



EDER FERNANDES MONICA

ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEMOCRACIA

Superando a dicotomia no direito brasileiro



Entre direitos fundamentais e democracia

Universidade Federal Fluminense

REITOR

Sidney Luiz de Matos Mello

VICE-REITOR

Antonio Claudio Lucas da Nóbrega

Eduff – Editora da Universidade Federal Fluminense

CONSELHO EDITORIAL

Aníbal Francisco Alves Bragança (presidente)

Antônio Amaral Serra

Carlos Walter Porto-Gonçalves

Charles Freitas Pessanha

Guilherme Pereira das Neves

João Luiz Vieira

Laura Cavalcante Padilha

Luiz de Gonzaga Gawryszewski

Marlice Nazareth Soares de Azevedo

Nanci Gonçalves da Nóbrega

Roberto Kant de Lima

Túlio Batista Franco

DIRETOR

Aníbal Francisco Alves Bragança

Eder Fernandes Monica

Entre direitos fundamentais e democracia
Superando a dicotomia no direito brasileiro



Copyright @ 2014 Eder Fernandes Monica

Copyright © 2016 Eduff - Editora da Universidade Federal Fluminense

Nova Biblioteca, 9

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra sem autorização expressa da editora.

Direitos desta edição cedidos à

Eduff - Editora da Universidade Federal Fluminense

Rua Miguel de Frias, 9, anexo/sobreloja - Icaraí - Niterói/RJ

CEP 24220-008, Brasil

Tel.: +55 21 2629-5287

www.eduff.uff.br - faleconosco@eduff.uff.br

Impresso no Brasil, 2016

Foi feito o depósito legal.

*Aos meus pais
Ao meu irmão*

Introdução

O problema que será enfrentado neste trabalho diz respeito à suposição de que existe uma dicotomia entre direitos fundamentais e democracia na dogmática jurídica brasileira, destacadamente na jurisprudência da jurisdição constitucional. A pergunta de partida para o desenvolvimento da tese indaga se, a partir de um adequado entendimento sobre o conceito de democracia, não seria possível superar esta aparente dicotomia. A preferência pela adequação do conceito de democracia se justifica ao se perceber que os sistemas constitucionais contemporâneos adotam-no como fundante e legitimador e que, segundo uma compreensão pós-metafísica, qualquer categoria de direitos fundamentais que não se fundamente única e exclusivamente no princípio da democracia não encontra espaço para enfrentar o contexto do atual pluralismo político.

O motivo de se trabalhar com a palavra “dicotomia” é: que a forma como esta relação entre direitos fundamentais e democracia vem se apresentando revela que a jurisprudência e os teóricos do direito estão trabalhando com uma percepção de que estes conceitos são contrários entre si, a ponto de um anular o outro. Esta situação cria a aparência de que os extremos fornecem respostas tão contraditórias que seria impossível chegar-se a uma solução correta, onde seriam preservados tanto os direitos fundamentais quanto a própria democracia.

Assim, a teoria constitucional criou duas teses sobre o papel da jurisdição constitucional. Por um lado, o tribunal constitucional desenvolve um papel “contramajoritário”, de proteção dos direitos fundamentais e das regras do jogo democrático, protegendo as minorias contra as investidas ilegítimas das majorias. Os juízes têm a incumbência de sobreporem sua razão à dos atores da política democrática representativa, os parlamentares e o chefe do Executivo, quando verificarem uma violação aos direitos

fundamentais garantidos constitucionalmente. Por outro lado, este mesmo tribunal constitucional é levado a desempenhar um papel representativo, sensível à soberania popular e às demandas sociais, atendendo os anseios políticos que não estão sendo satisfeitos pelos outros poderes. Esta função se apoia na materialidade do próprio texto constitucional, dando oportunidade à jurisdição constitucional de declarar omissões legislativas ou enfrentar o parlamento e garantir a efetivação de direitos constitucionais.

Diante disto, a proposta deste trabalho é investigar se o uso adequado do conceito de democracia não seria suficiente para a superação desta aparente dicotomia. Por este motivo, desenvolve-se a tese de que o conceito de democracia – que é utilizado como oposto ao conceito de direitos fundamentais –, exprime um dos sentidos possíveis para a expressão da democracia, mas não a esgota. Partindo de uma compreensão mais ampliada a respeito deste conceito, chega-se a oportunidade de se avaliar a possibilidade de superação desta tensão.

Qual conceito de democracia será utilizado? Tendo em vista que o problema do trabalho é a desconstrução da aparente tensão entre direitos fundamentais e democracia, é necessário delimitar que sentido de democracia se expressa nesta dicotomia. Por isto, em um momento oportuno, o mapeamento das teorias democráticas, a partir do Estado moderno, servirá como guia desta elucidação. Em consonância com um campo de pesquisa que entende o conceito de democracia como o elemento de maior destaque nas teorias políticas contemporâneas, o qual é o pressuposto legitimador de qualquer sistema político empregado, a dicotomia se supera quando se compreende que tanto os direitos fundamentais, quanto a concepção de democracia que se expressa na dicotomia apresentada, são concepções de uma mesma forma legitimadora da vida política em uma sociedade específica: a democracia em seu sentido amplificado, exterior a qualquer forma de institucionalização.

O indicador de validade das propostas que institucionalizam caminhos para a realização democrática e que servirá como guia para o debate é o “princípio da democracia” do filósofo alemão Jürgen Habermas: “as leis jurídicas somente serão válidas quando puderem encontrar assentimento de todos os membros da comunidade jurídica em um processo discursivo de

criação do direito constituído legalmente” (2003a, p. 145). Ele se encontra em um nível de abstração que permite justificar um procedimento de normatização legítima do direito. Explicita o sentido performático, de ação de transformação e realização, da prática de autodeterminação de membros de uma comunidade jurídica que se reconhecem mutuamente como membros iguais e livres de uma associação estabelecida livremente.

Com este princípio, busca-se a possibilidade de decisões racionais das questões práticas da vida política, da fundamentação legítima de todas as decisões que envolvem a normatividade jurídica. Este princípio, enquanto abstrato, não é capaz de dizer se é possível e como é possível a abordagem discursiva das questões políticas. Ele somente afirma como a democracia pode ser institucionalizada. Este é o motivo para se compreender que o princípio da democracia refere-se a um nível externo de institucionalização, que garante a participação simétrica dos envolvidos em uma formação discursiva da opinião e da vontade, que se realiza em formas de comunicação garantidas pelo direito.

Neste sentido, o princípio da democracia precisa ser efetivado por um sistema de direitos que garante a todos os envolvidos igual participação nos processos de normatização jurídica. É neste ponto que o princípio da democracia depende do “princípio do discurso” e da “forma jurídica” para se concretizar. Só assim é possível falar que a democracia não se opõe aos direitos fundamentais, até porque deles depende para sua realização. E os direitos fundamentais não se opõem à democracia, pois qualquer categoria de direitos só é legítima se for democrática.

Todos estes elementos servirão como padrão de correção da facticidade do sistema jurídico. Por facticidade entende-se aquilo que está instituído, o direito como instrumento que permite aos seus destinatários considerá-lo como um fato social já dado, dotado de vigência, garantidor da possibilidade de que os cidadãos ajam orientados pelos seus próprios interesses, tendo em vista somente as consequências de suas ações a partir da sanção prevista em lei. Já o aspecto da validade do direito possibilita aos cidadãos a ação orientada para um entendimento recíproco, segundo uma racionalidade comunicativa, que busca o consenso racionalmente motivado através do reconhecimento da validade da lei. Neste ponto, o “princípio da

democracia” servirá como este elemento de validação do plano fáctico, como padrão de correção da legitimidade democrática do sistema jurídico instituído.

A opção pelo autor Jürgen Habermas se justifica quando se constata que, apesar de grandes divergências sobre as contribuições e sobre a validade de sua teoria, ele é, inegavelmente, um dos maiores pensadores contemporâneos. Seu viés cosmopolita permite o desenvolvimento de uma crítica ao estatismo, principalmente dentro dos contextos nacionais de um capitalismo politicamente orientado. Para além disto, Habermas também se opõe às concepções sistêmicas que colocam o destino das sociedades nas mãos do mercado, que as operaria com seus mecanismos de autoajuste. Ao valorizar a democracia como uma prática a se efetivar e ao buscar a criação de espaços para a ação autônoma e livre, seus estudos sobre o direito e a política são oportunos para proporcionar novos caminhos para a efetivação da democracia.

Portanto, o “princípio da democracia”, nos moldes explicitados pela teoria de Habermas, oferece a chance para o estudo de como a democracia tem se constituído a partir do sistema jurídico brasileiro. Na especificidade deste trabalho, busca-se a análise de propostas para reforçar o desenvolvimento de uma cidadania ativa, participativa, democrática e cosmopolita, principalmente no que concerne à possibilidade de uma atuação legítima e eficiente do Supremo Tribunal Federal (STF) na promoção da função de “guarda” que lhe atribuiu a Constituição Federal, dentro de uma perspectiva democrática, para além de um papel contramajoritário até então tradicionalmente destacado como sua base de atuação.

A proposta deste trabalho tem sua importância justificada ao se constatar que os últimos julgamentos relevantes do STF e o papel que o mesmo tem assumido na configuração político-decisória do país abriram espaço para discussões a respeito de sua legitimidade e propostas para a sua configuração institucional. Entende-se, atualmente, que o debate sobre o papel deste Tribunal é de importância crucial para a construção, implementação e aprimoramento da democracia no Brasil. Por isto, este trabalho tem por foco principal de análise a indagação a respeito de

propostas que levem a jurisdição constitucional brasileira a superar a presumida dicotomia existente entre direitos fundamentais e democracia. Estas propostas têm como fio condutor a perspectiva de que a função legitimadora da atividade da jurisdição constitucional é a de guardião da democracia. Define-se, portanto, o campo de observação desta pesquisa, que é a jurisdição constitucional brasileira. Partindo-se disto, busca-se a análise de modelos dominantes de teorias da Constituição, que serão testados a partir do conceito abrangente de democracia proposto.

Pode-se afirmar que um modelo preponderante de constitucionalismo brasileiro é exemplo de “fetichismo institucional”, aos moldes da crítica de Unger (2004). A canonização da “Constituição cidadã”, o “tombamento” (Godoy, 2009) do texto constitucional tem condenado as gerações presentes e futuras à experiência constituinte de 1986, gerando a impossibilidade de inovação e reconstrução democráticas e muitas vezes de chamamento dos cidadãos para uma aprendizagem de democracia. Evitar um “culto cívico” à Constituição (Unger, 2004), promotor da teoria de que aquilo que não se encontra no texto constitucional não deve ser tão bom quanto parece ser, é instrumento interessante para a superação de um constitucionalismo de “impasse deliberado”, presente nos conceitos de efeito retórico como os de proibição de retrocesso ou de Constituição dirigente (Canotilho, 1992), que não dão espaço para a causa democrática. Um direito constitucional favorável ao “engajamento do eleitorado universal”, apoiado em mecanismos combinantes de “formas plebiscitárias e parlamentares de poder”, é meio para um aumento contínuo do “nível de mobilização política popular”, tomando o lugar da política eleitoral que é hoje uma “interrupção ocasional e menor da vida prática”. Neste caso, o juiz deve se tornar o “assistente do cidadão”, aquele que “instrumentaliza um autogoverno popular” (Unger, 2004).

Assim, a superação da deficiência democrática brasileira só se dará se novas alternativas forem construídas com base em uma nova compreensão que se liberta da ideia de que sempre – ou por enquanto – necessitamos de tutores de nossa autonomia. Tais alternativas só se justificam se implementadas por meio de uma correta compreensão a respeito de como devemos interpretar a função das categorias de direitos fundamentais.

A compreensão democrática de Estado que foi desenvolvida pela teoria procedimentalista do direito (Habermas, 2003) buscou uma resposta para o problema que o Estado democrático de direito de hoje busca enfrentar, qual seja, o reconhecimento da pluralidade e da diversidade de modos de compreender o mundo, sem abrir mão de uma tarefa legitimadora do mesmo, o que exclui posicionamentos substancialistas profundos. Toda esta discussão, ao ser levada para o contexto da jurisdição constitucional brasileira, exige uma reformulação da função que cumpre o STF na interpretação da Constituição. Um projeto constituinte inacabado, em constante operacionalização e reconfiguração, é a perspectiva de saída para a superação da tensão entre direitos fundamentais e democracia.

Para a viabilização de uma nova perspectiva de atuação democrática do STF, há a necessidade de se questionar o papel que cumpre o Tribunal responsável pela interpretação e definição do sentido da Constituição Federal brasileira. Por meio de um debate teórico e do levantamento do estado atual da democracia brasileira, permite-se chegar a conclusões sobre saídas práticas para a implementação de um sistema de direitos aos moldes das necessidades de nosso país, que não se perca numa falsa dicotomia entre direitos fundamentais e democracia, mas que se execute através da procura de procedimentos que criem canais para a vivência democrática de nossa cidadania.

Dentro disto, destaca-se uma crise de legitimidade da atuação da jurisdição constitucional brasileira, principalmente em relação à atuação do Supremo Tribunal Federal e na sua jurisprudência que se apoia nesta tensão imanente à dicotomia entre direitos fundamentais e democracia. Entende-se que o procedimento criado para a atuação do Poder Judiciário brasileiro é insuficiente para a garantia de legitimidade de sua atuação na efetivação da jurisdição constitucional. Desta forma, a busca do aprimoramento do procedimento de julgamento e da postura interpretativa do Tribunal gera a legitimação da atuação dos agentes jurídicos e do processo jurídico-decisional, o que destaca a necessidade de propostas sobre a configuração da técnica de organização de poderes, de reinterpretção da função da Constituição como processo público e contínuo e reestruturação da hermenêutica constitucional tradicional para que se volte a uma sociedade plural e “pós-convencional”.

No mesmo sentido, a falta de participação política dos cidadãos tanto no processo de criação das leis, quanto no processo de aplicação é fator que interfere na legitimação do direito. Assim, a alteração e o acréscimo de novas formas de interferência democrática direta nos processos legislativos e decisórios, bem como uma tarefa jurisdicional comprometida com sua legitimação cidadã cooperam para a implementação de uma democracia de cunho “radical”, baseada nos traços democráticos que podemos encontrar em nossa própria história institucional, com destaque para o significado que cumpre a Constituição de 1988 na construção desta sociedade plural, democrática e inacabada em suas possibilidades. Se um dos objetivos é refletir o estado da arte em busca de uma cidadania ativa, participativa, democrática e cosmopolita, é relevante o estudo de marcos teóricos que se empenham em atualizar as teorias constitucionais em sua adequabilidade com estas novas exigências do mundo democrático.

Para tanto, esta investigação se dividirá em três partes. Na primeira delas, será analisado o conceito de democracia a partir do Estado moderno. Em um primeiro momento será feito o estudo dos elementos que constituem o imaginário a respeito do que venha a ser a democracia, por meio de um esboço histórico que nos levará ao marco específico da Revolução Francesa como permitidora de um sentido democrático universalista. Com a delimitação da centralidade do debate político na noção de democracia, parte-se para um mapeamento das cinco grandes correntes teóricas sobre a democracia nos dias atuais: a democracia liberal, a deliberativa, o republicanismo cívico, o multiculturalismo e a democracia participativa.

Na segunda parte, investiga-se a democracia brasileira a partir do marco da Constituição de 1988, com a chamada “transição democrática”. Alia-se um estudo histórico-institucional com uma análise a respeito das insuficiências do modelo democrático adotado. Com base na opção do legislador constituinte, expõe-se como se dá a relação entre os Poderes do Estado e as esferas públicas na sociedade civil, bem como a opção por criar mecanismos de democracia participativa como instrumentos de legitimação das políticas públicas no país.

Em um terceiro momento, volta-se a atenção para a democracia e suas relações com o Poder Judiciário. Neste ponto, o problema central da tese é

analisado e é debatida a proposta de superação da tensão entre direitos fundamentais e democracia, especificamente na jurisdição constitucional brasileira. Para isso, propõe-se a tese da gênese lógica dos direitos fundamentais como elemento validativo da compreensão a respeito de como os direitos fundamentais precisam ser entendidos, em consonância com o princípio da democracia. Assim, oportuniza-se ao Supremo Tribunal Federal adotar a compreensão de que sua função é a de guardião da democracia. A pesquisa avança com mais três propostas. A de se entender o “patriotismo constitucional” como instrumento de construção de uma identidade político brasileira; a de se optar por uma guinada interpretativa na jurisdição constitucional, com a adoção da tese do “minimalismo judicial” e a de se desenvolver uma postura mais ofensiva do Supremo na fiscalização do devido processo legislativo, compreendendo que os representantes parlamentares não possuem exclusivamente um direito subjetivo ao devido processo, mas que este direito é de todos os cidadãos.

Em finalização, os resultados desta postura democrática do Judiciário leva a uma proposta última, mais ampla, em comparação ao problema central aqui enfrentado, que é a do desenvolvimento de mecanismos de *accountability* para o Judiciário, com a exposição das possibilidades da adoção do princípio da democracia para os âmbitos da jurisdição ordinária e da jurisdição constitucional. Assim, o trabalho se conclui com o apontamento de uma visão geral a respeito da forma como o Judiciário deve se relacionar com a democracia, para se legitimar como mais um instrumento, na configuração do Estado democrático de direito, para a efetivação da democracia no Brasil.

O método hipotético-dedutivo é a opção central de abordagem, tendo em vista a fixação da dicotomia entre direitos fundamentais e democracia e sua superação por meio do princípio da democracia de Habermas. Tal metodologia toma o método científico apenas como um critério de escolha entre várias metodologias, não se considerando nenhuma delas como definitivamente estabelecida. O que se pretende é somente a verificação das hipóteses formuladas por meio da pesquisa proposta. Os métodos de procedimento mais utilizados são o histórico, o funcionalista e o comparativo. O método histórico auxiliará na compreensão do modo como o controle de constitucionalidade brasileiro foi construído e como a

dicotomia entre direitos fundamentais e democracia se faz presente na dogmática pátria, uma vez que o referido método permite investigar os acontecimentos, processos e instituições, averiguando, assim, sua influência na estruturação do sistema jurídico. Já o método funcionalista será utilizado como procedimento capaz de compreender a função da criação de novas metodologias, procedimentos e alternativas para a proposta de superação empreendida. Por fim, o método comparativo servirá, em alguns momentos, para a análise de técnicas de controle de constitucionalidade capazes de implementar um sistema genuinamente democrático. A pesquisa será tanto bibliográfica, quanto documental. A bibliografia contemplará pesquisas nacionais e internacionais, livros, artigos, dentre outros. A documentação contemplará fontes primárias legislativas e documentos judiciais, incluindo jurisprudências, principalmente àquelas do Supremo Tribunal Federal quando atuante como tribunal constitucional.

Da democracia

Elementos constituidores do imaginário sobre a democracia

A prática e o discurso político no Mundo Ocidental têm guiado seu referencial teórico a partir da noção de democracia. Discutir a forma como a sociedade irá legitimar a ação política acaba se confundindo com uma análise sobre a própria forma democrática em que esta sociedade se constitui, a partir de suas estruturas normativas, de suas práticas e da qualidade da execução das ações de suas instituições políticas. Esta centralidade que ocupa o conceito de democracia no debate político atual permite que a noção de democracia seja recepcionada e resignificada pelos mais diversos matizes teóricos da política, gerando uma “dificuldade semântica” (Miguel, 2005) na definição de um sentido unívoco de democracia.

A democracia sempre foi um dos temas de maior destaque no debate da Ciência Política. Entretanto, a partir dos anos 1950, destacadamente no Ocidente, ela se tornou o horizonte normativo da prática e do discurso político, ganhando centralidade neste debate. Na literatura da Ciência Política destacou-se uma constante crítica a respeito das extensões do conceito de democracia. Ao assumir a tarefa de recepcionar os diversos grupos sociais ao mundo político, a tarefa democrática também precisa enfrentar o momento decisional nas democracias representativas, que se resolve por intermédio das decisões de pequenas minorias eleitorais, que representam a vontade dos representados. Assim, ao mesmo tempo em que inclui a todos, a democracia precisa definir os caminhos que a sociedade vai tomar; mas, ao procedimentalizar o momento decisional com um mecanismo de vontade de maioria, operacionalizado por uma minoria de

agentes políticos, gera uma incoerência sistêmica que permanece questionável no plano teórico.

Neste aspecto, o momento atual das teorias democráticas é a superação de uma perspectiva elitista, em que as decisões são tomadas por uma minoria política, diante da inevitabilidade da representatividade em contextos sociopolíticos complexos, de ampla densidade demográfica e territorial. Alternativas como as teorias democráticas deliberacionistas, participacionistas e multiculturalistas tentam superar a compreensão de que a democracia representativa é a única alternativa possível por ter uma estrutura institucional consolidada, com identificação precisa dos elementos de aceitação da representatividade e de responsabilização da atuação dos agentes representativos. Assim, a tarefa de estudo do estado atual da teoria democrática envolve uma delimitação histórica dos momentos característicos do desenvolvimento deste conceito, sempre alinhado à questão da participação do indivíduo na decisão dos assuntos políticos. Esta participação é analisada dentro do marco teórico da cidadania, que pode ser resumida na identificação dos termos caracterizadores dos processos de efetivação da democracia, que se expressam pela continuidade da luta por conquistas de direitos e participação política.

Dentro da investigação das teorias democráticas, a noção sobre cidadania serve como um aparato conceitual de debate a respeito das relações entre o acesso ao mundo político e a prática de efetivação do conceito de democracia. A resposta à pergunta “o que é ser cidadão?” envolve um compromisso com uma investigação que tenha como metodologia a busca de definições para o conceito de cidadania que se desenvolvem ao longo da história e que seja reveladora de um processo delimitador do seu sentido no tempo e no espaço. Não se pode definir democracia sem antes se perguntar a respeito do momento, do contexto e das possibilidades históricas de sedimentação das práticas cidadãs, de participação e definição do corpo político de uma sociedade específica. Tal investigação sobre os momentos da realização da democracia demonstra que a prática da cidadania, no decorrer da história, é marcada pela constante luta dos indivíduos e grupos sociais por participação política e, ao mesmo tempo, a constatação de que na história é sempre recorrente o governo de uma minoria detentora dos meios de poder.

No plano da normatividade, costuma-se delimitar, dentro da tentativa de realização dos direitos políticos na configuração do Estado moderno, três grandes momentos para a construção da cidadania atual, que expressam três categorias históricas de aquisição de direitos: os civis, os políticos e os sociais. Em torno disto, há toda uma discussão teórica a respeito destas três categorias e um debate sobre a situação do conceito contemporâneo de cidadania. Nesta discussão, há um amplo debate sobre as possibilidades de compreensão de práticas de cidadania na antiguidade, como instrumentos clareadores do imaginário da democracia, facilitadores da compreensão dos momentos históricos de conquistas de direitos de participação. O que se pode aproveitar desta discussão sobre uma “pré-história” da cidadania são aquelas propostas de análise que não caem numa sequência única e determinista para a construção da cidadania e da democracia, como um processo evolutivo consequencialista.

Apesar do fato de que este trabalho não se propõe a fazer uma investigação histórica sobre os alicerces da cidadania e da democracia, a contribuição que estas análises nos trazem é: entender a aquisição de direitos de cidadania como um processo de lutas contínuas, que corresponde ao momento em que se deu a sua caracterização histórica. E um processo sempre inconcluso, de conquistas e perdas, ações e conformismos. Isso traz a percepção de que a prática política atual pode ser compreendida a partir de duas perspectivas: a da realidade de sua efetivação e a da tentativa contrafactual de superação de determinadas práticas por uma construção normativa e pedagógica, corretora de insuficiências e práticas não legítimas segundo os parâmetros atuais da democracia.

Sendo cidadania a expressão concreta do exercício da democracia, os tipos de lutas travadas para aquisição de direitos e de reestruturação política das comunidades são tentativas de ampliação de direitos para camadas de indivíduos que se encontram desprovidos de proteção, que não são privilegiados em comparação com outras camadas de indivíduos desta mesma comunidade. Não se quer afirmar com isto que esta ampliação é um processo crescente, mas sim que o processo de abertura e fechamento de direitos de cidadania é que caracteriza a concretização da própria democracia.

O sentido usual de cidadania é percebido em algumas compreensões do conceito que não avançam por uma análise mais aprofundada, deixando a desejar em relação ao comprometimento investigativo e científico, permitindo apenas compreensões superficiais a respeito da participação política. Um primeiro sentido está comprometido com uma noção normativista do tempo. Ao se realizar uma busca em dicionários terminológicos, vários exemplos desta noção são apreendidos. Neles, a cidadania apresenta-se como um conceito referido à nacionalidade. O sujeito que nasce em determinado local ou adquire os direitos de ali residir e se constituir como naturalizado, ganha o direito de se associar àquele campo societário e de, posteriormente, participar da Constituição do mundo político (Nogueira, 2010, p. 65). A nacionalidade seria a pré-condição para a cidadania. Esta leitura compreende uma disciplina “positivista” (Falcon, 2008, p. 126-167) a respeito da cidadania, manifestando a construção do conceito dentro de uma facticidade normativa.

Além desta perspectiva normativista, outras compreensões teóricas também são usualmente perceptíveis. Uma delas é a interpretação “teleológica” da cidadania, que a compreende dentro de qualquer espaço-tempo, estando em função do seu “vir a ser”, determinado por aquilo que o teórico, desde antemão, já sabe sobre o curso posterior da história da cidadania, fazendo de sua análise um tipo de estudo das “origens” da cidadania. Uma terceira possibilidade é a interpretação anacrônica do conceito de cidadania. Faz com que toda e qualquer manifestação histórica de cidadania seja julgada em conformidade com um conceito atual de cidadania. Isto leva à inconsequente ideia de que as manifestações anteriores ou são incompletas ou estão erradas, segundo o padrão atual de crítica.

Antes do próprio termo “cidadania” existir, algumas práticas sociais, vistas com o olhar do investigador contemporâneo, podem ser encaradas como manifestações de cidadania, ou seja, como um processo de reestruturação social tendo em vista a conquista de direitos por parte dos não privilegiados, termo este que também só pode ser entendido correndo-se o risco de certo anacronismo conceitual. Com a tentativa de se evitar anacronismos profundos, os parâmetros para a cidadania atual não podem ser buscados na antiguidade, pois o que vivenciamos como cidadania nos

Estados nacionais contemporâneos é um fenômeno único na História. Nesse sentido, a busca de uma continuidade conceitual entre o mundo atual e o mundo antigo não é possível. A contribuição que um historiador das ideias pode dar para a análise da cidadania atual é a de aproximar os mundos diferentes e manter as distinções (Guarinello, 2008, p. 29). Não se pode deixar de lado que o fenômeno da cidadania é essencialmente “polifônico”, ou seja, uma produção de discursos que são produzidos a partir de lugares distintos entre si (Falcon, 2008, p. 124). Diferentes interpretações da história são possíveis, pois na sociedade há interesses diferenciados entre os grupos sociais. Assim, “a manutenção de desigualdades e de opressões depende, diretamente, da propagação de valores considerados ‘clássicos’”, como as noções de nação, língua e cultura. Tais valores muitas vezes foram utilizados para dar sustentação às desigualdades e opressões, dentro de um “Estado nacional” centrado na unidade cultural, avesso à diversidade (Funari, 1997, p. 90).

Essa análise crítica permite uma percepção mais apurada do fenômeno que vivenciamos na nossa ambiência política e uma prática consciente a respeito do que devemos entender por cidadania. Conforme expressa Funari, a compreensão do racismo institucionalizado no mundo contemporâneo pode ser entendido, de modo mais profundo, se o seu estudo partir de análises da Antiguidade e sua forma de construção política das sociedades antigas. O autor destaca dois grandes exemplos desta situação. O discurso sobre a escravidão e suas justificativas tem sua compreensão expandida quando se percebe uma transformação no discurso histórico que leva a escravidão, antes compreendida como sujeição de pagãos ou de pobres aos poderosos, a ser percebida como uma relação de superioridade dos proprietários em relação aos escravos, a partir de uma nova interpretação dos autores antigos e da cientificação da noção de raça e língua. Uma análise sobre a escravidão não poderia prescindir de uma crítica à construção deste discurso. No mesmo sentido, o discurso sobre os indígenas, na América, ainda se constrói com base em “conceitos arianistas”, de língua, povo, território, dentre outros. Tais teorias racistas desenvolvem-se no interior da academia e no senso comum da sociedade, intensificando os preconceitos e a manutenção de desigualdades e opressões

fundadas em bases epistemológicas de diversas noções oriundas de uma História Antiga pouco desenvolvida entre nós (Funari, 1997, p. 91-92).

Nas tradições teóricas que estudam a cidadania e a democracia e que as localizam como um conceito próprio da normatividade do Estado moderno, por se vincular a noção jurídica de nacionalidade, é possível identificar que as raízes históricas deste conceito são comuns a todas elas. Há certo consenso de que o conceito tem suas raízes mais remotas nas antigas religiões, na civilização grega e no Império Romano. Além das contribuições destas duas grandes civilizações, algumas religiões da antiguidade produziram referências abstratas à noção de igualdade, de que os seres humanos são idênticos perante alguma divindade (Reis, 1997, p. 12-13).

Jaime Pinsky (2008) entende que o grande legado dos hebreus foi o desenvolvimento da concepção de um Deus que, além de se preocupar com a conquista da “terra prometida”, exigia de seu “povo escolhido” um comportamento ético comprometido com problemas vinculados à exclusão social, à pobreza, à fome e à solidariedade. Esta característica hebraica se estendeu ao cristianismo primitivo, onde as comunidades cristãs ofereciam espaço para os marginalizados, os que não eram reconhecidos como participantes da vida política da sociedade em que se localizavam. Tal situação ofereceu oportunidade para uma luta por participação política dentro do Império Romano, ao mesmo tempo em que as formas associativas cristãs primitivas organizavam-se por meio de estruturas democráticas amplas, inclusive com destaque para a participação feminina em algumas agremiações (Hoornaert, 2008). Outros elementos muito utilizados para as discussões sobre a democracia atual foram extraídos dos documentos históricos sobre as cidades-estado greco-romanas, organizações sociais em que, pela primeira vez, expressaram a ideia de democracia direta e de que o cidadão tinha direito a um voto de participação, mesmo que este acesso ao mundo político ficasse restrito a uma categoria específica de pessoas (Guarinello, 2008).

Entretanto, foi com as revoluções burguesas da Idade Moderna que o sentido contemporâneo de cidadania e democracia ganhou seus elementos mais característicos. E, ao lado desse desenvolvimento histórico e

conceitual, a Independência Americana e a prática de liberdade que ali se empreendeu foram situações significativas para a compreensão do que hoje temos como cidadania e democracia. As premissas básicas do Período Moderno passam pela compreensão da noção de indivíduo e a Constituição de uma justificativa não religiosa para a construção da sociedade política. Esta viragem paradigmática tem como marco inicial o momento histórico da Renascença e seu desenvolvimento dentro do processo de autonomia das comunas do norte do Reino Itálico. A busca de independência política e autogoverno e a resistência ao Império foram legitimadas ideologicamente. No campo das leis, foi exigida uma postura metodológica de acomodação das leis com os fatos, dentro das novas configurações políticas que se identificavam. Sendo as cidades agora governadas por “povos livres”, elas efetivamente deveriam possuir autonomia política. As “formas republicanas” de governo que encontraram para a manutenção da configuração política da cidade fez do homem um indivíduo, destacado da comunidade em geral.

Não se pode ainda identificar uma preocupação com a ampliação de acesso à participação dos negócios da cidade, pois a liberdade política ali encontrada era a liberdade de negociação e a independência comercial. Ainda não é possível destacar uma concepção de cidadania e participação política nos moldes contemporâneos, pois a identidade do indivíduo ainda era determinada dentro das unidades da família, das corporações e da cidade. O pertencimento a uma nação ainda era uma percepção muito distante. O que mais se destaca neste período é que a religião, que na Idade Média era o fator de coesão social, perde espaço para a identificação do indivíduo a partir da cultura e da política, fixando a ideia moderna de soberania. O indivíduo passa a ser o centro de justificação da comunidade política. A discussão sobre cidadania se dá em torno da interpretação da tese aristotélica da natureza política constitutiva do homem, agregando-se noções a respeito da solidariedade social e do governo da razão. Com isto, o ambiente político encontra uma justificativa teleológica e natural: a proteção e conservação do homem, alcançando o bem comum, a república. Assim, a noção de direito natural passa a ser utilizada como elemento lógico de não submissão do indivíduo a um governo estrangeiro,

concebendo-se a partir de um sentido histórico de desenvolvimento das noções de humanismo e cidadania (Zeron, 2008).

Dentro deste processo de secularização, racionalização e individualização, a sociedade que antes se estruturava a partir da caracterização de privilégios sociais a alguns de seus indivíduos componentes, é questionada dentro de uma nascente consciência histórica de desigualdade. Ao se abandonar uma concepção de sociedade organicista e heterônoma, abre-se espaço teórico para a ampliação do acesso aos assuntos políticos da sociedade. Inicia-se aquilo que Norberto Bobbio intitula como uma “era dos direitos” (1992), que será categorizada a partir de três momentos históricos definidores de conteúdos de direitos, civis, políticos e sociais.

Neste processo de construção do homem comum como sujeito de direitos civis, a Revolução Francesa destaca-se como momento de síntese de muitas mudanças e ideias, principalmente ao compreender a ascensão da classe burguesa como um marco de recompreensão da estrutura social, anunciando as diferenças do Mundo Moderno e sua contribuição para o futuro do mundo político. Quando se procura entender a busca por felicidade e por um bem comum como uma meta coletiva, e não só de indivíduos particularmente considerados, permite-se a ideia de que a realização do indivíduo e sua percepção dentro de um ambiente social é uma possibilidade para todos. O problema se encontrará nas desigualdades do acesso a este projeto possível. O suporte para isto passa a ser a noção de igualdade, que orienta a todos na busca da felicidade coletiva. Uma sociedade justa e igualitária é um dos instrumentos mais analisados pelos filósofos, cientistas e pensadores da época, que alicerçam seu pensamento nas ideias de um direito natural que nasce com o próprio homem. O direito natural deve agora ser provado a partir da realidade dos fatos, da condição humana e da caracterização do homem como sujeito individual de direitos. Hugo Grocio é destacado como um dos termos iniciais da ideia de separação entre a Igreja e o Estado, conciliando a razão e a experiência e permitindo a ideia de que os direitos nascem com o homem, com a sua experiência de existência no mundo. E com o experimentalismo da filosofia empírica inglesa, as declarações de igualdade e de liberdade servirão como

instrumentos de conscientização e publicização das possibilidades de justiça (Odalia, 2008, p. 159-162).

Com os ideários de liberdade, igualdade e fraternidade, a Revolução Francesa sintetizará os direitos que proporcionarão uma nova compreensão da natureza do novo cidadão. Com a proclamação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, constitui-se um marco significativo dentro da ideologia de se transformar o homem comum em cidadão. Suas insuficiências práticas são patentes, tendo em vista que a Declaração é “circunstancial e casuística, cheia de dubiedades e contradições”. Mas, de certa forma, ela vem expressar uma nova compreensão de homem, intrinsecamente ligada à ideia de que ele deve ter sua liberdade assegurada, ao delimitar os direitos civis e os deveres de cidadania. Ela também contém os direitos da nação, sendo que estes estão sempre subordinados aos direitos do cidadão, ao se perceber que o Estado nunca será um fim em si mesmo, numa tentativa de assegurar que os direitos civis sejam usufruídos pelo cidadão (Odalia, 2008, p. 165-168).

A partir da Declaração, um novo imaginário democrático se constrói. É a partir da conciliação e crítica das construções operadas a partir das revoluções burguesas que uma nova classe social se consolida como o exemplar do tipo de cidadão que deve sedimentar a construção de um novo ambiente político, contrastado com outra classe social que surgirá no cenário histórico, o proletariado. Sendo, de certa forma, herdeiro das lutas burguesas, vai dela extrair a consciência histórica do papel de força revolucionária, buscando ampliar os direitos civis que, juntamente com a burguesia, ajudou a conquistar. Abre-se aqui o campo de possibilidades para que “novas minorias” possam dar continuidade a esta luta pela solidificação e expansão dos direitos civis, agora dentro do marco do Estado moderno. Adotando a perspectiva de Marshall (1967), a respeito da gradual conquista de direitos, é quando o proletariado ganha espaço na política que os direitos civis oferecem o espaço para a conquista de direitos políticos de participação.

Para fins do presente trabalho, a democracia será compreendida dentro de um marco teórico específico, que se apropria dos ideários da Revolução Francesa como instrumento crítico para a Constituição da legitimidade da

democracia atual. Com isto, permite-se um pano de fundo para discussões sobre a validade da normatividade do sistema jurídico contemporâneo. Ao se trabalhar com a relação entre facticidade e validade, proposta por Habermas, dá-se preferência aos aspectos de validade do direito, apropriando-se da noção de democracia como instrumento superador da dicotomia que se apresenta na dogmática da jurisdição constitucional brasileira, em uma suposta tensão entre a própria democracia e os direitos fundamentais constitucionais. O que se visa demonstrar é que esta dicotomia é aparente, pois se toma por base a regra da maioria como pressuposto de expressão da democracia, e que a noção de direitos fundamentais, ali utilizada, está comprometida com uma noção de soberania popular característica do momento histórico da Revolução Francesa, em que se compreendia a assembleia constituinte como lugar de expressão máxima da vontade popular. Para além disto, noções como esfera pública e sociedade civil, tal qual utilizada atualmente na compreensão das esferas políticas da sociedade, foram sedimentadas neste período e por isto é tão importante entender a Revolução Francesa como marco inicial principal de debate.

A compreensão de democracia que se operacionaliza hoje está compreendida dentro destes marcos estruturantes do Estado moderno e constituída principalmente a partir dos ideais renovadores da Revolução. Assim, seguindo os caminhos de análise da teoria discursiva do direito, propõe-se a revisitação de determinados conceitos próprios do Estado moderno dentro de um mapeamento dos sentidos de democracia que se constituíram a partir dele. Tal mapeamento servirá para uma análise mais apurada dos sentidos de democracia no Brasil, o que permitirá o desenvolvimento da noção de que não há uma relação de tensão entre direitos fundamentais e democracia, mas sim compreensões divergentes sobre os sentidos do que venha a ser democracia. Se a tensão é aparente, não cabe ao STF decidir por um dos lados desta tensão, nem assumir uma hermenêutica decorrente de concepções de democracia em específico. Cabe a ele assumir a função de órgão guardião da própria democracia e suas condições de efetivação.

O desenvolvimento das teorias democráticas a partir do Estado moderno

A perspectiva de um desenvolvimento das teorias democráticas, a partir do Estado moderno, não se compromete com um “evolucionismo” conceitual ou a percepção de que as teorias atuais são mais satisfatórias que as de outrora. A análise aqui empreendida tem mais por objetivo constatar quais as principais teorias democráticas que então se desenvolveram. Mas se compromete com a noção de que a teoria deliberativa da democracia constitui um ponto-chave para a realização das demais teorias da democracia. O motivo desta opção se justifica quando se percebe que em todas as teorias há uma preocupação, mesmo que mínima, com aspectos referentes aos canais deliberativos, aos instrumentos de regularização dos discursos políticos possíveis. Portanto, em maior ou menor grau, todas as teorias da democracia têm, em seu centro, a preocupação com as condições de deliberação. Algumas tendem a privilegiar o aspecto decisional, outras preocupam-se com os mecanismos de acesso aos fóruns deliberativos, mas todas percebem que a deliberação é um dos elementos inafastáveis de um conceito amplo de democracia.

