Right of Petition Act* (1628) e o *Habeas Corpus Act* (1679), protegendo os cidadãos de violações contra certos direitos fundamentais inafastáveis pela *voluntas principis*, e assegurando-se-lhes, pela ilicitude da violação, o direito de resistência, desobediência e revolta. O segundo, através do constitucionalismo liberal, institucionalizando e garantindo a participação direta do povo no processo de formação das leis e decisões

---

<sup>38</sup> RAWLS, *O Liberalismo Político*, p. 344-345; Id., *Uma Teoria da Justiça*, p.333

<sup>39</sup> MOREIRA, Adriano, op. cit., p. 27. Mesmo em um país como os E.U.A., cujo nascimento do espírito democrático de organização política foi contemporâneo ao assentamento dos direitos fundamentais, por ocasião do movimento emancipatório do final do séc. XVIII, o reconhecimento do *status* de cidadania plena a todos os cidadãos natos somente ocorreu com a ratificação da XIV Emenda, em 1868 (Seção 2) e, em relação aos direitos de voto, de forma expressa, somente dois anos depois, com a promulgação da XV Emenda, em 1870; ambos os casos foram conseqüências históricas dos movimentos de abertura democrática promovidos entre 1820-40 (*jacksonian democracy*), que se centravam nas questões polêmicas da reforma política, liberdade de religião, direitos da mulher, educação, abolicionismo e saúde. Ainda assim, durante muito tempo, alguns Estados federados continuaram a limitar o direito de voto, não por raça ou cor, mas com base no analfabetismo ou na ausência de propriedade. Tais limitações, só foram a final afastadas na esteira

governamentais, que esteve presente na *Declaração de Independência dos E.U.A.* (1776), na *Declaração de Direitos de Virginia* (1776) e na *Constituição Norte-Americana* (1787), na *Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão* (1789), e ainda, embora por inspiração ideológica diversa, de matriz marxista, na *Declaração de Direitos do Povo Trabalhador e Explorado* (1918).

O direito fundamental de participação está diretamente conectado à preciosa noção da autonomia pública, tão estimada pela democracia. Trata-se de demanda inseparável da concepção de regime democrático. A ocupação do espaço público para os fins de auto-determinação da vida da comunidade reside na própria raiz do constitucionalismo democrático; no entanto, logo se vê que os conceitos de cidadania e soberania popular não necessariamente coexistem, pois o reconhecimento do *status* de cidadão (cidadania) não implica em sua interferência direta no poder (soberania popular). Como bem lembra JORGE MIRANDA:

“Pode, por conseguinte, conceber-se a existência de governos que afastem, radicalmente, os cidadãos – relegados para o estatuto de meros súbditos – de qualquer intervenção na gestão da coisa pública, que lhes neguem qualquer influência nas decisões políticas a tomar, que, enfim, consagrem a liberdade dos governantes em face dos governados. As monarquias territoriais da Antiguidade Oriental, as monarquias absolutas da Idade Moderna e certas ditaduras contemporâneas fornecem disso os exemplos mais frisantes”<sup>40</sup>

Por fim, cumpre destacar a natureza ambivalente do direito de participação. O termo *participação* por si só já aponta para um dos aspectos fundamentais da noção que envolve; qual seja, a de tomar parte em algo. Assim, a participação política é uma liberdade fundamental que se relaciona à vida da *polis*, na qual se incluem outras pessoas, devendo por elas e pelo próprio Estado ser aceita e tolerada. Por outro lado, o direito de participação também traduz o aspecto individual, de índole liberal, subjacente ao caráter emancipatório do constitucionalismo moderno, que implica no reconhecimento de igualdade entre os membros da comunidade e de liberdade de ação, tanto no plano privado quanto no público, no limite do interesse geral, mas, sobretudo, como uma das formas de manifestação e realização da existência do homem enquanto membro reconhecido

---

dos movimentos pelas liberdades públicas (*civil rights movement*), nomeadamente com o *Civil Rights Act*, de 1964, e com o *Voting Rights Act*, de 1965.

<sup>40</sup> *Ciência Política – Formas de Governo*, p. 55-56



de uma comunidade. Aqui, também, se está diante da conhecida dicotomia pronunciada por BENJAMIN CONSTANT: a liberdade dos antigos e a liberdade dos modernos, sobre a qual se tratará mais adiante. Mas, é importante frisar que os direitos de participação, seja no processo decisório indireto, pela escolha dos governantes, seja de forma direta, pelo exercício de um *munus* público, justificam-se tanto por sua conotação liberal, como liberdade inerente ao indivíduo membro da sociedade política, como pela noção republicana, associada ao exercício da autonomia pública pela comunidade como um todo. Estão presentes, portanto, tanto o caráter instrumental de justificação do direito de participação, quanto o substancial.

## 2.4

### **Efetividade (eficácia social) dos princípios fundamentais**

A caminhada histórica no sentido de afirmação dos direitos fundamentais do homem arrosta, neste momento, sua mais difícil barreira. O resgate do homem como referência suprema do Estado e da sociedade, pondo-se estes a serviço do bem maior, que é o asseguramento da dignidade humana, se consolidado quase universalmente como norma de patamar constitucional, com validade formal e também ética, não ainda se sedimentou no plano da validade fática.

Cumpre, para esta análise, efetuar breve digressão a propósito das categorias relativas à qualificação das normas jurídicas em geral, atos jurídicos que são, quanto à sua existência, validade e eficácia.

*Validade formal* ou *vigência*, segundo conceituação terminológica consensual de nossa doutrina, é uma qualidade atribuível à norma de direito<sup>41</sup>. Os atributos, como cediço, para que a norma tenha vigência dizem respeito aos seus aspectos técnico-jurídicos ou formais, quais sejam:

---

<sup>41</sup> DINIZ, Maria Helena, *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, p. 385. Da mesma forma, a divisão conceitual proposta por Miguel Reale (*Lições Preliminares de Direito*, p. 107 et seq.), que, não obstante, alerta para a utilização, pela doutrina de fala espanhola, do termo eficácia como referência ao que por aqui se denomina *vigência formal* ou *validade técnico-formal*.

- (1) que haja sido elaborada por um órgão competente, isto é, legitimamente constituído para tal produção normativa;
- (2) que o órgão tenha legitimidade material (*ratione materiae*) para dispor sobre o assunto versado na norma;
- (3) que haja observância aos procedimentos previstos para elaboração da norma (*procedural due process of law*).