Assim, justifica-se a opção por analisar, em grande parte do trabalho, a teoria deliberativa de Jürgen Habermas, por ser um dos autores de maior destaque dentre aqueles que se filiam à teoria deliberativa da democracia. Sua teoria servirá para oferecer elementos críticos para contestar a validade dos instrumentos deliberativos brasileiros. Porém, mais do que isto, oferecerá uma saída teórica para o impasse recorrente na jurisdição constitucional brasileira entre direitos fundamentais e democracia. Aliado a isto, uma proposta de mapeamento das teorias democráticas a partir do Estado moderno, que logo abaixo será realizada, oferecerá a oportunidade de se superar a compreensão de que democracia se expressa pela decisão da maioria e que direitos fundamentais são meros instrumentos de controle da vontade majoritária da população.

A centralidade da Revolução Francesa e da discussão sobre a democracia

Para Habermas, dentre as revoluções burguesas a que ganhou maior destaque como ícone ideológico da justificação do Estado moderno foi a Revolução Francesa. Em que pese o fato de que há uma ampla discussão sobre o fim da atualidade desta Revolução ou a difusão da compreensão de que a Revolução Francesa acabou, Habermas, diante de uma tentativa de “medicar um presente pretensamente contaminado”, lança mão da mudança de mentalidade que se deu nos anos da Revolução Francesa para extrair contribuições à crítica do presente e proposta de alternativas dentro da teoria política para a promoção de uma democracia em sentido procedimental (2003b, p. 249-251). Esta tarefa de medicação é um importante instrumento de crítica para a facticidade do sistema político democrático. Entretanto, precisa ser entendido em sua limitação teórica e em seus pressupostos históricos fundantes, sob pena de se cair naquilo que muitos autores no Brasil fizeram: ao se proporem a estudar e constituir um sentido pátrio de democracia participativa, a partir da Constituição de 1988, apropriaram-se das críticas e propostas de Habermas para uma esfera pública deliberativa, sem as devidas ressalvas sobre os limites e possibilidades desta adaptação. Por isto, importa também compreender, a partir deste mapeamento das teorias democráticas, qual a proposta inicial de uma democracia participacionista para, posteriormente, entender como esta noção tem sido desenvolvida no Brasil pós-1988 e as possibilidades de controle jurisdicional das atividades de democracia participativa.

Este resgate de um sentido inovador da Revolução precisa ser visto com cautela, principalmente quando se constata vários desencadeamentos por ela promovidos que acabaram afetando as possibilidades de implementação de uma democracia em seu sentido mais pleno. A Revolução acelerou o desenvolvimento do sistema econômico capitalista, a partir da promoção da modernização econômica e social. Atualmente, este projeto capitalista-produtivista não fornece mais promessas para um resgate de sua legitimidade, ainda mais quando percebido dentro do moderno aparelho do Estado, executado dentro da lógica de uma administração estatal que se programa a si mesma. Entretanto, Habermas entende que a maior contribuição da Revolução Francesa encontra-se na possibilidade de se resgatar a proposta nascente de um Estado democrático de direito. As revoluções Americana e Francesa forneceram um aparato universalista para

a condensação das relações entre democracia e direito, que é o Estado constitucional. Hoje, este universalismo tenta se manter vivo dentro de uma mudança de identidade operacionalizada pela ideia de “patriotismo constitucional”, substituto do modelo excludente do Estado nacional, baseado no monoculturalismo, insuficiente para promover “pontos de integração capazes de superar a simples descendência étnica” (2003b, p. 251-252). Esta proposta de “patriotismo constitucional” será posteriormente analisada em uma tentativa de adaptação a um possível sentido de identidade política brasileira, a partir do sistema político-constitucional.

Ao constatar que vivemos hoje uma teoria política “contaminada”, Habermas se insere dentro de uma perspectiva de superação das insuficiências das teorias democráticas atuais, destacando a possibilidade de recompreensão da teoria democrática da representação e de radicalização da democracia, promovendo um canal de crítica às democracias existentes ao entender que as decisões políticas devem ser fruto de uma ampla discussão, onde todos têm igualdade de participação em um debate que se ancora em argumentos racionais que visam ao consenso. É uma oposição à vertente liberal, que ganhou destaque no início da consolidação do Estado Moderno, principalmente pelo fato de que as revoluções burguesas buscaram amparo na teoria liberal para justificar a nova configuração política da sociedade nascente.

Atualmente, a democracia deliberativa é a principal alternativa teórica à democracia liberal-pluralista. Outras vertentes de teoria democrática propõem uma superação das insuficiências das teorias democráticas exclusivamente representativas, gerando campo de debate para aprofundamento da compreensão atual do sentido de democracia e as possibilidades de efetivação e legitimação deste conceito que é o ponto principal de análise das teorias políticas contemporâneas. Para Miguel (2005), este alocamento da democracia como horizonte normativo de quase toda a Ciência Política se justifica quando no pós-Segunda Guerra Mundial a noção de democracia passa a ganhar legitimidade universal e, no Ocidente, torna-se o único regime político capaz de garantir a aceitação dos governados.

A questão que mais intriga a teoria democrática é como compatibilizar a ideia de inclusão e participação na política da sociedade, com o exercício da democracia feito por meio da representação. Como afirma Luis Felipe Miguel, os Estados são muito extensos para que todos os cidadãos se reúnam à deliberação; são muito populosos para que seja possível um diálogo que incorpore cada um dos pontos de vista destacáveis. Para além disto, as questões políticas tornam-se cada vez mais complexas e especializadas, principalmente com a inclusão de tantos grupos sociais à esfera pública, aprofundando as clivagens já existentes. Por fim, os afazeres privados absorvem demais o tempo do cidadão, quase não lhe oferecendo tempo para participação política. Assim, não restaria outra conclusão a não ser afirmar que a representação política é fato inevitável dentro de qualquer institucionalização da democracia nos Estados nacionais contemporâneos (2005, p. 26). Em síntese, a democracia carrega uma contradição insuperável: trata-se de um governo do povo, no qual o povo não está presente no processo de tomada de decisões.

Esta necessidade de representação política acaba levantando vários problemas. As relações entre as preferências pessoais do representante e a “vontade coletiva” dos representados leva a teoria política a se debruçar sobre as diversas formas de percepção desta representação a partir da vontade a ser representada. Há também uma insuficiência da igualdade formal de acesso às decisões. A mera informação não garante que o receptor saiba decodificar o que está sendo informado, constatando-se aqui uma capacidade diferenciada dos indivíduos de atuar no campo político. E estes canais de informação e de divulgação dos assuntos políticos podem manipular a “vontade coletiva”, conduzindo a agenda política para a realização de interesses privados de uma elite que comanda os meios de comunicação. A separação entre os governantes e governados gera uma especialização da atividade política, compondo aquilo que se compreende como a “sociedade dos políticos”. Com isto, as decisões passam a ser tomadas por um grupo seletivo, muitas vezes blindado ao acesso da sociedade civil. Esta elite política distancia-se da massa da população e o princípio da rotatividade ou alternância dos cargos públicos resta prejudicado (Miguel, 2005, p. 27-28).

As respostas que as teorias democráticas tentam dar para estas insuficiências e inevitabilidades da institucionalização da democracia fomentam debates sobre alternativas e novas propostas, mas todas gravitam em torno do conceito de representação. Este conceito ganhou configuração moderna quando os parlamentos do século XVII e as convenções constitucionais ou assembleias constituintes do século XVIII demandaram a atividade constituinte e legislativa na ideia de que representavam a soberania do povo. O problema da legitimação desta noção nunca foi resolvido e, provavelmente, não o será. A própria Revolução Francesa colocou o problema de como representar a soberania popular, não encontrando nenhum dispositivo institucional que resolvesse o problema. No fundo, as novas assembleias legislativas criaram um governo aristocrático em nome de uma legitimidade democrática. Na tentativa de criar legitimidade para a representação da soberania popular, os representantes passaram a apelar para a autoridade do povo constituindo, de fato, o próprio povo e o significado desta Constituição. Esta afirmação de que a legitimidade vem do povo, abre espaço para o desenvolvimento da ideia de que o hiato entre o povo e os representantes deva ser constantemente reduzido. Assim, a história da democracia representativa passa a ser a história da inclusão política e da construção de mecanismos que reduzam este hiato nas democracias contemporâneas (Arato, 2002).

Esta representatividade e fundamentação de um marco primevo da legitimidade na soberania popular, que se exerce inicialmente dentro da institucionalização de uma assembleia constituinte, também ressoam em uma forma muito específica de se compreender a tarefa interpretativa da jurisdição constitucional. Quando a Constituição de 1988 estabelece que cabe ao Supremo a função de guarda da Constituição, falta sempre saber que tipo de guarda ele deve exercer. A compreensão que se destaca na dogmática brasileira é a de que esta função dá ao STF a autorização para que ele mesmo possa constituir o sentido do texto, por ser seu intérprete autêntico, concessão dada pelo próprio povo quando “fez” a Constituição. Em outro sentido, há também a compreensão de que os ministros devem buscar uma interpretação que se coadune com os valores relevantes da sociedade, em uma extração das virtuosidades morais possíveis na sociedade brasileira. Por mais que esta segunda vertente focalize a tarefa

interpretativa na própria sociedade, não se supera o sentido inicial de que os ministros receberam da própria população a autorização para a tarefa interpretativa e que toda tarefa está guiada por preceitos constitucionais estabelecidos na assembleia constituinte. No decorrer do trabalho, várias questões se desdobrarão a partir do questionamento sobre a presença, no imaginário democrático, deste marco inicial de autorização, refratário ainda de uma ideia de que a assembleia constituinte é o local máximo da expressão da vontade popular, que designa quem são os representantes executores desse poder constituído pelo próprio povo. Se a proposta é a de uma compreensão de democracia que supere uma concepção elitista de realização fática do exercício do poder, não se pode deixar de constatar que esta noção francesa acaba, de certa forma, contribuindo para a formação de um governo aristocrático travestido de democrático.

Em síntese, o conceito de representação é dependente de teorias de autorização que justificam e definem a representação graças a um expediente inicial de consentimento popular. Esta autorização é o pressuposto de permissão para que o representante possa deliberar e decidir em nome do representado. Desta forma, dentro da institucionalização de mecanismos de representação, fica estabelecida uma conexão entre democracia e representação por meio do sistema eleitoral. Desloca-se a legitimidade para o momento da autorização, entendendo-se que quanto maior a liberdade de escolha, maior seria a legitimidade do procedimento autorizativo. Tais problemas contemporâneos são levantados a partir da crítica às teorias clássicas da democracia. Neste sentido, é importante destacar as propostas de classificação das teorias democráticas para que se possa localizar e situar o estado das análises teóricas sobre a democracia contemporânea. Tendo em vista que as classificações dependem da abrangência e finalidade da análise de cada autor, inúmeros mapeamentos são oferecidos como caminhos da teoria democrática moderna.

Para fins da presente análise, a classificação quinária de Miguel (2005) é suficiente para o estudo pretendido. As cinco categorias são: democracia liberal-pluralista; democracia deliberativa; republicanismo cívico; democracia participativa; multiculturalismo. Estas categorias fornecerão elementos para o aprofundamento da análise da questão democrática no

Brasil, pois servirão como caminhos por onde as nossas instituições podem buscar formas de realização do ideal democrático.

A democracia liberal e sua proposta pluralista

Para os liberais, prioriza-se a institucionalização jurídica de liberdades iguais, na forma de direitos subjetivos, destacando um núcleo mais denso para a proteção dos direitos humanos em relação à democracia. Isto faz com que a Constituição, estabilizadora das relações entre os poderes, tenha o primado em relação à vontade do legislador democrático (Habermas, 2003b, p. 258-259). Assim, haveria a preservação das liberdades cidadãs, dentro de um sistema de competição eleitoral livre, que é representativo da multiplicidade dos grupos de pressão da sociedade, cada qual fazendo valer seu interesse, desde que dentro do jogo democrático da pluralidade liberal.

Para Habermas, nessa perspectiva liberal o processo democrático se realiza por meio de um compromisso de interesses. Os direitos fundamentais liberais são o instrumento normativo para o estabelecimento de regras de formação do compromisso possível. Estas regras asseguram a equidade do resultado, passando por alguns institutos, tais como o direito igual e geral ao voto, a composição representativa das corporações parlamentares, o modo de decisão, a ordem da negociação, dentre outros. O processo democrático equilibra a relação entre o aparelho do Estado e a sociedade. Os interesses são canalizados pelo Estado de direito, que disciplina o poder do Estado através de medidas normativas – como os direitos fundamentais, a divisão entre os poderes, o princípio da legalidade – e sustenta uma relação de concorrência entre os partidos, o governo e a oposição, fomentadora do respeito adequado aos valores e interesses sociais. O centro do modelo liberal está na “normatização constitucional e democrática de uma sociedade econômica”, garantidora de um “bem comum apolítico, através da satisfação das expectativas de felicidade de pessoas privadas em condições de produzir”. A formação democrática da vontade tem a função de legitimar o exercício do poder político. As eleições autorizam o uso do poder pelo governo, que deve justificar publicamente o seu uso (Habermas, 2003b, p. 19-22).

Na interpretação liberal, a política é essencialmente uma luta por posições mais favoráveis no âmbito do poder administrativo. O processo de formação da opinião e da vontade na

esfera pública e no parlamento é determinado através da concorrência de atores coletivos que agem, estrategicamente, a fim de obter ou manter posições de poder. O sucesso se mede pelo assentimento qualificado pelos votos de eleitores, dados a pessoas e programas. Em seu voto, os eleitores expressam suas preferências. Suas decisões eleitorais têm a mesma estrutura que os atos de escolha de participantes do mercado, orientados pelo sucesso. Eles autorizam a assunção de posições de poder, pelas quais se digladiam os partidos políticos no mesmo enfoque orientado pelo sucesso. (HABERMAS, 2003a, p. 337)

A teoria pluralista da democracia desenvolve uma compreensão instrumentalista da política ao entender que o poder político e o poder administrativo são formas de manifestação do poder social, dando realidade social para o modelo liberal de democracia. Entretanto, ao invés de dar destaque aos interesses individuais dos cidadãos, os substitui por organizações e interesses organizados. Estes interesses são mediados pelo poder social, que se revela por meio de eleições e concorrências entre os partidos políticos, institucionalizados na Constituição. Com o jogo de forças sociais, políticas são definidas como prioritárias e são transformadas em decisões obrigatórias, dentro da compreensão de que há um equilíbrio de forças sociais que mantém em movimento “o fluxo do poder político”, permitindo que o “sistema político elabore efetivamente as pretensões introduzidas e satisfaça os interesses sociais de forma simétrica”. Esta teoria pluralista parte da compreensão de que todos os atores coletivos possuem aproximadamente as mesmas chances de influenciar os processos de decisão relevantes, tendo controle da política das associações e dos partidos políticos.

Joseph Schumpeter, a partir de sua obra *Capitalismo, socialismo e democracia*, de 1942, foi um marco importante para falsificar o princípio do pluralismo. Este princípio sustenta vários mitos que devem ser desmascarados. Os cidadãos participativos são elementos inexistentes no jogo político, pois a democracia é só uma maneira de gerar uma minoria governante de modo legítimo. O governo, em seu aspecto mais real, é formado a partir de uma luta competitiva pelos votos do povo. Esta escolha dos representantes não é capaz de formar vontade eleitoral alguma. Assim, a denúncia é com relação à irracionalidade do cidadão comum e sobre a impossibilidade de se sustentar a ideia de uma vontade coletiva, é uma visão desencantada com relação à possibilidade da democracia cumprir suas promessas (Miguel, 2005, p. 9).

Também não existe a influência plena dos grupos de interesses sobre a política das associações, nem a de que o número de atores coletivos concorre tendo aproximadamente o mesmo peso político no espaço de deliberação. O que existe, na prática, é uma luta de poder que acontece entre as elites, o que leva a teoria de Schumpeter acomodar-se com a teoria das elites, ao reduzir o processo democrático à escolha plebiscitária entre dirigentes, a uma mera escolha dos condutores do processo político. A única garantia que os eleitores possuem de que as funções do Estado visam ao bem comum está na racionalidade das elites e na crença de que elas são capazes de decidir e que desejam inovações (Habermas, 2003, p. 60-61).

A teoria econômica da democracia, representada por Anthony Downs, em sua obra *Uma teoria econômica da democracia*, de 1957, tentou incrementar a teoria de Schumpeter aproximando-se de uma compreensão a respeito dos valores democráticos básicos, combinando eleitores pouco interessados na vida política, com políticos comprometidos pelo voto. Este desinteresse dos eleitores não leva à desconsideração de sua vontade, por parte dos políticos. Há uma racionalidade presente nesta passividade do eleitor, pois eles traduzem, por meio de seus votos, um autointeresse mais ou menos esclarecido, apresentado na forma de pretensões que se dirigem ao sistema político. Já os políticos trocam estes votos pela oferta que fazem aos eleitores de determinadas políticas, com o objetivo de adquirir e manter seus cargos políticos. A racionalidade se manifesta quando se percebe que nestas transações entre eleitores e políticos há decisões racionais por levarem em consideração “os interesses particulares agregados e avaliados equitativamente” (Habermas, 2003, p. 61-62). Assim, pode-se supor que os indivíduos possuem duas qualidades que os definiriam como racionais. Eles têm a capacidade de formar um *ranking* de preferências e de relacioná-las com as propostas políticas definidas pelas elites políticas. A sua participação se daria no momento do voto, que escolheria o representante a partir de uma preferência individual e pré-formada (Avritzer, 2000, p. 31).

Giovanni Sartori (1994) ao distinguir as democracias empíricas, que são descritivas, das democracias racionais, de cunho prescritivo, estabelece que estas últimas são utopias irrelevantes para a prática política. O que se constata na prática é uma baixa participação política dos cidadãos. Esta seria a chave empírica para a realização da democracia como

“meritocracia”, dentro de um processo seletivo que seleciona os mais aptos a governar. Marcur Olson é citado por L. F. Miguel como um complemento a Sartori, pois apontava que o eleitor percebe que, em sociedades populosas, seu peso e influência são pequenos diante de um gigantesco eleitorado. Assim, é inevitável que a característica média constante dos cidadãos é a desinformação e a apatia, que expressam uma resposta racional do eleitor, ao calcular que seu investimento de tempo e dinheiro acabam sendo insignificantes para a interferência nas decisões políticas (2005, p. 10).

Dentro da teoria liberal-pluralista, Habermas (2003b, p. 10) aponta que a teoria de Robert Dahl, principalmente a partir de seu conceito de “poliarquia”, apresenta uma versão mais sofisticada do que aquelas que partem do desinteresse do cidadão na participação política. Esta presunção de que há um desinteresse é relativizada, pois os cidadãos, mesmo que se mostrem apáticos na maior parte do tempo, mobilizam-se quando seus interesses específicos são postos em questão. Ao destacar que a apatia é superável e que os canais para a mobilização estão em aberto, Dahl estabelece um meio termo onde, por um lado, não existe, realmente, um “governo do povo”; mas também não se pode afirmar que esta inexistência leva a um governo de elites. Em verdade, existem muitas minorias que disputam entre si o poder, configurando múltiplos centros de poder na sociedade. A tese da “poliarquia” busca uma forma de se distribuir a capacidade de influência entre as minorias.

Segundo Habermas (2003b, p. 42-45), o cerne liberal da teoria de Dahl encontra-se nos critérios de concorrência para a operacionalização de decisões que tenham caráter obrigatório. Proporcionam ao cidadão uma adequada e igualitária oportunidade para definir e validar seu interesse dentro dos centros de decisão, que são estruturados por métodos e condições para a formação política da vontade. Mesmo que não se encontre uma ordem política que consiga preencher todos os critérios de Dahl, ainda assim deve-se buscar condições aproximativas deste processo. Nas pesquisas de Dahl, ele percebeu que, a partir das revoluções Americana e Francesa, uma série de direitos e de instituições foram gradativamente implementadas em um número crescente de Estados modernos. Dentro desta pesquisa sobre a modernização dos Estados, Dahl extrai o contexto

para definir o núcleo daquela que seria uma sociedade moderna, dinâmica e pluralista, com condições extremamente favoráveis à democratização, promotoras das condições propícias à domesticação jurídica do poder social e do poder monopolizado pelo Estado. Para o autor, a maior dificuldade a ser enfrentada pela democracia é combater o “encapsulamento do saber político especializado”, para que os cidadãos possam se aproveitar deste saber político no momento de formação de suas opiniões. A quebra deste monopólio do saber evita que haja uma dominação sobre os cidadãos, que muitas vezes encontram-se encobertos por uma política simbólica que esconde os verdadeiros caminhos das decisões políticas. A saída que Dahl encontra para este enfrentamento é encorajar a capacidade técnica das telecomunicações, dentro de um sistema intitulado como *minipopulus*, composto por uma vontade que se especifica funcionalmente e descentraliza-se em assembleias representativas e com conhecimentos especializados.

As críticas às correntes liberais geralmente se voltam contra dois grandes aspectos estruturais. O primeiro deles liga-se ao isolamento da esfera política em relação ao restante do mundo social. Esta esfera é constituída pela ficção de que os cidadãos são iguais perante a lei e de que existe um “contrato social” que sustenta esta liberdade e igualdade de todos dentro de uma sociedade civil. Utilizando-se das palavras de Nancy Fraser, L. F. Miguel afirma que o modelo liberal faz com que as desigualdades reais sejam “colocadas entre parênteses”, ao caracterizar o sujeito de direitos civis em seu aspecto mais abstrato possível, isolando as esferas sociais e privadas de um campo restrito determinado como campo político. Ao se isolar o campo político, gera-se a impressão de que as demais situações são somente interesses privados ou de grupos, que não se confundem com os assuntos políticos da sociedade. Outro aspecto relevante e que é alvo constante de crítica aos liberais é a redução da política a um mero processo de escolha entre preferências disponíveis. Há uma presunção de que os cidadãos são guiados por um entendimento esclarecido a respeito de seus interesses. Não se avança e se coloca no campo político a questão da formação destes interesses. Eles são dados prévios ao mundo político, restando somente uma agregação mecânica das preferências preexistentes, esvaziando o aspecto comunicativo da política (Miguel, 2005, p. 12).

Este esvaziamento comunicativo é um dos principais elementos para a Constituição da teoria democrática deliberativa, que destacará a ampliação do campo político liberal para o momento da Constituição dos interesses e preferências, instituindo esferas de deliberação política segundo regras específicas do discurso racional. Além disto, a vertente liberal está presente na análise da democracia no Brasil quando certa crítica, que logo será apresentada, constata que a nossa prática institucional, por mais que se intitule de participativa, no plano normativo constitucional, é permeada por um liberalismo econômico que exige a centralização decisória em uma elite governamental, principalmente nas mãos de um Executivo poderoso, com controle de agenda no Legislativo e com atuação direta na condução da decisão política nos canais de participação democrática da sociedade civil.

A democracia deliberativa e a construção da decisão política

Uma das primeiras grandes críticas voltadas às democracias liberais foi construída pelos teóricos da democracia deliberativa. Partem de um ideal participacionista, dando uma nova ênfase na questão política ao dedicarem-se a mecanismos discursivos da prática política. O avanço que se verifica com relação ao empirismo da hegemônica vertente liberal localiza-se no rompimento com uma concepção de democracia como simples método de agregação de preferências individuais já dadas. Estas preferências são construídas e reconstruídas por meio de interações que ocorrem na esfera pública, dentro de debates promovidos pelos próprios envolvidos na política. Há um resgate do sentido clássico de democracia, ao se enfatizar a busca por igualdade de participação na esfera pública e o destaque à autonomia como valor fundamental que guia o projeto democrático (Miguel, 2005, p. 12-13).

Habermas, um dos grandes teóricos da democracia deliberativa, empreende uma crítica da política vigente a partir de um parâmetro ideal, resgatado dentro de uma análise histórica da formação da esfera pública burguesa. Este resgate de uma idealidade busca recompreender o sentido inovador proposto pela Revolução Francesa, abstraindo-se as críticas a respeito dos caminhos posteriores tomados pelos realizadores do ideário revolucionário. O marco inicial de discussão desta esfera pública burguesa e

seu caráter emancipatório estão na tese de 1962, intitulada *A mudança estrutural na esfera pública*, que faz uma reflexão sobre o surgimento da opinião pública, na França, Alemanha e Inglaterra dos séculos XVIII e XIX. A preocupação de Habermas é extrair deste momento histórico uma “boa política”, qualificada assim por permitir uma discussão livre das questões de interesse público. Este ideário serve como elemento de crítica da decadência atual da esfera pública, manipulada por estratégias publicitárias e inibidoras do caráter deliberativo. Esta crítica de Habermas caracteriza a passagem, dentro da teoria democrática, de um conceito decisionístico de deliberação, para um conceito argumentativo de deliberação. O aspecto comunicativo da política compreende que a teoria democrática liberal é insuficiente por não avançar no momento de elaboração das preferências políticas, colocando o espaço de decisão como o elemento marcante da política democrática. Os cidadãos simplesmente escolheriam os representantes que iriam definir a política a ser adotada, a partir de preferências já previamente determinadas.

Em um texto intitulado *Ciência como vocação*, Max Weber (2005) expressa seu ceticismo com relação ao momento de crise que a democracia vivia na primeira metade do século XX, principalmente com relação aos debates que envolvem tradições culturais distintas e a dificuldade de se resolver o problema do *status* das minorias culturais quando compreendidas dentro de tradições culturais dominantes, no marco do Estado Nacional. O autor vai apontar que as esferas de valor e de compreensão do mundo estão em um conflito que impossibilita a realização de todas as esferas em um mesmo sistema político. Estas divergências culturais só poderiam ser solucionadas segundo uma metodologia científica, que por sua vez é incapaz de enfrentar satisfatoriamente o problema.

Leonardo Avritzer (2005, p. 30-31) sintetiza que o elitismo democrático de Schumpeter responde a estas questões de tradições culturais afirmando que o bem comum não pode ser definido, porque ele tem significados múltiplos ao ser percebido por uma diversidade de indivíduos e grupos sociais. A solução para este impasse seria deixar de fora da ambiência política, as questões culturais e as concepções de boa vida. Os potenciais argumentativos da democracia são incompatíveis em uma sociedade de massas e, por este motivo, deve-se adotar uma concepção restrita de

soberania, ao se descartar os elementos argumentativos da democracia, principalmente pela dificuldade de se inserir o “homem comum” na política e de se extrair uma vontade comum dos indivíduos como algo ordenado e coeso. Assim, Schumpeter reforça o postulado liberal de que a deliberação deveria se concentrar no processo de escolha dos indivíduos que tomariam a decisão política a ser seguida. Em resumo, a compreensão decisionística parte do pressuposto de que as diferenças culturais não podem ser resolvidas por meio da argumentação e por isto devem ficar fora do âmbito da política. Por este motivo, o processo eleitoral se restringiria a uma consistente aferição de preferências individuais pré-formadas por parte dos representados.

Na segunda metade do século XX, desenvolve-se uma grande tentativa de se recuperar a dimensão do debate público, principalmente a partir das obras de Jürgen Habermas e John Rawls. Na década de 1970, John Rawls, partindo da concepção de que as diferenças culturais são parte de uma condição de pluralismo que supõe a argumentação e a deliberação, publica o livro *Uma teoria da justiça* (2002), onde apresenta duas concepções de deliberação. A primeira está ligada à sua ideia de “posição original”, um elemento hipotético justificador das condições do processo deliberativo. Dentro deste elemento, os indivíduos desconheciam as diferenças reais que os caracterizariam dentro do mundo político. Esta situação levaria a um acordo unânime com relação às regras para que a deliberação possa ocorrer. Para além deste acordo inicial, dentro da realização do debate democrático valeria a regra da maioria, que, mesmo legitimada pelas regras deliberativas iniciais, não necessariamente seriam justas.

Após várias críticas a esta tentativa de se resolver o problema do resgate da democracia, Rawls (2000) escreve uma proposta de reformulação de sua teoria e propõe uma atualização do liberalismo político saindo de uma compreensão de que o conflito político é um conflito de interesses entre indivíduos iguais para afirmar que o problema político central, em sociedades contemporâneas, é aquele que envolve as diferentes concepções dos indivíduos com relação aos seus valores e concepções morais. O acordo político razoável e duradouro não seria possível porque temos diversos pontos de vista sobre o mundo. A saída seria encontrar uma teoria da justiça que fosse abrangente e inclusiva, conciliando pluralismo e deliberação. É

neste ponto que Rawls formula o conceito de “consenso sobreposto”, que buscaria um encaixe concordante entre as diversas concepções de mundo presentes na sociedade. O consenso estaria na busca de uma concepção política de justiça para regular as instituições básicas da sociedade, apoiada nas principais concepções éticas do mundo político, dentro das sucessivas gerações. Este espaço deliberativo e argumentativo mínimo seria necessário para que cada um pudesse executar seu plano individual de vida, sendo que as prováveis discordâncias entre os indivíduos seriam importantes para contrabalançar os diversos fins. O foco da teoria democrática de Rawls está nos procedimentos argumentativos, que levariam uma sociedade a ser governada por um consenso sobreposto.

Entretanto, não há na teoria de Rawls uma discussão ampliada sobre o local da realização da argumentação, uma teoria profunda sobre os fóruns argumentativos (Avritzer, 2000, p. 35-36). É neste aspecto que se verifica a importância da teoria de Habermas ao romper com o decisionismo e trabalhar com a ideia da argumentação e sua regularização nos fóruns de discussão política. Ao se preocupar com uma esfera para a argumentação, Habermas (2003c) analisa o processo histórico de ascensão da burguesia e o estabelecimento de uma nova forma de relação com o poder, ao se exigir dos governantes a publicização de suas ações com a finalidade de expor as justificativas morais de seus atos. É dentro da esfera pública que haverá uma interação mais próxima entre os cidadãos, distanciando-se das esferas estatais de decisão, que não permitem o debate e a proposição de demandas ao Estado. Ao se utilizar da razão pública, o cidadão consegue relacionar formas de participação com a possibilidade de criar e justificar seus argumentos, dentro de um contexto de paridade na argumentação que visa a uma busca pelos melhores argumentos. Assim, cria-se uma dimensão argumentativa dentro da relação entre Estado e sociedade que está além do processo de formação da vontade geral. A argumentação torna-se uma mediação, o que liberta a teoria democrática de Habermas da confusão entre a deliberação e o momento de decisão.

Com este parâmetro idealizador, Habermas constrói um arsenal teórico para criticar a decadência da esfera pública atual, contaminada em seus espaços argumentativos e manipulada por estratégias de deturpação e privatização das informações relevantes. Esta primeira investigação de

Habermas sobre a esfera pública é criticada por não conseguir demonstrar se os elementos deliberativos da sociedade burguesa do século XVIII e XIX ainda estão presentes, pois não há elementos que fundamentam o conceito de argumentação na estrutura das sociedades contemporâneas (Avritzer, 2000, 36-37). Alguns críticos mais pessimistas afirmam que a idealização da esfera burguesa de Habermas demonstra uma insensibilidade ao problema da exclusão de grupos sociais. Na “mudança estrutural da esfera pública”, as minorias aparecem como algo contingente, não como elementos estruturadores das características centrais da clássica esfera pública burguesa, ao deixar de fora do debate as questões substanciais da democracia atual, como a situação do acesso amplo à esfera pública (Miguel, 2005, p. 14).

Existe ali uma esfera pública não estruturada, radicalmente igualitária e utopizada a partir de uma visão idealizada dos grupos de leitura e círculos literários da Inglaterra, França e Alemanha dos séculos XVII e XVIII. Para Habermas, estes grupos tendiam a substituir a reverência à hierarquia e às condições econômicas por um trato baseado na paridade, buscando atingir o melhor argumento. Todavia, esta esfera pública burguesa decaiu com o colapso da vida associativa liberal nos séculos XIX e XX e as instituições privadas assumiram cada vez mais o poder público, ao mesmo tempo em que o Estado instituiu seu domínio sobre os setores da vida privada. Nesta estrutura liberal, quanto mais se incorporavam abstratamente participantes na esfera pública, mais as desigualdades na sociedade civil se acentuavam. E, ao invés de um debate sobre a construção de um interesse geral, o que se identificou foi uma grande negociação de interesses conflitantes. As redes de comunicação de massa tornaram-se mais densas e centralizadas, consolidando o poder da mídia e sua confluência com interesses econômicos e políticos. Desta forma, Habermas percebe que as forças do “capitalismo tardio” acabaram minando o potencial emancipatório liberal da esfera pública (Habermas, 2003c; Ottmann, 2004, p. 62-64).

A noção de esfera pública de Habermas recebe uma reformulação importante após a publicação de “Direito e Democracia”. O autor passa a compreendê-la como uma estrutura social elementar. Ela não pode ser vista como uma organização, nem como uma instituição e nem como uma estrutura de normas com competências e papéis diferenciados. Esta

estrutura passa a ser compreendida como uma rede de informações comunicativas e de pontos de vista, onde os fluxos de comunicação são filtrados por meio de um processo de “sintetização e aglutinação” destes fluxos em blocos de opiniões públicas definidas topicamente. Encontra-se nesta estrutura da esfera pública um grande potencial normativo e emancipatório, pois o conceito de esfera pública torna-se indeterminado e aberto, não restringindo o acesso à esfera pública, nem determinando a agenda do debate público (Ottmann, 2004, p. 64).

Apesar deste potencial renovador, atualmente a esfera pública passou a ser afetada por outra situação, própria da atuação de profissionais do campo da publicidade, das pesquisas de mercado e de opinião, de assessores políticos, consultores especializados e lobistas. Esta atuação altera a qualidade e a natureza da retórica do debate político. A saída para este problema poderia estar na institucionalização de fóruns de discussão deliberativos e na implementação de regras procedimentais para a apuração da argumentação. Entretanto, esta situação se afastaria da ideia de Habermas de uma esfera pública não institucionalizada. Estas regras são demasiadamente racionais e excluem da esfera pública os que não têm capital cultural necessário para operá-las. A institucionalização teria um efeito potencialmente ofensivo, por não lidar com a pluralidade de políticas de identidade num contexto multicultural (Ottmann, 2004, p. 65).

Ao desenvolver sua Teoria da Ação Comunicativa (1987a; 1987b), Habermas tenta inserir a ideia de um consenso discursivo dentro de uma teoria da reflexividade da ação social, empreendendo uma teorização abstrata sobre os fóruns argumentativos da esfera pública. O mundo social passa a ser analisado a partir de uma reflexão sobre a partilha de significados dentro da ordem social. Esta ordem é estabelecida quando uma situação específica é definida. Para se alcançar esta definição, os participantes deste processo buscam esclarecer quais são os elementos caracterizadores desta situação de ação, alocando-a dentro das três espécies de mundos de ação, quais sejam, o mundo objetivo, o mundo social e o mundo subjetivo, que são planos de vida pré-definidos para o reconhecimento e realização de uma ação. A meta é um processo cooperativo de compreensão de mundo, sendo que neste processo ninguém possui o monopólio da interpretação correta. Esta é uma tentativa

sociológica de se reincorporar a argumentação no mundo social, numa forma de ação intersubjetiva, voltada para um consenso comunicativo. Utiliza-se pragmaticamente a linguagem, que produz orientações reflexivas com relação ao mundo social. Há, neste aspecto, uma suposição de que as formas de argumentação são imanentes ao mundo social e de que as divergências provocam um refinamento e uma legitimação do consenso a ser construído. A ação voltada ao entendimento mútuo opõe-se à ação estratégica, que busca apenas o sucesso de perspectivas individuais ou setoriais, dentro dos operadores sistêmicos do poder administrativo e do lucro.

Esta preocupação abstrata de Habermas faz com que o autor avance em busca de uma implementação da ação comunicativa à política contemporânea. Com a publicação da obra *Direito e democracia* (2003a; 2003b), Habermas discute como é possível pensar formas institucionais de arranjos deliberativos dentro dos sistemas políticos e administrativos do Estado. Deste modo, recupera o conceito de esfera pública, integrando-o em um modelo normativo de funcionamento deliberativo da democracia. Para isto, apoia-se no Princípio do Discurso (Princípio D):

“São válidas todas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais” (2003a, p. 142). O Princípio D expressa um avanço em relação à concepção democrática do governo da maioria e das propostas das teorias elitistas. As decisões políticas não são legitimadas pela mera contagem de votos e as preferências são analisadas em seu momento de elaboração, anterior ao processo eleitoral, dentro de uma rede de barganha de interesses, delimitados em formas específicas de argumentação, como os discursos pragmáticos, os éticos e os morais, cada qual com diferentes pressupostos e procedimentos operacionalizadores. Esta rede de concepções e de diferentes identidades se interliga e gera uma rede de procedimentos comunicativos que se aproxima do ideal discursivo estabelecido pelo Princípio D. Destaca-se o papel de uma soberania popular procedimentalizada em um sistema político ligado às redes periféricas de uma esfera pública política. A ação comunicativa torna-se uma garantia de integração da sociedade em meio a uma perspectiva de diversificação

funcional entre os tipos de racionalidade e as esferas sistêmicas e do mundo da vida.

Dentro destas condições abstratas da situação de fala ideal, não se permite a exclusão de qualquer participante. Esta situação é um ideal normativo, estabelecendo condições de regularização das situações de fala reais. Neste aspecto, pode ser apresentada qualquer contribuição ao debate, desde que o argumento seja pertinente ao assunto ali debatido. Mas um dos problemas desta concepção abstrata de acesso ao debate público é que não há critérios objetivos para se definir a noção de pertinência ao debate. Ou há uma definição prévia, estabelecendo uma filtragem *a priori* dos argumentos possíveis ou há uma qualificação posterior, com base na premissa de que toda contribuição argumentativa é válida, desde que haja prova em contrário. Além disto, não se avança no sentido de se questionar a capacidade subjetiva que os grupos e indivíduos potencialmente participantes têm de produzir “contribuições pertinentes” ao debate empreendido (Miguel, 2005, p. 14).

Outra regra da situação de fala ideal parte da concepção de que apenas a argumentação de cunho racional deve ser levada em conta, sedimentando uma expressão do princípio da igualdade na argumentação, neutralizando-se aquelas falas que se expressam por meio de argumentos de autoridade, de diferença de *status* social ou de privilégios econômicos e políticos. Mesmo sendo um pressuposto ideal, de regularização da situação de fala, dificuldades com relação à efetivação desta noção de igualdade demonstram uma falta de aprofundamento fático na implementação desta expectativa (Miguel, 2005, p. 14). Se os participantes devem buscar atingir o consenso, para a efetivação legítima do debate, então há uma crença de que todos estariam dispostos a assimilar o argumento dos outros, sem determinação prévia da preferência a ser seguida. Esta condição é dependente de uma exigência cívica elevada imposta aos participantes do debate, o que levanta sérios problemas na realização deste ideal.

Em condições reais de profundas desigualdades na esfera política, é imprescindível uma análise mais precisa das insuficiências presentes nos fóruns deliberativos, pois as diferentes posições sociais dos interlocutores contaminam as situações ideais de fala, marcada por assimetrias que não

garantem a efetivação deste ideal normativo. Ao não elaborar o formato institucional de sua democracia deliberativa, Habermas deixa espaço para que sua teoria sirva como parâmetro de correção dos espaços deliberativos, mas ao mesmo tempo é criticado por não avançar na busca pela efetivação de sua teoria da democracia. Além disto, ao não oferecer os parâmetros de realização fática da sua teoria, ela acaba sendo interpretada com desvios conceituais inaceitáveis, tais como as apropriações feitas do conceito de esfera pública por alguns teóricos da teoria democrática participativa no Brasil.

Talvez esta ausência de avanço na teoria de Habermas esteja em correspondência com a suspeita do autor com relação a todas as formas de mediação política, como a representação política institucionalizada e os meios de comunicação em massa. Por isto, sua teoria acaba se desenvolvendo com uma elevada abstração, fazendo distinção entre a estrutura administrativa e a esfera pública discursiva, que prescinde de representação. Para alguns, esta proposta acaba se revestindo de um caráter profundamente conservador, pois a exigência de consenso paralisa a ação política, preservando, na prática, o *status quo*, tendo em vista que os grupos políticos com maior capital econômico ou cultural acabam beneficiados neste processo. Os grupos desprivilegiados no debate público são aqueles que se apresentam mais suscetíveis às pressões e têm menor acesso aos espaços de produção social de sentido, especialmente a um bom sistema educacional e a uma mídia de qualidade. Isto gera uma situação de inferioridade no manejo das ferramentas discursivas, levando à conclusão de que as diferentes posições dos indivíduos e grupos na sociedade conferem diferentes graus de eficácia discursiva a seus participantes (Miguel, 2005, p. 15-19).

Este destaque a respeito das insuficiências não leva, necessariamente, a um descarte da teoria deliberativa. Como já afirmado neste trabalho, a preocupação pela boa qualidade dos fóruns deliberativos é uma constante no debate sobre a atual democracia. A ideia de uma democracia deliberativa serve como canal de crítica para a análise dos diversos locais onde a deliberação é possível. O foco maior desta tese se dá na deliberação que ocorre dentro do Supremo Tribunal Federal. Mas, secundariamente, outros

canais institucionais de debate também serão analisados, em momento oportuno.

O republicanismo cívico e a exigência de cidadania

O modelo republicano vê a formação democrática da vontade realizando-se na configuração de um autoentendimento ético-político. O conteúdo da deliberação deve ter o respaldo de um consenso entre os sujeitos privados e ser exercitado pelas vias culturais. A renovação desta pré-compreensão socialmente integrada renova-se através da “recordação ritualizada do ato de fundação da república”. A formação política da opinião e da vontade das pessoas privadas é o meio para a sociedade se constituir como um todo estruturado politicamente. A democracia torna-se sinônimo de auto-organização política da sociedade, pois a sociedade é em si mesma uma sociedade política. Na autodeterminação política dos sujeitos privados, a comunidade toma consciência de si mesma, produzindo efeitos sobre si através da vontade coletiva dos sujeitos privados. A política volta-se contra o aparelho do Estado, que faz os partidos políticos assumirem feições estatais, levando a população a uma despolitização. Uma cidadania regenerada tem de se “reapropriar” do poder burocratizado do Estado, dando-lhe uma configuração descentralizada (Habermas, 2003, p. 19-20).

Esse modelo republicano promove uma revalorização da ação na *polis*, ancorando-se no sentimento de pertencimento a uma comunidade política, que dota de sentido a ação humana. Em contrariedade às correntes liberais-pluralistas, que entendem a política como uma atividade instrumental, a participação política passa a ter valor em si mesma ao abdicar do caráter instrumentalista, baseada nos interesses constituídos na esfera privada.

J. J. Rousseau assume posição central no debate republicano por ser um dos primeiros autores modernos a entender que a sociedade não é uma mera agregação de interesses, um instrumento para a realização dos interesses privados. O vínculo associativo não deve ter sua finalidade caracterizada a partir do interesse individual ou majoritário, mas sim pela vontade geral. Esta vontade geral não pode se confundir com a vontade de todos, pois ainda se caracterizaria como uma vontade resgatada a partir dos interesses individuais, assemelhando-se à vontade da maioria. Ela é a vontade do “eu comum”, que nasce com a associação, sendo sempre pura e certa, mesmo

que a coletividade tome decisões erradas. É uma “legislação pública” realizada democraticamente. Para Habermas, a esperança de Rousseau é a de que este legislador democrático seja consistente consigo mesmo, e não tome decisões que venham a contradizer o assentimento de todos (2003b, p. 208).

Na prática, a deliberação pública tem a tarefa de identificar a vontade geral, mesmo que cometa desvios nesta função. É um processo educativo, voltado aos cidadãos, mas que nada cria, pois a vontade geral precede a este processo e lhe é superior. Esta vontade geral se expressa em uma linguagem legislativa que obriga a uma universalização da vontade, por meio de leis gerais e abstratas. Este processo de legislação democrática “exclui todos os interesses não universalizáveis, permitindo apenas regulamentações que garantem a todos as mesmas liberdades subjetivas”. A autonomia se executa dentro de um processo de realização consciente da forma de vida de um povo concreto e na prática da legislação os membros do corpo coletivo diluem-se no grande sujeito político, que rompe com os interesses singulares das pessoas privadas (Habermas, 2003a, p. 135-136).

Assim, pode-se perceber que Rousseau entende a liberdade como autonomia do povo e como participação de todos na prática da autolegislação. O “soberano popular” seria um ato de socialização, pois por meio dele os indivíduos se transformam em cidadãos que se orientam pelo bem comum ao participarem e se vincularem a um corpo coletivo, dentro de uma prática de legislação que não se compromete com os interesses particulares das pessoas privadas. Habermas objeta que a teoria de Rousseau padece, desde já, do grande problema que acomete a todas as teorias republicanas desenvolvidas: há uma sobrecarga moral sobre o cidadão, pois esta situação de ação política constante só seria possível em uma comunidade que possui “um consenso normativo assegurado previamente através de tradição e do *ethos*” compartilhado (Habermas, 2003b, p. 259; 2003a, p. 136).

Em sociedades com déficit de virtuosidade na participação política do cidadão, o sentimento de opacidade de cada indivíduo com relação ao outro não é superado pela compreensão de deliberação pública de Rousseau. Nem é possível encontrar em sua obra uma preocupação com uma teoria

deliberativa da democracia, que levasse a uma institucionalização desta função de realizar a prática cidadã de autolegislação (Miguel, 2005, p. 20-21). Este sentido de igualdade não pode ser extraído suficientemente pelas meras qualidades lógico-semânticas de leis gerais. Não é possível compreender que a validade e pretensão de legitimação do direito moderno possa ser extraída de uma forma gramatical de mandamentos universalizáveis (Habermas, 2003a, p. 137).

Para que a liberdade possa ganhar realidade, deve haver ausência de dominação. Entretanto, a dominação só será afastada caso haja participação ativa na vida pública. Ao se dar prioridade aos deveres cívicos sobre os direitos individuais, afasta-se o risco da tirania. Por isto, a principal característica da participação política é o compromisso com interesses gerais da comunidade, que estão acima dos interesses privados (Miguel, 2005, p. 21). Quanto mais se gera o sentimento de pertencimento, mais se valoriza a experiência comunitária. E quanto mais este sentimento se aperfeiçoa, maior é o grau de concretização do ideal democrático, gerando liberdade e autonomia. A partir deste núcleo operacionalizador do modelo republicano, que é a valorização da experiência comunitária, três conceitos estarão presentes nos debates teóricos sobre este modelo: a organização democrática de uma comunidade, a fundamentação da moral republicana e a Constituição do indivíduo e sua subjetividade a partir do meio social em que está inserido.

Esta teoria democrática que se preocupa com a caracterização do ser humano dentro do meio social em que vive, parte da compreensão de que a identidade pessoal e a concepção de bem dos indivíduos só é gerada na sociedade e somente nela são inteligíveis. Os filósofos Michael Walzer e Charles Taylor atacaram a concepção do liberalismo político de John Rawls, acusando este autor de trabalhar com um conceito de indivíduo que o separa de suas características reais.

A “política do reconhecimento” de Charles Taylor é exemplo da postura do comunitarismo frente às insuficiências do liberalismo político estadunidense. Empreende-se uma reconceitualização da esfera pública, a partir do resgate da Constituição da identidade do sujeito dentro do campo social. Pressupõe-se que o reconhecimento dos outros é um requisito

imprescindível para o desenvolvimento integral de qualquer indivíduo. Todavia, este reconhecimento só se torna pleno quando se ancora em um plano substantivo, em um acordo profundo sobre determinados valores e pautas culturais, fazendo com que o reconhecimento intersubjetivo da identidade ocorra dentro de um horizonte de significado compartilhado e publicamente disponível. Relacionam-se estreitamente a dignidade individual e o reconhecimento da cultura particular de cada grupo. O desprezo ou a marginalização das culturas minoritárias devem ser entendidos como uma conduta que não deve ser tolerada, pois a negação do reconhecimento pode constituir uma forma de opressão (Velasco, 2000, p. 204).

Taylor reconstrói a história do discurso pelo reconhecimento e identidade mostrando que a identidade se molda pelo reconhecimento ou pela sua falta, ou, ainda, por uma falta de reconhecimento que pode fazer com que o indivíduo veja a si mesmo de uma maneira degradada. A identidade e o reconhecimento ligam-se porque o desenvolvimento da identidade – individual e coletiva – está vinculado ao reconhecimento. Em cada história individual de vida, as pessoas adquirem as linguagens necessárias para se definirem ao se relacionarem com os demais sujeitos e moldam a sua identidade em diálogo com os outros (Peña, 2000, p. 67). Taylor em nenhum momento rejeita o modelo liberal, nem mesmo renuncia a princípios universalistas ou postula um sistema violador dos direitos fundamentais dos indivíduos. A sua intenção é a de impossibilitar determinadas maneiras de “conceber a proposta liberal” (Velasco, 2004, p. 204-205), principalmente aquelas concepções que defendem a neutralidade liberal frente às compreensões de vida dos cidadãos (Durão, 2002, p. 56).

Neste aspecto, Taylor distingue dois modos de se compreender o liberalismo. O primeiro deles é um modelo de caráter procedimental, guiado pelo princípio de igual dignidade de todos os seres humanos. Este modelo dá prioridade aos direitos individuais e às provisões não discriminatórias sobre qualquer classe de metas coletivas. Com a aplicação uniforme das regras procedimentais, não há uma sensibilidade para as questões referentes às diferenças culturais existentes na sociedade (Velasco, 2004, p. 205). O cidadão tem sua capacidade explicitada quando encontra espaço para encaminhar seus direitos e lhe é assegurado um tratamento

igualitário, por meio de um governo que leva em conta as preferências do cidadão. Este cidadão tem a possibilidade de influenciar os que efetivamente tomam as decisões políticas. As instituições têm um valor instrumental, pois os valores são introduzidos na participação como uma preferência a ser realizada (Habermas, 2003b, p. 287).

Habermas, citando Amy Gutmann, afirma que este primeiro modelo vai garantir o respeito pela “identidade inconfundível de cada indivíduo, independentemente de sexo, raça ou procedência étnica”, dentro de espaços de liberdades subjetivas iguais para todos, na forma de direitos fundamentais reclamáveis judicialmente (Habermas, 2002, p. 232). Este liberalismo permite que os cidadãos sejam motivados pela reparação judicial de seus direitos dentro de uma forma de patriotismo que Taylor denomina de “patriotismo do direito”. Desenvolve-se uma consciência comunitária que resulta da identificação do cidadão com tradições da própria comunidade político-cultural, que deve ser aceita conscientemente. Um certo tipo de patriotismo é capaz de gerar uma identificação comum com uma comunidade histórica fundada sobre certos valores (Habermas, 2003b, p. 288). Mas o liberalismo aqui destacado ainda precisa demonstrar como é possível que os cidadãos possam atuar em defesa do Estado de direito tal qual lutariam pelo seu próprio reconhecimento (Durão, 2002, p. 61).

O outro modo de se compreender o liberalismo se articula em torno da sobrevivência e do florescimento de uma determinada cultura, a que é majoritária na sociedade, tida como a legítima meta coletiva, sempre que ela conseguir preservar adequadamente os direitos básicos de todos os indivíduos. Esta identidade cultural do indivíduo, ignorada pelo liberalismo, é um valor básico que não pode ser descartado. É no contexto de uma cultura específica que o indivíduo poderá converter-se em um agente moral, exercer plenamente sua autonomia e desenvolver seus planos de vida. Com este destaque à inserção cultural do indivíduo, justifica-se a necessidade de proteção às identidades culturais, o que fornece base para Taylor criticar a exigência liberal de que a esfera pública se mantenha neutra com respeito às distintas concepções particulares de bem (Velasco, 2004, p. 205).

Taylor acusa essa versão liberal de cair numa contradição performativa, segundo a qual os próprios bens que movem os teóricos liberais os levam a negar ou a desnaturalizar todos estes bens. Eles acabam concebendo os princípios de justiça a partir do conceito de dever e o convertem no “sumo-bem”, que elimina todos os demais. Entretanto, o dever é só um dentre os múltiplos bens da sociedade e é isto que o liberalismo deixa de reconhecer e assumir (Durão, 2002, p. 56-57). Desta forma, sob o nome de uma cultura universalista esconde-se uma forma de vida concreta, cunhada segundo padrões genuinamente ocidentais. São particularismos que possuem uma clara vontade de hegemonia (Velasco, 2004, p. 205). Nesse aspecto, os liberais são acusados de negar a identidade dos indivíduos ao introduzi-los em um molde homogêneo e supostamente neutro. Esta suposição é, na realidade, discriminatória. Sendo o liberalismo apenas mais uma cultura particular, é necessário buscar outro tipo de política liberal capaz de reconhecer as identidades culturais. A autorrealização individual torna-se dependente da participação do indivíduo em um marco cultural de identificação. Por isto, a afirmação política dos direitos em uma sociedade democrática deve incluir “aquilo que faz possível a sobrevivência do marco cultural necessário para o desenvolvimento de nossa identidade, em igualdade de condições para as diferentes culturas” (Peña, 2000, p. 68-69).

Assim, participação liga-se a autodeterminação e está na essência da ideia de liberdade. A participação plena na autodeterminação deve ser assegurada pelo Estado, reduzindo a distância entre a representatividade dos governantes e a influência política dos representados (Habermas, 2003b, p. 287).

Não há, por parte de Taylor, uma exclusão do modelo liberal. O que há é a tentativa de se conceber outro modelo de sociedade liberal capaz de incorporar a orientação a metas coletivas, respeitando os direitos individuais. Além da política de proteção aos interesses individuais dos cidadãos, requer também uma ação positiva que crie uma identidade cultural para os membros de uma comunidade. Levam-se em conta os direitos individuais fundamentais de todos os membros, especialmente os das minorias que não compartilham a mesma concepção de bem da maioria. Assim, o que Taylor faz é estabelecer a diferença entre, por um lado, as liberdades fundamentais, aquelas que nunca devem ser infringidas e, por

isso, devem sempre ser resguardadas e, por outro, os privilégios e/ou imunidades que, apesar de serem importantes, podem ser revogados ou restringidos por razões de ordem pública (Peña, 2000, p. 69-70). Mesmo que em um primeiro momento estas razões pareçam se chocar com o princípio democrático da igualdade de direitos, elas se justificam no fato de que a “situação de partida” não é igual para todos os membros de uma sociedade e, por isto, a aplicação neutra de normas é quem acaba consagrando a desigualdade em seu sentido mais originário. A justificativa se efetiva quando há a integração dos grupos minoritários por meio de “discriminações positivas”, dando igualdade de oportunidades a todos os grupos da sociedade (Velasco, 2004, p. 206).

Os comunitaristas acabaram desenvolvendo uma subteoria dentro da teoria republicana e, por isto, muitas críticas acabam sendo restringidas a esta subteoria, não abrangendo todo o modelo republicano. Em alguns momentos, principalmente quando fazem destaque aos valores da maioria, parecem flertar com o discurso da direita tradicional, ao enfatizar a necessidade de proteção de determinados valores, contra os riscos do individualismo (Miguel, 2005, p. 22).

Michael Sandel (2000) vincula-se ao ideário comunitário por combater a compreensão liberal de que os indivíduos possuem direitos *a priori*, independentemente de qualquer concepção de bem que lhes outorga. Entretanto, o autor não cai no extremo comunitarista, de se entender que somente teriam direitos aqueles que comungassem com os ideais da maioria. Para ele, um direito seria reconhecido a partir do momento em que houvesse um fim moralmente importante a ser atingido. Como exemplo, os ativistas pelos direitos civis negros teriam espaço para o reconhecimento de seu direito de manifestação, mas este mesmo direito não seria concedido a algum grupo neonazista, por se entender que o reconhecimento de direitos a estes grupos levaria à defesa da anulação do direito de grupos minoritários de existir.

Há, de certa forma, um tom retrógrado nas abordagens do comunitarismo, reduzindo a utilidade do conceito de comunidade para o enfrentamento dos desafios contemporâneos na ordem pública. Esta defesa de uma vivência comunitária, na crença exacerbada em uma ação cívica

intensa, é fruto de uma nostalgia com um mundo “pré-moderno”, com uma suposta sociedade que funcionaria aos moldes de uma comunidade originária. Mesmo que o comunitarismo seja útil para identificar as aporias do pensamento liberal, ele não consegue superar de forma satisfatória os problemas do multiculturalismo das sociedades contemporâneas. Mesmo assim, é importante destacar que o comunitarismo serve como um grande instrumento de promoção de uma participação política mais intensa, ao tentar promover sentimentos de pertencimento à comunidade e questionar políticas que acabam afetando a construção da autonomia política dos cidadãos.

Mesmo que este modelo de comunidade holística não seja adequado à política moderna, ele possui uma vantagem em relação ao modelo liberal, segundo o qual os indivíduos se encontram isolados perante o Estado, ligados a ele por meio de uma relação de pertencimento funcional. O modelo comunitarista constitui a autonomia política como um fim em si mesmo, impossível de ser realizada quando os indivíduos perseguem privadamente interesses próprios, pois não permite uma prática compartilhada intersubjetivamente, onde todos assumem a perspectiva da primeira pessoa do plural (Habermas, 2003b, p. 288).

Os comunitaristas se voltam contra o modelo de Estado de bem-estar social, ao entender que este promove a passividade, rompendo com o sentido de responsabilidade social ao substituir a solidariedade horizontal pela assistência vertical e burocratizada. O sentimento de pertencimento é inefetivado quando o Estado chama para si a tarefa de implementar o mundo político por meio de relações institucionalizadas. Uma sociedade genuinamente justa e preocupada com a promoção da autonomia cidadã implica, além da promessa de condições para geração de uma vida digna, a geração de emancipação política (Habermas, 2003b, p. 159).

Alguns autores entenderam que a renovação deste Estado de bem-estar social para a busca de uma maior autonomia dos cidadãos passaria pela valorização do mítico “terceiro setor”. Entretanto, este terceiro setor, promovido a entidade representativa das insuficiências de participação, também padece de vícios. O principal deles é que, ao se destacar que o terceiro setor realiza-se com a ausência de intervenção estatal, aquelas

sociedades com déficit de participação e de controle cidadão sobre a ambiência política acabam perpetuando as desigualdades e suas precariedades das condições materiais. Substitui-se o paternalismo do Estado de bem-estar social, marcado por formas de clientelismo, por uma tutela da comunidade ou de setores da comunidade por agentes privados com poderio político de fato. Assim, o ciclo não se rompe, pois o Estado de bem-estar social, ao intervir e promover políticas paternalistas, trabalha com a noção de que o solidarismo não é um fator social de presença intensa na sociedade. E ao se retirar da arena política, por ser criticado em sua intervenção constante na autonomia pública, deixa espaço para outras formas de paternalismo, muitas vezes impossíveis de serem controladas por vias institucionais (Miguel, 2005, p. 23-24).

De certa forma, pode-se afirmar que a Ciência Política trabalha, a grosso modo, com duas correntes concorrentes, a liberal e a republicana. Especificamente, a Teoria da Constituição tem atuado com perspectivas teóricas que se filiam a ambas as correntes. E cada uma tem oferecido possibilidades de compreensão da tarefa jurisdicional na preservação do sentido da Constituição. A teoria da democracia deliberativa tem se posicionado como uma possibilidade de superação desta dicotomia, propondo uma ressignificação dos elementos de ambas as correntes, tanto no âmbito macroanalítico, quanto na própria especificidade da jurisdição constitucional. Como o trabalho propõe um conceito de democracia que seja elemento de operacionalização da compreensão de legitimidade do Estado de direito, a teoria deliberativa oferece a possibilidade de superação desta dicotomia na Ciência Política e também se permite como elo de ligação entre as demais correntes, pois, como já afirmado, toda teoria da democracia possui uma preocupação, mesmo que mínima, com a qualidade dos fóruns deliberativos.

O multiculturalismo e o reconhecimento das particularidades

Os multiculturalistas percebem a insuficiência do modelo liberal quando este se abstrai das particularidades etnoculturais e funda a identidade política na condição formal de ser sujeito de direitos ou deveres iguais. Dentro da realidade de sociedades plurais não homogêneas, que exigem o

reconhecimento da especificidade cultural das minorias coexistentes, deve haver uma preocupação com demandas de direitos e medidas específicas para os grupos sociais, como condição de preservação da própria identidade dos indivíduos e seu pleno desenvolvimento (Peña, 2000, p. 63).

Isto vai de encontro à crítica de Habermas à exacerbada orientação individualista da teoria liberal, que não dá “conta de lutas por reconhecimento nas quais parece tratar-se, sobretudo, da articulação e afirmação de identidades coletivas” (2002, p. 229). Esta neutralidade ética do Estado liberal o leva a uma postura de indiferença com relação às diversas preferências e metas dos indivíduos e às diferenças culturais e religiosas existentes no interior da sociedade. O Estado limita a sua tarefa a oferecer um conjunto de direitos e medidas que são necessários para que todos os cidadãos tenham igual acesso à manutenção e expressão de suas opções culturais, religiosas e ideológicas, sem um comprometimento com uma concepção substantiva de bem, porque esta violaria um compromisso maior, que é o de tratar a todos com igual respeito e de permitir a diversidade cultural dos cidadãos (Peña, 2000, p. 64).

É por isto que o modelo liberal dedica-se à fundamentação de uma política de tolerância, onde as minorias políticas poderiam comportar-se segundo seus desígnios, desde que não interferissem na cultura majoritária da sociedade (Peña, 2000, p. 64). Entretanto, as manifestações de pluralismo cultural não reivindicam somente o reconhecimento de traços distintivos de tipo simbólico próprios das diferentes comunidades e grupos. Para além disto, buscam um reconhecimento de suas próprias formas de autogoverno e ordenação jurídica. O problema maior é que o constitucionalismo moderno não oferece respostas satisfatórias a estas reivindicações. A mera promoção de um igualitarismo liberal entre os diversos agentes sociais não garante a sobrevivência das culturas e formas de vida. Quando uma determinada subcultura comunitária transcende a esfera de uma privacidade não política e exige o reconhecimento público de sua singularidade e também a garantia estatal da obrigatoriedade comunitária de suas particulares opções valorativas, o constitucionalismo liberal torna-se insuficiente. O que se destaca como importante é o emprego da autoridade estatal para preservar, em sua integridade, os traços distintivos de caráter comunitário (Velasco, 2004, p. 188-189).

A noção de tolerância liberal foi desenvolvida dentro do contexto da convivência das religiões dentro do Estado moderno. O modelo liberal procurou criar uma esfera pública separada da esfera religiosa. Esta prática de tolerância faz o liberalismo defender uma política de não discriminação, por meio da qual o Estado intervém ativamente para garantir o acesso aos serviços públicos de todos os membros da sociedade, enquanto indivíduos particularmente considerados. Mas este modelo não pode aceitar a introdução de direitos ou ajudas específicas de grupos, por se entender que isto violaria a neutralidade do Estado (Peña, 2000, p. 64). Entretanto, o problema da intolerância não se encontra somente no âmbito religioso ou de criação de esferas de sustentação das particularidades privadas, pois questões como nacionalismos, imigrações, minorias étnicas, necessitam de uma reconfiguração do modelo liberal convencional, o que obriga os sistemas democráticos atuais a buscarem novas bases para a convivência dos grupos sociais (Velasco, 2004, p. 192).

A crítica do multiculturalismo entra em choque com este viés individualista da não discriminação, ao compreender a sociedade política como “integrada por uma pluralidade de comunidades culturais estáveis e viáveis”, consideradas em um mesmo nível, sem que se possa considerar graus de hierarquia entre elas. A convivência, em sociedades plurais, não é mantida pela neutralidade liberal. O Estado, inevitavelmente, fomenta determinadas identidades culturais e, por conseguinte, prejudica outras identidades. Deste modo, toda identidade política leva em si uma identidade cultural implícita. Consequentemente, o objetivo do Estado não deve ser a neutralidade, dada a sua impossibilidade fática. O objetivo é o de conseguir acomodar as diversas identidades culturais dentro de um mesmo Estado (Peña, 2000, p. 64-65).

O multiculturalismo vai se destacar por meio da afirmação das características distintivas dos diversos grupos, sem se buscar a redutibilidade do campo social a uma identidade única. Supera-se a ideia moderna de que o Estado é constituído dentro de “uma fé, uma lei, um rei”, que é um parâmetro insuficiente para gerar a convivência entre grupos com estilos de vida e valores diferentes, por vezes até conflitantes (Miguel, 2005, p. 29).

Grande parte da teoria multiculturalista insere-se numa teoria feminista do direito, que busca um aprofundamento da dialética entre igualdade de direito e igualdade de fato. É por isto que, em verdade, a grande preocupação destas correntes multiculturalistas é mais com uma teoria da justiça do que com uma teoria da democracia. Os grandes problemas de desigualdade não podem ser superados apenas com favores dispensados pelo Estado, no sentido de gerar condições de participação social mais justa. Por este motivo, a teoria feminista insiste que o sistema de direitos que autoriza as mulheres a uma configuração autônoma e privada da vida, deve permitir, em efetivo, uma participação, em igualdade de direitos, “na prática de autodeterminação de cidadãos, pois somente os envolvidos são capazes de esclarecer os pontos de vista relevantes em termos de igualdade e de desigualdade”. Mesmo o Estado de bem-estar social é insuficiente para garantir condições plenas de participação, pois ele cria novas formas de dominação quando institui um controle burocrático racionalizado que, “em vários domínios da vida, submete as pessoas à disciplina de especialistas e autoridades”. Institui-se assim um sistema de dependências colonizadoras, onde a política de “discriminação por meio de favorecimentos”, do Estado fornecedor, por melhor que sejam as suas intenções, oprime as vozes daqueles que são os únicos que deveriam enunciar as próprias razões para sua emancipação política (Habermas, 2003b, p. 159-161).

Dentro de uma cultura dominante, sempre haverá grupos que sofrem com padrões de desigualdades que foram estruturados de acordo com o pertencimento de grupo, que não pode ser tido nem como voluntário, nem como mutável. Esta situação se agrava quando uma cultura dominante acaba atribuindo um valor negativo à identidade do grupo minoritário, dentro de um processo histórico de exclusão. Uma das alternativas que as teorias multiculturalistas encontram para preservar e fomentar caminhos de inclusão e reconhecimento dos grupos excluídos é a proposta de adoção de mecanismos reparadores, tais como algumas formas de financiamento e apoio à auto-organização do grupo, cotas de representação eleitoral no sistema representativo partidário ou parlamentar e algum tipo de poder de veto sobre as políticas que afetam diretamente os interesses e a existência do grupo (Miguel, 2005, p. 30).

Uma “política da diferença”, aos moldes do que foi defendido por Iris Marion Young, na interpretação de Habermas, deve buscar revelar os preconceitos ocultos na linguagem oficial, na mídia de massas e no sistema educacional formal. O individualismo liberal tende a exilar vários grupos sociais não majoritários ao desconsiderar um sistema em que os grupos políticos, por serem constitutivos da individualidade, são possuidores de direitos políticos. É por isto que Young vai se dedicar a compreender uma nova forma de se conceber a noção de direito.

Para ela, muito do que se fala em distribuição de direitos liga-se a uma prática de distribuição de bens, coisas materiais, fontes e proventos. Não se pode conceber direitos como se fossem posses. Direitos são relações, não são coisas. Eles constituem papéis definidos institucionalmente com o objetivo de determinar o que as pessoas podem fazer umas em relação às outras. Os direitos ligam-se mais ao fazer, do que com o ter, ou seja, com as relações sociais que autorizam a ação ou a exigem à força. A noção de justiça não pode se ligar somente a uma questão de distribuição de bens. Ela significa, antes de tudo, a tentativa de se impedir a limitação da liberdade e os atentados à dignidade humana. Ela se manifesta através de um prejuízo que priva os subjugados daquilo que os capacita a exercer sua autonomia privada e pública. Por isto, institucionalmente devem ser criadas condições para que se efetive o desenvolvimento e exercício das capacidades individuais, da comunicação e da cooperação coletiva. No quadro desta concepção de justiça, a injustiça manifesta-se em duas formas: a da opressão e da dominação. Os processos políticos de opressão impedem as pessoas de desenvolverem suas capacidades. Já os processos políticos de dominação são as condições institucionais que impedem as pessoas de participar na determinação de suas ações (Habermas, 2003b, p. 159-160).

Os grandes problemas apontados contra esta política multiculturalista da diferença ligam-se ao exacerbado teor político e a falta de padrões objetivos mais claros para a garantia de segurança nas relações entre grupos. Primeiro, é difícil determinar quais grupos merecem os direitos compensatórios, pois esta situação não encontra uma resposta técnica, mas meramente política, a partir de uma construção histórica que justifica quais grupos estão numa posição de opressão e dominação. Há sempre a necessidade de se afirmar a diferença dentro de uma situação padronizada

sobre o que seria a igualdade. Essa afirmação exige contorcionismos teóricos e retóricos, que dão margem a equívocos e a falta de aceitabilidade racional de seus padrões justificadores. Outra questão difícil de ser resolvida, dentro de uma tradição de sistema de direitos individualista, é como acomodar os direitos dos grupos e os direitos individuais e também impedir que os grupos, para além de serem oprimidos e dominados pela sociedade, não venham a oprimir e dominar seus próprios integrantes, situação esta que é melhor resolvida quando se preserva um sistema de direitos em sentido liberal (Miguel, 2005, p. 31-32).

A oportunidade que há de apropriação da postura multiculturalista é perceber que “o desafio do multiculturalismo” pode ser resolvido, dentro do contexto dos Estados nacionais, se houver uma adequada apropriação do sentido de Constituição, como elemento recepcionador das diferentes pluralidades e mantenedor de uma identidade cultural e política mínima, que sustente o vínculo de sociabilidade entre os cidadãos. Por isto, um dos focos deste trabalho, como proposta de criação de uma identidade político-constitucional no Brasil, é o conceito de “patriotismo constitucional” de Habermas, noção desenvolvida quando o autor resolveu enfrentar o problema de se recuperar um sentido de patriotismo possível para Estados contemporâneos pós-convencionais.

A democracia participativa e os canais da cidadania

Os teóricos da democracia participativa buscam uma noção de cidadania mais ativa e participativa. O grande elo que une e caracteriza os autores desta concepção democrática está na busca por alternativas para incrementar a presença popular na política, a partir da constatação de baixa participação dos cidadãos na condução dos negócios políticos. O momento em que mais se destacaram pesquisas nesta área foi entre as décadas de 1960 e 1970, com a tentativa de abordar um campo esquecido pelos autores deliberacionistas e pelos republicanistas em geral – e em menor medida, pelos multiculturalistas – que é o da busca de um modelo institucional a ser implementado com o objetivo de um maior aprimoramento da representação, por meio da qualificação política dos cidadãos. Assim, não vislumbram especificamente o retorno da democracia direta, mas uma

superação das insuficiências dos mecanismos representativos. Rejeitam tanto a concepção holística de comunidade política dos republicanistas e multiculturalistas, nem postulam uma atomização da sociedade, aos moldes do modelo liberal (Miguel, 2005, p. 24-25).

A democracia participativa consubstanciou, tanto no âmbito teórico, quanto no âmbito prático, uma crítica interna à democracia. Uma diversidade de expectativas foi depositada neste conceito, baseada na suposição de que os indivíduos são iguais em participação e possuem capacidade de formulação de propostas políticas. Há aqui uma afinidade entre participação e soberania popular, dentro de uma carga democrática radical, uma conexão intrínseca com a raiz da democracia. No contexto histórico, a democracia participativa surgiu como proposta alternativa quando houve o enfrentamento da democracia de modelo liberal, principalmente aquela que se destacou no período da Guerra Fria, preocupada com o risco do “irracionalismo das massas”, que ganhou destaque com o fascismo e o colapso da República de Weimar. Este período deu evidência a uma concepção formal de democracia, em um procedimento de escolha dos governantes a partir de uma noção de liberdade como valor fundamental, mas sem um avanço substantivo sobre o sentido efetivo desta noção de liberdade (Lavalle & Vera, 2011, p. 101-108).

Pelas afinidades axiológicas com princípios fundamentais da democracia e pelas circunstâncias históricas que restringiram o espaço para a crítica democrática durante o contexto da Guerra Fria, a reabilitação da participação do halo irracionalista que lhe herdaram os fascismos acabou por torná-la um *desideratum* político capaz de comportar expectativas normativas variadas e de exprimi-las com uma semântica intuitivamente simples e persuasiva porque, aparentemente, autoevidente. (LAVALLE & VERA, 2011, p. 108)

Nas últimas décadas do século XX, ocorreram muitas mudanças na compreensão do valor da democracia. O minimalismo procedimental da democracia liberal era interessante no plano analítico e convincente no plano político. Era uma postura “conformista” (Gutmann, 1995). Estas concepções de participação e de representação, tributárias da realidade da Guerra Fria, tornaram-se velhas e insuficientes, sem potencial para enfrentar as transformações sociais em curso. Além disto, houve a diluição das fronteiras até então estáveis que diferenciavam as posições liberais e de

esquerda, em relação à disputa pela democracia. Isto ofereceu oportunidade para a pluralização da representação, com mudanças inéditas no *locus*, nas funções e nos atores da representação (Lavallo & Vera, 2011, p. 112-113). A democracia representativa, que hegemonizou a representação política, entendendo como ilegítima e irrelevante qualquer outra forma de representação, cedeu lugar para a pluralização da representação, abrindo-lhe um terreno de possibilidades nas sociedades contemporâneas que não usurpam o governo representativo, nem conflitam de modo irreconciliável com ele (Lavallo & Vera, 2011, p. 119-120).

Por isto, na tentativa de superar este modelo liberal, desenvolveram-se pesquisas sobre novas modalidades que se focassem na participação direta, como plebiscito, referendo e iniciativa popular. Estas modalidades de pluralização institucional da democracia buscam situar-se fora das fronteiras tradicionais do governo representativo, exercendo funções que não encontram antecedentes óbvios na doutrina democrática liberal. Esta pluralização institucional encontrou alguns campos que até então passavam despercebidos. Criaram-se instâncias colegiadas para a definição e fiscalização das políticas, buscando a elaboração de prioridades no terreno do planejamento ou da atribuição de gastos públicos. Formaram-se comitês participativos em diferentes instâncias da administração pública, leis de transparência das atividades políticas, instituições eleitorais de caráter civil, observatórios cidadãos, comissões de vigilância, ouvidorias, vedorias e comitês, painéis e jurados cidadãos das políticas a serem implementadas. Estes canais acabaram sendo chamados de meios de representação extraparlamentar, pois são “excêntricos” em relação ao parlamento e, geralmente, localizam-se no âmbito do Poder Executivo. Destinam-se, de certo modo, ao desempenho de funções não legislativas e abrigam novos atores, para além dos que conciliavam o governo representativo com a democracia, tais como os sindicatos e os partidos políticos. Estes novos atores encontram-se nas redes de atores sociais civis e nos movimentos sociais, nas organizações não governamentais e associações comunitárias, aqueles que possuem ampla notoriedade política na sociedade (Lavallo & Vera, 2011, p. 111, 113, 114).

Para Boaventura de Sousa Santos (2002), diante de um acelerado processo de globalização, não resta outra alternativa para a legitimação da

democracia do que o aprofundamento localizado de canais de sua efetivação, dentro de uma estrutura pulverizada e descentralizada, caracterizada por uma ampla disputa sobre os significados determinantes das práticas políticas e por propostas de caminhos alternativos. Esse aprofundamento do debate em torno de novas propostas tem ganhado destaque principalmente nos países intitulados como em fase de “desenvolvimento”, diante de um esgotamento do modelo ocidental-europeu e da falta de adequabilidade destes instrumentos para o contexto destes países. E é de destaque que em âmbito mundial, o debate sobre a teoria participativa perde espaço, mas se intensifica em alguns países “em desenvolvimento”, principalmente no Brasil, com a promulgação da Constituição de 1988, que criou mecanismos institucionais de participação democrática e exigiu dos implementadores teorias e práticas para a viabilização e efetivação de tais mecanismos.

Os aspectos básicos da crítica dos participacionistas estão relacionados àquelas teorias que restringem a participação popular e que destacam ou permitem uma democracia elitizada. Esta noção elitizada de democracia existe porque estamos diante de uma relação instável entre o mercado capitalista e a democracia. Estas são as chamadas “democracias hegemônicas”, segundo Santos (2002), pois são tidas como principais ou únicas alternativas dentro das economias capitalistas contemporâneas. Tais democracias só se mantêm porque há uma relação de dependência entre esta manutenção e uma burocracia estatal que controla as atividades políticas e econômicas, deixando a representatividade como única solução para a autorização dos governos e decidibilidade política. O agir politicamente não é um dom das elites. Em potencial, os cidadãos possuem amplas condições de desenvolver um papel mais ativo no ambiente político. As ondas de democratização das últimas décadas se preocuparam em romper com essa “democracia hegemônica”, dentro da realização de um exercício coletivo de poder político, com movimentos sociais propugnando a ampliação do debate político, com a transformação das ideias políticas dominantes e abrindo os canais de cidadania para outras demandas sociais.

Com esta pluralização institucional, questiona-se a legitimidade apriorística das decisões que são tomadas no sistema de governo representativo. Coloca-se à prova o alinhamento entre Estado, parlamento,

nação e formação da vontade e do juízo políticos. O cerne da questão é entender o que torna democrática a representação. Por isto, a representação política deve se concentrar na mediação política que ocorre na esfera pública e não nas eleições. A legitimidade é deslocada para dentro das práticas de intermediação política dos atores da sociedade civil. Com isto, redefine-se o valor da própria representação, pois ela é resgatada da posição de sucedâneo defeituoso ou um mal necessário diante da incapacidade factual, em sociedades de alta densidade populacional, de se construir formas de democracia direta. Afirma-se a representação enquanto núcleo normativo e operacional da democracia e terreno privilegiado para a inovação e a experimentação democráticas (Lavalle & Vera, 2011, p. 123-125).

Percebe-se, então, que os participacionistas não abandonam a democracia representativa, nem pleiteiam a redução do tamanho dos Estados nacionais. O que eles fazem é se insurgir contra a rígida separação entre Estado e sociedade civil, buscando implementar mecanismos democráticos nos variados espaços da vida cotidiana, como nos bairros, escolas, nos locais de trabalho, nos núcleos de proteção à família. Há sensibilidade para questões concretas e o reconhecimento de que estas situações interferem na esfera pública. Enfatiza-se a criação de mecanismos de gestão democrática na vida cotidiana que, além de ampliarem a oportunidade de participar das decisões políticas locais, geram ganhos de controle e de responsabilização dos atores políticos, tornando-se um meio de aprimoramento das instituições representativas. Quanto maiores são as oportunidades de participação, maior será a qualidade da representação.

Entretanto, há algumas insuficiências do modelo participacionista que precisam ser destacadas. Uma das principais situações seria o fato de que as decisões políticas mais importantes não podem ser tomadas em fóruns locais e por isto a perspectiva localista do participacionismo sempre estaria inserida em uma estrutura representativa piramidal. Outro fato a se destacar é que dentro de uma economia capitalista de extremas desigualdades materiais, haveria dificuldades em se aprofundar a democracia, pois o localismo das decisões poderia favorecer o controle do mais fraco pelo mais forte. As relações interpessoais no ambiente local de participação democrática tem potencial para inibir a expressão de discordâncias e o

poder de quem faz a agenda de decisões muitas vezes não pode ser contestado (Miguel, 2005, p. 24-29).