É importante observar que a validade formal da norma nada diz com seu reconhecimento pela sociedade, sendo indiferente à adstrição ou não dos destinatários da norma aos seus comandos. Ou seja, ainda que inobservada, preenchidos os requisitos acima, a norma tem vigência. Anota HANS KELSEN, a este respeito:

“Como a vigência da norma pertence à ordem do dever-ser, e não à ordem do ser, deve também distinguir-se a vigência da norma da sua eficácia, isto é, do fato real de ela ser efetivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme a norma se verificar na ordem dos fatos”<sup>42</sup>

Observe-se, aqui, que para os autores que, como LUIS ROBERTO BARROSO<sup>43</sup>, distinguem normas inexistentes das normas inválidas, o exame quanto à sua aptidão para produção de efeitos no mundo jurídico perpassa dois momentos. Em um primeiro instante, a fim de constatar sua existência, verifica-se a presença dos pressupostos gerais (ou estruturais) de existência do ato jurídico: *agente, objeto e forma*. No segundo momento, a fim de verificar sua validade, procede-se ao exame:

- (1) da competência do órgão;
- (2) da licitude e possibilidade do seu objeto;

<sup>42</sup> *Teoria Pura do Direito*, p. 13

<sup>43</sup> *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas*, p. 82 et seq. No mesmo sentido, BARCELLOS, Ana Paula de, *Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*, p. 62, nota de rodapé 106; TAVARES, André Ramos, *Curso de Direito Constitucional*, 115-152; MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Curso de Direito Administrativo*, p. 331 (que, todavia, prefere o termo *perfeição à existência*, guardando idêntica conotação).

(3) da adequação da forma utilizada à prescrição legal.

É nesse campo, portanto, de exame da competência do agente prolator do ato jurídico em tela, da liceidade e da possibilidade de seu conteúdo e da observância dos aspectos formais normativamente estabelecidos, que se logra verificar se uma norma jurídica é válida ou não. É, da mesma forma, no plano da validade, que se verifica a inconstitucionalidade de determinada norma jurídica, por desacordo com o regramento que lhe é hierarquicamente superior, deixando de atender a algum mandamento indispensável para sua validade.

Sendo existente e válida, terá aptidão para produzir os efeitos pretendidos. Mas, nenhum ato normativo é criado sem algum objetivo, sem alguma finalidade. Em seu desiderato maior de dar conta dos fenômenos que são sotopostos à Ciência Jurídica, o Direito, seu objeto, tem a pretensão de resolver as questões atinentes à organização e à convivência social, regulando condutas, relações e situações jurídicas. Assim, a deflagração dos efeitos pretendidos pela norma depende de seu grau de capacidade para produzi-los no plano dos fatos, atributo este denominado *eficácia*. A *eficácia* é, assim, esta aptidão para a produção dos resultados a que se destinou. Destarte, a norma existente poderá ser tanto válida e ineficaz, como quando no período da *vacatio legis* ou, ainda, no caso das normas constitucionais de eficácia contida<sup>44</sup>, quanto eficaz e inválida, como no caso da norma inconstitucional cuja inconstitucionalidade ainda não haja sido declarada<sup>45</sup>.

Mas, a doutrina está longe de atingir qualquer uniformidade na terminologia utilizada neste campo de exame das normas jurídicas. Para PAULO NÁDER, o termo *eficácia* é, na verdade, a representação do grau máximo de *efetividade* de uma norma, isto é, da relação existente entre os efeitos pretendidos pela norma e o seu grau de cumprimento destes efeitos. Se produziu realmente os efeitos desejados, a norma é eficaz<sup>46</sup>. Nos casos de inobservância total ou parcial

---

<sup>44</sup> Utiliza-se aqui, para referência, a famosa conceituação tríplice quanto à eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais de José Afonso da Silva.

<sup>45</sup> BARROSO, Luís Roberto, *op. cit.*, p. 85

<sup>46</sup> NADER, Paulo, *Introdução ao Estudo do Direito*, p. 90. Cumpre relatar que se consultou aqui a 22ª ed. da notória obra do emérito jurista, onde o mesmo traz à discussão, no capítulo reservado à análise da norma jurídica, ao contrário de edições anteriores, a questão referente ao seu exame de validade, eficácia e efetividade, acrescentando, ainda, o importante quesito da legitimidade, do qual aqui especialmente se trata. Como o próprio autor observa no prefácio à edição em comento,

da norma, configura-se a dessuetude, cujo nível de adstrição pelos destinatários e aplicadores do direito é que se expressa em termos de *efetividade*.

Com objetiva clareza, LUÍS ROBERTO BARROSO atenta para a necessidade de se diferenciar a *eficácia jurídica* da *eficácia social*. Assim, enquanto a *eficácia jurídica* é a aptidão da norma para a produção dos efeitos desejados, cumpridos os requisitos pertinentes à sua existência e validade, a *eficácia social* é “a concretização do comando normativo, sua força operativa no mundo dos fatos”<sup>47</sup>. Reserva-se, portanto, a denominação *efetividade* ou, ainda, como prefere REALE, *validade social*<sup>48</sup>, para esta qualidade concreta e real no mundo dos fatos, isto é, de eficácia no seio da sociedade. Em suma, a eficácia jurídica é potencial, enquanto a eficácia social ou *efetividade* é real:

“A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social”<sup>49</sup>.

O exame da efetividade das normas, ou de sua eficácia social, está diretamente vinculada ao próprio reconhecimento (*anerkennung*) da norma pela comunidade jurídica à qual ela pretende irradiar seus ditames. Assim, submetem-se, em primeiro plano, à análise do seu substrato axiológico, que é o supedâneo valorativo idôneo a lhe conferir o *fundamento ético* ou, como prefere REALE, o seu atributo de *validade ética*. De acordo com a célebre definição de TOMÁS DE AQUINO, uma norma é “um decreto da razão, para o bem comum, feito por quem tem o cuidado da comunidade, e promulgado”<sup>50</sup>. Logo, a persecução dos valores estimados pela sociedade, exprimindo-os e consolidando-os, é o fundamento de

---

trata-se de imposição do próprio aprofundamento do pensamento jurídico acerca de temas de significativa relevância para a comunidade de estudiosos do direito.