Para Lavalle & Vera, muitas críticas feitas à representação parlamentar devem ser vistas com ressalva, porque são identificadas a partir da estrutura da representação eleitoral. Na representação extraparlamentar não existem mecanismos de autorização, por meio de eleições diretas para os atores políticos destas esferas. Há uma carência de autorização, dentro de uma representação que acaba sendo presumida. Há também uma deficiência na sistematização da representação, pois é grande a ambiguidade dos interesses nos grupos sociais eventualmente representados. Nesse sentido, as formas institucionalizadas de representação extraparlamentar que se baseiam em um tipo de representação prescrita por regimento ou cargo de desempenho de funções predefinidas, encontram vários limites de legitimidade quando analisadas a partir da representação eleitoral, pois faltam mecanismos claros de alicerce para a sua legitimidade, principalmente quando os atores falam em nome de grupos sociais específicos. A ideia de autorização pressupõe logicamente a definição do universo no qual se inscreve o grupo ou a base social passível de ser representada. No entanto, a representação extraparlamentar nem sempre define qual o grupo social implicado na representação. É por isto que os autores sugerem o desenvolvimento de outras formas de *accountability*, voltadas a este novo tipo de representação. Para isto, deve haver um deslocamento da autorização para a *accountability*, entendendo que a legitimidade não seria dada de modo apriorístico, partido de um ato inicial de consentimento, mas dentro de um processo que se desdobra no tempo. Se o controle se operacionaliza, é porque há presunção de aceitação (2011, p. 126-131). Este tema será debatido em momento oportuno, no desenvolvimento deste trabalho.

O mais importante desta perspectiva da democracia participativa é que a Constituição de 1988 estabeleceu como um dos instrumentos de pluralização da política mecanismos de participação nas decisões governamentais, colocando a democracia participativa em um patamar normativo constitucional, exigindo do legislador ordinário a criação de órgãos para a recepção da sociedade civil na deliberação sobre as políticas públicas a serem adotadas. É grande o debate sobre os mecanismos inovadores estabelecidos no Brasil, como o orçamento participativo e os

conselhos públicos de saúde e de educação. Esta institucionalização normativa oferece espaço para a atuação da jurisdição no controle da legalidade e legitimidade destes espaços deliberativos. E como a proposta deste trabalho é a de discutir criticamente a facticidade da democracia, serão estudadas algumas análises a respeito do modo como se tem trabalhado com estes canais de participação, principalmente com a constatação de que estes espaços acabaram sendo absorvidos pelo próprio Estado, afetando a finalidade de pluralização política da proposta.

Síntese do mapeamento

Este esforço classificatório antes apresentado representa uma tentativa de mapeamento das vertentes democráticas desenvolvidas até então. Nota-se que as fronteiras e limites entre as vertentes são imprecisas e, muitas vezes, confusas. Entretanto, este trabalho não se presta a uma compreensão profundamente conceitual sobre as teorias democráticas e também não se propõe a definir sua preferência por uma ou outra compreensão sobre o que deve ser a democracia, mas perceber as contribuições que cada uma delas podem trazer para uma transformação democrática da sociedade, principalmente ao oferecer material normativo para que o direito possa participar desta tarefa de implementação de sentidos de democracia. Ressalva-se a constatação de que a teoria deliberativa da democracia constituiu um marco inovador no debate atual, oferecendo um valor específico à ideia do consenso, já que para a manutenção da coerência de uma sociedade política é necessário que haja um alto grau de unidade.

Seguindo a síntese apresentada por Miguel (2005), este ideal do consenso é identificado em todas as vertentes democráticas. Para os liberais, o consenso só é atingido e legitimado por meio de procedimentos reguladores das condições abstratas igualitárias de acesso a todos ao momento decisional. Já os deliberacionistas e os republicanistas entendem, para além da compreensão meramente procedimental, o consenso em um sentido mais substantivo, comprometido com os resultados substanciais da decisão e das condições materiais de acesso ao processo deliberativo e decisório. O consenso também é uma preocupação dos multiculturalistas, mesmo que defendam a realização dos interesses de grupos com valores diferentes entre si. O consenso é importante justamente porque é o elo

mantenedor da existência da multiplicidade dentro de uma unidade social. E também para os participacionistas o consenso é um elemento importante da preocupação com a democracia porque ao se aumentar a igualdade de condições entre os participantes na construção da autonomia coletiva, maior será a probabilidade de um acordo consensual entre os indivíduos.

Em complementação a este destaque que se dá à ideia de consenso, Claude Lefort (2011) expõe que a democracia se funda também no reconhecimento da legitimidade do conflito. A democracia sempre será uma forma de se estabelecer a convivência social e de promover meios para a resolução dos conflitos. Se a democracia é o meio de resolução, então, no âmbito político, as soluções nunca serão definitivas. Se assim o for, estamos em um sistema totalitário, que busca definições finais para o controle do mundo político. Ao realçar a legitimidade do conflito, Lefort encontra um escape para evitar o totalitarismo, sendo esse um dos grandes núcleos de entendimento democrático: a necessidade do dissenso como pressuposto para o consenso. A política é um trabalho de constantemente produzir democracia, com o exercício de direitos e a invenção de novos direitos, tentando evitar que privilégios e carências se perpetuem e se universalizem.

A “competição democrática” deve ser renovada constantemente, esvaziando o lugar do poder, pois a autoridade se faz e se refaz em virtude da manifestação popular. O dispositivo institucional do poder tem a missão de impedir a apropriação do sistema político pelos governantes. É por isto que a procedimentalização institucional da democracia deve se preocupar com instrumentos para o reajuste periódico da autoridade. É a chamada institucionalização do conflito, o reconhecimento de que o lugar do poder se mostra “infigurável”, sendo visíveis somente os mecanismos de seu exercício, ou simplesmente os homens, “simples mortais”, que detêm a autoridade política. O poder está continuamente em uma dinâmica de “reajuste”, sendo recolocado periodicamente no jogo político, e a soberania do povo acaba se localizando no ato de fazer e refazer a autoridade política, impedindo a personificação do poder e tornando o seu lugar um lugar vazio (Lefort, 1991).

Miguel (2005) também expõe que outro eixo importante do debate democrático atual está na questão da igualdade. Esta preocupação também é

percebida em uma análise das vertentes democráticas já expostas. Os liberais entendem que a igualdade relevante é aquela que se faz perante a lei, no reconhecimento de um mesmo conjunto de direitos e liberdades para todos os cidadãos. Esta proposta é tão importante que nenhuma das outras correntes chega a questionar a importância da igualdade liberal formal, sendo que a maior preocupação delas seria o acréscimo de novos fatores para uma maior efetivação deste pressuposto formal da igualdade. É por isto que os deliberacionistas vão dar ênfase na igualdade dentro do debate público, abrindo-o para uma multiplicidade de vozes. Já os republicanistas buscarão uma igualdade que só é possível dentro de um contexto identitário, que é a fonte dos valores comuns que possibilitam a ação política. Os multiculturalistas também terão a igualdade como grande preocupação, pois é por meio de uma constante comparação entre a igualdade e a diferença de reconhecimento dos grupos sociais que se densificará a possibilidade de garantia da identidade dos grupos minoritários. Por fim, os participacionistas preocupam-se com meios de efetivação da igualdade substantiva, sem os quais o experimento democrático está fadado a transformar-se em uma farsa.

Para Claude Lefort (2011), a representação política é um dos grandes instrumentos que faz revelar os conflitos de interesse, onde a desigualdade toma corpo e se expressa em interesses que são realizados ou são descartados. É dentro desta exibição dos conflitos que a sociedade vai ganhar o sentimento de unidade e de diferença. Esta diferença sempre estará presente, pois a sociedade não é e nunca poderá ser homogênea. A diferença é, assim, o princípio sobre o qual se baseia a sociedade moderna. É na “encenação” da representatividade que a sociedade vai construir sua identidade particionada, onde se expressarão os conflitos e interesses que afetam a todos. Ela tem o condão de produzir a imagem da unidade e da pluralidade ao mesmo tempo.

A democracia contemporânea deve estar inserida em uma nova experiência, a de uma sociedade “inapreensível e indomesticável”, sendo que o povo soberano não cessará de questionar sua identidade, que sempre será latente. Esta indeterminação radical permite que o poder, a lei e o conhecimento estejam sempre postos à prova, por meio de um debate ininterrupto das ideologias. O “culto burguês da ordem” é testemunha de

uma vertigem, que se contrapõe à força de uma sociedade indefinida (Lefort, 2011). É por isso que se pode afirmar que a democracia é um projeto inacabado. Seu horizonte normativo localiza-se na percepção de que sua realização plena sempre nos escapará, dentro de uma realidade social que é complexa, multifacetada e inesgotável nos canais de representatividade política.

Da democracia brasileira

A experiência democrática dos países europeus e dos Estados Unidos demonstra que o contexto de desenvolvimento teórico das concepções de democracia determina as formas de apreensão institucional dos meios de efetivação da participação cidadã e do fomento a um sentido de democracia correspondente com as necessidades da sociedade contemporânea. Nos países que estão fora deste núcleo “ocidental clássico”, são identificados problemas mais básicos, principalmente no que concerne às amplas desigualdades sociais e econômicas, que se expandem para a arena política quando se defende a ideia de que a democracia ainda é um projeto a ser realizado e que, infelizmente, não é acessada pela ampla massa da população. Para além desta situação substancial de acesso efetivo à esfera pública, é possível perceber que se essas teorias democráticas foram desenvolvidas para outros contextos sociais, abre-se a oportunidade de inovação e construção de outras perspectivas de sedimentação da realização democrática. Partindo-se do entendimento de que nossas instituições estão menos enrijecidas, pode-se incentivar a perspectiva de que novos e mais ousados experimentos democráticos encontrariam espaço para serem pensados e construídos, tendo em vista novas particularidades e necessidades.

É possível encontrar, principalmente na América Latina, características históricas que levam a uma análise em comum das situações políticas que afetam a compreensão de outro sentido da ideia de democracia para os países latinos. Para Grohmann (2001), as instituições políticas exercem grandes efeitos sobre o resultado dos conflitos nos quais atores e agentes da sociedade, politicamente organizados, colocam-se como protagonistas. A situação política em comum, entre os países da América Latina, é que a maioria deles viveu um período ditatorial intenso, com a necessidade de sua superação e afirmação de um novo sentido para a democracia, no período

pós-ditatorial. Isto proporcionou a estes países a oportunidade de pensar e refletir sobre o remodelamento das instituições, em busca de um sentido para a ideia de democratização. Esta preocupação se insere em novo tempo na arena internacional, o de se pensar quais arranjos no sistema constitucional possibilitariam práticas democráticas e a sua consolidação, afastando o máximo possível a volta de regimes autoritários.

Assim, justifica-se o corte temporal aqui realizado, que é o de pensar a democracia a partir deste momento específico da reconstrução de um sentido de democracia para o Brasil, principalmente a partir do marco “democrático” que a Constituição de 1988 inaugurou. Isto leva a investigação a se questionar sobre o caráter ideológico da própria compreensão de que estamos vivendo um período democrático, em contraste com o período ditatorial vivido entre 1964 e 1985. Este marco normativo fornece elementos deontológicos para a compreensão da função da jurisdição constitucional no resguardo deste marco constituinte. Por isto, a compreensão a respeito da “transição democrática” oferece aparato para o avanço da crítica. Destaca-se que o corte metodológico aqui empregado, por trabalhar com a perspectiva jurídica do objeto, deixou de lado uma análise histórica sobre a construção da noção de cidadania e democracia no Brasil. Alia-se a isto o fato de que uma das propostas aqui desenvolvida compreende que a democracia deve se constituir a partir do agora, tornando-se independente em relação ao campo da facticidade. Esta temática será destacada quando se analisar a adequação da noção de “patriotismo constitucional” ao contexto brasileiro.

A “transição democrática”

Como anunciado, as reflexões sobre o processo democrático atual, no Brasil, têm como marco inicial de análise a possível democracia implantada no período pós-ditatorial. Aquilo que antes era descrito como uma mera “liberalização” do Estado, no sentido de implementar uma saída para o contexto ditatorial, foi depois compreendido ideologicamente como uma “marcha vitoriosa” resultante de um amplo “processo de democratização”. Esta “tese da transição” não objetivaria restaurar a democracia que se fez presente no período compreendido entre 1946 e 1964 da história política brasileira, mas se destacaria pela implementação de uma transição entre um

regime ditatorial e um regime democrático. Esta ideia faria sedimentar a compreensão de que pelo mero fato da transição ter ocorrido, já se legitimaria um novo regime de cunho democrático. Conseqüentemente, estaríamos(estamos) vivendo em uma democracia, que foi confirmada normativamente pela promulgação da Constituição de 1988, designada como “Constituição Cidadã”. Democracia passa a ser, então, o termo que vai designar o estado de coisas superveniente (Martins, 2005, p. 13-15). A cidadania “caiu na boca do povo”, e, além disto, substituiu o próprio povo na retórica política. A cidadania “virou gente” (Carvalho, 2009, p. 7).

Havia ingenuidade no entusiasmo. Havia a crença de que a democratização das instituições traria rapidamente a felicidade nacional. Pensava-se que o fato de termos reconquistado o direito de eleger nossos prefeitos, governadores e presidente da República seria garantia de liberdade, de participação, de segurança, de desenvolvimento, de emprego, de justiça social. (CARVALHO, 2009, p. 7)

Entretanto, esse entusiasmo logo se dissipou, principalmente com os governantes posteriores à democratização. Ficou claro que ela não resolveria automaticamente os problemas que mais afligiam a população menos favorecida. As velhas práticas políticas estavam todas de volta: “os políticos, os partidos, o Legislativo, voltaram a transmitir a imagem de incapazes, quando não de corruptos e voltados unicamente para seus próprios interesses”. E a principal delas, que ganhou novos alentos: a velha tradição nacional de esperar que a “solução dos problemas venha de figuras messiânicas”, no depósito das expectativas de renovação em figuras políticas populescas (Carvalho, 2009, p. 203).

Partindo de uma compreensão que identifica a hegemonia do pensamento liberal na esfera política mundial e da noção de que este domínio liberal na teoria política tem inviabilizado a construção de rumos alternativos para a política, Martins desenvolve a tese de que no Brasil, ao mesmo tempo em que se adota este discurso da hegemonia do liberalismo, defende-se retoricamente o triunfo da democracia, principalmente com o florescimento de uma sociedade civil mais ativa e consciente de sua possibilidade de atuar no cenário político. Este viés retórico ganha destaque quando o autor aponta a dificuldade de se compreender como democrático um sistema em que o liberalismo triunfante acaba eliminando seus adversários, tornando incontestável sua hegemonia e mesmo assim se intitule como democrático. Por isto, o autor conclui que o que temos no

nosso sistema político vigente é um regime liberal a funcionar normalmente, com algumas “manchas” de corporativismo e tecnocratismo, dentro de um corriqueiro caso de pluralismo liberal (2005, p. 15-19).

Ao analisar a construção da democracia no Ocidente, Losurdo (2004) desmistifica a tese de que o desenvolvimento espontâneo do liberalismo desaguaria na democracia. Tanto os teóricos liberais quanto os elitistas resistem a estender a participação política às massas trabalhadoras. O que se desenvolveu de estrutura democrática, a partir da perspectiva liberal, foi um sistema de decisão centralizado no Poder Executivo. Este fortalecimento da personalização do poder oculta um complexo aparato estatal, que desempenha um papel deseducativo para as massas. Além disto, os partidos políticos encontram-se em crise, pois se sustentam por um esquema de “monopartidarismo competitivo”, onde passam a se configurar como facções de um mesmo partido. Mesmo com o sufrágio universal, a tendência é a de neutralizar a participação das massas com a centralização do poder no executivo, destituindo os partidos políticos de influência real no jogo político. Constata-se que o grande capital bancário e financeiro, não tendo condições de se instaurar na esfera legislativa, acomoda-se na esfera executiva. No Brasil, a elaboração e a implementação da política econômica, nos últimos anos, foi implementada sem a participação efetiva dos partidos políticos. O grande instrumento implementador dessas mudanças foram as Medidas Provisórias, que se destinaram a políticas referentes às taxas de juros, ao superávit primário, à criação de programas de privatizações, com decisões tomadas à parte do Congresso Nacional.

Essas teses de Martins (2005) e de Losurdo (2004) vão de encontro ao conceito que a sociologia brasileira estabeleceu de “democracia em nome do povo”, que esconde a representação dos interesses particulares dos próprios representantes, em nome de seus representados. Este encobrimento impede a política de funcionar como um espaço de construção do interesse coletivo e se revela de modo muito explícito quando se percebe que no Legislativo brasileiro não há a presença de grandes correntes de ideias e projetos políticos legítimos perante a população. É o reino dos *lobbies* e corporações de ruralistas, nordestinos, paulistas, bancários, evangélicos, médicos, metalúrgicos e outros mais que demonstram a incapacidade política geral do desenvolvimento de um debate legislativo pautado em

propostas para a sociedade em geral. O sistema partidário não cumpre com suas funções institucionais, principalmente por serem instrumento em proveito de interesses privados. É, assim, uma estrutura de cooptação, antes de ser um instrumento de representação. A maioria deles não apresenta um corpo determinado de militantes, sendo que os únicos que poderiam se intitular como militantes genuínos são os dirigentes e as bancadas parlamentares, ou seja, a classe política, estritamente falando. Se isto ainda não bastasse, a fidelidade partidária ainda é um tema que suscita muita polêmica, sem que haja uma definição institucional sobre as possibilidades de trocas de partidos e de ideologia partidária.

Percebe-se que no Brasil há uma forte visão corporativista dos interesses coletivos, o que macula a compreensão de que a democracia do pós-Constituinte desvinculou-se dos ranços patrimonialistas e corporativistas. Grande parte dos benefícios sociais não era tratado como direito de todos, mas como fruto de uma intensa negociação de cada categoria corporativa com o governo. A força do corporativismo manifestou-se durante a Constituinte de 1988, levando a sociedade a entender como legítima esta forma de negociação, onde cada grupo procurou defender e aumentar seus privilégios. E a prática política posterior à promulgação da Constituição tem reproduzido este sistema. As corporações continuam utilizando-se deste *modus operandi*, na luta pela preservação de privilégios ou em busca de novos favores (Carvalho, 2009, p. 223).

A ausência de ampla organização autônoma da sociedade faz com que os interesses corporativos consigam prevalecer. A representação política não funciona para resolver os grandes problemas da maior parte da população. O papel dos legisladores reduz-se, para a maioria dos votantes, ao de intermediários de favores pessoais perante o Executivo. O eleitor vota no deputado em troca de promessas de favores pessoais; o deputado apoia o governo em troca de cargos e verbas para distribuir entre seus eleitores. Cria-se uma esquizofrenia política: os eleitores desprezam os políticos, mas continuam votando neles na esperança de benefícios pessoais. (CARVALHO, 2009, p. 223-224)

Há, para Martins, um processo de despolarização da sociedade civil, principalmente com a constatação de que os sindicatos estão em vida vegetativa, que os movimentos sociais estão institucionalizados e em refluxo de vitalidade e de representatividade e que o sistema partidário está desvirtuado. Constata-se ainda um número baixo de manifestações populares e taxas elevadas de absenteísmo político e ideológico. Todas estas

insuficiências levam a uma participação política “terceirizada”, onde a classe política ocupa os espaços políticos ociosos, gerando uma representatividade política falsificada. Os exemplos que o autor elenca são os mais variados. Em momentos de campanha eleitoral, o *marketing* político comanda as falas dos candidatos e trazem os instrumentais da publicidade comercial para a esfera pública; o processo decisório governamental foi invadido por profissionais da influência, por lobistas, advogados, dentro de uma rede de tráfego de influências e negociações de bastidores; as organizações não governamentais encontram-se estruturadas dentro de uma estrutura liberal, despreocupada com aspectos mais substanciais do processo democrático; os meios de comunicação em massa são controlados por organizações empresariais da iniciativa privada (2005, p. 19-23). Todos estes fatores contribuem para um aprofundamento da crise democrática, fazendo com que o cidadão acomode-se em sua esfera privada, deixando de ocupar os espaços que o fariam participante de uma esfera de deliberação pública.

Ao se destacar os sentidos possíveis desta “transição democrática”, é viável compreender que o plano da facticidade oferece oportunidade para propostas sobre a validade deste sentido democrático a ser constituído. Propõe-se uma apropriação construtiva deste conceito, que ofereça parâmetros para a proposta de uma atuação jurisdicional comprometida com a efetividade da democracia, pautada principalmente na noção de que a democracia é um projeto a se constituir, a se realizar a partir de uma postura crítica e operante. Assim, o próximo passo é compreender como, a partir da Constituição de 1988, se relacionam o Estado e as esferas da sociedade civil, percebendo que a separação de poderes é um instrumento importante de controle entre os órgãos de Poder. A Constituição serve como parâmetro de correção, assumindo a facticidade de que os abusos de poder são reais e de que a sua grande função é validar ou rejeitar as ações reais dos agentes de poder. E, além disto, possibilitar canais de realização da democracia, oferecendo oportunidade aos próprios cidadãos de se constituírem como atores desse projeto constituinte inacabado e inacabável.

Os poderes e suas relações com a sociedade civil e a esfera pública

Se a Constituição é o *locus* normativo onde se estabelecem os mecanismos de construção da esfera política, a jurisdição constitucional, na tarefa de garantia da efetividade da própria Constituição, precisa assumir o seu papel destacado de manutenção da legitimidade do sistema político, com uma adequada tarefa de controle de constitucionalidade. Para que se compreenda a proposta de um “guardião da democracia”, o estudo dos canais institucionalizados das esferas políticas é imprescindível para a identificação deste âmbito de atuação do Supremo Tribunal Federal, em sua tarefa precípua que é a guarda da Constituição. Se o Tribunal não compreender adequadamente a estrutura que deve operacionalizar, corre-se o risco de sua atuação pender ou para uma jurisdicionalização do político, anulando a própria naturalidade da democracia ou se destacar por ser mais um canal de decisão política, carregando o fardo de justificar a legitimidade de sua própria atuação, enquanto tribunal político não legitimado segundo os instrumentos próprios da democracia representativa. Por isso, conceitos como separação de poder, sistema representativo, sistemas de autorização representativa, formas de *accountability*, esfera pública e sociedade civil precisam ser levados a sério, sob pena de não se justificar adequadamente a importância e a legitimidade desta função de guarda da Constituição. Uma das propostas que se destacará no fim deste trabalho é que se estabeleça no próprio STF um órgão especializado em questões de Ciência Política, aos moldes das Consultorias Legislativas existentes nas Casas do Congresso Nacional.

A técnica de separação dos poderes preocupa-se com a alocação de grupos e indivíduos diferenciados no poder, atribuindo-lhes funções diversificadas ao dotá-los de instrumentos de defesa de suas prerrogativas e de ataque à usurpação de poder por outros poderes. Em que pese a ideia inicial de um contrabalanceamento de forças entre os poderes, diante da realidade complexa das sociedades modernas e industriais, o Executivo acabou ganhando destaque em suas atribuições frente ao Legislativo. Esta predominância do Executivo no processo político “tornaria a questão da separação de poderes um discreto problema de história política”, sendo que a especificidade desta questão revela-se de modo mais característico na discussão que até hoje se desenvolve sobre as relações e vantagens dos regimes presidencialistas e parlamentaristas (Grohmann, 2001, p. 81). A

lógica normativa, de preocupação com uma boa realização do equilíbrio entre os poderes é que, no jogo democrático, quanto mais um poder decide unilateralmente, sem a concorrência de outro, maior devem ser os instrumentos de checagem e de controle dados aos outros poderes. E, quanto mais decisões conjuntas entre os poderes, menor é a necessidade de checagens e controles mútuos (Grohmann, 2001, p. 87).

Assim, no aspecto institucional de garantia normativa do sistema de poderes, a técnica de separação serve como um balanço entre eles, de maneira a não permitir a dominação de um sobre o outro. Quanto maior for o desequilíbrio institucional, maior será a chance de predominância de um poder sobre o outro ou existir uma paralisia decisória. Por isso, quanto maior for a distância entre independência de poderes e sistema de checagem, maior será o desequilíbrio institucional. Dentro da preocupação com a teoria da representação política, o equilíbrio entre os poderes é o resultado desejado pela técnica de separação de poderes. Se a proposta é o controle recíproco para se evitar o predomínio de um poder sobre o outro, evitando a tirania e garantindo a liberdade, uma maior efetivação da separação de poderes “pode concorrer para a formação de sistemas democráticos menos centralizados” (Grohmann, 2001, p. 97). Esta inevitabilidade de preocupação com um sistema de separação de poderes decorre de outra situação inevitável, que é o fato de que as democracias atuais sempre precisarão de mecanismos representativos. Nas palavras de Miguel:

Nossos estados são muito extensos para que todos reúnam-se e muito populosos para que se possa imaginar um diálogo que incorpore cada um de seus cidadãos. As questões políticas são complexas demais para que dispensemos a especialização dos governantes e, por sua vez, os afazeres privados absorvem demais cada um de nós, reduzindo ao mínimo o tempo para a participação política. A incorporação de tantos grupos ao *demos* – trabalhadores, mulheres, imigrantes – ampliou a profundidade das clivagens em seu seio, tornando indispensável a existência de alguma forma de mediação. Enfim, seja qual for a justificativa, não resta dúvida de que a representação política é incontornável para qualquer tentativa de construção da democracia nos estados nacionais contemporâneos. (2005a, p. 26)

Com a adoção desta inevitabilidade, a democracia passa a carregar uma contradição interna. Ela é um governo do povo, no qual o povo não está presente na maior parte dos processos de tomada de decisões. Alguns desafios se destacam como nodais para o enfrentamento desta situação: as

relações entre as preferências pessoais do representante e a “vontade coletiva”; a capacidade diferenciada dos indivíduos de participar dos espaços de deliberação e decisão; a possibilidade de manipulação ou utilização deturpada do conceito de “vontade coletiva”; a separação que existe entre governantes e governados, levando à formação de uma elite política que toma as decisões dentro de uma relação fechada e exclusiva, que dificulta o princípio da rotatividade no poder.

Para além destes problemas e dentro do sentido de inevitabilidade da representação, é importante que se faça destaque aos méritos do sistema representativo. Miguel (2011) analisa estes méritos a partir das contribuições da politóloga Nadia Urbinati, uma teórica da democracia representativa. Dentro desta análise, percebe-se que a representação é a forma por excelência de transcender os aspectos mais imediatos das experiências e interesses pessoais, pois neste sistema os cidadãos projetam seus interesses numa perspectiva orientada para o futuro, dando uma dimensão ideológica à política, de debate e promoção de ideias conjuntas. A diferença de perspectivas entre a democracia representativa e a democracia direta é que nesta o cidadão empenha-se em suas demandas mais imediatas, enquanto que naquela o voto em algum candidato tende a privilegiar aspectos de longa duração da política. O distanciamento dos representantes contribui para a produção de formas de unificação dos ideais na política, combinando, juntamente com os instrumentos de *accountability*, a vinculação apaixonada à causa de seus constituintes com a autonomia de julgamento.

Dentro desta defesa da representação, está a compreensão de que há representantes que são capacitados para entender as razões alheias, com competências superiores para que a razão possa se fazer presente na política. Isto leva à necessidade de os eleitores buscarem o melhor defensor de seus interesses, numa compreensão política ampla, para além de uma mera representação individual de interesses específicos. Neste aspecto, o sistema representativo se preocupa com formas de continuidade dos parlamentares mais aptos na carreira política, com instrumentos de permanência e controle efetivo de sua atuação, operacionalizados pelos próprios eleitores. O grande problema da representação é a capacitação

política dos representados e a garantia de canais para a Constituição das identidades coletivas.

O sistema de *accountability*, como uma resposta que as instituições democráticas tentam dar para a superação dos desafios da representação, apresenta-se em alguns vetores. O primeiro deles é intitulado como *accountability* horizontal, que estabelece mecanismos de controle entre os poderes instituídos. É o campo mais específico do sistema constitucional de separação entre os poderes e mecanismos de controle recíprocos. Já o segundo é a *accountability* vertical, onde os representantes prestam conta e submetem-se ao veredito do próprio eleitorado. Este vetor se destaca por ter como situação culminante de sua caracterização o momento eleitoral, no qual os governados vão premiar ou punir seus representantes através do voto. E o terceiro vetor é o da chamada *accountability* social, exercida pelos meios de comunicação em massa e por algumas organizações não governamentais e associações da sociedade civil. A grande questão deste terceiro vetor é que falta a este tipo de *accountability* instrumentos que efetivem sanções aos responsabilizados (Miguel, 2005a, p. 26-27).

O termo *accountability* não possui tradução precisa para a língua portuguesa. Este instituto tenta dar aos representados a possibilidade de impor sanções aos governantes, reconduzindo ao cargo político aqueles que desempenham adequadamente a sua missão e destituindo do mesmo cargo os que possuem desempenho insatisfatório, em um sistema de prestação de contas e veredito popular sobre esta prestação. Instaura-se um sistema de desconfiança, com controles sociais sobre os governantes, principalmente dentro do contexto de sociedades populosas, extensas, complexas e especializadas. Supera-se também as visões antitéticas do mandato representativo imperativo, onde o representante é apenas um delegado de seus constituintes e do mandato representativo livre, onde o representante possui autonomia de decisão perante seus representados.

O representante não está preso às preferências expressas de seus constituintes, mas idealmente deve decidir da forma que eles decidiriam caso dispusessem das condições – tempo, informação, preparo – para deliberar. Esse vínculo hipotético é resgatável a qualquer momento, já que o mandatário deve estar pronto para responder aos questionamentos do público. E é o público quem decide o quão convincente foram suas explicações, pronunciando-se nas eleições seguintes. (MIGUEL, 2005a, p. 29)

Um sistema de controle de constitucionalidade que se preocupa com a fiscalização normativa da relação entre os Poderes é um caminho importante para a sedimentação da democracia dentro do sistema representativo e de efetivação dos instrumentos de *accountability* horizontal. A análise das relações entre separação e independência de poderes e os instrumentos de checagem deve ter em vista a ação política que define o espaço de relação entre o Estado e o governo. E uma atuação legítima do controle de constitucionalidade na fiscalização destes parâmetros só se faz presente quando o tribunal constitucional possui uma dinâmica especializada na regularidade da atuação política entre os poderes e entre os poderes e os governados. O constitucionalismo faz com que o governante e os cidadãos sejam portadores dos mesmos direitos ao instituir meios para a reserva de poderes aos cidadãos, garantindo que as regras do jogo político não estejam à disposição dos representantes e que entre estes haja um equilíbrio em suas relações políticas. Assim, pode-se definir *accountability* horizontal como o sistema político em que se verifica a presença de agências estatais que têm o direito e o poder legal e estão dispostas e capacitadas para

realizar ações, que vão desde a supervisão de rotina a sanções legais, ou até o *impeachment* contra ações ou omissões de outros agentes ou agências do Estado que possam ser qualificadas como delituosas. (O'Donnell, 1998, p. 40)

Na síntese de O'Donnell, todo este sistema está baseado no império da lei.

Todos os cidadãos têm direitos iguais de participar da tomada de decisões coletivas dentro do quadro institucional existente; uma declaração democrática à qual se acrescenta o preceito republicano de que ninguém, inclusive aqueles que governam, deve estar acima da lei; e a salvaguarda liberal de que certas liberdades e garantias não devem ser infringidas. (1998, p. 33)

Para O'Donnell, essas ações são configuradas como delituosas quando afetam alguns pressupostos básicos. O primeiro deles liga-se à democracia em si, quando se verifica o cancelamento da liberdade de associação ou fraudes ao sistema eleitoral; já o segundo está ligado ao liberalismo, principalmente quando ocorrem violações às liberdades e garantias fundamentais; e o terceiro deles apresenta um viés fortemente republicano, quando as autoridades não se sujeitam à lei, fazendo prevalecer seus interesses privados perante os interesses públicos. É por isto que neste tipo

de *accountability* as agências devem ter autoridade legal de supervisão, controle e punição, com autonomia suficiente para tal. Esta autonomia é garantida, principalmente, pelo sistema da separação clássica entre os poderes, mas, também, secundariamente, por agências de supervisão, como os sistemas de *ombudsman* e as instâncias de fiscalização das prestações de contas. A efetividade desta autonomia também depende das decisões dos tribunais, na garantia do sistema legal, especialmente naqueles casos que envolvem as autoridades de posição elevada, comprometidas com essa *accountability*. Só assim se garante um sistema de prevenção e punição da transgressão dos limites da autoridade formalmente instituída. Em conclusão, o autor afirma que a autonomia se garante quando as fronteiras são delimitadas, reconhecidas e respeitadas por outros atores relevantes, devendo haver ainda “atores dispostos a defender e se necessário reafirmar essas fronteiras se elas forem transgredidas” (1998, p. 43).

Conforme expõe Arato & Cohen (2002), os poderes podem ser utilizados de maneira injusta e opressora. Alterações legislativas e emendas à Constituição podem disfarçar desrespeitos à ordem democrática. Por isto, um sistema de revisão de constitucionalidade deve evitar os mais variados tipos de abuso de poder, deve ser especialmente forte e ativo. Ele deve preocupar-se com a regularidade da deliberação pública no corpo legislativo, especialmente com as garantias institucionais de que os interesses públicos não sejam usados de modo meramente retórico. Este cuidado leva a uma prática de confiança, a uma crença de que o uso do interesse público é autêntico. Além disto, um bom sistema de controle se faz por meio da responsividade dos representantes perante os representados. Aqueles devem ser constantemente chamados a prestar contas de suas atividades de representação, por meio do sistema de *accountability*, ou seja, os instrumentos que o constitucionalismo deve manter para o controle das atividades dos representantes pelos representados. O controle de constitucionalidade tem também a tarefa de garantir que haja meios de avaliação retrospectiva do eleitorado, especialmente no caso de representantes que não podem ser forçados a cumprir as promessas e programas pelos quais foram eleitos, enquanto estiverem no cargo.

Outras propostas para um aprofundamento da *accountability* horizontal encontram-se nas análises de O'Donnell (1998, p. 49-52). O autor propõe

que sejam dados aos partidos de oposição com nível razoável de apoio eleitoral papéis importantes na direção das agências com a função de investigar a corrupção. Também se deve buscar uma alta profissionalização das agências com papel de prevenção da corrupção e do abuso de poder, com recursos suficientes para a execução de suas atividades e com independência em relação ao Executivo. O Judiciário deve se especializar em questões específicas de *accountability*, com autonomia e independência para julgar casos de ilegalidade no poder. O autor afirma que, no Brasil, o Judiciário conquistou autonomia, mas não conseguiu melhoria de seu desempenho no trato destas questões políticas específicas. Geralmente as demandas por autonomia se revelam somente nos momentos em que o Judiciário pretende aumento de salários e privilégios para seu alto escalão. Outro ponto relevante é a busca de informações confiáveis e adequadas, com uma mídia razoavelmente independente, com instituições de pesquisa e disseminação de seus resultados, de modo independente das interferências governamentais.

Entretanto, este regime de *accountability* não pode ser puro. Ele precisa, no mínimo, de uma dimensão de democracia deliberativa para seu correto funcionamento. Por isto, ele deve funcionar em consonância com a sociedade civil e a esfera pública, que servem como mediadoras entre os representantes e os representados. Na esfera pública ocorrem processos parcialmente institucionalizados de comunicação, que são importantes para a política democrática. E na sociedade civil é onde se localiza o substrato organizacional dos grupos, associações e movimentos, que são necessários tanto para a generalização da experiência de comunicação, como para sua influência na política.

Enquanto o público atua no importante papel de monitorar as ações que serão posteriormente recompensadas ou sancionadas, as associações civis preparam os eleitores para participação coletiva e para reagir de modo que façam diferença nos destinos eleitorais de seus representantes. Atualmente, todos sabem que os que detêm cargos eletivos devem, acima de tudo, temer o julgamento retrospectivo dos grupos organizados. (ARATO, 2002, p. 96-97)

Atinge-se, a partir disso, o outro nível da *accountability*, que é o nível vertical. Para que esta *accountability* possa ocorrer, deve haver meios de punição ou premiação dos candidatos, destacando-se aqui a importância de eleições razoavelmente livres e justas. As visões correntes de representação

política estão centradas no voto e em uma dimensão positiva do exercício de poder. É um processo de escolha de delegados para que tomem as decisões em nome de seu eleitorado. A eleição ocupa, neste aspecto, uma posição de destaque. É o episódio fundador e, ao mesmo tempo, a meta orientadora da relação entre os representantes e os representados. É vista tanto como o momento da autorização para que outros decidam em nome do povo, que permanece como titular último da soberania, quanto como o momento de efetivação da *accountability* vertical, no qual os representados apresentam seu veredito sobre a prestação de contas dos representantes (Miguel, 2003, p. 131).

O'Donnel faz críticas à ideia de que as eleições são verdadeiros instrumentos de *accountability* vertical. Ele assim se manifesta, pois muitos problemas de efetivação deste instrumento são constatados, principalmente nos países com democracia recente, como é o caso dos países da América Latina. Em suas pesquisas, o autor constata que nestes países os sistemas partidários são pouco estruturados e há uma alta volatilidade de eleitores e partidos. Isto leva a uma fraca discussão sobre as políticas públicas que devem ser implementadas, tanto por causa da falta de abertura democrática das instituições políticas, quanto pela presença de uma mídia de comunicação em massa sempre dependente das ações de setores privados, que detêm a propriedade destes meios. Assim, para que as eleições sejam locais de efetiva realização da *accountability* vertical, deve haver na sociedade a garantia da liberdade material de opinião e de associação, junto com um amplo acesso às variadas fontes de informações, para que se consiga a implementação de um sistema social de reivindicações e denúncias, por meio de uma mídia razoavelmente crítica e livre a respeito das informações divulgadas (1998, p. 28-30).

Deste modo, para o bom funcionamento desta *accountability* vertical, devem existir meios que garantam sanções efetivas sobre os representantes. Mas, para que se chegue a este veredito, deve haver a provisão de informação adequada e plural, destinada a uma população que tem também a incumbência de desenvolver seu interesse pela política. Por isto que, para uma boa efetivação deste sistema de *accountability*, o controle de constitucionalidade precisa se voltar também para a manutenção da deliberação pública na esfera pública e na sociedade civil. É dentro destes

âmbitos que haverá a oportunidade de informação e construção da opinião dos representados para prepará-los para atos de avaliação retrospectiva. Entretanto, quando esta influência da sociedade civil chega aos limites da desobediência civil, é porque se alcançou o limite da democracia representativa, que fica ameaçada por uma forma de poder que seria “ilegítimo”.

Enquanto órgãos de representação, as associações e movimentos da sociedade civil podem representar apenas uma parte menor dos cidadãos do que as assembleias representativas. Qualquer tentativa de exercer poder nestas bases reverteria o trabalho de inclusão sem o qual nenhuma política atual pode ser considerada como possuidora de legitimidade democrática. A esfera pública e a sociedade civil devem completar e complementar, ao invés de substituir, os processos de *accountability* dirigidos à representação. (ARATO, 2002, p. 97)

Esta discussão e crítica que ocorre dentro da sociedade civil e da esfera pública fornecem informações para que os representantes conheçam o estado de espírito de seu eleitorado. Este conhecimento proporciona elementos para que os representantes possam implantar as políticas públicas escolhidas, perante a opinião de seu eleitorado. Assim, os candidatos propõem políticas a serem executadas. Aqueles candidatos que saem vitoriosos no processo eleitoral escolhem as políticas que entendem por bem implementar, não necessariamente as mesmas que anunciaram antes da eleição. Isto leva os eleitores, nas eleições seguintes, a analisarem o resultado das políticas adotadas, mesmo que estas tenham se desviado do que anteriormente tinha sido proposto. Desta forma, os representantes têm preferência sobre determinadas políticas públicas se tiverem a certeza de se manterem no cargo ou a probabilidade de se reelegerem, a depender das políticas adotadas. Eles trabalham com a crença de que os eleitores futuramente irão avaliar as promessas e as ações realizadas e, a partir dos resultados, serão favoráveis à ação realizada. Estão interessados em fazer que suas promessas tenham credibilidade no futuro e, quando se afastam de suas propostas de campanha, assim o fazem por acreditar que este desvio é melhor para seu eleitorado. Além desta possibilidade, alguns desvios ocorrem porque os políticos, para serem eleitos, têm que fazer promessas a interesses específicos, principalmente em busca de recursos financeiros, e esta situação inevitavelmente possui um elevado custo eleitoral (Manin et al., 2006).

Neste sistema é o eleitorado quem deve fomentar as políticas preferenciais, o que acaba gerando uma desconfiança ampla dos teóricos defensores desse sistema de *accountability* vertical quando percebem que o controle popular fica comprometido diante da atuação de entidades externas à sociedade civil e à esfera pública locais. O processo de globalização acabou afetando este sistema, pois atualmente percebe-se a interferência de vários outros atores sociais – organismos multilaterais internacionais, agências de financiamento, grupos econômicos privados, Estados estrangeiros – na definição das preferências políticas a serem adotadas (Miguel, 2005a, p. 30). Não há meios para controle da legitimidade destes agentes intermediários e nem de se impedir que os representantes prestem conta diretamente a estes agentes, principalmente quando atuam como entidades financiadoras de políticas (Miguel, 2011, p. 51).

A especificidade da atuação do controle de constitucionalidade em relação à esfera pública e à sociedade civil parte da compreensão de que as boas práticas da deliberação pública nestes meios são apenas parcialmente planejáveis. Assim, a grande preocupação normativa é com o estabelecimento legal das estruturas a partir das quais a interação civil e pública são possíveis. E o papel do controle jurisdicional estaria ligado a uma perspectiva de cunho mais formal, tais como a garantia das liberdades fundamentais de associação e comunicação – liberdades de pensamento, de imprensa, de reunião, de privacidade; possibilidade de retirar-se da esfera de comunicação pública – e a regulação da atuação dos meios de comunicação social, principalmente os meios de comunicação em massa. O aspecto mais substancial desta atuação do controle de constitucionalidade estaria na garantia das regras que ofereçam a equidade de oportunidade política. Neste sentido, a materialidade desta atuação se voltaria para a garantia de recursos sociais necessários para a efetivação da oportunidade (Arato, 2002, p. 97-99).

Neste aspecto, no entendimento de Miguel (2005a, p. 35-36), estamos diante de um dos principais problemas da representação política contemporânea: a sub-representação de determinados grupos sociais. De um modo geral, o grupo dos governantes tende a ser mais masculino, rico, instruído e “branco”. A mera inclusão de determinados grupos no debate público não modificou substancialmente a situação. Somente a eliminação

de barreiras de acesso não garante a efetiva inclusão, que só se consuma quando há uma preocupação explícita com as condições materiais de inclusão dos grupos excluídos do sistema político. Por isto os sistemas representativos têm adotado mecanismos de cotas eleitorais, com reserva de cadeiras para determinadas minorias eleitorais. Quanto mais se aproxima de uma representatividade mimética, mais responsividade se produz, pois há a garantia da presença de diversas perspectivas sociais nos locais de discussão e decisão política. As minorias estariam acessando os espaços deliberativos não apenas por uma coincidência de interesses ou opiniões, mas porque encontram a mesma partilha de perspectivas sociais ou experiências de vida. Não buscam o sistema representativo porque concordam com a proposta política apresentada como ponto de chegada, mas elegem determinado representante porque partilham com ele o mesmo ponto de partida de suas vivências políticas, sem a postulação de um conteúdo unificado de preferências. Um grande exemplo desta situação é o caso das mulheres, que concebem seus interesses de diferentes maneiras, mas que trazem para a arena pública vivências em comum, vinculadas a uma posição subordinada nos espaços sociais.

Nesta compreensão, um regime de *accountability* baseia-se em normas que tornem ilegal o abuso de poder (*accountability legal*), ao mesmo tempo em que se pauta na busca de condições para a efetivação de uma *accountability* realizada pelos próprios atores sociais (*accountability política*). Quando o sistema legal institui sanções para o abuso de poder, este sistema deve ser garantido também por um sistema judiciário independente e não político, e um tribunal constitucional voltado abstratamente para a realização de um controle de constitucionalidade realizador das garantias de cidadania e participação dos governados na vida política da sociedade. Os cidadãos só irão se organizar e demandar a responsabilidade das instituições se tiverem chance de serem ouvidos. Caso esse caminho não seja encontrado, ou buscarão o caminho da apatia política ou organizarão movimentos antissistêmicos, com o objetivo de desestabilizar a sociedade civil e o governo democrático (Arato, 2002, p. 100-101).

Segundo Miguel (2003, p. 124-126), há grandes evidências de que a representação política está em crise. Principalmente nos países que adotam

o voto obrigatório e nas democracias recentes, constata-se que existe um declínio do comparecimento eleitoral. Algumas pesquisas (*surveys*) apontam também a ampliação da desconfiança em relação às instituições democráticas, ao mesmo tempo em que há o aumento no apoio aos princípios do regime democrático. Além disto, há um esvaziamento dos partidos políticos, dentro de um colapso das lealdades partidárias tradicionais que se converteu na personalização das escolhas dos eleitores. Esta personalização é a constatação de que houve a transição da democracia de partidos para uma democracia de audiência, onde os líderes e os eleitores passaram a ter contato direto, pois as máquinas partidárias perderam a sua eficiência diante das estratégias dos próprios chefes políticos. Acrescente-se a isto o papel dos meios eletrônicos de comunicação em massa na redução da influência dos partidos políticos. Toda essa crise levou à busca de propostas revitalizadoras das instituições representativas.

Em tais propostas, há o reconhecimento, implícito ao menos, de que a redução da confiança popular nos parlamentos e nos partidos não é efeito da “alienação”, da falta de compromisso com a democracia ou de resquícios de valores autoritários. É, antes, a constatação sensata de que as instituições atualmente existentes privilegiam interesses especiais e concedem pouco espaço para a participação do cidadão comum, cuja influência na condução dos negócios públicos é quase nula. Em suma, de que as promessas da democracia representativa não são realizadas. (MIGUEL, 2003, p. 126)

É por isso que a recuperação dos mecanismos de representação política depende de uma maior compreensão do sentido da própria representação. Os grupos que estão excluídos da representação precisam obter êxito na busca de inclusão política, com a ampliação das tensões no campo político. E um modelo representativo de caráter inclusivo precisa contemplar, em sua estrutura, a preocupação com a formação da agenda política, para que a democracia representativa esteja mais próxima do ideal de soberania popular. Exercer o poder não é apenas tomar decisões, mas também determinar a agenda política. Em acréscimo, os acessos aos meios de comunicação de massa devem ser ampliados e contribuir para a produção do conteúdo deliberativo das esferas de produção de interesses coletivos (Miguel, 2003, p. 123).

A formação da agenda política deve contar com a participação dos diferentes grupos políticos na sua elaboração. Ela não deve ser determinada pura e livremente pelos representantes eleitos. Há a necessidade de um

envolvimento geral dos grupos de interesse e de uma atuação plena e livre dos meios de comunicação de massa na reunião e difusão das informações consideradas socialmente relevantes. Neste aspecto, ganha espaço a teoria da democracia deliberativa de Habermas, que coloca o parlamento como o local por excelência do debate público, separando a esfera decisória (dos poderes instituídos) e a esfera pública discursiva, onde se incluem os fóruns de debate e determinação dos assuntos da agenda política. Na esfera pública os meios de comunicação em massa exercem uma função representativa ao realizar o recorte dos fatos políticos relevantes. Por este motivo, os meios de comunicação precisam representar de maneira adequada as diferentes posições da sociedade, incorporando tanto o pluralismo político, quanto o pluralismo social. O pluralismo político exige que, para o bom funcionamento das instituições representativas, seja dada ressonância às vozes dos vários agrupamentos políticos, permitindo ao cidadão, em sua condição de consumidor das informações, ter acesso a valores, argumentos e fatos que instruem as correntes políticas em competição, para formar sua própria opinião política. Já o pluralismo social expressa a necessidade de se permitir, principalmente nas sociedades estratificadas e multiculturais, a disseminação das visões de mundo das diferentes posições no espaço social, que são a matéria-prima na construção das identidades coletivas (Miguel, 2003, p. 131-133).

A partir dessa análise das instituições políticas e dos espaços deliberativos, é possível encontrar os âmbitos normativos de atuação da jurisdição constitucional, com seus limites e possibilidades. No aspecto referente à democracia representativa, o Supremo tem sua atuação justificada dentro da teoria da separação de poderes, na formatação que lhe deu a Constituição de 1988. Esta relação entre os Poderes precisa ser compreendida dentro da especificidade da política brasileira, principalmente com relação à força política preponderante que tem o Executivo no Brasil, naquilo que se convencionou chamar de presidencialismo de coalizão. Este dilema institucional, de destaque ao Executivo, leva à preocupação com mecanismos de controle da atuação do presidente, principalmente pelo fato de que a própria Constituição outorgou-lhe poderes amplos, para a condução das políticas públicas e definição da agenda parlamentar. Para alguns autores, estamos diante de um

“autoritarismo civil”, com a centralização do poder decisório no Executivo. Se a preocupação é com a pluralização política e realização da democracia participativa, a centralização pode ser elemento impeditivo destas finalidades. Mais uma vez a facticidade do instituído gera oportunidade para a crítica da sua validade, na procura pela efetivação do “princípio da democracia” como elemento justificador da pesquisa deste trabalho.

As relações entre o Legislativo e o Executivo na democracia representativa

Um dos autores que se destacaram ao analisar a nova estrutura institucional do país após a promulgação da Constituição de 1988 foi Sérgio Abranches. Ao constatar a heterogeneidade e pluralidade de interesses da sociedade brasileira, o autor averigua que há uma multiplicação de demandas sociais que exacerbam a tendência histórica brasileira de intervenção ampliada do Estado. Esta intervenção ampliada é verificada quando são identificadas inúmeras agências governamentais, diversos programas de políticas públicas e uma diversidade imensa de clientela a ser atendida pelo Estado. Quanto maior é o aumento da intervenção estatal, maior é o enfraquecimento da capacidade de atendimento e controle do governo, gerando uma inércia burocrático-orçamentária. Isto se potencializa quando se verifica que há um pluralismo de valores e visões de mundo que precisam ser compatibilizadas e atendidas. Mas quanto maior é esta pluralidade, maior também é a indefinição com relação aos objetivos, o papel e as atribuições do Estado. Há, assim, um acúmulo de insatisfações e frustrações de todos os setores, mesmo daqueles que mais se beneficiam da ação estatal.

O dilema institucional brasileiro define-se pela necessidade de se encontrar um ordenamento institucional suficientemente eficiente para agregar e processar as pressões derivadas desse quadro heterogêneo, adquirindo, assim, bases mais sólidas para sua legitimidade, que o capacite a intervir de forma mais eficaz na redução das disparidades e na integração da ordem social. (ABRANCHES, 1998, p. 7-8)

Abranches (1988) analisa o arranjo constitucional que regula o exercício da autoridade política e define as regras para a resolução de conflitos oriundos da diversidade das bases sociais de sustentação política do governo e dos diferentes processos de representação política. Seu principal

foco é no arranjo institucional que existe entre o Executivo e o Legislativo, a partir da constatação da existência, no Brasil, de um presidencialismo de coalizão. Este tipo de presidencialismo é decorrente da trajetória histórica do país, onde o presidente precisa recorrer a coalizões para a formação de maioria parlamentar e definição da agenda política. Dentro da “transição democrática”, a nova Constituição preocupou-se com a institucionalização de procedimentos de negociação e resolução de conflitos que estabelecessem nexos mais sólidos entre o Estado e a sociedade, pois, em uma sociedade dividida e conflitiva como a brasileira, a governabilidade e a estabilidade institucional requerem a formação de alianças e maior capacidade de negociação do Executivo. Esta busca por mecanismos de estabilização da governabilidade é destacada quando se percebe que há em nossa sociedade o fomento de grandes ilusões, como a unidade linguística, a força preponderante do catolicismo e outras vertentes do cristianismo que menosprezam a diversidade religiosa e a ideologia da unidade cultural, que se recusa em reconhecer as diversidades e desigualdades raciais. Tudo isto obscurece o fato de que a sociedade brasileira é plural, heterogênea e marcada por intensas desigualdades na ordem social.

Esta noção de presidencialismo de coalizão serve para Abranches respaldar o processo de “consolidação” da democracia brasileira, principalmente quando encontra o fundamento desta noção nas mudanças determinadas pela Constituição de 1988 (Martuscelli, 2010, p. 62-63). O sistema brasileiro associa governo de coalizão de baixa responsabilização e voto personalizado, num sistema eleitoral de lista aberta, que estimula o personalismo do candidato (Nicolau, 2002, p. 220). Dentro da combinação institucional entre sistema presidencialista, representação proporcional de lista aberta e um sistema parlamentar fragmentado, o Executivo necessariamente deve buscar nas coalizões a oportunidade para a formação de maioria parlamentar de apoio às suas políticas de governo (Santos, 2002a, p. 237-238). Neste sentido, a especificidade do presidencialismo brasileiro está associada à dificuldade de instauração de uma ordem democrática estável no Brasil (Limongi, 2006, p. 17).

Além disto, há uma tradição, no Brasil, de constituições extensas e rígidas, que acabam inviabilizando uma política governamental ágil, pois qualquer situação política para ser modificada precisa de uma grande

maioria parlamentar para sua aprovação. Se o presidente não detiver maioria no Congresso, ele acaba prisioneiro de compromissos múltiplos, partidários e regionais, com sua autoridade contestada. Dentro de uma estrutura política heterogênea, as coalizões só são possíveis quando se realizam a partir de um grande número de parceiros políticos, abarcando uma ampla diversidade ideológica. Há assim a probabilidade de instabilidade e complexidade de negociações. Ao se viabilizar o pacto político de Constituição da base governamental, sobrecarrega-se a pauta de decisões, levando o governo a realizar acordos setoriais, à medida que os conflitos políticos forem surgindo. Assim, o destino do governo depende da habilidade em manter a estrutura da “aliança”, evitando que crises agudas possam afetar a estabilidade governamental. É por isto que Abranches (1988) conclui sua análise sobre o presidencialismo de coalizão defendendo um mecanismo de arbitragem adicional nesta estrutura de alianças. Este requisito seria uma instância, aos moldes de um tribunal constitucional, que pudesse intervir nos momentos de tensão entre o Executivo e o Legislativo.

Este presidencialismo de coalizão proposto por Abranches entende que a democracia representativa se fundamenta na relação de apoio entre o Executivo e o Legislativo, por meio de coalizões. Ele pressupõe a tese da separação de poderes, sendo que o critério de teste da democracia é a correspondência das ações entre aqueles poderes, baseado no apoio da maioria parlamentar às ações governamentais e no controle da agenda legislativa pelo Executivo. Tem como pressuposto que os partidos políticos não são frágeis, com ampla disciplina partidária. Entretanto, esta noção está restrita à mera descrição dos mecanismos institucionais do regime político vigente no país. As instituições políticas encontram-se aqui apartadas da estrutura econômica e social, ignorando-se que há um bloco político que domina as relações de poder. A capacidade governativa dos partidos políticos é analisada somente com base na descrição das coalizões partidárias ou na existência de uma forte disciplina partidária. A política estatal acaba mascarando os interesses das facções burguesas, não se discutindo nesta teoria de Abranches a natureza de classe da democracia ou os interesses de classes representados pelo regime político. Mesmo que se coloque o Judiciário no patamar de árbitro desta relação, não se admite a

tese de que tanto o Legislativo, mas principalmente o Executivo constantemente interferem na atuação jurisdicional (Martuscelli, 2010).

Quanto mais a capacidade decisória do Estado burguês estiver concentrada na esfera de poder que conhecemos como Executivo – em especial em alguns de seus ramos, como no caso brasileiro, o Ministério da Fazenda e o Banco Central, mais restrita será a participação das diferentes frações burguesas no processo de implementação da política estatal. (MARTUSCELLI, 2010, p. 66-67)

O que encontramos nesta situação é um “autoritarismo civil”, no qual o processo decisório é controlado pela burocracia estatal. Se o Executivo controla o próprio parlamento, por meio de suas coalizões, anula-se a possibilidade do parlamento exercer sua função de representatividade dos diversos interesses da sociedade. É notório que a Constituição de 1988 conferiu mais capacidade de decisão à burocracia estatal. Buscou-se uma “legitimidade burocrática”, ao invés de uma “legitimidade representativa”, pautada nas ações do parlamento. Assim, estamos diante de um “hiperpresidencialismo”, com a diminuição das funções governativas e representativa dos partidos políticos, diante do fortalecimento do presidente frente ao conjunto do seu eleitorado. Nesse aspecto, analisando pelo prisma da democracia, a centralização do poder no Executivo acaba desempenhando um papel não educativo, de redução de cidadania e democracia, por restringir os espaços de participação democrática ao se fortalecer o personalismo político. Há, diante disto, um “monopartidarismo competitivo”, onde os partidos que efetivamente competem pelo poder acabam configurados como meras facções de um mesmo grande partido (Martuscelli, 2010, p. 63-65). Assim, o que o Executivo submete ao Legislativo é, em geral, aprovado. E, por definição, as matérias só podem ser aprovadas se o Executivo contar com a maioria dos parlamentares dentro do Congresso (Limongi, 2006, p. 24).

Em contraposição à ideia de que estaríamos vivendo um processo de consolidação da democracia no Brasil, Martuscelli (2010) aponta que a Constituição de 1988 implementou um processo de democracia limitada. Algumas situações são caracterizadoras desta questão. A Constituição superdimensionou o papel político das Forças Armadas, ao autorizar casos de intervenção sem a prévia autorização do Congresso Nacional. Elas acabam funcionando como uma “rede estatal paralela”, com controle sobre uma diversidade de assuntos e temas. Além disto, há um grande reforço do

Poder Executivo frente ao Legislativo. O presidente tem atribuições legislativas fáticas ampliadas com a edição desmedida de medidas provisórias e privilégios no processo legislativo quando pode solicitar Regime de Urgência na tramitação de projetos de lei. No processo de votação parlamentar, as lideranças partidárias da colisão presidencial encontram vantagem decisória quando a maioria dos projetos são votados pelo mecanismo de Votação Simbólica, decidido pelas lideranças partidárias. Dentro dos aspectos do federalismo, há uma excessiva centralização da tarefa legislativa tributária em âmbito nacional e uma apropriação desmedida das funções legislativas pelo Congresso e grande controle dos executivos estaduais.

É por isto que Limongi (2006, p. 27; p. 40-41) conclui que o presidente brasileiro é poderoso não porque usurpa o Poder Legislativo, mas porque a Constituição de 1988 concedeu-lhe grandes poderes de controle da tarefa legislativa. Os parlamentares encontram-se com reduzidas forças de apresentação de propostas, dentro deste sistema onde o processo decisório favorece a interferência do Executivo, que governa amparado pela delegação da maioria e que tem a centralidade de iniciativa legislativa para a alteração do *status quo* legal nas áreas fundamentais do Estado brasileiro.

No plano da prática político-partidária, há o abandono da construção de governos partidários, em prol da ascendência da burocracia do Estado sobre o papel decisório parlamentar. É característico que os governos atuais têm dificuldade de se alinhar com algum programa partidário específico. Ao contrário do que é proposto pelo presidencialismo de coalizão, os partidos políticos acabam desempenhando um papel passivo e secundário no processo político, principalmente com a prática disseminada de venda de votos em troca de atendimento a pleitos políticos localizados.

Sem o papel essencial dos partidos políticos na condução da pluralidade democrática, o poder, que deveria ser difuso, encontra-se nas mãos da burocracia estatal. Sem a pulverização do poder, a fração hegemônica do capital encontra mais facilidades na implantação de seu domínio. Percebe-se que mesmo com o rodízio do ocupante do cargo presidencial, a cúpula da burocracia acaba mantendo sua estabilidade e sua continuidade. Com um Executivo predominante, a função governativa dos partidos políticos é

pequena. Acabam atuando como meras massas de manobra política do Executivo. Por isto, Martuscelli conclui que estamos diante de um “novo autoritarismo civil”, onde as prerrogativas ditatoriais saíram das mãos das Forças Armadas e passaram às mãos do presidente da República. No mesmo sentido, Santos afirma que houve uma transferência de poderes decisórios ao Executivo, que começou na ditadura de 1964 e que foi ratificada pela Constituição de 1988 (2002a, p. 239).

Junta-se a isto o fato de que temos uma organização político-administrativa marcada por intensos períodos autoritários e de centralização administrativa, o que nos leva a uma grande dificuldade em criar um sistema descentralizado estável e coerente. Para Mainwaring (1993), a combinação que existe entre presidencialismo, um sistema multipartidário fragmentado e partidos indisciplinados trouxe problemas sérios para o sistema político brasileiro. Esta combinação contribuiu para a instabilidade da democracia e também para a fragilidade crônica dos partidos políticos brasileiros. Quando os presidentes são populares, os políticos tendem a apoiá-los, mas quando perdem popularidade, frequentemente encontram dificuldades em ter apoio até mesmo em seus próprios partidos. Quando os políticos não conseguem posições mais elevadas, por indicação do próprio partido ou por sofrerem com falta de apoio da base governista, acabam buscando amparo em partidos pequenos, nos quais é muito mais fácil conseguirem espaço de atuação e visibilidade. Também acabam mudando de partido para aderir ao partido governista, aumentando assim o acesso a oportunidades de patronagem. Essa ausência de coesão na política partidária se acentua com a instabilidade da sustentação ao presidente e se reforça pela disposição dos presidentes em adotar medidas *ad hoc*, passarem por cima do Congresso e fazerem apelos populistas ao povo como uma forma de criar pressão sobre os congressistas. Esta história da política brasileira contribuiu para que a Constituição de 1988 atribuísse amplos poderes aos presidentes, na busca da estabilização da capacidade governativa.

Além destes aspectos institucionais de consolidação de nosso sistema político representativo, outros fatores mostram que essa centralização do poder decisório também é fruto da forma como os países com democracia instável encontraram para solucionar o problema do aumento da demanda

democrática por participação. Maria Helena de Castro expõe que quando surge uma onda democrática de aumento de participação cidadã, segue-se, em resposta, um aumento da atividade governamental, que gera uma sobrecarga no governo, falência dos mecanismos de resposta às demandas e deslegitimação da autoridade, com subsequente enfraquecimento das instituições políticas. Em democracias estáveis, por possuírem instituições fortes, adaptáveis e coerentes, há a absorção, dentro dos limites possíveis, das tensões e pressões por participação. Preservam-se as instituições até o arrefecimento da onda de participação. Entretanto, nas democracias recentes, como é o caso da democracia brasileira, a incorporação política de grupos sociais antes excluídos conduz a essas mesmas consequências, sem que haja, contudo, instituições consolidadas capazes de suportar a pressão sobre o sistema político. Além de sofrerem com a pressão sobre suas instituições, estas democracias terão de enfrentar o desafio de criar ou recriar suas instituições políticas (Santos, 1997).

Outro viés a respeito desta centralização de poderes no Executivo está presente nos trabalhos de José Murilo de Carvalho sobre a cidadania no Brasil. Além da instauração de mecanismos de democracia participativa, a Constituição de 1988 ampliou, mais do que qualquer uma de suas antecessoras, o rol de direitos sociais, em um país caracterizado pela persistência de grandes desigualdades sociais. Também buscou o restabelecimento de direitos civis que foram desprezados durante o regime militar. Inovou na criação de mais mecanismos judiciais de garantia dos direitos fundamentais, como o *habeas data* e o mandado de injunção e avançou no enfrentamento das questões referentes a crime de racismo e proteção dos direitos humanos. Esta normatização das esferas da vida civil tem demonstrado, de certa forma, que, dos direitos que compõem a cidadania no Brasil, os direitos civis são os que apresentam as “maiores deficiências em termos de seu conhecimento, extensão e garantias”. A partir de análises de pesquisas realizadas no pós-Constituição de 1988, Carvalho conclui que a falta de garantia dos direitos civis se verifica, sobretudo, no que se refere à segurança individual, à integridade física e ao acesso à justiça. Somente parcela pequena da população efetivamente pode contar com a proteção da lei, na garantia desses seus direitos (2009, p. 206-211).

Uma das razões para as dificuldades com a efetivação dos direitos aqui no Brasil tem a ver, segundo Carvalho (2009, p. 10-12; p. 219-220), com a inversão histórica da cronologia e lógica de garantias de direitos, proposta por Marshall (1967). Para este autor, a cidadania se desenvolveu com lentidão. Os direitos civis, garantidores das liberdades civis, proporcionaram aos ingleses o direito de votar e de participar do governo de seu país. Esta participação, por meio da garantia de direitos políticos, permitiu a eleição de operários e a criação do Partido Trabalhista, que foi o responsável pela introdução dos direitos sociais. Aqui no Brasil, a maior ênfase foi dada aos direitos sociais, precedendo os demais. Isto fez com que a alteração na lógica da sequência inglesa afetasse a natureza do conceito de cidadania, exigindo esforços significativos no enfrentamento da questão da construção e garantia de nossos direitos fundamentais e na construção do sentido de democracia. Para Carvalho, os direitos civis, que são a base dessa sequência, continuam inacessíveis à maioria da população. A pirâmide dos direitos foi colocada de cabeça para baixo.

Na sequência do desenvolvimento da cidadania inglesa, analisada por Marshall, havia uma lógica que reforçava a convicção democrática. As liberdades civis, os primeiros direitos a serem conquistados, eram garantidos por um Judiciário que se tornava independente do Executivo. Estas liberdades, ao serem exercitadas, permitiram a busca por direitos políticos, consolidados pelos partidos e pelo Legislativo. E, por meio da ação destes partidos e do Legislativo, o Executivo tinha à sua disposição as políticas que deveria colocar em prática. Segundo Carvalho,

os direitos sociais eram os menos óbvios e até certo ponto considerados incompatíveis com os direitos civis e políticos. A proteção do estado a certas pessoas parecia uma quebra da igualdade de todos perante a lei, uma interferência na liberdade de trabalho e na livre competição. Além disso, o auxílio do estado era visto como restrição à liberdade individual do beneficiado, e como tal lhe retirava a condição de independência requerida de quem deveria ter o direito de voto. Por essa razão, privaram-se, no início, os assistidos pelo estado do direito do voto. Nos Estados Unidos, até mesmo sindicatos operários se opuseram à legislação social, considerada humilhante para o cidadão. Só mais tarde esses direitos passaram a ser considerados compatíveis com os outros direitos e o cidadão pleno passou a ser aquele que gozava de todos os direitos, civis, políticos e sociais. (2009, p. 220)

É razoável supor que estes diferentes caminhos percorridos afetaram o produto final, fazendo com que a nossa cidadania e a nossa democracia exigissem novos pressupostos de análise. Se aqui no Brasil os direitos

sociais são a base da pirâmide de conquista de direitos fundamentais, então quais seriam as consequências no plano da eficácia da democracia? Para Carvalho (2009, p. 221-222), uma consequência importante é a excessiva valorização do Poder Executivo. Muitos de nossos direitos sociais foram implantados em períodos ditatoriais, em que o Legislativo estava com suas funções reduzidas, criando a imagem, para grande parte da população, da centralidade do Executivo na garantia destes direitos, elevando-o ao patamar de instituição mais importante do Poder. Somos herdeiros de uma tradição ibérica patrimonialista, onde o Estado é visto como um distribuidor de empregos e favores. A defesa de direitos faz-se por uma negociação direta com o governo sem passar pela mediação da representação, retratando aquilo que o autor chama de “estadania”, em substituição ao conceito clássico de cidadania. Aliado a isto, está a busca por um “messias político”, por um “salvador da pátria”, lideranças carismáticas que implementem soluções mais rápidas do que o funcionamento mais lento do mecanismo democrático de decisão.

Uma das saídas que os países com a democracia “não consolidada” encontraram, diante da impaciência popular com a lentidão desse mecanismo democrático de decisão, foi diminuir o ganho democrático dessa abertura participativa dando ênfase na ordem: ao invés de distribuir o poder, a ideia foi acumulá-lo. Santos (1997) entende que esta é uma saída autoritária, que compreende que a crise da capacidade governativa ocorre por excesso de democracia. As saídas que estes países encontraram foram a defesa de um Estado forte, com o predomínio do Executivo no processo decisório e a incrementação da burocracia, como forma de controle da participação social, garantindo a eficácia e a racionalidade das políticas públicas. Dentro desta compreensão, a formulação bem-sucedida de políticas públicas depende de dois fatores. Por um lado, a elite governamental precisa ter sucesso na mobilização de apoio para as políticas de sua preferência mediante a formação de coalizões de sustentação. Por outro lado, esta mesma elite precisa construir arenas de negociação que evitem a paralisia decisória. Constata-se então uma hiperatividade decisória concentrada nos altos escalões insulados da burocracia governamental, com a exclusão da instância parlamentar-partidária. Com isto, o Judiciário brasileiro acaba servindo como o recurso de poder dos atores sociais

insatisfeitos, mediante o ajuizamento de ações contra as decisões do governo. Instaura-se um sistema de concorrência entre o Executivo e o Judiciário, em que os pleitos são analisados e o governo se dirige às altas instâncias do Judiciário solicitando a moderação na concessão das liminares e decisões.

Além da ampliação das atribuições constitucionais do presidente e deste contexto de centralização burocrática das decisões sobre políticas públicas, para uma solidificação maior de sua base de apoio no Congresso, o presidente acaba buscando apoio em outros partidos, o que o leva a desenvolver uma política supra e antipartidária. Esta é uma resposta do presidente aos dilemas que enfrenta. Entretanto, ela contribui para a fragilidade permanente dos partidos políticos no Brasil. Por isto, militares ou candidatos populistas ganham espaço nesta política que não se compromete com uma fidelidade partidária maior, contribuindo para uma ação presidencial muitas vezes contrária aos próprios ideais de seus partidos.

Toda esta disputa por uma base de apoio sólida tem consequências sérias para as políticas públicas. As reformas que são impopulares acabam sendo adiadas, por falta de apoio à sua implantação. Mainwaring (1993) entende que isto leva o presidente a passar por cima do Congresso e implementar as políticas públicas por meio de agências e decretos executivos. Um Congresso conhecido por sua lentidão deliberativa e pela ação dependente de um sistema de patronagem tem dificuldades para aprovar reformas “modernizadoras” do Estado. Isto tem transformado o Congresso em uma arena onde somente questões secundárias são decididas. A patronagem contribui para um esvaziamento dos canais institucionais de diálogo e compromisso político sério. Esta prática leva ao enfraquecimento dos mecanismos de responsabilização do sistema representativo, ao mesmo tempo que diminui a capacidade dos representantes legislativos de decidir questões fundamentais de política pública, afetando o núcleo essencial do sistema democrático representativo. Há assim um reforço da burocracia estatal, que assume para si questões que deveriam ser resolvidas pela atuação do parlamento.

O papel do Congresso passa a ser mais o de um bloqueador e moderador da ação presidencial do que o de ser um agente efetivo de legislação. É por isto que Mainwaring (1993) percebe que no Brasil o presidencialismo se mostra muitas vezes como inimigo do fortalecimento dos partidos, porque os presidentes se veem na obrigação de “depreciar” o Congresso e os partidos políticos, para garantir condições sólidas de governabilidade. No mesmo sentido, Limongi (2006, 35-36) entende que parte da performance da democracia representativa brasileira é alimentada pela desqualificação e depreciação do Poder Legislativo. Este problema é mais de ordem sociológica do que institucional. É demonstrativo da sobrevivência de formas oligárquicas de dominação e de práticas de coronelismo, diante de uma incorporação formal de cidadãos não capacitados para a tarefa política.

Isto se reflete também na estrutura organizativa interna do próprio Congresso Nacional. Um exemplo característico é a criação do Colégio de Líderes, que veio institucionalizar regimentalmente os poderes das lideranças partidárias que atuavam informalmente no Congresso no sentido de organizar o processo de votação e definir o dinamismo das atividades do Plenário. O grande problema desta institucionalização, para Figueiredo (2012), é que ela criou mais um mecanismo que gera excessiva concentração de poderes nas mãos de um segmento reduzido de parlamentares, o que, conseqüentemente, contribui para a depreciação do sistema representativo parlamentar. Os líderes assumem papel significativo na condução dos assuntos parlamentares, com controle de informações e benefícios de atuação, influenciando diretamente o comportamento de outros parlamentares.

No governo de Fernando Henrique Cardoso esta concentração de poderes nos líderes permitiu um modelo institucional parlamentar que favorecia a governabilidade. No governo Lula, esta estrutura foi mantida, o que lhe garantiu a mesma dinâmica de governabilidade durante seus dois mandatos. As estatísticas colhidas por Limongi, a partir de dados do próprio Congresso Nacional, mostram que a disciplina dos partidos da coalizão presidencial, dentro dos processos de votação de liderança, mantém-se alta nos dois últimos governos. Fernando Henrique conseguiu manter uma taxa de aprovação em 90,7% e Lula manteve a taxa média de 89,1% de aprovação (2006, p. 23). Nesta atuação da liderança, os deputados da base

governista seguem a recomendação do líder do Governo e muitas vezes se utilizam do mecanismo da votação simbólica e dos requerimentos de urgência para alavancar o sucesso das políticas governamentais.

Ao analisar o papel deste órgão colegiado no funcionamento do Congresso Nacional, Figueiredo (2012) percebe um grande problema. Com a atuação dos líderes dificilmente se consegue atingir a materialização do princípio da representatividade, quando analisado em conformidade com o princípio do pluralismo político. Privilegia-se a capacidade governativa, impondo-se severas restrições à atuação dos parlamentares, alijando a maioria deles do processo de elaboração normativa e favorecendo a agenda estabelecida pelo Executivo.

Em contraste a este posicionamento, Nelson Jobim (1994), parlamentar com atuação destacada na estruturação das instituições políticas brasileiras no pós-Constituição de 1988, e ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, entende que o alto índice de representatividade no Congresso gera um baixo índice de homogeneidade na tarefa legislativa, prejudicando assim o processo decisório. O Colégio de Líderes torna-se importante quando se percebe que há uma necessidade de decidir, mas que a dificuldade na produção de uma maioria parlamentar sólida leva à ambiguidade dos textos legais, acarretando uma transferência ao Judiciário das insuficiências do Legislativo. Este fortalecimento do Colégio traria um maior controle da ação coletiva do Congresso, gerando melhores condições de governabilidade para o presidente da República. Entretanto, esta centralização é criticada por não mais permitir discussões amplas e intensas dentro das Casas do Congresso Nacional. Muitas reuniões dos líderes ocorrem à revelia dos demais parlamentares, dentro de um sistema obscuro de concessões recíprocas entre os líderes, nas reuniões. A maioria dos parlamentares acaba à margem do processo legislativo, à espera da decisão de seus líderes (Figueiredo, 2012), o que enfraquece toda a estrutura do sistema representativo e a possibilidade de *accountability* por parte dos eleitores.

É por isto que Limongi (2006) aponta que o sistema representativo brasileiro está concentrado em poucas mãos, sendo caracterizado como um típico sistema de elitismo político, comandado por uma maioria parlamentar

que consegue evitar o bloqueio da minoria parlamentar. Esta minoria não consegue impedir que as matérias sobre as quais a maioria ou o Executivo definem como relevantes venham a voto ou sejam rejeitadas. Assim, o desenho institucional do Legislativo favorece sempre a atuação da maioria. Para Fabiano Santos, esta maioria expressa a vontade subjacente que há do governo de estabilidade e previsibilidade das decisões parlamentares. Para o presidente é importante que haja esta estabilidade. É ele o responsável pela implantação de políticas públicas, que só são possíveis em um ambiente institucional estável. Pelo fato de o presidente ser o único representante eleito por um eleitorado nacional, ele se vê na incumbência de levar a efeito as políticas de impacto mais amplo e de interesse geral. Todo este interesse em demonstrar capacidade governativa é reflexo da preocupação com situações eleitorais futuras, principalmente no caso da sua reeleição ou da continuidade de sua política por meio de um sucessor por ele indicado (2002a, p. 244-245).

Comparando o sistema presidencialista com o parlamentarista, Mainwaring (1996), mesmo não estabelecendo vantagens de um sobre o outro, manifesta algumas características do parlamentarismo que favorecem uma política partidária mais coesa. Os primeiros-ministros não são eleitos por voto popular e estão diretamente ligados a seus partidos. Necessariamente precisam fazer longas carreiras partidárias para que possam ser escolhidos como líderes. Isto exige do chefe do Executivo que tenham um passado profundamente mesclado à organização partidária. E, uma vez eleitos, não possuem um mandato fixo, pois ele é dependente da sustentação contínua de um partido ou de uma coalizão de partidos. Assim, a implementação de decisões políticas fundamentais só ocorre com o apoio partidário. Tanto por sua socialização passada em organizações partidárias, como por suas necessidades atuais, os primeiros-ministros têm um profundo comprometimento com o fortalecimento partidário. No sistema presidencialista brasileiro percebe-se que os presidentes, por serem eleitos diretamente pelo voto popular, nem sempre têm envolvimento forte com a construção partidária e, frequentemente, têm reduzida experiência parlamentar.

Salientar os problemas da democracia presidencialista multipartidária não significa dizer que sistemas parlamentaristas necessariamente funcionariam bem. No Brasil, devido à

indisciplina dos partidos e à extrema fragmentação, um governo parlamentarista enfrentaria obstáculos desanimadores. O parlamentarismo provavelmente não funcionaria bem sem a implementação de mudanças que promovam uma maior disciplina partidária. Se permanecem dúvidas acerca da viabilidade do sistema parlamentarista no Brasil, a combinação de presidencialismo, partidos frouxos e um sistema multipartidário fragmentado mostra-se cada vez mais impraticável. (MAINWARING, 1996, p. 26)

Além destes aspectos referentes à relação entre os Poderes, estabelecida pela Constituição de 1988, a institucionalização da democracia no Brasil também precisa se comprometer com a análise dos canais de democracia participativa que foram estabelecidos pelo Constituinte. Sendo prevista no texto da Constituição, a democracia participativa é elemento realizador do “princípio da democracia”, quando este se compromete com a forma jurídica na busca pela efetivação do “princípio do discurso”. Este princípio do discurso faz com que os afetados pela decisão governamental sejam chamados para o processo deliberativo e contribuam para as decisões sobre políticas públicas que serão implementadas. Entretanto, a democracia participativa possui elementos que a diferencia da democracia representativa, principalmente quando se percebe a singularidade deste instrumento de representação extraparlamentar aqui no Brasil.

A democracia participativa na Constituição Federal de 1988

A teoria da democracia representativa é justificada a partir de um expediente inicial de consentimento popular, que dá a autorização para que os representantes exerçam sua função política. As teorias centradas na ideia de *accountability* surgiram diante de um inconformismo com a falta de controle das ações dos representantes por parte dos representados e a necessidade de se instituir mecanismos de sanções aos atos de abuso do poder. Entretanto, as teorias da representatividade, juntamente com a ideia de autorização, e as teorias de *accountability* mostram-se formalistas e parciais, por enfatizarem regras e instituições, pouco dizendo a respeito da substância ou conteúdo da representação. Diante dessas insuficiências, principalmente as que se ligam ao aspecto alienante da representação, que mantém a democracia distante dos representados, abre-se a oportunidade para um debate sobre a pluralização da representação política nas democracias. Nesta abertura, destacaram-se, nos anos 1960, aquelas teorias

que focavam sua preocupação no valor próprio da democracia, que é a busca de canais de acessibilidade direta ao mundo político. É neste âmbito que nasce a teoria da democracia participativa.