<sup>47</sup> BARROSO, Luís Roberto, op. cit., p. 84

<sup>48</sup> Op. cit., p.105

<sup>49</sup> BARROSO, Luís Roberto, op. cit., p. 85

<sup>50</sup> *Suma Teológica, Questão 90, Quarto Artigo*, apud MORRIS, Clarence (org.), *Os Grandes Filósofos do Direito*, p. 53. Na seqüência da *disputa* conduzida ao longo dos quatro artigos da questão 90 da *Summa*, Santo Tomás aborda a relação entre lei e razão (1º), sua vocação para o bem comum (2º), a autoridade humana competente para elaboração da lei (3º), e a imprescindibilidade de sua promulgação (4º). A *disputa* era o método comumente adotado no período da Escolástica (séc. VIII a XIV), em que as teses propostas eram sustentadas por meio de argumentos extraídos de textos dos Padres da Igreja, da Bíblia, de Aristóteles ou de Platão, em sucessivas indagações,

*validade ética* da norma jurídica. Concebendo-se o direito como instrumental a serviço da realização plena do homem e dos objetivos da comunidade, outra não pode ser a orientação da norma que a consecução daquele desiderato. A norma jurídica que pretende a chancela da legitimidade deve retratar os valores presentes na sociedade.

É estreita, assim, a conexão entre o fundamento ético do direito posto e o seu efetivo reconhecimento pela sociedade. Além disso, o reconhecimento da norma jurídica produzida no âmbito legislativo, seja nas arenas formais (parlamento), seja nas informais (organizações não-estatais da sociedade civil), é o próprio retrato fiel do grau de envolvimento da sociedade, direta ou indiretamente, por meio de seus representantes, em seu processo de formação. Vale dizer, o terceiro aspecto da validade da norma jurídica, sua *eficácia* ou *validade fática*<sup>51</sup> corresponde ao seu grau de legitimidade, conforme assim detectado e definido pela comunidade destinatária da norma. Consoante se sinta mais ou menos participativa no processo de formação da vontade coletiva e formalização desta por meio da produção normativa e, portanto, de acordo com a percepção dos destinatários do direito de que este é senão o resultado do exercício da razão pública, em condições de igualdade e liberdade, é que o conteúdo das normas postas pode pretender *validade fática* ou *efetividade*, isto é, real adstrição ao seu cumprimento ou à necessidade de sua observância pelos indivíduos.

No mesmo sentido, na introdução de sua magna obra, *Between Facts and Norms*, HABERMAS discorre sobre a função mediadora do direito entre o mundo dos fatos e o mundo das normas, isto é, entre sua validade *de facto* (ou facticidade) e sua validade legal, ocasião em que ressalta a relação entre o processo de justificação discursiva das normas, que lhes atribui legitimidade, e sua eficácia social (efetividade):

“A *validade de facto* das normas de direito é determinada pelo grau com que são implementadas ou com que conseguem se impor, e portanto até o ponto em que se pode verdadeiramente esperar que seus destinatários venham a aceitá-las. Ao contrário das convenções e costumes, o direito positivado não repousa sobre a facticidade orgânica de formas de vida tradicionais, mas na facticidade

---

respostas, provocações e defesas. É a formação do *princípio da autoridade* (ou do *argumentum ab auctoritate*)

<sup>51</sup> Miguel Reale prefere a expressão *validade social* (op. cit., p. 105)

artificialmente produzida, encontrada nas ameaças de sanções legalmente definidas e que podem ser impostas pela atividade judicial. Por outro lado, a *legitimidade* dos estatutos é medida em face da resgatabilidade discursiva de sua pretensão de validade normativa – em última análise, conforme elas tenham emanado de um processo legislativo racional ou, ao menos, pudessem ter sido justificadas por pontos de vista pragmáticos, éticos ou morais. A legitimidade de um estatuto independe de sua implementação efetiva. Ao mesmo tempo, contudo, a validade *de facto* ou a adstrição fática varia de acordo com a crença do destinatário em sua legitimidade e essa crença é, por sua vez, baseada na suposição de que a norma pode ser justificada. Quanto menos legítimo for um ordenamento legal, ou ao menos for assim considerado, mais outros fatores, tais quais a intimidação, a força circunstancial, o costume e o hábito puro terão que estar presentes para compelir ao seu cumprimento.<sup>52</sup>

Portanto, a *efetividade* dos princípios fundamentais<sup>53</sup>, normas jurídicas que são, é informada, a um lado, pelo grau de correlação existente entre os valores nutridos e as expectativas existentes na sociedade e, a outro, pelo *espírito constitucional* que a população houver desenvolvido em relação ao texto magno, tanto pelo envolvimento direto ou indireto em sua elaboração original, quanto por sua (re)invenção<sup>54</sup> diuturna nos processos políticos de atualização do texto e nos processos judiciais preenchidos pela hermenêutica e pela jurisdição constitucional<sup>55</sup>.

---

<sup>52</sup> *Between Facts and Norms*, p. 29-30. Trad. livre. No original: “The de facto validity of legal norms is determined by the degree to which such norms are acted on or implemented, and thus by the extent to which one can actually expect the addressees to accept them. In contrast to convention and custom, enacted law does not on the organic facticity of inherited forms of life, but on the artificially produced facticity bound in the threat of sanctions that are legally defined and can be imposed through court action. On the other hand, the legitimacy of statutes is measured against the discursive redeemability of their normative validity claim – in the final analysis, according to whether they have come about through a rational legislative process, or at least could have been justified from pragmatic, ethical and moral points of view. The legitimacy of a statute is independent of its de facto implementation. At the same time, however, de facto validity of factual compliance varies with the addressees’ belief in legitimacy, and this belief is in turn based on the supposition that the norm could be justified. The less a legal order is legitimate, or is at least considered such, the more other factors, such as intimidation, the force of circumstances, custom, and sheer habit, must step in to reinforce it”.

<sup>53</sup> A respeito da eficácia jurídica dos princípios fundamentais no plano da dogmática constitucional, consultem-se as já citadas obras de BARCELLOS, Ana Paula de, *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*, em especial o capítulo III; e BARROSO, Luís Roberto, *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, com destaque para o capítulo IV.

<sup>54</sup> Toma-se aqui, por empréstimo, o feliz termo empregado por SAMPAIO, José Adércio Leite, em sua magnífica obra *A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional*.