Enquanto em âmbito mundial o debate sobre a teoria da democracia participativa perdeu espaço, no Brasil ele ganhou forças sobretudo a partir da promulgação da Constituição de 1988, que exigiu a institucionalização de canais de democracia participativa. A participação foi transformada em uma feição institucional do Estado brasileiro. Lavallo expõe que aquilo que antes, entre os anos 1960 e 1980, condensava a crítica dos atores sociais e de parte da academia perante os déficits de inclusão das instituições políticas e do crescimento econômico, bem como exprimia reclamações de autodeterminação efetiva em face de partidos e intermediários políticos, transformou-se, de modo progressivo, após a Constituição de 1988, em “parte da linguagem jurídica do Estado e atingiu patamares de institucionalização ímpares não apenas na história do país, mas em outras democracias (2011, p. 13).

Nas palavras de Paulo Bonavides, a democracia participativa brasileira é “direito constitucional progressivo e vanguardeiro”, que tem por meta a repolitização da legitimidade da democracia (2001, p. 33). A apropriação deste debate sobre a pluralização da representação política nas democracias no Brasil gerou a oportunidade de se superar um ideário de participação arraigado nos atores sociais de origem popular e na esquerda acadêmica, bem como de produzir uma ampla pesquisa empírica sobre as novas instâncias de representação e a incidência social sobre as políticas públicas (Lavallo & Vera, 2011, p. 99).

A participação cidadã encarnou a progressiva liberalização política e respondeu ao desafio de incorporar e adequar o ideário participativo herdado das duas décadas anteriores, com tônica classista, às exigências de um discurso público em registro universalizante, apropriado para incidir na disputa da nova Constituição. Assim, os atores engajados com a participação popular reelaboraram seu discurso em termos de participação cidadã, e o ideário participativo adquiriu feições mais abstratas e foi consagrado, como direito cidadão. Por fim, a regulamentação dos preceitos constitucionais em matéria de participação adotou os conselhos como expedientes institucionais para viabilizar a participação na gestão de políticas definidas como estratégicas. (LAVALLE & VERA, 2011, p. 117)

A pesquisa sobre caminhos participativos nas instituições brasileiras, após a Constituição de 1988, deixou de se preocupar com aspectos mais

normativos para voltar-se às questões referentes à implementação destes mecanismos. Aquilo que em muitos países é entendido como representação informal, aqui no Brasil ganhou espaço institucionalizado, não informal, na medida em que os novos arranjos institucionais abrigam em sua própria estrutura as organizações civis e atores coletivos, conferindo a eles não apenas reconhecimento de sua voz, mas também faculdades e investiduras regulamentadas, ganhando características de uma representação extraparlamentar. O que há, nestes espaços, é uma representação política *de iure*, como um novo espaço de representação institucional, no processo de pluralização da democracia dentro do sistema político estatalizado. Pelo fato destes atores exercerem funções de representação de pleno direito, a representação deixa de ser informal. Assim, este enfrentamento da problemática da participação, no Brasil, não se deu na tentativa de reconfigurar a representação, mas na implantação de inovações institucionais, fazendo do país um imenso laboratório de exame desses novos canais. O problema que muitos analisam é sobre o fundamento da legitimidade destes atores ou as formas de controle dessa atuação, já que são pouco conhecidas formas de *accountability* da própria sociedade civil (Lavalle, 2011, p. 14-15).

Outro aspecto que se destaca nesses novos arranjos participativos é que o olhar que antes tentava identificar canais institucionais participativos conquistados a partir da mobilização social frente ao Estado, agora está voltado para dentro da institucionalização. As análises se focam nas realizações dos órgãos de participação, principalmente no aspecto de sua efetividade e vantagens de sua ocupação por parte da sociedade civil, dos partidos políticos e representantes do governo. Em específico, ganha destaque a forma como os partidos e o governo vêm participando destes espaços políticos, em disputa com a sociedade civil, gerando a necessidade de se revisitar a antiga divisão horizontal entre sociedade civil e Estado. Além disto, destacam-se os estudos sobre a definição de regras de execução dos arranjos participativos e seus efeitos sobre os atores engajados, que muitas vezes implicam a mobilização e extinção de antigos atores, com o definimento e a burocratização de movimentos sociais (Lavalle, 2011, p. 16-22).

O “orçamento participativo” é apontado como um dos grandes exemplos de democracia participativa no Brasil. Leonardo Avritzer (2000) expõe que o orçamento participativo cede um espaço decisório por parte do Estado em favor de uma forma ampliada e pública de participação. Esta ampliação contribui para uma melhor argumentação, pois aumenta o número dos possíveis argumentos, principalmente os de caráter não estatal, permitindo também a manifestação de interesses minoritários. Exige-se, por parte do Estado, a publicização das informações relevantes para o debate, pois isto geraria a oportunidade para os atores sociais analisarem as situações relevantes e contribuírem para o processo decisório estatal, partindo-se sempre do pressuposto de que o Estado não é o detentor das melhores soluções, necessariamente. Dessa forma, gera-se a oportunidade de um teste das múltiplas experiências, pois a inovação institucional é dependente da capacidade de se experimentar e partilhar os resultados.

Entretanto, Miguel (2005) aponta que muitos mecanismos e práticas adotados no Brasil, com o nome de instrumentos de democracia participativa, não correspondem ao “sentido forte” de participação, defendido pelos participacionistas. O “sentido fraco” pode ser identificado ao se compreender que qualquer forma de engajamento na esfera pública pode ser considerada um tipo de participação. Já o “sentido forte” de participação deve estar em correspondência com as exigências teóricas dos autores participacionistas. Ela significa algo a mais. É o acesso aos locais de tomada final de decisão, com a transferência de alguma capacidade decisória efetiva do topo decisório para a base. Por isso, um dos exemplos mais utilizados por aqueles que defendem uma democracia participativa no Brasil é o “orçamento participativo”. Entretanto, para Miguel, este instrumento de gestão democrática está mais ligado ao sentido fraco, pois as principais decisões não são transferidas para os cidadãos, deixando a maior parte da população afetada distanciada do processo decisório.

Para Avritzer, os Conselhos de Saúde e os processos de formulação dos planos diretores urbanísticos em Porto Alegre, Belo Horizonte, São Paulo e Salvador também são exemplares de mecanismos de democracia participativa no Brasil, gerando aproximações entre a sociedade civil e a sociedade política. Nestes campos, há a incorporação de práticas originárias da sociedade civil pelas instituições políticas, com novos desenhos

institucionais participativos com poder de deliberação sobre políticas públicas.

Avritzer (2009), ao analisar as instituições participativas na democracia brasileira, faz uma proposta para uma teoria democrática participativa a partir de uma localização histórica do papel do Partido dos Trabalhadores na tentativa de vencer o caráter elitista do partidarismo político no Brasil, relacionando três elementos principais: a sociedade civil, a sociedade política e o desenho institucional brasileiro. Para o autor, há um avanço do associativismo a partir da década de 1970, principalmente nas grandes cidades do país. No contexto brasileiro, a sociedade política, formada pelos atores políticos expressivos da política representativa, é quem acaba atuando na formalização das instituições participativas. É aí que reside o grande papel do Partido dos Trabalhadores, visto como um partido de origem na sociedade civil, portador de demandas participativas, que rompe com o elitismo partidário até então vigente. O partido nasce das demandas por autonomia em relação ao Estado feitas pelo novo sindicalismo brasileiro e pela atuação da Igreja Católica, sendo também herdeiro direto do associativismo que se desenvolveu nos anos de 1970.

Percebe o autor que o sucesso do desenho participativo no Brasil dependeu, em grande parte, das interações entre os atores da sociedade política e os atores da sociedade civil, ao promover o desmantelamento das velhas regras e fixação de novos arranjos institucionais. Assim, para uma crítica mais aprofundada a respeito das insuficiências destas novas instituições de democracia participativa, deve-se levar em conta o contexto partidário brasileiro, na promoção destes novos arranjos, entendendo principalmente que o fracasso de algumas experiências participacionistas se deve mais pela descrença no projeto do Partido dos Trabalhadores, tanto por parte da sociedade, quanto pelas divisões políticas internas do partido e na falta de superação de velhas práticas elitistas, do que pelo processo institucional em si.

As velhas práticas que dificilmente são superadas levam o autor a demonstrar que a credibilidade do processo participacionista perante a população ainda é muito fraca. A tradição associativa ainda é muito precária, sem muitas perspectivas de atualização. Além disto, a descrença

na capacidade do processo em promover a execução de obras públicas faz com que o cidadão deixe de acreditar na importância de sua participação no processo de debate público. Toda essa crítica ao processo de institucionalização da participação tem trazido outros vieses sobre a situação. Constatase que grande parte do público que participa destes fóruns deliberativos é composto por agentes da própria sociedade política, por atores que estão direta ou indiretamente ligados aos partidos políticos ou órgãos governamentais. Esta proximidade com as esferas estatais acaba sendo utilizada pelos conselheiros destes fóruns para um melhor posicionamento pessoal ou grupal dentro da dinâmica político-partidária e eleitoral, tanto local, quanto regional e até nacional. Deste modo, dificilmente se identifica a participação efetiva da sociedade civil dentro destes órgãos, o que deslegitima todo o processo de participação democrática, demonstrando uma falta de efetividade destes instrumentos políticos.

Estas novas formas de intermediação na relação entre Estado e sociedade civil encontram problemas na falta de formas de autorização e de *accountability* dos atores representantes. De certa forma, são os representantes que escolhem os representados, dentro de um sistema que prescindem de formas eleitorais para a escolha dos representantes ou que não se aprofunda na construção de uma *accountability* que permita o controle posterior das ações desses atores. Por isto, Miguel (2011) se questiona a respeito da legitimidade democrática destes canais de democracia participativa, na ausência de mecanismos institucionais que impeçam a usurpação do poder. O reconhecimento da capacidade de agir dos interlocutores é a autorização para que estes falem em nome de determinados grupos. Como alternativa a esta falta de autorização, postula-se que há uma autorização indireta nesses mecanismos. Não sendo os representados aqueles que autorizam, o próprio Estado acaba convocando os representantes da sociedade civil ou outros agentes do espaço público para seus espaços de negociação. Haveria aqui uma legitimação derivada, que reforçaria as hierarquias e o poder já existentes.

Apesar desta ideia de legitimidade derivada, Miguel (2011, p. 56-59) afirma que toda forma de democracia deve fomentar a autonomia individual, sob pena de se transformar em autoritarismo. Autonomia

significa que, embora sejamos seres sociais, devemos ter a capacidade de desenvolver competências que nos permitam avaliar criticamente as tradições e os valores que herdamos. Além disto, para uma efetiva realização desta autonomia, há a necessidade de universalização dos recursos materiais, informacionais e cognitivos que permitam o seu desenvolvimento.

Neste aspecto, a ideia de um “patriotismo constitucional” de Habermas reforça a discussão sobre esta postura crítica sobre nossa forma de construir o mundo político, bem como sua compreensão a respeito da gênese lógica dos direitos fundamentais, que empreende um processo de superação da dicotomia entre autonomia privada e autonomia pública (2003a; 2003b). Por isto, para Miguel, o ideal de autonomia é tanto individual quanto coletivo. A autonomia individual, como capacidade de reflexão crítica em relação ao grupo social, não significa individualismo abstrato ou a negação da ideia de que a sociedade existe. É um valor que necessita de determinadas condições sociais para se constituir e que estabelece um dos indicadores da qualidade da democracia ao fortalecer compromissos com o coletivo, na medida em que os torna mais reflexivos e esclarecidos.

Na continuidade desta análise sobre os canais institucionalizados de realização do “princípio da democracia”, as noções de sociedade civil e esfera pública precisam ser entendidas como locais de densificação dos discursos políticos. Para a superação de uma concepção de democracia realizada pelos meios oficiais e estatais, signatários de uma compreensão de democracia representativa, os fóruns de deliberação precisam encontrar espaço na própria sociedade, em uma forma de “radicalização” do próprio conceito de democracia. Se os afetados pelo sistema do direito precisam encontrar canais para que possam se autodeterminar, como membros iguais e livres de uma associação estabelecida livremente, a pluralização política precisa enfrentar o desafio de reconhecimento dos canais políticos para além da institucionalização estatal.

Sociedade civil e esfera pública no Brasil

A longa tradição estatista no Brasil é difícil de ser revertida de um dia para o outro. Além disto, há ainda muito espaço para o aperfeiçoamento dos

mecanismos institucionais de representação. Mas alguns aspectos de mudança seriam benéficos para o aperfeiçoamento da democracia no Brasil, auxiliando no aumento da capacidade do sistema representativo e estatista de produzir resultados que impliquem na redução da desigualdade. O principal deles seria uma atenção maior para a organização da sociedade civil, num processo de democratização do poder que não necessariamente precisa ser feito contra o Estado em si, mas contra uma forma de Estado deturpada, marcada por clientelismos e corporativismos, impeditivos de um sentido legítimo de Estado democrático.

O conceito de esfera pública de Habermas deixou marcas profundas no campo da sociologia política. No Brasil e na América Latina ele tem sido muito utilizado para explicar a transição democrática e os processos posteriores de consolidação da democracia. Especificamente no Brasil, o conceito gerou um discurso eufórico e otimista, ao ser percebido como uma ideia que poderia ser debatida dentro da sedimentação de formas de democracia participativa, no pós-Constituição de 1988. Os aspectos mais pessimistas da crítica de Habermas sobre o declínio da democracia são frequentemente omitidos. Acabam partindo de uma conceitualização liberal do século XVIII, depositando grandes esperanças no potencial democratizante das associações civis e suas redes de comunicação, buscando uma reconstrução da esfera pública a partir da teoria da ação comunicativa (Ottmann, 2004, p. 61-62). Os intérpretes apresentam uma esfera pública despojada de suas conotações burguesas, baseada em uma sociedade civil autorregulada, crítica e horizontalmente interconectada. Neste caso, houve uma recondução do conceito de esfera pública ao relacioná-la com os condutores de comunicação dos movimentos sociais e da sociedade civil, dentro de uma valorização de formas de associativismo, característica dos movimentos posteriores à década de 1970 (Ottmann, 2004, p. 64-66).

Em situações mais drásticas, alguns chegam a avançar tanto no uso deste conceito que o expandem para o campo da administração pública e para o ciberespaço. O grande problema deste uso expansivo é que, nas palavras de Arato & Cohen (2006), ele não permite a separação entre a sociedade civil e o seu “outro”, potencialmente regressivo. A autonomia da sociedade civil não é um processo uniforme e feito sem lutas. O Estado

pode interferir nesta autonomia, com sua lógica administrativa e burocrática, bem como o sistema econômico, com sua lógica da busca do lucro. Tais situações de interferência causam a inibição do processo comunicativo e é por isto que há a necessidade de uma sólida estrutura jurídica que ancore constitucionalmente os direitos na sociedade civil em face do Estado e da economia. Esta estrutura é garantida por meio de mecanismos de preservação da eficácia da Constituição, principalmente por um tribunal constitucional engajado em um controle de constitucionalidade efetivo (Ottmann, 2004, p. 66-67).

Dentro de um processo histórico e social marcado por grandes práticas autoritárias e de violência estatal, que minaram as instituições, a cultura e os processos democráticos, é nítida no Brasil a presença de antigas e retrógradas forças de direita no sistema político “redemocratizado”. Além disto, novas formas de corrupção e de clientelismo emergiram num contexto político que continua sendo marcado por um sistema partidário de baixa lealdade e de instituições políticas frágeis, onde a grande base para um consenso possível é a transferência condicionada de recursos públicos entre os agentes de poder. Estas práticas clientelistas também permeiam o campo do suposto jornalismo independente, tendo em vista a alta concentração das propriedades dos meios de comunicação em massa (Ottmann, 2004, p. 66-67). Some-se a estes fatores a constatação de que na sociedade brasileira há uma enorme exclusão social que é perpetuada por estigmas raciais e socioeconômicos. Quanto maior é a desigualdade, maior é o sentimento de rejeição social. As ambições econômicas frustradas levam a uma situação de violência ritualizada, principalmente entre os adolescentes que constroem sua identidade num meio social fragmentado e tribalizado (Zaluar, 1996).

O desenvolvimento de ações políticas no Brasil tem se construído teoricamente dentro do marco da sociedade civil, que acaba englobando uma pluralidade de concepções políticas e de atores sociais e grupos de interesse. Este englobamento mascara uma massa heterogênea de interesses pessoais e políticos, conflitantes entre si, com discriminações no processo de participação nas estruturas participativas recentemente institucionalizadas, no marco constituinte do pós-1988. Esta apropriação generalizada da sociedade civil tem feito com que as pesquisas sociológicas

aqui no Brasil caracterizem, ao longo das últimas décadas, uma série de esferas públicas possíveis.

Goetz Ottmann (2004) apresenta alguns eixos destas pesquisas. Um deles é o que dá destaque a uma esfera pública ampla, desenvolvida dentro daquilo que se convencionou chamar de processo democratizante do pós-Constituição de 1988 (Dagnino, 2002). Outros destacam o aprofundamento da democracia que está sendo realizado pela emergência de públicos não elitizados no poder, principalmente na emergência e assunção do poder pelo Partido dos Trabalhadores e por partidos ligados à esquerda brasileira (Avritzer, 2009). Há aquelas pesquisas que se ligam à implementação dos mecanismos de democracia participativa, buscando um sistema de conselhos gestores de políticas públicas que se ligam com os movimentos sociais, ampliando assim a democracia no Brasil (Tatagiba, 2004). Dentro deste grupo, está inserida uma pesquisa profunda sobre a inovação democrática trazida pelos instrumentos de orçamento participativo, que agregaram atores antes excluídos (Avritzer, 2002b). Outros grupos, ligados aos movimentos indígenas, buscam inserção no espaço público e nas políticas estatais, principalmente pela utilização de mídias alternativas para ampliar seu reconhecimento e sua representatividade política.

Ottmann (2004) destaca que os movimentos e as associações sociais criaram uma estrutura política paralela que age sobre a esfera pública oficial, abrindo-a para a participação popular deliberativa. Esta forma de institucionalização alternativa direcionou o foco para os processos participativos, utilizando a esfera pública como instrumento para pensar uma ligação mais direta entre a sociedade civil e o âmbito público formal, por meio de mecanismos administrativos estatais. Tais mecanismos tornaram-se sinônimo de “tecnologias democratizantes”, implementadas com a reforma do setor público. É por isto que Evelina Dagnino (2002), ao analisar as relações entre sociedade civil, os espaços públicos e a democracia no Brasil, constata a presença de duas grandes perspectivas de atuação dos grupos sociais, baseada numa relação entre autonomia perante o Estado e busca de financiamento estatal. Há aqueles que têm por prioridade trabalhar com uma relação mais estreita com as agências estatais, priorizando a busca por recursos e financiamentos estatais, em detrimento de uma maior autonomia com relação ao Estado. Do outro lado estão

aqueles grupos que vão priorizar sua autonomia de atuação, sem se relacionar de perto com o Estado, para poder desafiar a autoridade estatal quando necessário.

Leonardo Avritzer (2002a), ao estudar a democracia e suas relações com a esfera pública no Brasil, usa os conceitos de Habermas como um meio de transcender as teorias democráticas elitistas e pluralistas. Com este conceito, busca a criação de um espaço plural no qual os atores se apresentam em público e estabelecem campos de conflito com o Estado. Os movimentos sociais tornam-se, para o autor, os principais ocupantes da esfera pública, em oposição aos atores sociais característicos de uma sociedade burguesa. A grande preocupação do autor é a institucionalização seletiva de processos deliberativos dentro da sociedade civil, sem desistir da noção de autonomia local dos processos políticos. Seu principal campo de análise é o orçamento participativo, como já apresentado.

Entretanto, alguns críticos deste instrumento de participação (Torres & Grazia, 2003) afirmam que boa parte das experiências de orçamento participativo não apresentava sequer as mínimas características deliberativas. Estes instrumentos não seriam tão abertos e plurais quanto se propõem a ser, tendo o Estado o conhecimento especializado para moldar e estruturar a agenda do debate. Raramente se percebe a voz dos representantes populares nestes fóruns. Conforme expõe Ottmann (2004, p. 69-70), parece difícil afirmar que o próprio Habermas consideraria um fórum participativo patrocinado pelo governo um local de realização da esfera pública.

A constatação de Ottmann é que a implementação de mecanismos participativos no Brasil têm perpetuado formas não autônomas de resolução de conflitos. Dada a ausência de uma sólida cultura procedimentalista, há um número grande de moderadores que se incumbem da estruturação e condução dos debates. Dentro da perspectiva habermasiana, a intervenção destes mediadores é problemática e prenuncia a impossibilidade de trocas comunicativas de tipo ideal. Com esta intervenção, não se supera o paternalismo na comunicação. O Estado passa a assumir uma função cada vez maior de domínio na estruturação dos debates. Além disto, sabe-se que as decisões políticas mais importantes acabam ocorrendo fora destes fóruns

deliberativos, que se tornam apenas o local do espetáculo da legitimação democrática (2004, p. 70-72).

O que parece estar em falta é uma nova onda de atores autônomos que demandem uma significativa inclusão democrática. No entanto, a história dos movimentos sociais no Brasil dos anos 1970 e 80 demonstra a improbabilidade de que surjam grupos populares autônomos sem investimento substantivo em educação civil, conscientização e treinamento de lideranças. Com o enfraquecimento das forças progressistas que atuaram de forma significativa na cultura política brasileira nas últimas três décadas, tal investimento tem sofrido um declínio considerável. O trabalho “de base” saiu de moda ou não é mais financeiramente viável, e as abordagens elitistas e flandrópicas retornam triunfantes. (OTTMANN, 2004, p. 72)

Difícilmente se percebe a adoção no Brasil da tese mais pessimista de Habermas a respeito dos instrumentos democráticos na esfera pública. Para o autor, os fatores marcantes para a emergência de uma esfera pública relativamente autônoma são a busca pela expansão da educação e um nível básico satisfatório de segurança financeira e jurídica. É fácil verificar que a preocupação com o desafio de educar e capacitar os cidadãos brasileiros para participarem de um modo mais efetivo em processos participativos é algo ainda muito incipiente. Segundo Carvalho (2009, p. 11), a educação é definida, geralmente, como direito social, mas historicamente é pré-requisito para a expansão de outros direitos. Nos países em que a cidadania se desenvolveu com mais rapidez, por uma razão ou outra, a educação popular foi alçada a uma posição de destaque nas políticas públicas.

Esta autonomia da esfera pública também precisa de meios de comunicação em massa que efetivamente realizem seu papel de fornecer informações para a instrução dos cidadãos na formação de sua opinião pública. Via de regra, no Brasil, a mídia desempenha mal esta função, principalmente pela falta de democratização da comunicação, centrada nas mãos de um grupo pequeno de proprietários dos meios midiáticos. É por isto que Miguel (2003, p. 133-134) propõe algumas alternativas para a democratização da comunicação, com providências que começam na desconcentração da propriedade das empresas de comunicação, superando a lógica utópica liberal do “livre mercado de ideias” até chegar em um nível de comunicação que consiga qualificar o público com informações que levem a uma melhor instrução do debate político, como a instituição do “direito de antena”, onde os movimentos e organizações civis ganhariam tempo na mídia para a divulgação de suas ideias. Também deveria haver o

incentivo para a Constituição de canais comunitários de mídia e financiamento público que estimulasse a expressão de grupos desprivilegiados.

Isto levaria a um aumento da qualidade da representação política, onde as preferências seriam formuladas autonomamente pelos próprios destinatários das políticas. Neste sentido, seria superado um dos aspectos deficitários da democracia representativa clássica, onde os grupos só poderiam escolher uma das alternativas previamente estabelecidas pelos representantes de seus interesses. Colocando-se a base da prática da cidadania na própria sociedade civil, a representação política adequada dependeria da Constituição de arenas discursivas plurais, onde os membros de grupos sociais encontrariam a possibilidade de inventar e difundir seus discursos, na tentativa de formular interpretações autônomas de suas identidades, interesses e necessidades. Por isso, uma teoria ampliada da representação política deve buscar o aprofundamento do pluralismo político, com a plena Constituição dos interesses dos grupos. Ao analisar as propostas de Cass Sunstein, para o reconhecimento do valor da autonomia, como espaço de produção de regras sociais pelos próprios destinatários, Miguel expressa que esta ampliação da representação vai além da liberdade de escolha de políticas previamente definidas pelos representantes. Ela exige

Decisões alcançadas com uma consciência completa e vívida das oportunidades disponíveis, com referência a toda a informação relevante e sem constrangimentos ilegítimos ou excessivos no processo da formação de preferências”. (Miguel, 2003, p. 135)

Uma boa Constituição da sociedade civil em sua relação com os mecanismos representativos exige um ideal mais substantivo de democracia, não se esgotando no espaço das instituições políticas formais. Por isto, é necessária uma ampla reforma do sistema eleitoral, com novos mecanismos de seleção e formação dos grupos políticos e a busca de instrumentos que efetivem o princípio da representação aleatória, para combater a formação de uma elite política. Uma sociedade civil atuante precisa da garantia de acesso ao debate público de qualidade, de uma esfera pública que se preocupe também com a difusão de condições materiais mínimas para a atuação política autônoma e participativa, com a inclusão de

todos os grupos sociais politicamente relevantes (Miguel, 2003, p. 135-136).

Após este mapeamento da democracia no Brasil, abre-se oportunidade, neste trabalho, para o enfrentamento mais preciso do problema da superação da dicotomia entre direitos fundamentais e democracia, compreendendo que a função precípua do Supremo Tribunal Federal é a de garantir as condições da democracia. Para tal, o “princípio da democracia” é o padrão de correção para a identificação das insuficiências e possibilidades de uma atuação democrática do STF.

Da democracia no Judiciário brasileiro

Por uma atuação democrática do STF

Após a Segunda Guerra Mundial, desenvolveu-se uma nova compreensão a respeito do papel que cumpre a Constituição nos Estados constitucionalistas ocidentais. De certa forma, é possível afirmar que a democracia passou a depender do direito. Na Constituição encontramos o canal da institucionalização da moral no direito, com o objetivo de se superar uma concepção em que o direito era autônomo da moral, sem encontrar forças para o enfrentamento de questões de justiça e de regulação normativa do correto ou incorreto em matéria jurídica, quando analisadas sob o prisma da moralidade da sociedade. A jurisdição constitucional surge nesse contexto como instrumento assegurador da Constituição normativa, dando ao judiciário a oportunidade de assumir função destacada neste novo paradigma, com a perspectiva de que o direito não é meramente ordenador, como no Estado liberal. Ele carrega em si características transformadoras, disciplinadoras de um Estado a se constituir e se legitimar a partir da própria Constituição.

A Constituição brasileira compromete-se com este novo paradigma ao instituir fundamentos para a justificativa política da nossa sociedade. Ao se estabelecer como uma República, adotou como finalidades a erradicação da pobreza, a busca da justiça social, a promoção da igualdade e outros elementos principiológicos que guiam a sua normatividade. Deste modo, o Judiciário assume papel relevante, deslocando sensivelmente o polo de tensão do Poder Executivo e do Poder Legislativo em direção ao Poder Judiciário. A expansão da autoridade do Supremo caracteriza-se por um avanço do direito no campo da política¹, com a consequente ampliação da esfera de autoridade dos tribunais em detrimento dos demais Poderes, exercendo uma espécie de “supremocracia” (Vieira, 2008), ao se colocar

como árbitro dos grandes conflitos institucionais. Foi somente com a Constituição de 1988 que o STF deslocou-se para o centro de nosso arranjo político-institucional.

A ampliação dos instrumentos ofertados para a jurisdição constitucional tem levado o Supremo não apenas a exercer uma espécie de poder moderador, mas também de responsável por emitir a última palavra sobre inúmeras questões de natureza substantiva, ora validando e legitimando uma decisão dos órgãos representativos, outras vezes substituindo as escolhas majoritárias. Se esta é uma atribuição comum a outros tribunais constitucionais ao redor do mundo, a distinção do Supremo é de escala e de natureza. De escala, pela quantidade de temas que, no Brasil, têm natureza constitucional e são reconhecidas pela doutrina como passíveis de judicialização; de natureza, pelo fato de não haver qualquer obstáculo para que o Supremo aprecie atos do poder constituinte reformador. (VIEIRA, 2008, p. 445)

Este contexto aumenta a demanda por um sistema de *accountability* diferenciado, pois, ao contrário dos demais Poderes, o Judiciário não se respalda nos instrumentos clássicos de autorização, como os processos eleitorais de escolha dos representantes. Este problema se agrava quando analisamos o Supremo Tribunal Federal, cuja composição e estruturação adota o mesmo mecanismo tradicional do Poder Judiciário, como o privilégio à antiguidade e o acesso indireto de seus membros, sem o sufrágio popular.

O domínio do Judiciário pelo poder político, principalmente por meio de nomeações dos juízes pelo poder monopolizado, possui graves problemas, pois a meritocracia é substituída por lealdade ao poder, contribuindo para uma baixa qualificação técnica do Judiciário. Neste sistema também enquadra-se o sistema de recrutamento por eleição popular, que apresenta problemas semelhantes. Por outro lado, a excessiva burocratização do acesso ao Judiciário, que se baseia em critérios objetivos, mediante provas de ingresso, contribui para o enclausuramento do sistema jurídico, fechado para mecanismos de legitimidade democrática de sua atuação. Não se busca nenhum destes extremos. O que se busca é evitar uma aristocracia judicial, por meio de uma aproximação possível do Judiciário brasileiro à democracia, especificamente na atuação da jurisdição constitucional, em um projeto ainda a se construir, de “democratizar a democracia” (Santos, 2002) e suas instituições responsáveis pela proteção e promoção da democracia.

Utilizando-se a expressão de Eros Grau (2009), o direito é alográfico. Ou seja, seu sentido é atribuído “de fora”, necessitando sempre de um intérprete e de uma teoria para ser compreendido. A busca por conceitos unívocos é uma tarefa que exige especialização, a ser feita por juízes capacitados para esta missão. Entretanto, o papel que cumpre o STF na função de “guarda da Constituição” exige uma leitura cuidadosa com relação a este exclusivismo interpretativo. A Constituição não é uma mera lei ordinária. É instrumento de Constituição política da própria sociedade, de sedimentação das possibilidades de realização do próprio sistema jurídico e das funções dos demais Poderes. Assume a Constituição uma posição basilar na construção do mundo político. Por isto, entender o STF como um órgão jurisdicional qualquer é menosprezar o próprio lugar que ocupa a Constituição e menosprezar o papel significativo que os membros do STF cumprem no sistema democrático brasileiro. E a mera adaptação dos mecanismos clássicos de controle democrático do sistema representativo não seria algo adequado ao caso do Poder Judiciário.

Na busca por esta reconfiguração, alguns instrumentos foram desenvolvidos para dar ao STF uma abertura pluralista, “democratizando” o acesso ao Supremo. Com a Constituição de 1988, aumentou-se o rol de legitimados para a propositura de ações de controle direto de constitucionalidade, que antes era exclusividade do Procurador-Geral da República. Atualmente, o artigo 103 da Constituição traz um número ampliado de agentes políticos e sociais que têm a prerrogativa de provocar o Supremo na tarefa de controle da constitucionalidade. Outra mudança importante na abertura da arena política do STF foi a possibilidade de organizações da sociedade civil e outros grupos de interesse participarem dos debates anteriores aos julgamentos em Plenário, na qualidade de *amici curiae*, manifestando-se com informações relevantes para o processo. Além disto, criou-se a figura das audiências públicas, para casos de relevância, trazendo ao Supremo autoridades e especialistas no assunto a ser tratado, com argumentos técnico-políticos para o processo decisório². Dessa forma, com uma Constituição abrangente, um Tribunal constitucional que ganha destaque perante os demais Poderes e a própria população e a pluralização das vias de acesso ao Supremo, a jurisdição constitucional acaba sendo acionada constantemente para a realização dos anseios mais variados. Ele

tornou-se palco de debate dos assuntos que vão desde o estudante que discorda dos benefícios de uma “ação afirmativa”, até o agente político que entende incorreta a forma como os vetos presidenciais estão sendo analisados no Congresso Nacional.

Com o deslocamento deste polo de tensão do Executivo e Legislativo para o Judiciário, percebe-se que a República é a mesma, mas seu sentido já não é mais o de outrora. Do mesmo modo, o STF não é um órgão como qualquer outro do Poder Judiciário. Se antes a democracia liberal preconizava a preservação formal das liberdades, hoje ela assume viéses substancialistas, ao exigir a abertura pluralista e legitimada das instituições públicas. Como ficam o conceito de democracia e de representação no contexto do Poder Judiciário? É possível perceber a meritocracia, característica do sistema jurídico, como um elemento que se justifica segundo o sentido atual de democracia? Como compatibilizar o republicanismo democrático e a democracia participativa com as funções da jurisdição constitucional?

Após a Emenda Constitucional 45/2004, muito se falou a respeito da “Reforma do Judiciário”, no aumento de sua eficiência, em *accountability* do Judiciário. Porém, este não é o foco do presente trabalho. A abordagem do tema poderia se aprofundar e questionar a estrutura do Poder Judiciário como um todo. Entretanto, para fins da pesquisa aqui empreendida, o corte metodológico irá abranger somente os aspectos referentes à jurisdição constitucional operacionalizada pelo STF, em uma procura por uma *accountability* de cunho diferenciado, que se adeque à especificidade da tarefa jurisdicional e à forma específica de composição dos órgãos decisórios, tendo por pano de fundo a compreensão de que todo e qualquer poder político, em um Estado democrático, é exercido em nome do povo e a ele deve prestar contas. Por isto, mais uma vez, estamos diante da realização do “princípio da democracia”, que exige o assentimento de todos os parceiros do direito na validação legítima da normatização jurídica.

Neste aspecto, o “princípio da democracia”, quando analisado em suas possibilidades de efetivação pela jurisdição constitucional, exige uma compreensão ampla sobre suas áreas de ressonância. O conceito de democracia que aqui se adota encontra limites na própria Constituição da

associação de membros de uma comunidade jurídica. Assim, a democracia se confunde com a própria Constituição. Por onde ressoa sua normatividade, o direito encontra espaço para, com sua forma jurídica, realizar o princípio da democracia, que se legitima quando permite o assentimento de todos os envolvidos, ou seja, quando assume como seu conteúdo o “princípio do discurso”.

Para o presente livro, esta área de ressonância do princípio do discurso será analisada seguindo-se uma divisão em algumas etapas. Primeiro, busca-se a exemplificação da tensão entre direitos fundamentais e democracia a partir da exposição de alguns casos emblemáticos do Supremo. Em seguida, a dicotomia é superada com a exposição dos motivos pelos quais o STF deve assumir a função de guarda da democracia, em superação de compreensões paradigmáticas que se destacam na dogmática, chegando-se à compreensão de que a Constituição, enquanto democrática, deve ser guardada por todos. Mas antes, para que esta superação ocorra, é preciso compreender como se realiza a gênese lógica dos direitos fundamentais, em consonância com o próprio princípio da democracia.

Em complementação, a identidade política brasileira deve se alicerçar em uma lealdade de tipo político-constitucional. Por isto, o “patriotismo constitucional” serve como embasamento teórico para esta exigência. Ao se constituir por um sistema político comprometido com o pluralismo de formas de vida, a própria jurisdição constitucional compromete-se com uma hermenêutica voltada para um sentido democrático pluralista, exigindo uma tarefa interpretativa pluralista e minimalista, aos moldes da teoria de Cass Sunstein, que será analisada em suas possibilidades de adequação à jurisdição constitucional brasileira. Superada esta dicotomia, encontra-se possibilidade de avanço da aplicação do princípio da democracia aos outros âmbitos de realização institucional da participação popular, principalmente na análise da relação entre a jurisdição constitucional e o devido processo legislativo.

A tensão entre direitos fundamentais e democracia: análise de casos

A dogmática do direito constitucional, no Brasil, ao analisar os últimos julgados relevantes do STF, desenvolve a percepção de que há uma relação de concorrência entre democracia e constitucionalismo – ou direitos fundamentais. Em síntese, a compreensão de democracia que é exposta é simplista, pois confunde este conceito com suas concepções. Expõe democracia como sinônimo de soberania popular, de governo do povo e, principalmente, como vontade da maioria. Por sua vez, o constitucionalismo e sua prerrogativa de garantir os direitos fundamentais é entendido como o local da limitação do poder, principalmente daquele poder que autoriza os representantes a exercerem suas funções políticas.

Há também outra dualidade, decorrente desta concepção, que faz distinção entre política e direito. Se o Supremo está encarregado de preservar o constitucionalismo, frente a própria democracia, quando esta é entendida como expressão da vontade da maioria, existe aí uma concorrência explícita entre o sistema jurídico e o sistema político. A política se expressa na vontade da maioria, que só se possibilita quando respeita os direitos fundamentais e, assim, os direitos das minorias vencidas no processo democrático majoritarista. Assim, abre-se espaço para a criação da ideia de que o Supremo, ao exercer sua tarefa de guarda da Constituição, acaba judicializando a vida política, principalmente pelo fato de que as questões de repercussão moral, econômica e social passaram a ser definidas, em última instância, pelo Poder Judiciário. Destaca-se, então, o papel contramajoritário do STF, que atua em nome da Constituição, protegendo o jogo democrático ao sobrepor a razão dos direitos fundamentais à dos representantes da política majoritária.

Por outro lado, esta judicialização do mundo político também tem sido encarada como uma oportunidade que o Supremo tem encontrado de desenvolver um aspecto relevante de ativismo judicial. Ao atender as demandas sociais e políticas que não foram satisfeitas pelo Congresso Nacional, mas que encontram abrigo na normatividade da Constituição, o STF atua em nome deste “vácuo legislativo”, da omissão de um Congresso não efetivador dos próprios direitos fundamentais expressos na Constituição. Em alguns momentos, o Supremo tem se alçado como mais um dos Poderes que representa diretamente a soberania popular, ao materializar as decisões soberanas expressas no texto constitucional. E, por

vezes, tem sido entendido como uma das instâncias que efetiva diretamente os “anseios populares” por mudanças e realizações.

Como exemplificação da dicotomia que aqui se enfrenta, alguns casos julgados no ano de 2012 pelo STF podem facilitar a elucidação do problema. Um dos casos mais emblemáticos desta situação dicotômica pela qual passa o STF atualmente foi o referente ao julgamento do “Mensalão”, na Ação Penal 470. Mesmo que o caso não seja estritamente de controle de constitucionalidade, ele expressa questões sensíveis do arranjo institucional da democracia brasileira, principalmente ao se condenar uma forma de se fazer política, amplamente disseminada no país: a realização de campanhas políticas financiada por “doações” que, mesmo não sendo ilegais, fomentam suspeitas e “trocas de favores”.

Outro caso que demonstra bem esta característica “política” do STF foi o julgamento da “Lei da Ficha Limpa”. Após definir que a Lei era inaplicável às eleições de 2010, o Supremo, em 2012, analisou a constitucionalidade material das novas disposições da Lei e decidiu que fatos anteriores à edição deste novo texto legal poderiam gerar inelegibilidades futuras, além de não exigir o trânsito em julgado das decisões condenatórias para a imposição da inelegibilidade. Com a análise dos votos da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 29, percebe-se que houve uma “flexibilização” da tradição garantista do Supremo para atender ao clamor popular. A análise aqui trazida é exaustiva, mas serve como demonstrativo do problema que se debate.

Neste julgado, o ministro Joaquim Barbosa apoiou-se na ideia de que a Lei da Ficha Limpa está em consonância com a concretização do princípio da moralidade administrativa e dos postulados da probidade e da normalidade e legitimidade das eleições. A inelegibilidade seria um impedimento de ordem pública, visando à moralização do voto e do interesse social, já que a sociedade brasileira reuniu número suficiente de assinaturas para apresentar o projeto de lei complementar da “Ficha Limpa”. Este pressuposto de legitimidade, ao se apoiar na mobilização social, revela um “despertar de consciência a respeito do real significado da democracia e de um dos seus elementos constitutivos essenciais que é a representação política”. Joaquim Barbosa ressalta que o projeto não foi

iniciativa dos parlamentares, mas sim da mobilização da sociedade, o que por si só lhe dá prenúncios certos de legitimidade. Se estes novos critérios foram fomentados no “seio” da própria sociedade, defendidos e exigidos por movimento social expressivo, estão, por este motivo, em “perfeita harmonia com a Lei Maior”.

Sem dúvida, há na sociedade brasileira um clamor pela superação do nosso passado clientelista e patrimonialista e pela transição para um futuro de virtude e de coparticipação. O que se busca é o abandono da complacência e da conivência com a falta de moral, de honestidade, que aqui e ali ganham foros de aceitação até mesmo pela via de expressões jocosas que não raro caem no gosto popular, como é o caso da execrável “rouba, mas faz”. O objetivo é avançar rumo a uma exigência efetiva de ética e transparência no manejo da “coisa pública”, da *res publica*. (BRASIL, ADC 29, BARBOSA)

Para Joaquim Barbosa, a alegação de inconstitucionalidade é feita por parte daqueles que objetivam proteger seus interesses puramente individuais e privados, numa mescla entre interesse público e privado, privilegiando o privado em detrimento do público. Não caberia, assim, numa ponderação entre valores referentes aos direitos políticos individuais e os valores referentes aos direitos políticos em sua dimensão coletiva, ceder espaço maior para os direitos individuais em face de um “princípio de maior envergadura constitucional”, que é a “própria democracia e seus mecanismos operativos”. Sob pena de se transformar a democracia em um mero conceito vazio, não revestido de legitimação, a inelegibilidade não pode ser entendida como pena, mas como uma reprovação prévia, prejudicial às eleições, do comportamento objetivamente descrito como contrário às normas da organização política.

Para o ministro, a ideia de mandato parlamentar está estreitamente ligada à concepção moderna de democracia, mas não apenas em um caráter meramente formal, como direito individual do representante. O direito público atual exige que o representante entenda o seu mandato como poderes outorgados pelo povo como um todo e não apenas por aqueles que o elegeram. Por isto, há a necessidade de que se respeite o *munus* outorgado pela sociedade, através da observância dos pressupostos mínimos de ética e de moralidade, incluído nisto a expectativa de que o parlamentar não venha a renunciar o seu mandato, quando estiver em processo que vise levá-lo à perda do mandato. E que se supere a concepção de que a representação é um direito subjetivo do parlamentar. Com isto, pode-se compreender que a

Lei da Ficha Limpa não retroage, mas concede efeitos futuros a um ato ocorrido no passado, tendo em vista um interesse público relevante, que é a preservação da democracia e de sua legitimidade, que não está à disposição de interesses individuais.

No mesmo sentido, Marco Aurélio, ao decidir pela constitucionalidade da Lei, acrescentou que o cidadão que “faliu no campo privado”, nada deve buscar no campo público, pois há práticas que merecem quase que a excomunhão maior da vida política. Ayres Britto disse entender que a Constituição brasileira tinha de ser mais dura no combate à imoralidade e à improbidade, pois a “nossa história não é boa; muito pelo contrário, a nossa história é ruim”. A Lei da Ficha Limpa é ambiciosa por querer mudar uma péssima cultura brasileira no trato da coisa pública, implantando no país o que se poderia chamar de qualidade de vida política, pela melhor seleção de candidatos respeitáveis. Ricardo Lewandowski, ao votar pela constitucionalidade da Lei, ressaltou que ela foi apoiada por mais de 1,5 milhão de assinaturas, com aprovação unânime no Congresso e sancionada sem veto algum. Para o ministro, estamos “diante de um diploma legal que conta com o apoio expresso e explícito dos representantes da soberania nacional”. Ao se balancear os valores constitucionais de mesmo nível, como a suspensão de direitos políticos com a condenação criminal transitada em julgado e a proibição administrativa e a moralidade para o exercício do mandato, prepondera a Lei da Ficha Limpa, pois foi uma opção legislativa legítima na prevalência de um dos princípios.

A ministra Carmen Lúcia destacou que a democracia representativa demanda uma representação ética para ser legítima. Por isto, a Lei da Ficha Limpa “prega e reafirma” cada qual dos princípios constitucionais e não se afeta o princípio da não culpabilidade, pois este princípio aplica-se à seara penal e o caso em questão estaria em sede de direito eleitoral, onde prepondera a questão pública. Rosa Weber destacou a força “hercúlea” da sociedade em trazer para a esfera política uma norma de caráter moralizador, destacando que o Supremo teria a incumbência de dar uma resposta ao Brasil sobre o tema, assegurando a soberania popular em sua plenitude, já que a Lei da Ficha Limpa não tem por destinatário primeiro o indivíduo, mas a coletividade, ao assegurar, em último plano, a concretização do Estado Democrático de Direito. O homem público não

estaria no mesmo patamar que o cidadão comum. Estaria subordinado às exigências do “mínimo ético”, não se destacando neste caso as regras de direito adquirido ou de presunção de inocência.

Estes votos representam a posição vencedora nesta votação, pautando-se sempre na percepção de que o Supremo deve ser sensível também ao clamor popular, à vontade da população por uma moralização na administração pública. A divergência a esta posição, em aspecto geral, apoia-se na compreensão de que o STF deve exercer sua função contramajoritária, de garantia dos direitos fundamentais políticos e individuais, estabelecidos na própria Constituição. Em seu voto divergente, o ministro Dias Tóffoli inicia sua argumentação demonstrando que o STF cumpre o papel político-constitucional de filtro da vontade das majorias contra as minorias. Para o ministro, o Supremo deve proteger as majorias contra elas mesmas, no papel “desagradável” de restringir a vontade popular em nome da proteção do equilíbrio de forças democráticas “contra o esmagamento de minorias ou de pautas axiológicas que transcendem o critério quantitativo do número de votos em uma eleição ou um plebiscito”. Por trás da Lei da Ficha Limpa está um discurso moralizante, de “salvação nacional”, assemelhado aos discursos autoritários presenciados em muitos momentos da história nacional. Este discurso chega ao extremo de desrespeitar o núcleo essencial de direitos fundamentais, “ainda que de indivíduos pelos quais não se exprime uma opinião das mais favoráveis”.

Entendo que as mazelas existentes no sistema político representativo, de domínio coletivo, não são reparáveis por meios que levam ao amesquinamento de garantias constitucionais há muito conquistadas, e cuja imanência ou imbricação no seio social, no atual estágio de desenvolvimento da cultura jurídica, fazem-nos esquecer de sua importância. As pedras de toque do sistema constitucional, tais quais o núcleo essencial dos direitos fundamentais, intangíveis, são objeto, por vezes, de tentativa de quebra. Pequenas fissuras, em certos casos, resultam em fraturas graves à estrutura do edifício normativo e podem levar à sua ruína. O papel da Corte, às vezes desgostoso, mas necessário, é de combater abusos perpetrados pelo Poder Público, ainda quando veiculados pelo poder legiferante. (BRASIL, ADC 29, TÓFFOLI, 5)

Tóffoli entende que a elegibilidade é direito subjetivo do cidadão-candidato, matiz da capacidade eleitoral passiva, garantidor do acesso aos cargos de representação política e de gestão governamental. Desse modo, a Lei da Ficha Limpa desatenderia o postulado da presunção da inocência ao instituir óbice à candidatura do cidadão que é condenado por ilícito penal,

eleitoral ou de improbidade administrativa, sem que haja pronunciamento definitivo do Poder Judiciário em relação ao caso. Neste ponto, estaríamos diante de uma aplicação antecipada da regra de inelegibilidade. Ao invés de se patentear a presumida não culpabilidade do candidato, estabelece-se prescrição contrária, “presumindo a culpabilidade e negando o acesso do cidadão ao pleito eleitoral”. A criação de novo critério selecionador das condições subjetivas de elegibilidade somente deveria valer para processos eleitorais futuros, em respeito à regra constitucional que dispõe sobre alterações no processo eleitoral com aplicabilidade às eleições posteriores ao ano da vigência da nova lei.

Ao divergir quanto à constitucionalidade de dispositivos da Lei da Ficha Limpa, Gilmar Mendes destacou duas garantias fundamentais da Constituição, que é a de ninguém ser considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória e a admissão da suspensão de direitos políticos somente por meio de sentença criminal transitada em julgado. Para o ministro, “não cabe à Corte relativizar conceitos constitucionais atendendo a apelos populares”. A missão do Supremo “é interpretar a Constituição Federal, mesmo contra a opinião majoritária”. Cézar Peluso, também em posição divergente, entendeu que a Lei da Ficha Limpa não poderia alcançar fatos ocorridos antes de sua vigência, pois, a inelegibilidade seria uma restrição dos direitos do candidato. Ao atingir fatos passados, o direito não estaria levando em consideração o ser humano em sua dignidade, retirando dele a sua capacidade de se autoadministrar, não tendo possibilidade factual de eleger comportamentos com base na lei futura. O Estado passaria a ser confiscador da cidadania, porque retiraria do cidadão parte da sua esfera jurídica de cidadania.

O ministro Celso de Mello entendeu que as previsões sobre inelegibilidade configuram típica sanção de direito eleitoral cuja incidência restringe a capacidade eleitoral passiva do cidadão, por privá-lo de um direito fundamental, que é o de participação política. Para ele, o “Congresso Nacional pode muito, mas não pode tudo”. Ele não pode transgredir, mesmo mediante leis de iniciativa popular, o núcleo de valores que confere identidade à Constituição, como a presunção de inocência. Destacou que não questionou, no julgamento, a necessidade de lei que possa “banir da vida pública pessoas que efetivamente não se ajustam à exigência de

moralidade e probidade”, mas entendeu que nem mesmo a formulação de leis de iniciativa popular pode justificar normas que transgridam a Constituição.

Percebe-se nos votos divergentes que essa compreensão de violação dos direitos subjetivos fundamentais do cidadão só é possível quando o direito de representação política é analisado como se fosse um direito subjetivo do próprio parlamentar. Se assim o for, é inevitável a interpretação de que direitos fundamentais foram violados. Entretanto, conforme será exposto no tópico referente ao devido processo legislativo, uma correta compreensão sobre o direito de representação deveria se afastar dessa pressuposição dogmática de que o representante, ao receber a autorização por meio do voto, passa a ter um direito subjetivo de decidir em nome do representado. Se não se superar esta compreensão, a dicotomia também não a será.

Em 2012, também foi julgada a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54, sobre a constitucionalidade da antecipação do parto de fetos anencefálicos e possível descaracterização do crime de aborto. O relator, ministro Marco Aurélio, compreendeu que a hipótese de antecipação do parto não se subsume ao tipo penal do aborto. A argumentação que ficou vencida entendia que o Supremo estava, de modo indevido, criando novas normas e invadindo a esfera de competência do próprio Legislativo. Além disto, para Cezar Peluso, o STF deveria proteger a vida e a dignidade humana do feto, garantias constitucionais que são inafastáveis. A teoria hermenêutica que será analisada neste trabalho, a do “minimalismo judicial”, oferece oportunidade para uma postura minimalista do STF, ao entender que esta situação é campo de definição exterior ao direito, não cabendo ao Supremo a manutenção de um padrão ético ou religioso de uma maioria da população, em um ato de violência estatal contra as mulheres. Ao se evitar uma análise profunda da situação, percebe-se que não é nem o caso de invasão das competências legislativas, nem de violação dos direitos fundamentais do feto anencefálico.

Esta exemplificação permite compreender a dicotomia entre direitos fundamentais e democracia no âmbito interno da própria jurisdição constitucional. Este âmbito interno será o foco principal do trabalho. Além disto, percebe-se que uma jurisdição constitucional comprometida com a

realização do princípio da democracia precisa avançar e se comprometer com a qualidade da tarefa legislativa e com a preservação das garantias que o sistema jurídico oferece para a manutenção da sociedade civil e da esfera pública. Assim, em princípio, será analisada a possibilidade de superação desta dicotomia, que é interna à atividade da jurisdição constitucional, propondo-se a formação de uma identidade constitucional, dentro de uma revisitação da gênese do sistema de direitos, o que compromete a hermenêutica constitucional em sua tarefa interpretativa, para depois se avançar e alcançar as relações da jurisdição com o devido processo legislativo e a própria sociedade civil, em suas garantias jurídicas.

Superando a tensão

Na sua abordagem histórica sobre a construção de nossa identidade constitucional, Menelick de Carvalho Netto tem por objetivo dar racionalidade jurídica ao ordenamento jurídico brasileiro a partir daquilo que o autor denomina como “fio democrático” a ser extraído de nossa história constitucional. Neste intuito, o autor busca estabelecer a relação entre o exercício de nossos direitos fundamentais com a racionalização técnica do ordenamento, dentro da tensão permanente entre a “dimensão da democracia, da soberania popular, por um lado, e, por outro, a da Constituição, dos direitos individuais” (2003, p. 13). A exacerbação de um dos lados desta dicotomia instaurou, em nossa história constitucional, simulacros de Constituição, ou uma ditadura travestida de democracia, ou um arremedo de Constituição que, em vez de garantir a formação e a manifestação institucional da opinião e vontade pública, as viola e a elas se opõe, transformando o texto constitucional em mera letra morta e dando azo a graves processos de anomia (2003, p. 14-15).

Menelick de Carvalho Netto, ao se utilizar das palavras de Chantal Mouffe (1994) e de suas propostas para uma “cidadania democrática radical”, aponta que, no Brasil aprendemos de modo doloroso que a democracia só é democrática se for constitucional, evitando a ditadura da vontade ilimitada da maioria. E, do mesmo modo, aprendemos que “o constitucionalismo só é constitucional se for democrático”, pois, a modulação passiva do povo, como objeto do texto constitucional, é autoritarismo, é a negação do próprio constitucionalismo (2003, p. 15).

Assim, o autor tenta “compreender adequadamente o projeto constituinte/constitucional de um Estado Democrático de Direito entre nós” (Oliveira, 2005, p. 7), superando o enfoque tradicionalmente dado ao tema da legitimidade e efetividade constitucionais no Brasil. Esta crítica feita à suposta dicotomia existente entre direitos fundamentais e democracia tem por base teórica a apreensão que Jürgen Habermas (2003) faz da tentativa de Ronald Dworkin (2003) de superação da tensão, no direito, entre segurança jurídica e decisão justa, buscando um direito como prática social, interpretativa e argumentativa, dentro de uma reconstrução paradigmática do direito que apresenta uma renovada Teoria da Constituição, que resgata os princípios constitucionais e democráticos já presentes na história de nosso constitucionalismo (Oliveira, 2005, p. 10).

Para se enfrentar a questão do incremento de participação cidadã na atuação da jurisdição constitucional, alguns autores apresentam propostas de alteração e interpretação do ordenamento jurídico, buscando superar a “pretensa dicotomia entre um ideal transcendental de Constituição e uma cruel e intransponível realidade político-social” (Oliveira, 2005). O nosso constitucionalismo necessita da “atuação de uma jurisdição constitucional comprometida com a democracia”, garantindo condições processuais para que a cidadania se exerça, levando em conta “as desigualdades sociais e o pluralismo de identidades culturais e individuais, mas que não deve, nem precisa, ser um substituto para a cidadania que deve garantir” (2005). Para cumprir com este objetivo, há a possibilidade de resgate do papel da filosofia como guardião da racionalidade e do papel do direito como intérprete mediador do mundo da vida, capaz de lidar de modo construtivo com os problemas resultantes da velha teoria constitucional dicotômica por meio de uma dogmática comprometida com o novo projeto de um Estado Democrático de Direito para o Brasil.

Assim, parte-se, nesta compreensão, da ideia de que a chamada “transição democrática” de 1988 inicia um novo paradigma de debate sobre o processo de democratização do Brasil. A ideia de supremacia constitucional é assunto que tem ganhado relevância no âmbito acadêmico e gerado uma “revisitação” dos diversos institutos do direito por meio da chamada “filtragem constitucional”, ou seja, da reanálise do direito sob o viés constitucional. Este processo de constitucionalização permite o

questionamento sobre a legitimidade deste processo de transição democrática brasileiro, principalmente com relação à legitimidade da Assembleia Constituinte. Houve realmente um amplo debate com a população brasileira acerca da Constituição que esta gostaria de ter? Pode-se falar de uma ruptura institucional ou revolucionária promovida pelo “povo” no exercício da soberania popular, decorrente do desgaste do regime ditatorial? A convocatória da Assembleia Constituinte por intermédio da Emenda Constitucional nº 26 à Carta autoritária de 1969 era legítima?

A ideia de uma “democracia possível”, que permeava todo o período chamado de “transição política” da ditadura para a democracia, possibilitou ser pensada uma modernização autoritária brasileira na ausência de uma ruptura revolucionária promovida pelo próprio povo, num vício de cidadania característico da compreensão de que para a instauração de um novo regime é necessário que ele seja promovido pelo próprio titular da soberania e, quando este não está preparado para tal, é preciso que alguém o promova em seu nome – uma democracia “*para*” o povo (Oliveira, 2009). Somos, nesse sentido, herdeiros de uma tradição francesa que entende o poder constituinte como um ato do soberano (Carvalho Netto, 2002). Na compreensão atual da titularidade do poder nas mãos do povo, percebe-se que em momentos nos quais este não o exerce, outros atores o substituem alegando ser este o único meio “possível” para que a democracia seja promovida. A história política brasileira mostra momentos característicos dessa substituição: ou na figura de um Poder Moderador ou na de um presidente do povo, na das Forças Armadas e, mais atualmente, na de uma Corte Constitucional escolhida por uma “elite política consciente e responsável”.

Essa “democracia possível” capitaneou os trabalhos iniciais da Assembleia Constituinte por meio da denominada “Comissão de Notáveis”, encarregada da elaboração do anteprojeto inicial. Essa tutoria da democracia foi logo rompida quando as pressões populares determinaram a queda da Comissão e a adoção de uma metodologia que partia da coleta de sugestões populares, o que culminou na aceitação de sua legitimidade quando da sua promulgação. Partindo desse fio inicial de legitimidade da Constituição e das “sementes de liberdade mergulhadas em nossas tradições” (Carvalho Netto, 1992), propõe-se deixar de lado uma

abordagem de legitimidade que se preocupe com marcos rompantes e justificadores de mudanças de paradigmas, como no caso apresentado, para se adotar a perspectiva de um processo constituinte legítimo e contínuo, que se constrói agora e se projeta a um futuro aberto de legitimação, não dependente apenas do apoio do povo, mas também de instituições capazes de garantir o exercício de uma democracia realmente participativa e constitutiva de sua própria legitimação (Habermas, 2003). A Constituição não cumpriria o papel de efetivar um mundo ideal construído por poucos notáveis, mas sim de proteger e garantir a própria democracia, transformando o seu ato fundador em um processo constituinte continuado por meio de sucessivas gerações, capaz de redimir o passado pelo agir político-jurídico.

Neste ponto é que se destaca a grande função do Supremo Tribunal Federal na sedimentação de uma Constituição verdadeiramente “cidadã”. Uma das mais importantes tarefas da jurisdição constitucional, no marco da separação dos poderes, é a de garantir a realização das condições procedimentais para o exercício discursivo da autonomia pública. Os direitos fundamentais servem como o princípio condicionante para um consenso racional a respeito da institucionalização de normas para o agir, tornando possível a gênese democrática do direito, dentro de uma relação não conflituosa entre o constitucionalismo - direitos fundamentais - e a democracia (Oliveira, 2006a, p. 165-166). Esta atuação da jurisdição constitucional na garantia das condições procedimentais do processo legislativo democrático não a torna um poder legislativo em si, mesmo que negativo, no sentido expressado por Kelsen (2007) ou guardião de uma eticidade dominante na sociedade. Para que esta relação entre democracia e direitos fundamentais se equacione, a tarefa da jurisdição constitucional deve garantir as condições processuais para o exercício da autonomia pública e da autonomia privada dos coassociados jurídicos em uma determinada sociedade.

A jurisdição constitucional como um legislador negativo, no entendimento de Kelsen (2007), está fundada num positivismo jurídico que instrumentaliza a discricionariedade necessária para a manutenção das políticas governamentais decididas por instâncias políticas exteriores ao judiciário. A noção de “interpretação autêntica” restringe a comunidade de

intérpretes da Constituição aos órgãos jurídicos, em um modelo fechado de normatividade das regras jurídicas. Ao declarar uma norma como inconstitucional, o órgão jurisdicional faz cessar os efeitos da norma, com uma declaração constitutiva de nulidade, com efeitos prospectivos. Por isto, o tribunal constitucional age como se fosse um legislador negativo, constituindo a invalidade em uma análise autêntica da constitucionalidade das normas.

Já a posição que defende a atuação da jurisdição constitucional como um guardião da eticidade dominante na sociedade faz com que os tribunais constitucionais atuem para a garantia das condições procedimentais do exercício da autonomia por parte dos cidadãos, possibilitando o processo democrático ao assumir a posição de um “guardião da virtude”, com base em fundamentos ético-culturais ou político-pragmáticos (Häberle, 1997). O controle de constitucionalidade torna-se uma questão de Estado, em comprometimento com os valores virtuosos da sociedade.

Assim, para que o tribunal constitucional supere a relação supostamente dicotômica entre direitos fundamentais e democracia, deve-se compreender a proposta de Habermas para uma gênese dos direitos fundamentais que possa se coadunar com uma compreensão democrática de garantia de direitos. O autor, ao analisar a clássica teoria dos direitos fundamentais, que os divide em três categorias, a de direitos civis, políticos e sociais, destaca que esta divisão possui um fundamento histórico que acompanha a evolução conceitual do Estado de direito. Em uma postura crítica a respeito desta leitura histórica dos direitos fundamentais, Habermas (2003a) encontra a possibilidade de construir uma gênese lógica destes direitos a partir da formulação de Kant de que o único e originário direito humano é o direito a iguais liberdades subjetivas. Ao se preocupar com a fundamentação dos direitos pelo caminho da teoria do discurso, equacionando o “princípio do discurso”, com a “forma do direito” e o “princípio da democracia”, Habermas busca uma fundamentação racional dos direitos que não se comprometa com uma noção de fundamentação última.

A gênese lógica dos direitos fundamentais

Uma compreensão mais aprofundada sobre as relações entre direitos fundamentais e democracia tem de superar a noção de que entre estes dois conceitos existe uma situação de tensão ou de concorrência. Há, na verdade, uma cooriginalidade entre eles, onde a democracia é o ente legitimador de um sistema de direitos que a realiza. A base material da construção desta perspectiva toma em consideração as formações sociais contemporâneas, que não mais oferecem fundamentos últimos aos quais se recorrer na justificação de suas convicções. Assim, a constante problematização das regras de conduta dentro do fato do pluralismo de formas de vida, concorrentes e incomensuráveis, faz com que seja necessário algum tipo de regulação normativa integradora cuja validade seja defensável de maneira argumentativa e pública.

A teoria de Habermas oferece dois elementos-chave para o enfrentamento deste problema. Por um lado, temos a “forma jurídica” das normas, enquanto meio de integração social comprovado historicamente como imprescindível funcionalmente, que traz ao sistema jurídico o aspecto da facticidade ou potência coercitiva que respalda as normas jurídicas. Por outro lado, temos o “princípio do discurso”, que é o critério de justificação e fonte de legitimação social, oferecendo pretensão de validade intersubjetiva, inerente às normas jurídicas enquanto instrumentos regulativos de uma interação remetida em última instância à linguagem. A articulação entre estes dois elementos-chave, mediante os quais opera o direito positivo nas sociedades modernas, traduz-se em uma situação de aparente e constante tensão. Esta é a ideia diretora do sistema de direitos desenvolvida por Habermas, que entende que todo o sistema jurídico é concebido como a esfera de compromisso entre a facticidade – entendida como legalidade – e a validade – entendida como legitimidade (Velasco, 2000, p. 157-159).

Com o “princípio do discurso” empreende-se uma formulação procedimental da razão dentro de uma compreensão intersubjetiva, dando-lhe validade normativa: “são válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais” (Habermas, 2003a, p. 142). Esta fundamentação discursiva das normas sociais fundamentais separa-se de qualquer forma de filosofia da consciência e deve se desenvolver para além

do “monólogo do eu consigo mesmo ou dos falsos diálogos monologizados”. A fundamentação se justifica quando se valem de um diálogo intersubjetivo “honrado”, que só se faz possível quando o “princípio do discurso” é concebido como princípio regulativo da aceitabilidade das normas de ação (Velasco, 2000, p. 159).

Depois do “desmoronamento histórico” das formas tradicionais de integração social, a teoria do direito tem buscado estruturas operativas que favoreçam ou, ao menos, possibilitem a convivência e a cooperação social. É neste sentido que a técnica jurídica se oferece como meio hábil para enfrentar este desafio, pois a linguagem do direito consegue articular nos vários âmbitos da sociedade mensagens com conteúdo normativo. Para que estes enunciados normativos tenham estabilidade funcional, é necessário que a eles seja conferida uma “forma jurídica” que ofereça segurança aos sujeitos sociais. Esta “forma jurídica” é um mero marco categorial vazio de conteúdo normativo, que gera validade abstrata – a generalidade semântica da lei – e capacidade de coerção, própria do direito formal. Quando o “princípio do discurso” toma forma jurídica, ele se transforma em “princípio da democracia”, pois as leis jurídicas somente serão válidas quando puderem encontrar assentimento de todos os membros da comunidade jurídica em um processo discursivo de criação do direito constituído legalmente. Atendidos estes requisitos, a justificação do sistema de direitos não repousará nas qualidades lógico-semânticas da lei geral, como era proposto pela filosofia da consciência ao buscar uma gramática formal, abstrata e descontextualizada das normas de ação. Ela repousará nas condições pragmáticas dos discursos que se fazem valer pela força coativa do melhor argumento. Desse modo, quando o “princípio do discurso” é aplicado ao direito, obtem-se o “sistema de direitos”: com a forma jurídica atinge-se a estabilização das expectativas sociais de conduta; com o princípio do discurso verifica-se a legitimidade das normas de ação. São estes os meios suficientes para que sejam introduzidas, abstratamente, as categorias de direitos que darão lugar ao código jurídico em si, fixando assim o estatuto jurídico dos sujeitos de direitos (Habermas, 2003a, p. 139-147).

À diferença dos direitos fundamentais justificados teoricamente pelo processo de posituação do direito natural, de cunho racionalista,

historicamente contingente e a todo momento revisado pelo legislador constitucional, Habermas afirma que seu sistema de direitos não é arbitrário e nem é convencional, pois é suscetível de dedução lógica e, portanto, de ser configurado de modo abstrato e anteriormente ao seu processo de positivação. Este sistema de direitos não se apresenta ao legislador constitucional como se tivesse caráter suprapositivo, próprio do direito natural racionalista, nem desempenha as funções ideológicas que a corrente jusnaturalista defende. Não se busca, com este sistema, uma concepção pré-política da natureza humana e dos direitos inerentes à mesma. Os direitos humanos passam a ser entendidos como parte integrante do direito estabelecido, de um ordenamento instituído democraticamente, devendo ser entendidos como direitos em sentido jurídico, com independência de seu conteúdo moral. Neste ponto, o processo de fundamentação dos direitos desenvolve-se dentro de uma relação comunicativa entre sujeitos reais, o que leva à exclusão de uma fundamentação objetivista e monológica dos direitos. É para superar a perspectiva da gênese histórica dos direitos fundamentais que Habermas defende a ideia de uma gênese lógica dos direitos, como um processo circular onde a autonomia privada dos sujeitos e os direitos de participação política do cidadão constituem-se mutuamente em um processo legislativo democrático, sem que se assinale preferência alguma entre ambas as classes de direitos. Tanto a autonomia privada, quanto a autonomia pública tornam-se cooriginárias. Ambas são complementares entre si, pois uma depende da outra para sua realização. É este o núcleo sistêmico da teoria do discurso aplicada ao direito, um sistema de direitos fundamentado logicamente, a partir do entrecruzamento do princípio do discurso e a forma jurídica (Velasco, 2000, p. 160-161).

Fundamenta-se, assim, um sistema de direitos que faça jus à autonomia privada e pública dos cidadãos (Habermas, 2003a, p. 154). O âmbito da autonomia jurídica se justifica quando o discurso jurídico consegue permitir tanto a autonomia privada, quanto a autonomia pública dos cidadãos. É por isto que o processo legislativo de produção de normas deve ter à sua disposição tanto a liberdade subjetiva de ação, que garante a faculdade dos cidadãos de eleger racionalmente os motivos para seguir a lei, como a liberdade comunicativa, que consiste na possibilidade dos cidadãos julgar

as pretensões de validade dispostas pelos sujeitos na linguagem ordinária (Durão, 2002, p. 112-113).

No primeiro sentido, na garantia das liberdades subjetivas de ação, há a liberação dos atores da obrigação de agir sempre orientados pelo entendimento. A ação é coordenada por intermédio de leis coercitivas que limitam os espaços de opção a partir de fora. Gera-se um valor posicional fundamental de direitos que garantem e compatibilizam entre si as liberdades subjetivas imputáveis individualmente, uma autonomia privada que também pode ser descrita como liberação das obrigações da liberdade comunicativa. Constitui-se um código jurídico na figura de direitos subjetivos que imunizam os sujeitos jurídicos contra a imputação da liberdade comunicativa. Já a ideia de autolegislação dos cidadãos faz com que os submetidos ao direito, na qualidade de seus destinatários, possam entender-se também como autores do próprio direito. Somente uma normatização politicamente autônoma permitiria aos destinatários do direito uma compreensão correta da ordem jurídica em geral. Para que o direito seja entendido como legítimo, ele deve se comprometer com um tipo de coerção jurídica que salvaguarda os motivos racionais para a obediência ao direito. Assim, não deve haver uma obrigação aos destinatários para que busquem os motivos racionais da aceitação das regras de ação. A estes é facultado renunciar ao exercício da liberdade comunicativa e à tomada de posição em relação à pretensão de legitimidade do direito (Habermas, 2003a, p. 154-158).

Os discursos jurídicos surgem do entrelaçamento do princípio do discurso com a forma jurídica. Os cidadãos participam do processo legislativo dispostos tanto a atuar segundo a liberdade subjetiva, como segundo a liberdade comunicativa. Na medida em que produzem as normas jurídicas do sistema de direitos, constituem, em primeiro lugar, os direitos fundamentais tanto a atuar segundo a liberdade subjetiva, como segundo a liberdade comunicativa que lhes garantem o exercício da liberdade subjetiva de ação. Em seguida, constituem os direitos fundamentais que possibilitam a institucionalização da produção de direitos, ou seja, o próprio princípio da democracia que se expressa nos direitos fundamentais de participação e comunicação. O sistema de direitos é constituído gradualmente à medida que os direitos fundamentais são deduzidos a partir

do discurso jurídico, de tal modo que inicialmente os direitos fundamentais são obtidos em abstrato, desde fora do sistema de direitos, pois este sistema ainda não está realizado. Somente ao final do processo, quando os direitos fundamentais que produzem o direito legítimo estão presentes, é que se chega à perspectiva concreta segundo a qual as normas do sistema jurídico podem ser justificadas desde o interior do próprio sistema jurídico (Durão, 2002, p. 113-116).

Após esta estruturação teórica sobre a gênese lógica do sistema de direitos, Habermas levanta a questão sobre quais seriam os direitos que resultariam da operacionalização desta proposta. Para o autor, seriam direitos mínimos, imprescindíveis para a vida comum entre os homens, direitos fundamentais que os cidadãos são obrigados a atribuir-se mutuamente caso queiram regular sua convivência com os meios legítimos do direito positivo. O conceito de “forma jurídica”, ao estabilizar as expectativas sociais de comportamento e o “princípio do discurso”, que examina a legitimidade das normas de ação em geral, fornecem os meios suficientes para serem introduzidas as categorias de direitos que geram o próprio código jurídico, uma vez que determinam o *status* de pessoas de direito. A primeira categoria de direitos fundamentais é relativa àqueles que “resultam da configuração politicamente autônoma do direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação” (Habermas, 2003a, p. 154).

Esta categoria busca satisfazer as exigências da formulação que estabelece que uma ação é conforme o direito quando permite a liberdade de arbítrio de cada um dos sujeitos de direito coexistir com a liberdade de todos, segundo uma lei universal. Dessa maneira, somente são legítimas aquelas regulações da ação que satisfaçam as condições de compatibilização dos direitos de um com os iguais direitos de todos: na forma de uma lei geral e abstrata, a todos os sujeitos correspondem direitos iguais. Esta primeira categoria exige, como seu correlato necessário, a Constituição das duas seguintes categorias de direitos fundamentais. A segunda é a categoria dos direitos fundamentais que “resultam da configuração politicamente autônoma do *status* de um membro numa associação voluntária de parceiros do direito”. Já a terceira é a categoria dos direitos fundamentais que “resultam imediatamente da possibilidade de

postulação judicial de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual” (Habermas, 2003a, p. 158-159).

A segunda categoria de direitos pode ser resumida na frase: “o direito a ter direitos”. Seria, em certo sentido, o primeiro direito, por ser a condição de possibilidade dos direitos humanos. O indivíduo se faz objeto da proteção do ordenamento jurídico e se erige em titular dos demais direitos. Neste aspecto, o termo “cidadania” definirá o estatuto de membro pleno de uma comunidade política. No atual vocabulário político tal noção encontra-se associada ao termo jurídico “nacionalidade”, denotando a condição de membro de um Estado soberano reconhecido pelo direito internacional (Habermas, 2003a, p. 163-164). Em um Estado democrático, autoconcebido como associação de cidadãos livres e iguais, essa compreensão formal do termo é insuficiente. A noção democrática de cidadania deve configurar-se como um princípio igualitário de pertencimento a uma comunidade política, com a assunção de responsabilidades e prerrogativas imputáveis a todos os seus membros. Essa integração dos indivíduos a uma comunidade jurídica deve fundar-se em um consentimento outorgado ao menos implicitamente e só cabe qualificar a aceitação deste vínculo social como voluntária se ela puder ser suspensa ou retomada de modo livre (Velasco, 2000, p. 163-164).

A terceira categoria de direitos atribui aos sujeitos garantias de defesas e de proteção jurisdicional ante as possíveis ofensas aos direitos. Por meio do princípio do discurso fundamentam-se os direitos fundamentais de acesso à administração da justiça, que asseguram a todas as pessoas idêntica proteção jurídica, igual direito a ser ouvido, igualdade na aplicação do direito e igual tratamento perante a lei (Velasco, 2000, p. 164). Estas três categorias iniciais nascem da aplicação do princípio do discurso ao direito, gerando as condições da formalização jurídica de uma socialização horizontal em geral. Regulam apenas as relações entre os civis livremente associados, antes de qualquer organização objetiva ou jurídica de um poder do Estado. Garantem a autonomia privada de sujeitos jurídicos somente na medida em que esses sujeitos se reconhecem mutuamente em seu papel de destinatários de leis, erigindo, desse modo, um *status* que lhes possibilita a pretensão de obter direitos e de fazê-los valer reciprocamente (Habermas, 2003a, p. 159).

Para que estas categorias iniciais tenham eficácia, os indivíduos precisam encontrar espaço para a realização ativa de seus direitos políticos. Por isto, uma quarta categoria deve ser incluída nesta estrutura, a de direitos fundamentais “à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua autonomia política e através dos quais eles criam direito legítimo” (Habermas, 2003a, p. 159). Neste momento, os membros da sociedade que assumem para si estes direitos já não são considerados como meros sujeitos de direitos, como destinatários de uma lei à qual estão obrigados a obedecer. Assumem agora a condição de legisladores, isto é, de coautores do ordenamento jurídico. Assim, ser um cidadão, em sentido estrito, é participar simultaneamente no papel de autor e de destinatário do direito. Ao mesmo tempo em que se submete ao dever geral de obediência, pode também tomar parte, de modo direto ou indireto, no processo de elaboração das normas jurídicas, assim como reclamar seus direitos judicialmente e fazê-los valer perante outros cidadãos (Velasco, 2000, p. 164-165).

O exercício completo dessas quatro categorias de direitos requer condições de relativa simetria entre as posições sociais de todos os cidadãos. Se não houver garantia de condições materiais mínimas para o desenvolvimento da autonomia privada, o cidadão não poderá atuar de forma autônoma no âmbito político. Em sociedades capitalistas esta condição somente é possível mediante a articulação de uma nova categoria de direitos, que assegura as condições fáticas de utilização dos direitos fundamentais de modo isonômico. Esta é a tarefa dos direitos de prestação, tais como os direitos sociais. Por isso, Habermas insere nesta estrutura a quinta categoria de direitos fundamentais, que proporciona “condições de vida garantida social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances”, dos direitos extraídos das quatro primeiras categorias de direitos fundamentais (Habermas, 2003a, p. 160).

A ordem de apresentação destas cinco categorias de direitos fundamentais reproduz a periodização histórica do Estado de direito, que primeiramente atribuiu os direitos civis para amparo do sujeito jurídico privado frente às intervenções ilegais do Estado nas esferas da liberdade. Depois atribuiu os direitos políticos como instrumentos de garantia ao

cidadão de sua presença no processo democrático de tomada de decisões. E, por último, construiu a noção de direitos sociais como suporte ao cidadão-cliente do Estado de bem-estar para que este desfrutasse da segurança social e assistência sanitária e educativa (Velasco, 2000, p. 162).

Esta construção sobre a gênese lógica dos direitos fundamentais se adequa ao contexto das sociedades atuais, que possui uma ampla diferenciação entre os vários subsistemas sociais e se tornou autônomo com relação às antigas esferas normativas de fundamentação, tais como a moralidade, a ética e a religião. Além disto, o pluralismo de formas de vida e de visões de mundo oferece as mais diferentes concepções sobre o justo, ético ou o sucesso pessoal, muitas delas compreendidas como razoáveis e legitimamente aceitáveis. É neste aspecto que a “forma jurídica moderna” faz do direito um referencial normativo-padrão, operacional para a sociedade, realizando, com caráter coercitivo, a coordenação dos diversos planos de ação dos vários atores na sociedade, por meio da estabilização de expectativas de comportamento, de modo temporal, social, formal e materialmente generalizável. Além disto, o direito deve permitir aos seus destinatários a oportunidade de se reconhecerem como seus próprios coautores (Habermas, 2003a, p. 114), principalmente por meio de um processo legislativo estruturado constitucionalmente (Oliveira, 2006a, p. 38) e da atuação da jurisdição constitucional como guarda de uma democracia realizável pelos próprios atores sociais, para além de uma função essencialmente “contramajoritária”, aos moldes dos defensores dos direitos das minorias, como assim defende a tradição liberal, e também para além de uma jurisdição defensora dos valores éticos de uma sociedade política, como apontam os representantes do pensamento republicano e comunitarista.

O STF como guardião do “princípio da democracia”

Ao compreendermos a relação que existe entre o “princípio da democracia”, o “princípio do discurso” e a “forma jurídica”, é possível entender qual a posição que podemos dedicar ao STF na realização do sistema constitucional. A Constituição, ao se propor a efetuar um sistema democrático, tem por função primordial gerar condições fáticas para a

realização da democracia. É por isto que o STF é chamado a garantir o próprio princípio da democracia, deixando de lado o papel de mantenedor de uma Constituição interpretada por juízes virtuosos, tendo em vista o melhor – segundo sua própria visão – mundo possível ou de resgatador do sentido original que os “pais da Constituição” quiseram lhe imprimir. É por isto que para uma adequada compreensão do papel do STF, é necessário compatibilizar a realização do sistema de direitos, já estudado em sua gênese lógica, com sua abertura para seus próprios destinatários. Trabalhar com a pluralização do sistema de direitos é entender também a sua realização dentro da esfera pública e da sociedade civil, superando uma noção constante na dogmática do direito de que vivemos outra tensão, que é a da normatividade do Direito Constitucional e a realidade que a ele não corresponde do âmbito político, social e econômico.