<sup>55</sup> Gisele Cittadino aduz que “é, portanto, pela via da participação político-jurídica, aqui traduzida como o alargamento do círculo de intérpretes da Constituição, que se processa a interligação dos direitos fundamentais e da democracia participativa. (...) quando o constitucionalismo democrático se refere à concretização da Constituição, mediante a ampliação do círculo de seus intérpretes, busca, especialmente, garantir a efetividade do sistema de direitos constitucionalmente assegurados.” (op. cit., p. 31)

Como se costuma afirmar, as constituições nascem em momentos de ruptura profunda do sistema político-jurídico em vigor ou de evolução e passagem de um sistema para outro que se pretenda mais adequado para a comunidade. Em nosso País, a Carta Magna nasceu em momento de verdadeira crise de legitimidade do sistema autoritário então vigente, que não mais era tolerado pela comunidade interna e cada vez mais rejeitado perante a comunidade internacional. A superação desta crise de legitimidade, portanto, deu-se com o advento da Constituição Federal de 1988, dentro de um ambiente político razoavelmente pacífico e no caminho de reversão daquilo que se perdera desde março de 1964: a construção de um Estado de Direito, democrático e constitucional.

De todo modo, a legitimidade, entendida como consentimento/reconhecimento popular, é da essência do regime democrático e, da mesma sorte, constitui o supedâneo fático-político da elaboração das cartas constitucionais democráticas. Com efeito, como afirma WILLIS SANTIAGO, a legitimidade pressupõe consenso e assentimento em torno de um valor fundamental, não obstante a pluralidade em redor de outros temas pertinentes à vida social<sup>56</sup>. Este valor fundamental há de ser a própria opção pelo regime democrático e pela constituição de um Estado de Direito.

Como corolário da segurança jurídica que se vislumbrou indispensável desde a Ilustração, a positivação no texto constitucional dos vetores fundamentais de organização e atuação do Estado e dos direitos fundamentais dos cidadãos materializou-se, em sua grande parte, pela forma de princípios, cuja densidade reduzida, maior grau de abstração e textura aberta os torna mais adequados para a formulação de noções gerais tradutoras de um espírito coletivo e das diversas forças sociais geradas no seio da comunidade. E a estampa presente nas páginas do texto constitucional o torna mais ou menos legítimo na proporção em que, em maior ou menor grau, traduz o pano de fundo político de fato existente. O reconhecimento pela sociedade se dará, por igual motivo e na mesma medida, conforme os princípios estabelecidos na constituição sejam verdadeiramente o retrato do fundamento axiológico que alega exprimir, assim como tenham sido deveras cunhados a partir da participação igual e livre dos cidadãos em seu

---

<sup>56</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago, *Teoria Processual da Constituição*, p. 187

processo de confecção. Daí afirmar-se que o *princípio da legitimidade* é o elemento que compõe o conteúdo da forma *democracia*<sup>57</sup>.

A passagem da constituição nominal para a normativa, de acordo com a célebre tricotomia classificadora estabelecida por KARL LOWENSTEIN, além de pressupor a superação dos limites materiais de determinado Estado, é também resultado da legitimidade auferida pelo texto constitucional, quando, por um lado, resume a expressão valorativa dos anseios sociais e, por outro, frutifica de modo autônomo a partir da razão pública, construída e expressa por meio do debate político realizado nas diversas arenas, formais e informais, de formação da vontade coletiva. Na mesma trilha, em sentido convergente e complementar, a legitimidade do texto constitucional lhe permite conformar de maneira prospectiva a conduta dos cidadãos e dos agentes públicos, tal como relata KONRAD HESSE:

“A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade (...) a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (*geltungsanspruch*) não pode ser separada das condições históricas de sua realização (...) A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições. Há de ser, igualmente, contemplado o substrato espiritual que se consubstancia num determinado povo, isto é, as concepções sociais concretas e o baldrame axiológico que influenciam decisivamente a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas (...) Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela (...)”<sup>58</sup>

HESSE aduz, ainda, que, para além da *vontade de poder* (*wille zur macht*), deve estar presente a *vontade de constituição* (*wille zur verfassung*), aludindo à necessidade de real disposição dos cidadãos a orientar-se pelas normas estabelecidas na carta fundamental, o que somente ocorrerá, por sua vez, se esta for coadunada com os vetores culturais, sociais, políticos e econômicos que informam a realidade da vida no Estado. E não somente no seu momento de criação, mas igualmente ao longo da vida de determinado texto constitucional, sua força normativa extrai vigor dos reiterados atos de vontade manifestados por todos os *partícipes da vida constitucional*.

<sup>57</sup> Ibid., p. 191

<sup>58</sup> Cf. *A Força Normativa da Constituição*, p. 14-15



Em orientação consentânea, PETER HÄBERLE, ao falar sobre a interpretação constitucional, preocupado com as perspectivas de legitimação e de normatividade do texto fundamental, afirma que a vitalidade constitucional lastreia-se em uma atividade hermenêutica que diz respeito de todos os agentes de uma *sociedade aberta de intérpretes da constituição*<sup>59</sup>. “A ampliação do círculo dos intérpretes”, diz HÄBERLE, propiciam a “integração da realidade no processo de interpretação”<sup>60</sup>. Para HÄBERLE, em uma sociedade pluralista, o princípio democrático é o garantidor supremo do processo de legitimação dos baldrames fundamentais estipulados pela Carta Maior, já que a revelação e a vivificação do espírito contido na friezta do seu texto escrito é senão produto de um processo dinâmico de mediação entre os cidadãos em sua prática diuturna de entendimento e busca das melhores alternativas, e possibilidades em face das necessidades da comunidade<sup>61</sup>. A participação popular neste processo democrático, ressalta o autor, é muito mais do que uma simples contagem de votos no momento de escolha dos representantes políticos do povo. A participação ativa dos cidadãos no processo público político, além de ser um direito fundamental<sup>62</sup>, em suas diversas formas de manifestação – informal, científica, representada -, permite a expressão de elementos sociais, políticos, econômicos, morais e religiosos, cuja pluralidade revelada e considerada consagra a legitimação de qualquer leitura que se venha a fazer da constituição<sup>63</sup>.

Tanto HESSE, quanto HÄBERLE desenvolvem teorias voltadas para a compreensão e a explicação das questões relativas à normatividade e à legitimidade do fenômeno constitucional. E ao fazerem-no, acabam por contribuir magistralmente para as linhas mestras mais tarde adotadas pelos teóricos da democracia deliberativa, em que teoria da democracia e constitucionalismo

---

<sup>59</sup> HÄBERLE, Peter, *Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição*, p.14 et passim

<sup>60</sup> Ibid., p. 30

<sup>61</sup> Ibid., p. 36

<sup>62</sup> No caso alemão, decorrente do art. 33, I da Lei Fundamental, que estabelece a igualdade de direitos e obrigações (Id., Ibid., p. 37).

<sup>63</sup> Neste mesmo sentido, afirma Gisele Cittadino: “*Parece não restar dúvida de que esta concepção de ‘comunidade de intérpretes da Constituição’ está inequivocamente associada a um processo de democratização da hermenêutica constitucional e, nesta perspectiva, exige uma cidadania ativa que, por esta via, concretiza ou realiza a Constituição. Ao procurar garantir a participação político-jurídica dos grupos e forças plurais que integram as democracias*”

alimentam-se reciprocamente, fornecendo o princípio democrático a base de legitimação política necessária e indispensável para a aquisição de força normativa dos textos magnos e para a teoria da constituição, e esta, em igual direção e sentido oposto, a garantia textual e a perspectiva acertada de asseguramento dos princípios fundamentais essenciais para a realização do próprio processo democrático. Em ambas dissertações destes autores, adota-se como pano de fundo o valor intrínseco e soberano da participação ativa mediante o debate público dos cidadãos para o fortalecimento da cultura constitucional pelo povo, para a legitimação das decisões do Estado e, conseqüentemente, para o fortalecimento da normatividade dos princípios contidos nas cartas políticas.

## 2.5

### **A encruzilhada democrático-normativa na teoria da Constituição – apontamentos de J.J. Canotilho**

A universalização do fenômeno constitucional é certamente a maior contribuição dos Modernos, em especial franceses e norte-americanos, para a teoria da Constituição<sup>64</sup>. O conjunto de elementos proporcionados pelo racionalismo, pelo jusnaturalismo e pelo espírito político emancipatório característico da Modernidade possibilitou a consolidação da noção de constituição como (i) texto composto por normas supremas de um ordenamento jurídico – *lex fundamentalis* -, com fundamentos metafísicos, divinos ou de inspiração haurida do direito natural, e (ii) elaborado por uma assembléia de representantes do poder soberano, isto é, com fulcro no princípio da soberania popular e do espírito republicano da *agora*, lastreado, outrossim, tanto nas concepções políticas embrionárias renascentistas do pensamento florentino – que haviam resgatado a filosofia política da Antiguidade – quanto no racionalismo clássico político que orientou a filosofia moderna – segundo o qual, depositando excessiva confiança nos poderes da razão humana, poder-se-ia revelar racionalmente qual o melhor regime político para uma sociedade.

---

*contemporâneas, a jurisprudência de valores afirma o seu compromisso com o ideal da igualdade e com a dimensão republicana que a concepção de 'interpretação aberta' traduz*” (Op. cit., p.24).

O tríplice papel basilar desempenhado pelas Cartas Políticas, nomeadamente a segurança jurídica, a limitação do poder estatal e a organização do Estado, que, segundo a concepção moderna, punha o homem (cidadão) no centro da nascitura organização sociopolítica, veio a ser complementado pelas funções providenciais adquiridas ao longo de sua passagem pelo período histórico do *welfare state* e, mais próximo ao fim do século passado, pela tendência normativa programática e transformadora que a teoria da constituição pretendeu emprestá-las.

Mas, o advento do constitucionalismo, nos moldes conhecidos, sobretudo em virtude das gigantescas demandas sociais e alternadas vicissitudes políticas ocorridas ao longo do século XX, ensejou a transferência, de forma natural e involuntária, para o espaço limitado da jurisdição constitucional, a tarefa ingrata e possivelmente inatingível de transportar a promissora ideologia subjacente ao simbolismo constitucional para o plano dos fatos, como se fossem as Constituições ou as cortes constitucionais panacéias para todos os males.

Este acontecimento, por outro lado, acabou por privar o constitucionalismo de seu melhor atributo, qual seja, a sua imbricada teia de articulações com os mais diversos campos da prática política interativa e diuturna entre os membros da *polis*, cujo poder gerado por este agir comunicativo é o próprio substrato de potência normativa dos textos constitucionais. As características deliberativas da razão intersubjetiva aliam-se, pois, à textura aberta e porosa das normas constitucionais, possibilitando o enfrentamento do enorme pluralismo político-social e das rápidas e constantes mudanças de toda ordem, típicos das sociedades atuais.

Seja como for, a teoria da constituição tem-se deparado com dificuldades que atinam diretamente ao debate acerca da democracia e da legitimidade dos textos constitucionais, pondo em xeque sua capacidade normativa e conformadora da realidade social e o próprio sentimento constitucional que reside no espírito de seus destinatários. J. J. Canotilho<sup>65</sup> elenca alguns entre os principais problemas

---

<sup>64</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite, *A Constituição Ausente*, Del Rey Revista Jurídica, Ano IV, n°9, ago/set/out 2002, p. 20-21

<sup>65</sup> CANOTILHO, J.J., op. cit., p.1331-1339

atinentes às relações entre democracia, constitucionalismo, e eficácia e legitimidade dos textos constitucionais.

Em primeiro lugar, estão os *problemas de inclusão*<sup>66</sup>. Por um lado, a noção de constituição como estatuto jurídico do político inverte a mão de atuação das normas constitucionais, pretendendo submeter os criadores à criação. Assim, talvez por influência de propostas integracionistas da sociedade *a la* Smend, as concepções prevalentes falham ao deixarem de perceber que a função primordial da Constituição é precisamente o oferecimento de um vasto campo de acomodação jurídica das diferentes práticas e esferas sociais. Por outro lado, as concepções ainda em vigor carecem da percepção quanto à necessidade de abertura da constituição à auto-referencialidade da sociedade, que apresenta múltiplas e poliárquicas estruturas de formação de opinião e vontade, bastante distantes do modelo constitucional clássico de ordenação monolítica do Estado. Estas pechas oriundas da concepção constitucionalista clássica, hermética em uma estrutura piramidal idealizada, ensejam *problemas de materialização do direito*, pois as normas constitucionais são incapazes de penetrar nas áreas periféricas do ordenamento jurídico ou em ordenamentos periféricos<sup>67</sup>, extra ou para-estatais.

A teoria constitucional também apresenta *problemas de referência*<sup>68</sup>, no sentido de que se fecha à realidade transindividualística de diversos grupos sociais que são destinatários das normas constitucionais ou participantes ativos de seu processo de formação, oriundos de diversos *ethos* e com visões comunitárias distintas sobre os valores fundamentais a serem perseguidos.

A *crise de reflexividade*<sup>69</sup> é outro problema verificado por CANOTILHO, identificando-a com a impossibilidade de o sistema normativo constitucional prover soluções idôneas para os complexos e diversificados problemas exurgidos do sistema social. Trata-se de conseqüência infesta da inadequação da conformação do poder político, tal qual concertado pela ordem constitucional, para atender as demandas de uma sociedade plural, gerando um *vazio funcional* relativo ao poder centralizado. Os efeitos deste vazio são facilmente notados pela

---

<sup>66</sup> Ibid., p. 1331

<sup>67</sup> Ibid., p. 1334

<sup>68</sup> Ibid., p. 1331

<sup>69</sup> Ibid., p. 1332

absorção, por ordens periféricas de poder, espaiadas pelos diversos sistemas sociais e cada vez mais politizadas, das atribuições reguladoras, transformadoras e prestacionais anteriormente cometidas ao poder político centralizado.

A pretensão de universalidade normativa do sistema regulatório central, desenvolvida durante muito tempo pela teoria da constituição, passou a ser desafiada por outros sistemas sociais e econômicos igualmente concorrentes de poder, como o mercado, a empresa e os diversos entes políticos intermédios, cada um pretendendo a ordenação valorativa de suas próprias esferas de justiça e, conseqüentemente, o alçamento à categoria política autônoma e universalizável<sup>70</sup>. No plano interno, a pulverização dos centros de poder esvaziou o monopólio decisório do Estado, como se vê com os institutos dos processos extrajudiciais e, mesmo, das ordens normativas subsidiárias ou paralelas, *ipso facto* ou *ipso iure* reconhecidas pela sociedade. No plano exterior, a pretensão de universalidade viu-se abalada pelos sistemas jurídicos supranacionais, por vezes com capacidade derogatória do próprio ordenamento jurídico interno.

Da *Paz de Westfalia*, celebrada em 1648, através de dois tratados, assinados respectivamente nas cidades de Münster e Onasbruck, ao Tratado de Maastricht (1992), que fundamentou normativamente a União Européia e constituiu pedra angular no processo de integração regional, o conceito de território, indissociável da própria noção de Estado, sofreu profunda alteração. Assim, o *problema de reinvenção do território*<sup>71</sup> está umbilicalmente conectado ao problema de frustração do espírito de universalização do direito constitucional, tal qual visto. O novo direito comunitário europeu, as perspectivas de integração normativa em outros cantos do globo, e o fenômeno da globalização econômica, política, cultural e social são fatos que enfraquecem a idéia clássica de Estado, gerando o que CANOTILHO denomina de *problema da tragédia do Estado*<sup>72</sup>, ambos submetendo a teoria da constituição a uma reavaliação profunda em torno de suas premissas tradicionais, de forma que possa levar adiante sua nobre missão de explicação e compreensão dos fenômenos jurídico-constitucionais e superar as dificuldades ora percebidas.

---

<sup>70</sup> Ibid., p. 1333

<sup>71</sup> Ibid., p. 1334

<sup>72</sup> Ibid., p. 1335

Além disso, CANOTILHO também aponta para os *problemas de fundamentação*, associados às ambigüidades e paradoxos criados dentro do próprio pensamento teórico-constitucional em face da teoria do discurso, que ora caminha na direção da dogmática da decisão ou da argumentação jurídica, ora na trilha da jurisprudência de valores, entrecruzando-se, ainda, com discursos hermenêuticos de ramos diversos do conhecimento; “*tudo ‘isto’ contribuiu para ‘isto’: encher o discurso teórico-constitucional de paradoxos, de dilemas e de teoremas*”<sup>73</sup>.

Os *problemas de simbolização* da constituição desdobram-se por três correntes teóricas: para os adeptos da sociologia crítica, há evidente falta de eficácia fática (ou efetividade) das normas constitucionais, haja vista a distância notória entre *a prática de dizer e a prática de fazer o direito*<sup>74</sup>, chegando-se a denunciar uma relação de proporção inversa entre a natureza ideológica das normas e sua eficácia. Para os sectários da teoria sistêmica, os textos constitucionais não refletem as verdadeiras expectativas presentes na sociedade e, desta forma, não correspondem ao consenso que se supõe haver em torno daqueles<sup>75</sup>. A arqueologia mítico-retórica indigita o artificialismo das concepções apoiadas em um suposto pacto fundador, vinculadas às idealizações do modernismo<sup>76</sup>.

Os *problemas de complexidade* respeitam à tensão existente entre a proposta construtivista da política abraçada pela teoria clássica da constituição e a disposição para a auto-organização da e pela sociedade, refletindo sua vasta complexidade. Os diferentes códigos lingüísticos e funcionais existentes nos diversos sistemas diferenciados da sociedade provocam intensa especialização, abstração e impessoalidade, falecendo a um corpo único normatizante a possibilidade de regular os diversos aspectos e comportamentos de cada subsistema social e debilitando qualquer pretensão a uma integração político-social abrangente<sup>77</sup>.

---

<sup>73</sup> Ibid., p. 1335

<sup>74</sup> Ibid., p. 1336

<sup>75</sup> Ibid., p. 1336

<sup>76</sup> Ibid., p. 1336

<sup>77</sup> Ibid., p. 1337

Por último, nesta elucidativa digressão, o mestre de Coimbra traz as inovadoras *teorias da sociedade de risco* para o âmbito da discussão sobre o Estado democrático-constitucional de Direito. Trata-se dos novos enfrentamentos com os quais já vêm se deparando as comunidades mundo afora, em face das ameaças potenciais que os avanços tecnológicos trazem a reboque de sua evolução. As possíveis catástrofes ambientais, as ameaças a largos contingentes populacionais, em caráter transnacional e os desafios impostos no plano do binômio *segurança/previsibilidade* dependem de decisões cuja autoridade repousa em órgãos via de regra tecnocráticos, destituídos da legitimação democrática que se faz necessária para a adoção de diretrizes cujos efeitos potenciais afetam comunidades inteiras e, até mesmo, toda a humanidade. Conclui CANOTILHO com a observação magna que

“(...) o problema da Constituição é o de saber se ela pode reabilitar a virtude aristotélica da *prudentia* que outra coisa não é senão a escolha racional de decisões em situações de incerteza”<sup>78</sup>.

Apointa-se, pois, para novos rumos teóricos, no sentido da institucionalização de uma *democracia de risco* e de uma *cidadania de risco*, de tal sorte que o ambiente constitucional seja também um espaço para a acomodação de incertezas e questões tão fundamentais quanto as relacionadas ao meio ambiente, às guerras nucleares e à saúde mundial, e que em muito ultrapassam as já escassas fronteiras do constitucionalismo clássico.

## 2.6

### O modelo teórico-normativo da democracia deliberativa

A aspiração pelo ideal democrático empreendida pela Filosofia do Direito, pela Filosofia Política e pela Teoria da Constituição em seu curso zetético<sup>79</sup> de perquirição dos enunciados verdadeiros para a explicação e a compreensão do

---

<sup>78</sup> Ibid., p. 1339

<sup>79</sup> Sobre o enfoque zetético e dogmático da Ciência Jurídica, consulte-se FERRAZ JR., Tércio Sampaio, *Introdução ao Estudo do Direito*, p. 39-51

fenômeno jurídico extrapolam os limites meramente contemplativos, analíticos ou empíricos, para ocupar-se da aplicação prática e técnica dos resultados desta investigação. Neste campo, visa-se construir proposições justificáveis para a organização, a forma e o estabelecimento de um modelo de instituições políticas e sociais que possam levar adiante, desenvolver e otimizar o projeto democrático e seus ideais correlatos.

A efetivação da autonomia política, como supedâneo do princípio da soberania popular, e a relativa tensão “aporética”<sup>80</sup> desta com o respeito aos direitos fundamentais é objeto de investigação dos chamados críticos-deliberativos. As discussões na teoria política, durante as duas últimas décadas, por estarem inseridas no contexto das relações existentes entre *rule of law*, constituição e democracia têm, como assinalam CANOTILHO<sup>81</sup> e HABERMAS<sup>82</sup>, natureza proeminentemente normativa. Entre as diversas perspectivas desenhadas, a democracia deliberativa apresenta-se como modelo idealizado ao redor da noção central do pensamento republicano, pela qual os cidadãos, através do processo político de deliberação (*política deliberativa*) equacionam suas diferenças, desenham as diretrizes fundamentais da sociedade e encontram alternativas e soluções para os problemas e as necessidades que se apresentam à comunidade. A forma deliberativa adota pressupostos de igualdade de participação política dos cidadãos, conforme já acima visto, e propõe um processo discursivo fundado na razão prática, de natureza dialógica, assegurado por um sistema de direitos que assegure as condições procedimentais e materiais mínimas para sua realização<sup>83</sup>.

Para os teóricos da *democracia deliberativa*, a privação de oportunidade e de responsabilidade dos cidadãos no processo de formação da vontade coletiva,

---

<sup>80</sup> Sobre a tensão e o possível equacionamento entre soberania popular e direitos humanos, veja-se, mais adiante, o capítulo 5, da Parte II.

<sup>81</sup> Op. cit., p. 1398 et seq.

<sup>82</sup> *The Inclusion of the Other*, p. 239 et seq.

<sup>83</sup> Os modelos normativos deliberativo e discursivo de democracia não são incompatíveis ou excludentes entre si. Ambos pretendem resgatar a virtude do processo de auto-organização social pela via dos processos intersubjetivos de formação da razão e pela participação ativa dos cidadãos na vida política da sociedade, sendo que o modelo discursivo proposto por Habermas é enfático no sentido de ampliação dos fóruns ou arenas de discussão, descentralizando as formas deliberativas apoiadas nas instituições estatais ou formais e suscitando a importância que a ampla e multiforme rede de comunicação existente nas diversas esferas de interação das sociedades apresenta para a



assim como a restrição da agenda e do espaço de discussão pública são legados negativos do individualismo liberal, que, em última análise balançam as estruturas de legitimidade e equilíbrio do sistema político.

A democracia deliberativa clama, destarte, pelo discurso democrático aberto, multiforme e inclusivo. Neste sentido é que muitos partidários da democracia deliberativa criticam, por instância, a circunscrição limitada das cortes constitucionais no deslinde de matérias de interesse político amplo e profundo, que, como se sustentou acima, mais bem se equacionam pelo debate nas esferas formais e informais de formação da razão pública. Não que as cortes supremas deixem de representar imprescindíveis elementos no edifício democrático, entrando em cena, sobretudo, naqueles momentos em que as maiorias percorrem a trilha da tirania opressora numérica ou da irrazoabilidade. Mas o intercâmbio permanente – dar e receber - de informações preciosas entre os cidadãos representa, para os defensores da democracia deliberativa, a via mais adequada para a composição dos conflitos morais recorrentes na sociedade, até porque, neste modelo, a legitimidade perseguida em um ambiente democrático pressupõe a adesão dos cidadãos aos resultados atingidos no processo decisório em virtude de seu comprometimento, não com estes, em si, mas com o processo, tido por igualitário em termos de participação, racional e livre de constrangimentos estranhos àqueles previamente estipulados e aceitos.

A democracia deliberativa, todavia, não se confunde com o *proceduralismo* puro. É evidente que uma proposta unicamente procedimental do sistema democrático, pela definição apriorística das regras do jogo político, abstrai o fato de que mesmo os procedimentos incorporam certos valores substantivos que lhes são anteriores. Trata-se de problemática profunda e permanentemente enfrentada; identificar quais as regras ideais para o processo democrático, como direito de participação, liberdade de expressão, devido processo, revelam a existência *ex ante* de preferências ou tendências em favor do valor igualdade, do valor respeito, do valor tolerância e assim por diante. Mas, a democracia deliberativa não descarta a importância do procedimento, tanto quanto enaltece a importância de certos valores fundamentais que a construção da

---

sua estruturação democrática e para a acomodação das tensões ínsitas ao pluralismo nelas

racionalidade humana ao longo da histórica logrou revelar e deferir especial atenção. Nesse ponto, calha suavemente, por oportuno, o entendimento habermasiano de que a teoria política não está a operar com momentos pontuais e isolados da história; antes, as concepções filosófico-políticas devem levar em consideração a caminhada histórica já percorrida pela experiência humana, os institutos já existentes e o estágio político-jurídico atual das sociedades. Somam-se, portanto, os aspectos relevantes do procedimento com os vetores conteudísticos, existentes e vislumbrados, não se perdendo de perspectiva os ideais supremos da democracia, da liberdade e da dignidade humana. Acima de tudo, os democratas deliberativos não têm a pretensão utópica de extinguir a discordância ou a diferença, até porque determinadas visões de mundo são, por vezes, absolutamente inconciliáveis, mas, sim, de fomentar a deliberação em torno dos temas que afligem as comunidades, alimentando o que tem de melhor o convívio republicano, que é o exercício da autonomia política entre cidadãos livres e iguais para o relaxamento das tensões inevitáveis e multifacetadas presentes nas sociedades complexas contemporâneas.

Para GUTMANN e THOMPSON<sup>84</sup>, por exemplo, o entendimento acerca de pontos de vista morais não constitui objeto da democracia deliberativa. Mas, quando o entendimento torna-se difícil ou, até mesmo, impossível, o processo deliberativo contenta-se com a mera acomodação das diferenças em termos de respeito mútuo. E o respeito mútuo, ressalte-se, ultrapassa o conceito de tolerância<sup>85</sup>, englobando também especial consideração com visões e concepções distintas, de tal forma que as vias comunicativas permaneçam abertas para a interação entre os interlocutores, dando continuidade à produção recíproca de argumentos que permitam o alargamento do paiol de informações, e constituindo, assim, espaços públicos preenchidos por discursos políticos cada vez mais razoáveis.

Os teóricos da democracia deliberativa vislumbram algumas vantagens no modelo proposto. Em primeiro lugar, está o reconhecimento de que a justificação

---

presentes.

<sup>84</sup> *Democracy and Disagreement*, p. 79-80

<sup>85</sup> Veja-se, também, a respeito da relação entre tolerância e respeito, o texto de Habermas intitulado *Intolerance and Discrimination*, sobre o qual se faz breve digressão na nota de rodapé 41 do Cap. 6, *infra*.

do processo político é de natureza provisória, isto é, as percepções e pontos de vista dos cidadãos modificam-se ao longo do tempo e são distintas em diferentes comunidades, mas a interação comunicativa ínsita ao processo deliberativo permite que os interlocutores revejam suas opiniões pelo acesso à informação nova e pela possibilidade de mudança de perspectivas, assim como pela existência de alternativas para as questões enfrentadas e para os modelos institucionais em vigor<sup>86</sup>.

Uma segunda vantagem, como já anotado anteriormente, é a compatibilidade da democracia deliberativa com outros modelos teóricos de democracia, sobretudo o modelo discursivo habermasiano. Fundamentalmente, o modelo deliberativo pressupõe aquilo que a *concepção minimalista de democracia* elenca como essencial para a efetiva existência de um regime democrático: um conjunto de normas fundamentais que especificam *quem* é o titular das decisões coletivas e *como* se devem conduzir os processos decisórios<sup>87</sup>, sendo certo, ainda, que isto envolve a participação o tanto quanto ampla dos cidadãos nestes processos, o estabelecimento de regras procedimentais razoáveis de tomada de deliberação, o irrestrito acesso à informação, e o reconhecimento de fronteiras assaz largas para o exercício dos direitos relacionados à liberdade de expressão.

Além disso, o modelo deliberativo oferece uma respeitável forma de justificação para o exercício da autoridade política<sup>88</sup>, porquanto as decisões são tomadas a partir de deliberações realizadas dentro da própria comunidade à qual se dirigem os comandos normativos criados, dando azo à solução pacífica e aceitável de controvérsias e à acomodação e coexistência da diversidade moral e cultural presente nas sociedades complexas. Tal noção, naturalmente, não prescinde de um *sistema de direitos* que assegure condições mínimas de participação política, compreendendo certas liberdades fundamentais inafastáveis, sequer pela decisão majoritária advinda do processo deliberativo.

---

<sup>86</sup> Neste sentido, entre outros, BENHABIB, Seyla, *Toward a Deliberative Model of Democratic Legitimacy*, in \_\_ (org.), *Democracy and Difference - Contesting the Boundaries of the Political*, p. 67-95; GUTMANN, Amy, *Democracy, Philosophy and Justification*, p. 340-348

<sup>87</sup> CANOTILHO, op. cit., p. 1402

<sup>88</sup> Cf. BENHABIB, Seyla, op. cit., p. 340-348; MACEDO, Stephen, *Deliberative Politics – Essays on Democracy and Disagreement*, p. 3-16

Em suma, a proposta acenada pela teoria da democracia deliberativa preocupa-se com a excessiva confiança que os constitucionalistas vêm depositando sobre a jurisdição constitucional, assim como com a problemática inerente ao procedimentalismo exclusivo, que não se esquivava da devida atenção para o fato de que regras do jogo político, por si só, são insuficientes para a complexidade do sistema democrático, dada a elevada complexidade e pluralidade das sociedades hodiernas, ao mesmo tempo em que os próprios procedimentos políticos, em regra, incorporam fortes valores substantivos. A democracia deliberativa, por outro lado, considera que algumas diferenças morais são possivelmente insuperáveis, mesmo presentes as melhores condições possíveis de deliberação livre e razoável. Ainda assim, de certa forma semelhante à célebre constatação de Churchill, mesmo quando o entendimento sobre determinados assuntos é impossível, a deliberação é intrinsecamente salutar para a integração harmônica do tecido social.

Acima de tudo, a deliberação promove um processo de tomada de decisões que é mutuamente respeitável entre os membros da comunidade, já que a necessidade de exposição aberta de argumentos e razões favorece o eventual reconhecimento do mérito de opiniões antagônicas, conquanto justificadas. E, por via de conseqüência, a justificação pública das decisões autoriza a permanente verificação da razoabilidade e da proporcionalidade dos atos praticados pelos exercentes do poder público, atestando e legitimando a adequação do exercício do poder político.