O tema do controle jurisdicional de constitucionalidade no Brasil requer um tratamento adequado em termos reconstrutivos, sobretudo quando se observa os recorrentes momentos de inércia e de déficit de integração social, tradicionalmente interpretados pelas teorias jurídicas especializadas como um contraste ou hiato entre um Direito Constitucional que se pretende legítimo e as realidades político-sociais e econômicas recalcitrantes (Oliveira, 2006a, p. 42).

As normas constitucionais manifestar-se-iam, para a grande maioria da população, meramente como um limite à liberdade e os direitos de participação política, assim como o acesso à justiça, permaneceriam tão-somente no papel. Em contrapartida, grupos “superintegrados”, que constituiriam a menor parte da população, estes, sim, disporiam, e de modo exclusivo, da Constituição, no sentido de que a inconstitucionalidade dos atos de “seus” políticos, peritos e milicianos, não se tornaria objeto de questionamentos no nível institucional e, portanto, não seria tematizada, no sentido forte do termo. (OLIVEIRA, 2006a, p. 44-45)

É por isto que a função do STF na “guarda da Constituição” deve superar concepções tradicionais do constitucionalismo e da democracia, envolvidos com as perspectivas republicanas e liberais, muitas vezes inconciliáveis. Democracia e constitucionalismo não são situações antagônicas. A democracia não pode ser reduzida a um mero governo da maioria, nem o constitucionalismo pode ser entendido como uma proposta idealista de sociedade a se efetivar.

A sugestão de Habermas é que se supere um modelo constitucional onde as normas que regulam o equilíbrio de poder e o compromisso de interesses se realizem de um modo inconsciente e automático, segundo o modelo de troca mercantil. Os processos de entendimento que se realizam na forma institucionalizada das deliberações, nas instituições parlamentares ou na rede de comunicação dos espaços públicos políticos devem sempre contar com a prática da intersubjetividade, onde ocorre a formação mais ou menos racional da opinião e da vontade acerca de temas relevantes para a sociedade. Entretanto, a Constituição não é um elemento secundário ou meramente formal deste processo. Ela concebe os princípios do Estado constitucional como resposta consistente à questão de como podem ser institucionalizadas as exigentes formas comunicativas de uma organização democrática da vontade e da opinião (Habermas, 1995).

Em “Direito e Democracia”, Habermas visa demonstrar que há uma relação conceitual intrínseca e não simplesmente uma associação historicamente contingente entre o império da lei e a democracia. É dentro do processo democrático que se encontra a carga da legitimação, quando este assegura simultaneamente a autonomia privada e pública dos sujeitos jurídicos. Supera-se a ideia de que a lei positiva pode retirar sua legitimidade de uma lei mais elevada e supera-se também a negação positivista de que não existiria qualquer legitimidade para além da contingência das decisões legislativas. A pergunta sobre a fundamentação da legitimidade das regras torna-se angustiante em sociedades pluralistas,

nas quais as próprias éticas coletivamente impositivas e as cosmovisões se desintegraram e onde a moral pós-tradicional da consciência, que entrou em seu lugar, não oferece mais uma base capaz de substituir o direito natural, antes fundado na religião ou na metafísica. Ora, o processo democrático da criação do direito constitui a única fonte pós-metafísica da legitimidade. (HABERMAS, 2003b, p. 308)

Toda ordem jurídica deve extrair sua legitimação da ideia de autodeterminação, pois as pessoas devem entender-se, a qualquer momento, como autoras do direito, ao qual estão submetidas como destinatárias. A autonomia jurídica, para Habermas, irá englobar tanto o uso público das liberdades comunicativas quanto o uso privado das liberdades subjetivas. É por isto que as matérias que são reguladas pelo direito não visam somente a questões morais, pragmáticas e éticas, mas também o ajuste equitativo dos interesses que podem ser tema de um compromisso entre os atores sociais.

A formação da opinião e da vontade do legislador democrático dependerá de uma vasta rede de discursos e de negociações, integrando objetivos coletivos e regulamentações concretas de interesses. Esta formação, para se realizar enquanto democrática, precisa ser justificada por meio do princípio do discurso (Habermas, 2003b, p. 308-314).

Assim, o nexos que existe entre direito e democracia apresenta-se, na filosofia política, da seguinte forma. A autonomia privada dos membros da sociedade é garantida através dos direitos humanos e de uma dominação anônima das leis. Já a autonomia política dos cidadãos é deduzida do princípio da soberania popular. Na tradição política, estes dois elementos-encontravam-se numa relação de concorrência, entre o liberalismo e o republicanismo, dentro das perspectivas do Estado liberal e do Estado de bem-estar social. Numa compreensão procedimentalista do Estado democrático de direito, os paradigmas do Estado liberal e do Estado de bem-estar social não são mais suficientes para oferecer legitimação e reconhecimento do Estado. O procedimentalismo de Habermas busca, a partir da crítica a estas duas compreensões, oferecer uma resposta ao contexto atual não através da restauração destes paradigmas, mas desenvolvendo uma nova compreensão que engendra as duas anteriores e oferece um novo sentido para a legitimidade do Estado.

O primeiro estabelecia liberdades subjetivas de ação de pessoas jurídicas privadas frente ao Estado e que eram válidas imediatamente, programando-o para realizar os interesses da sociedade. A política, nesse aspecto, esquadrinha e impõe os interesses sociais privados contra um aparelho estatal que se especializa no uso administrativo do poder público para fins coletivos. Já o segundo tinha a tarefa de atribuir validade aos conteúdos juridicamente objetivos dos direitos subjetivos de liberdade, valendo-se do Estado para instituir relações simétricas de reconhecimento recíproco. Nessa análise, extraem-se modos de compreender o papel da jurisdição constitucional conforme a visão do papel do Estado a ser adotada.

Numa visão liberal, que privilegia a autonomia privada dos cidadãos e atribui prioridade às visões individuais de mundo, o tribunal constitucional tem a tarefa de garantir os direitos individuais e as liberdades negativas de seus cidadãos contra eventuais procedimentos majoritários que possam

ameaçar a neutralidade que assegura o espaço do desacordo razoável. Numa visão republicana ou comunitarista, privilegia-se a autonomia pública dos cidadãos que têm compromisso com o bem-estar de todos. A Constituição teria a função de programar a sociedade, estabelecer compromissos de identidade e de práticas em comum, levando o tribunal constitucional a ser o guardião dessa *práxis* de autodeterminação, preservando e atualizando os valores constitucionais estabelecidos pelo povo. Já numa compreensão procedimentalista, a Constituição não pode ser entendida como uma ordem jurídica global e concreta, que impõe uma forma de vida determinada sobre a sociedade. A sua maior função está ligada à determinação de procedimentos políticos de autodeterminação, preocupando-se com as condições processuais da gênese democrática do direito que asseguram a sua legitimidade. Assim, o tribunal constitucional deve proteger o sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e a autonomia pública dos cidadãos, analisando o conteúdo de normas controvertidas, especialmente no contexto dos pressupostos comunicativos e condições procedimentais do processo de legislação democrático (Habermas, 2003b, p. 299 e ss.).

O controle abstrato de normas deve referir-se, em primeira linha, às condições da gênese democrática das leis, iniciando pelas estruturas comunicativas de uma esfera pública legada pelos meios de massa, passando, a seguir, pelas chances reais de se conseguir espaço para vozes desviantes e de reclamar efetivamente direitos de participação formalmente iguais, chegando até à representação simétrica de todos os grupos relevantes, interesses e orientações axiológicas no nível das corporações parlamentares e atingindo a amplitude dos temas, argumentos e problemas, dos valores e interesses, que têm entrada nas deliberações parlamentares e que são levadas em conta na fundamentação das normas a serem decididas. (HABERMAS, 2003b, p. 327-328)

Os pressupostos comunicativos das arenas políticas não se limitam à formação da vontade enquanto institucionalizada em corporações parlamentares. Estendem-se também à esfera pública política, ao seu contexto cultural e à sua base social, bem como à sociedade civil, institucionalizada a partir de direitos fundamentais de liberdade de atuação política. A autodeterminação deliberativa tem de se desenvolver no jogo entre a formação da vontade de corporações parlamentares, que estão programadas para a tomada de decisões e a formação política da opinião dentro dos círculos informais de comunicação política. O tribunal constitucional assume a função de guardião da democracia quando fiscaliza a influência dos grupos de interesses, que impõem seus objetivos privados

sobre o aparelho do Estado, bem como às ameaças que vêm do próprio aparelho burocrático estatal (Habermas, 2003b, p. 340-341).

Habermas entende que a esfera pública é um fenômeno social elementar, não podendo ser compreendida nem como uma instituição, nem como uma organização, pois não constitui uma estrutura normativa com capacidade de fazer diferenciação entre competências e papéis, nem de regular o modo de pertencimento a uma organização. Ela também não pode ser entendida como um sistema, uma vez que se caracteriza por horizontes abertos, permeáveis e deslocáveis. É uma rede onde ocorre a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões. Nela os “fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos”, deixando ao sistema político a elaboração especializada das questões políticas relevantes. Ela tem de reproduzir-se a partir de si mesma e configurar-se como uma estrutura autônoma. Este conceito de esfera pública serve para a democracia deliberativa expandir o âmbito de deliberação para além da esfera estatal, compreendendo uma nova estrutura espacial, de encontros simples e episódicos, não institucionalizada, não vinculada a um arcabouço físico, integrando também a presença virtual de ouvintes ou espectadores. Neste âmbito, em que há a renúncia à linguagem de especialistas ou a códigos especiais, o público está aliviado da tarefa de tomar decisões, que continuam reservadas a instituições decisórias. É na esfera pública que a luta por influência se dá nos aspectos mais amplos, pois além da influência política de grupos institucionalizados politicamente, há o prestígio de grupos e pessoas que conquistaram sua influência em esferas públicas especiais, como nas igrejas, no campo das artes e da ciência e outros (Habermas, 2003b, p. 92-96).

Com relação à sociedade civil, Habermas (2003b, p. 99-106) entende que seu núcleo institucional se forma por associações e organizações livres, não estatais e não econômicas, as quais têm a função de ancorar as estruturas de comunicação da esfera pública aos componentes sociais do mundo da vida, captando os “ecos dos problemas sociais que ressoam nas esferas privadas”, condensando-os em questões de interesse geral no quadro de esferas públicas. É nela que se forma o substrato organizatório do público de pessoas privadas, que buscam interpretações no âmbito público

para suas experiências e interesses sociais, influenciando também na formação institucionalizada da opinião e da vontade. A estrutura social da sociedade civil apoia-se em direitos fundamentais, como a liberdade de opinião e de reunião, bem como o direito de fundar sociedades e associações. Estes direitos definem o espaço para que as associações possam interferir na formação da opinião pública, a partir de sua própria compreensão particular de mundo. Com a liberdade de comunicação social – imprensa, rádio, televisão e outros – e de exercício de atividades publicitárias, a sociedade civil encontra espaço para desenvolver a infraestrutura para a mediação das informações, que deve permanecer sempre aberta a opiniões concorrentes e representativas. A opinião pública que é formada nesta arena influencia o sistema político por intermédio da atividade dos partidos políticos e da atividade eleitoral dos cidadãos. Neste aspecto, os direitos partidários são instrumentos para a melhor formação da vontade política do povo, aliados aos direitos eleitorais de voto ativo e passivo dos sujeitos privados e outros direitos de participação, como plebiscitos, referendos e iniciativas legislativas populares. Já a liberdade de associação permitirá a autonomia e espontaneidade das associações na medida em que puderem desenvolver seus interesses em um ambiente de pluralidade de formas de vida, subculturas e credos religiosos. Já os direitos de privacidade ressoam na sociedade civil como garantias de um domínio vital da liberdade privada dos indivíduos, resguardado pelos seus direitos de personalidade, liberdade de crença e de consciência, sigilo de correspondência e de dados comunicativos, a inviolabilidade de sua residência e a proteção de sua família.

Assim, fica estabelecido, na sociedade civil, um nexo estreito entre cidadania autônoma e esfera privada. Entretanto, as garantias formais dos direitos fundamentais, por si só, não garantem a proteção efetiva da esfera pública e da sociedade civil, pois dependem da atuação viva e constante dos sujeitos privados no resguardo destes âmbitos não estatais. Por isto, Habermas afirma que estas esferas precisam, de certa forma, estabilizarem-se por si mesmas, com a ação de atores conscientes da necessidade de ocupação e radicalização destes espaços. No mesmo sentido, Arato & Cohen (2006) acreditam que a combinação dos atores destas esferas e dos direitos que sustentam estes espaços precisam ser ancorados por uma

cultura política onde as iniciativas e os movimentos sociais optam, livre e legitimamente, por representarem um conjunto eficaz de sustentadores da sociedade civil, em cujos limites são possíveis identificar os vestígios de uma democracia radical, que possui uma autolimitação estruturalmente necessária.

Esta autolimitação decorre do fato de que uma sociedade dinâmica de pessoas privadas implica a manutenção de duas esferas de ação: uma cultura política livre e uma esfera privada intacta, dentro de um mundo da vida já racionalizado, capaz de impedir movimentos antidemocráticos. Por isto, na esfera pública, os atores não podem exercer poder político, apenas influência. Toda influência pública e política precisa passar pelo filtro dos processos institucionalizados da formação democrática da opinião e da vontade, onde a soberania popular assume uma forma autorizada e mediada pelo direito. Os movimentos sociais oriundos da sociedade civil não podem aspirar a uma sociedade auto-organizada em sua totalidade, assumindo o lugar de um sujeito superdimensionado, destinado a controlar a sociedade em seu todo. Além disto, o poder comunicativo que tem a finalidade de planejar a sociedade não gera, por si só, formas de vida emancipadas. Mesmo que estas formas de vida venham a existir, elas não podem ser produzidas através de intervenções exteriores.

A sociedade civil pode, em certas circunstâncias, influenciar o complexo parlamentar e os tribunais, levando o sistema político a modificar o rumo do poder oficial. Entretanto, há certo ceticismo em torno desta possibilidade ao se constatar que as esferas públicas tradicionais das democracias ocidentais são dominadas pelo poder e pela mídia. Além disto, os agrupamentos da sociedade civil, na prática, têm capacidade muito reduzida para reorientar processos de decisão institucionalizados e de fomentar processos de aprendizagem no sistema político (Habermas, 2003b, p. 106-107).

Este domínio pelo poder e pela mídia pode ser percebido em alguns aspectos. Para Habermas (2003b, p. 108-113), com exceção dos casos de atores da sociedade civil que possuem poderes ínfimos de influência no âmbito público, há aqueles que dispõem “naturalmente” do poder de organização, de fontes e de potenciais de ameaça. Estes atores influenciadores possuem “protetores” que lhes fornecem fontes necessárias

em termos de dinheiro, de organização, de saber e de capital social, configurando sua base própria de atuação na esfera pública. Há também atores políticos e sociais que não necessitam obter suas fontes de domínios próprios, como os partidos políticos estabelecidos e as organizações com poder social, que exercem trabalhos especializados no âmbito da esfera pública. Por último, pode-se identificar um grupo formado por profissionais de comunicação social, que coletam informações, decidem sobre a pauta dos temas, das contribuições e quais são os autores das informações distribuídas.

Os meios de comunicação, dentro da crescente complexidade da mídia e do aumento do capital, acabam centralizados e controlados por uma oligarquia de poder. O “poder da mídia” tornou-se fonte de uma nova espécie de poder, o qual não é controlado suficientemente pelos critérios profissionais. As informações são submetidas a estratégias de elaboração de informação, orientadas pelos técnicos em publicidade, que personalizam as questões objetivas, misturando informação e entretenimento, despolitizando a comunicação pública. Diante desses problemas, este “quarto poder” começa a ser submetido a uma regulação jurídica. O código profissional dos jornalistas e a autocompreensão ética da corporação, bem como a organização de uma imprensa livre, precisam do meio jurídico como instrumento de implementação de medidas reguladoras.

Habermas (2003b, 111-2) faz uma síntese das ideias de Gurevitch e Blumler com relação às tarefas que a mídia deve executar nos sistemas político-constitucionais atuais. Para que a mídia se justifique como comunicação social, ela precisa vigiar o ambiente sociopolítico, publicizando situações, positivas ou negativas, capazes de interferir no bem-estar dos cidadãos. Cabe a ela definir as questões significativas da agenda política, identificando os elementos centrais dos problemas, com causas e soluções. Também tem como incumbência fornecer a plataforma aos agentes e atores políticos para a defesa de suas posições, de modo inteligível e esclarecedor, permitindo o diálogo entre diferentes pontos de vista e entre os detentores de poder e o público em geral. Em relação ao poder político, deve criar mecanismos que permitam acionar os responsáveis para prestar contas sobre o exercício de seu poder, bem como incentivar os cidadãos a se envolverem no processo político. Por fim, deve

resistir aos esforços externos de subversão à dependência da mídia, sua integridade e capacidade de servir ao público e buscar sempre respeitar os destinatários das informações. Por isso, Habermas entende que o ceticismo que paira sobre as influências na sociedade civil de uma mídia deturpada pode ser enfrentado com uma ação conjunta entre o sistema de regulação jurídica e a mobilização de um público que exige uma atuação mais legítima dos meios de comunicação social.

Os meios de massa devem situar-se como mandatários de um público esclarecido, capaz de aprender e de criticar; devem preservar sua independência frente a atores políticos e sociais, imitando nisso a justiça; devem aceitar imparcialmente as preocupações e sugestões do público, obrigando o processo político a se legitimar à luz desses temas. Por este caminho se neutraliza o poder da mídia e se impede que o poder administrativo ou social seja transformado em influência político-publicitária. Segundo esta ideia, os atores políticos e sociais podem “utilizar” a esfera pública, porém, somente na medida em que forem capazes de fornecer contribuições convincentes para o tratamento dos problemas percebidos pelo público ou inseridos na agenda pública por consentimento dele. (HABERMAS, 2003b, p. 112)

Os elementos jurídicos desta relação entre gênese dos direitos, sociedade civil e esfera pública explicitam o sentido performativo da autoConstituição de uma comunidade de parceiros do direito, livres e iguais. Não são elementos que descrevem um estado de coisas presente, não relatam nem constataam uma situação real, ou melhor, não são verificáveis, mas sim propositivos de uma forma de organização do Estado democrático de direito. Dentro de um processo constituinte político ele se apresenta em dois sentidos. No aspecto histórico, marca-se um início fictício no tempo, enunciando seu caráter normativo que coloca a tarefa interpretativa e de configuração do sistema de direitos como uma tarefa a se constituir por cada geração de sujeitos de direitos. No aspecto da justiça, a Constituição política articula um horizonte de expectativas de um “futuro antecipado no presente”. O horizonte desse processo constituinte é duradouro e contínuo. Assim, o sistema político definido pelo Estado de direito volta-se para a produção de decisões que afetam a coletividade, deixando à política a discussão dos problemas que envolvem a sociedade como um todo. O direito, enquanto mediador, faz as interações sociais simples transformarem-se em normas concretizadoras de direitos, na tentativa de solucionar deficiências da política quando esta enfrenta problemas gerais de integração. Ao invadir o campo da política, o direito a especifica

funcionalmente, tirando-a do nível reflexivo ao se comprometer com a geração de integração social. O direito se torna independente da política ao buscar as condições de sua legitimidade em sua condição de mediador e regulador da esfera social (Habermas, 2003b, p. 119-21).

Supera-se, deste modo, a dualidade tão presente na dogmática do direito constitucional entre uma Constituição que se pretende legítima e realidades político-sociais e econômicas descompassadas com a idealidade normativa (Oliveira, 2006a, p. 126). Esta dicotomia entre a facticidade e a validade decompõe a teoria da política e a do direito em facções que nada têm a dizer umas às outras.

A tensão entre princípios normativistas, que correm o risco de perder o contato com a realidade social e princípios objetivistas, que deixam fora de foco qualquer aspecto normativo, pode ser entendida como admoestação para não nos fixarmos numa única orientação disciplinar e, sim, nos matemos abertos a diferentes posições metódicas (participante *versus* observador), a diferentes finalidades teóricas (explicação hermenêutica do sentido e análise conceitual *versus* descrição e explicação empírica), a diferentes perspectivas de papéis (o do juiz, do político, do legislador, do cliente e do cidadão) e a variados enfoques pragmáticos na pesquisa (hermenêuticos, críticos, analíticos, etc). (HABERMAS, 2003a, p. 23)

A função de integração social do direito deve ser assumida pela Teoria da Constituição, numa compreensão que reconhece a tensão interna ao direito entre positividade e legitimidade. A normatividade da Constituição seria resgatada ao ser o local normativo de processos de cooperação política na busca de condições justas de vida, num engajamento pela instauração de procedimentos comunicativos para a problematização de questões relativas à autocompreensão ético-política e prático-moral da sociedade e de realização de interesses pragmáticos dos cidadãos.

Para Habermas (2003b, p. 188-190), nas condições do pensamento pós-metafísico, a legitimação do Estado precisa ser compensada por uma democratização progressiva, entendendo que as instituições do Estado de direito reconhecem a complexidade do pluralismo político e buscam estabilizar a tensão entre a facticidade e a busca por legitimidade. A realidade “intramundana” do direito exige que a Constituição seja a instituição de um processo de “aprendizagem falível, através do qual uma sociedade vence, passo a passo, sua natural incapacidade para uma autotematização normativa”, que leva a sociedade a “confrontar-se consigo

mesma em formas institucionais adequadas e em processos normativos de adaptação, de resistência e de autocorreção”. A sociedade civil e a esfera pública são pontos de referência para a Constituição, destacando assim o processo democrático e a realização do sistema de direitos. O caráter performativo desta proposta faz com que as sociedades complexas não busquem as fontes do sistema na produtividade de uma economia organizada pelo mercado, nem na capacidade de regulação da administração pública. Suas vias de legitimação democrática devem encontrar-se no resgate da solidariedade social e na preservação do equilíbrio do meio social e ambiental, sem se apoiar num determinado ideal de sociedade, nem em uma determinada visão de vida boa ou determinada opção política. Na medida em que este paradigma conseguisse

cunhar o horizonte da pré-compreensão de todos os que participam, de algum modo e à sua maneira, da interpretação da Constituição, toda transformação histórica do contexto social poderia ser entendida como um desafio para o reexame da compreensão paradigmática do direito. Esta compreensão, como aliás o próprio Estado de direito, conserva um núcleo dogmático, ou seja, a ideia da autonomia, segundo a qual os homens agem como sujeitos livres na medida em que obedecem às leis que eles mesmos estabeleceram, servindo-se de noções adquiridas num processo intersubjetivo. Contudo, esta ideia é “dogmática” num sentido *sui generis*. Pois nela se expressa uma tensão entre facticidade e validade, a qual é “dada” através da estrutura linguística das formas de vida sócio-culturais, as quais nós, que formamos nossa identidade em seu seio, não podemos eludir. (HABERMAS, 2003b, p. 190)

Diante disto, o “operador do direito” tem de assumir a Constituição dentro de uma teoria político-constitucional em sentido fraco. Não deve assumir a atitude do “doutrinador iluminado”, que “dita soluções para uma massa de ignorantes”. Este jurista deve, no máximo, assumir a perspectiva do operador comprometido com o desenvolvimento constitucional que contribui para a construção de um sentido especificamente democrático de Constituição, através do qual todos, inclusive o próprio jurista, enquanto cidadão, poderão refletir e definir a vida em comum (Oliveira, 2006a, p. 133-134).

Em síntese, esta seria a proposta de uma compreensão procedimental do Estado democrático de direito, apta a propor uma alternativa à compreensão constitucionalista brasileira de uma cidadania e democracia que dependa de promotores, que privatizam a identidade constitucional arrogando para si o privilégio de determiná-la. Assim, a preocupação não é com o motivo de o Estado democrático de direito existir ou não existir, nem apresentar uma

narrativa atualizada de seus pretensos fundamentos políticos ou pré-políticos, mas compreendê-lo na sua possibilidade e capacidade de ser exigido historicamente, como um participante e promotor de um processo de aprendizado social com o direito, processo este que se desenvolve ao longo do tempo, revelado na construção polêmica e conflituosa, rica e plural, de uma identidade constitucional democrática, múltipla e aberta, para além do discurso autoritário de uma “democracia possível”.

A Constituição deve ser guardada por todos

A Constituição é um empreendimento público (Dworkin, 2003), não está à disposição do Supremo Tribunal Federal no exercício de sua jurisdição constitucional, nem à disposição do Presidente da República, nem ao menos do Congresso Nacional, pois representação política não é o mesmo do que substituição da cidadania, mas sim uma forma instituída para garantir e aprofundar a própria democracia. Esta identidade constitucional brasileira não depende de um suposto fio condutor patriótico brasileiro sedimentado em valores previamente estabelecidos e compartilhados em comum, noção característica dos modernos Estados nacionais, mas de um constitucionalismo desenvolvido a partir da noção de possibilidade de reconhecimento da diversidade e pluralidade das distintas formas de vida que podem ser encontradas nas sociedades complexas (Habermas, 2003).

No Brasil, houve nítida influência do paradigma do Estado do bem-estar social na formulação de nossa atual Constituição (Cittadino, 2009). Com a rejeição de um constitucionalismo liberal, as ideias que marcaram a nossa última Assembleia Constituinte seguiram a linha de um constitucionalismo societário e comunitário (Silva, 2009; Bonavides, 2002), que confere prioridade aos valores da igualdade e da dignidade humanas, propugnando o chamado “constitucionalismo dirigente”, que toma a Constituição como uma estrutura normativa que envolve um conjunto de valores que devem ser realizados em nossa comunidade. Dentro do campo do direito processual brasileiro, vários processualistas adotaram a tese de um modelo processual de “bem-estar social”, com feições nitidamente comunitaristas, tributário da Jurisprudência dos Valores alemã. Cândido Dinamarco (1994) entende que a jurisdição e o processo se compreendem como instrumentos que realizam os valores sociais e políticos da nação. Estes valores encontram sentido a

partir das identidades culturais e tradicionais da nação brasileira. Os juízes devem buscar o espírito da lei em uma axiologia comprometida com as finalidades políticas estampadas pelo legislador e pelos valores aceitos pela nação no tempo presente.

Esta compreensão axiológica trouxe a ideia de que, no plano deontológico, a Constituição deveria recepcionar valores como se fossem normas a serem aplicadas. A metodologia da Jurisprudência dos Valores da Alemanha passou a ganhar destaque no Brasil como um instrumento para os juízes concretizarem uma ordem de valores. Os valores, ao serem transformados em princípios normativos, devem ser interpretados como “mandados de otimização” (Alexy, 2001), numa ponderação que é orientada a um fim. Entretanto, essa assimilação de princípios a valores confunde dois conceitos distintos, levando-se à percepção de que por trás da técnica de ponderação a arbitrariedade pode estar escondida na atividade de aplicação das normas.

A adaptação de princípios do direito a valores gera um problema para a concepção procedimentalista com relação à sua legitimidade democrática. Princípios são normas mais elevadas, que possuem sentido deontológico, obrigando seus destinatários, sem exceção e em igual medida. Sua pretensão de validade é binária, são válidos ou inválidos; geram obrigação universal e incondicional e normas diferentes não podem contradizer umas às outras. Já os valores possuem sentido teleológico, são preferências compartilhadas intersubjetivamente e expressam relações de prioridade, sendo que valores distintos concorrem para obter primazia.

Nesse sentido, a aplicação é diferenciada. Em se tratando de princípios, estamos diante do que “deve ser” feito, sendo a ação boa para “todos”. Com relação aos valores, “recomenda-se” algo, sendo a ação boa para “nós”. Desta maneira, uma interpretação constitucional que se oriente por valores ignora o caráter vinculante do sistema de direitos assegurado constitucionalmente, desconhecendo o pluralismo das democracias contemporâneas e também a lógica do poder econômico e do poder administrativo (Habermas, 2003). O tribunal constitucional, ao comprometer sua metodologia na tentativa de realizar uma ordem objetiva de valores, ligando-se à eticidade substancial de uma determinada forma de

vida e a uma “tardia jurisprudência dos valores” (Oliveira, 2005), acaba incorrendo em autoritarismo. As normas perdem a possibilidade de serem avaliadas por meio de um teste de universalização e não se tem meios racionais para se justificar o processo através do qual valores são preferidos ou rejeitados. Os direitos fundamentais não podem ser analisados segundo a noção de custos e vantagens. Assim, uma metodologia de “otimização” deve ceder lugar à adequabilidade das normas em discursos de aplicação (Günther, 2004), que significa a validade de um juízo deduzido de uma norma válida, determinando qual ação deve ser exigida em um determinado conflito, por meio do princípio da coerência.

Há nitidamente uma arrogância do Judiciário em determinar que os valores são impositivos para todos os casos, como se fossem normas de validade para todos, observáveis por todos os implicados. Esta arrogância vai além, ao se alimentar de uma desconfiança contra a irracionalidade do legislador, apregoando uma suposta racionalidade superior dos discursos jurídicos, sem se perguntar se esta resposta é democrática ou se ouve a todos os atingidos. A intervenção judicial, em matérias politicamente controversas, apresenta um risco de “juristocracia”, ou seja, o risco de um governo aristocrático de juízes que falsamente se traveste de legítimo por meio de uma atividade aparentemente técnica de interpretação de dispositivos jurídicos mediante conceitos da dogmática.

Hoje, buscar sustentar a crença na bondade ou na maldade intrínsecas das decisões, na bondade ou maldade intrínsecas do juiz, ainda mais do juiz constitucional, é até ingênuo, já que não só os fatores, mas os sujeitos que participam ou influenciam uma decisão judicial são – e devem ser – múltiplos, a começar por aqueles que por essa decisão serão afetados. Assim é que os juízes não devem comportar-se (embora tantos se comportem) como “donos da verdade e guardiões da virtude”. (OLIVEIRA, 2006a, p. 137)

Dentro desta perspectiva de uma possível “juristocracia” que se alimenta da irracionalidade do legislador, pode-se acrescentar a valorização, no Brasil, do Poder Executivo, que também se nutre da desvalorização do Legislativo e de seus titulares. As eleições legislativas sempre despertam menor interesse do que as do Executivo. Além disto, não se encontra, na história do Brasil, movimentos de reação popular contra as várias vezes em que o Congresso Nacional foi fechado. Identifica-se uma convicção abstrata de que os partidos e o Congresso são importantes mecanismos democráticos de representação. Entretanto, esta convicção não se reflete na avaliação

concreta de sua atuação. Há um desprestígio generalizado dos políticos perante a população, principalmente em se tratando de deputados, senadores e vereadores (Carvalho, 2009, p. 222).

Outra questão que se insere dentro desta “arrogância” do Judiciário é o problema da legitimidade da decisão dos tribunais constitucionais, que adotam o sistema de voto de maioria, o mesmo adotado no processo legislativo, que entende o voto de uma maioria de seis membros dentre um colegiado de onze ministros com maior autoridade do que o voto de centenas de deputados e senadores eleitos diretamente pelo voto popular e com compromisso democrático. Cohen & Arato (2002, p. 100-101) entendem que a saída para evitar o perigo do tribunal constitucional se colocar em uma situação de imunidade às críticas é a formulação mais precisa dos direitos, da tarefa jurisdicional e da forma de escolha dos membros do tribunal constitucional. Os juízes deste tribunal também devem estar submetidos a alguma forma de *accountability*, tanto legal, mas principalmente política³.

Esta promoção de formas institucionalizadas de garantia de uma atuação legitimamente democrática, muitas vezes adaptadas do contexto do sistema de democracia representativa, precisa se inserir em uma cultura política de respeito ao sistema constitucional, enquanto este também se justificar como instrumento de Constituição da própria democracia. Por isto, antes de se avançar ao estudo de formas específicas de atuação democrática do STF, a proposta de Habermas para uma identidade política-constitucional serve como instrumento de crítica para um tipo de nacionalismo pluralista que levaria a uma unidade em torno de um mesmo empreendimento construído em comum, à disposição de todos aqueles que permitam se identificar dentro desta forma jurídica possibilitadora da compreensão política da sociedade. É por isto que o próximo tópico vai observar a possibilidade de adequação deste conceito de “patriotismo constitucional” ao contexto brasileiro.

O “patriotismo constitucional” e a construção da identidade política brasileira

Dentro da discussão republicana, a proposta por um patriotismo reformado ou um “patriotismo de direito”, como defendeu Charles Taylor, foi analisada por Habermas que propôs a ideia de um patriotismo de cunho constitucional. Esta ideia serviu de base para alguns autores defenderem a aplicabilidade de um sentido de patriotismo para o Brasil, com o objetivo de se criar um vínculo identitário da sociedade brasileira a partir de um viés político-constitucional. Ao se partir da convicção de que a homogeneidade étnico-cultural não é um requisito essencial para o estabelecimento e a consolidação de uma comunidade político-democrática (Velasco, 2004, p. 196), a cultura política comum, de caráter universalista, exige apenas o respeito às regras do jogo político. Esta “lealdade constitucional centra-se em dois elementos básicos, a noção de direitos individuais e a neutralidade da esfera pública, que são dois princípios básicos do Estado democrático de direito” (Velasco, 2000, p. 208).

Esta noção de patriotismo se localiza dentro de uma prática republicana de índole cívica, que não se baseia em componentes étnico-culturais. Para não cair em uma dura exigência moral sobre o cidadão, dela exige-se somente o compromisso com os princípios democráticos sobre os quais o Estado se assenta, rejeitando-se um compromisso de identificação com um conteúdo etnocultural comum. Deste modo, o Estado só poderá comprometer-se com uma pluralidade de culturas nas quais os cidadãos se inserem se ele declarar interesse pelo fato cultural em sua mais ampla acepção, se ele mostrar uma “suficiente sensibilidade política pelo mosaico cultural” e se assumir previamente alguma forma institucionalizada de gestão democrática da diferença. Somente com a observância destes condicionantes é que o Estado poderá exigir dos cidadãos a sua lealdade, pois este tipo de lealdade não entrará em conflito com as identidades particulares dos cidadãos. Se a vida em comum se assenta sobre a base de um amplo consenso constitucional, facilita-se a formação de uma identidade coletiva atenta às identidades particulares (Velasco, 2004, p. 200-201).

Deixa-se ao Estado a tarefa de gerir um consenso democrático, dentro de uma forma específica de patriotismo que engloba um esforço de construção de uma ideia que desempenharia o papel de uma força motivadora. Esta força funcionaria como um vetor fortalecedor da união de

populações em sociedades pluralistas contemporâneas, que não se respalda em nenhuma forma tradicional de apego relativo à religião, nação, território, idioma ou história em comum. Portanto, há uma recusa às construções que procuram estabelecer pertencimentos pré-políticos como base essencial garantidora da solidariedade entre estranhos (Maia, 2005, p. 13-14).

O aspecto central do patriotismo constitucional está em seu “caráter universalista, ancorado nos princípios republicanos e nos direitos humanos”, atuando como uma resposta às formas tradicionais de patriotismo. Esta identidade política vai se destacar de um passado centrado em uma determinada história nacional, evitando-se as “tradicionais exaltações ufânicas de passados heróicos tão utilizadas nos discursos nacionalistas, bem como as apropriações não refletidas das tradições” (Maia, 2005, p. 14). Abandona-se a compreensão de que a identidade é percebida como algo dado de antemão ao mundo político, mas como um conjunto de pontos descritivos e valorativos que se constituem narrativamente nos processos de interação social (Velasco, 2000, p. 198). Assim, este novo contexto social, definido pelo pluralismo cultural, é sintetizado com a seguinte fórmula: “articular a unidade da cultura política na multiplicidade de subculturas e formas de vida” (Velasco, 2002, p. 35).

Para Habermas, a coexistência com igualdade de direitos de diferentes comunidades étnicas, grupos linguísticos, confissões religiosas e formas de vida não pode ser obtida ao preço da fragmentação da sociedade (2002, p. 166). Para que esta fragmentação não aconteça, a cultura cívica democrática deve desativar, ao menos em parte, o potencial particularista excludente das distintas formas de vida (Velasco, 2002, p. 36). Uma cultura política comum não deveria ser obstáculo, mas a condição de possibilidade para dar abertura às múltiplas reivindicações culturais que têm eclodido com força nas últimas décadas em quase todos os países democráticos. Esta novidade, diferentemente do que ocorria em épocas anteriores, não busca tanto a expressão livre das diferenças culturais no espaço privado, isto é, a mera tolerância das mesmas, mas precisamente sua expressão, presença e reconhecimento no espaço público (Velasco, 2004, p. 205).

Ao se propor um consenso constitucional é necessário analisar a implicação institucional de tal proposta. É por isto que Habermas se utiliza da noção de um modelo constitucional aberto, crucial para definir os contornos da comunidade política defendida. Com o objetivo de se evitar tratos discriminatórios, o acesso à cidadania deve ser regulado mediante procedimentos claros, enquanto que do cidadão é exigida a aceitação da Constituição e do ordenamento jurídico nos moldes apresentados, o que excluiria a assimilação completa da chamada “cultura nacional”. Destes cidadãos se exigiria somente o conhecimento e obediência às normas que lhes permitem participar na vida política da comunidade. O modelo constitucional clássico é abandonado, para dar espaço a uma Constituição mais flexível. Ela passa a ser compreendida de uma maneira mais dinâmica, como um projeto sempre inconcluso e sem nenhum fundo essencialista (Velasco, 2004, p. 203-205).

O patriotismo constitucional não se atém a uma determinada concepção de vida boa e não busca fortificar os laços de solidariedade social. Nas condições do pensamento pós-metafísico, para que o Estado de direito não se degenera, há a necessidade de compensação que só é suprida por uma democratização progressiva. Esta Constituição entendida como um projeto baseia-se na ideia de que a sociedade civil tem capacidade de influir sobre si mesma através de processos discursivos. É um processo de aprendizagem falível, que leva a sociedade a confrontar-se consigo mesma em formas institucionais adequadas e em processos normativos de adaptação, de resistência e de autocorreção.

Este projeto não antecipa um determinado ideal de sociedade, nem uma determinada visão de vida boa ou de uma determinada opção política. Neste ponto, há uma tentativa de superação dos paradigmas liberal e do Estado social. Habermas entende que este novo paradigma é formal, no sentido de que “apenas formula as condições necessárias segundo as quais os sujeitos do direito podem, enquanto cidadãos, entenderem-se entre si para descobrirem os seus problemas e o modo de solucioná-los” (2003b, p. 188-190). A partir de um acordo constitucional com estas características seria possível a multiplicação das identidades, individuais e coletivas, compatíveis com uma única lealdade política, a lealdade constitucional (Velasco, 2004, p. 206).

Para Maia (2005, p. 14), Habermas defende que este tipo de lealdade, não baseado unicamente em características culturais comuns, deve se relacionar com princípios universais e institutos jurídicos consagrados nas constituições contemporâneas. A partir disto seria construída uma forma integradora e pluralista de identidade política na medida em que as identificações básicas que mantêm os sujeitos com as formas de vida e com as tradições culturais que lhes são próprias não são reprimidas, nem anuladas. Ao contrário, foram recobertas por um patriotismo concretizado por meio de procedimentos e princípios formais. Para Velasco, é evidente que em cada situação histórica concreta as motivações para a adesão ao conteúdo universalista de dito sentimento patriótico podem ser diversas, mas deverão sempre estar vinculadas, de alguma maneira, às formas culturais de vida já existentes e às experiências de cada sociedade (Velasco, 2002, p. 34-35).

O Estado democrático de direito não é neutro com relação às concepções de bem, pois nele há uma substância ética própria das sociedades ocidentais modernas que deveria basear-se no patriotismo constitucional e na inclusão do outro. Assim, o Estado democrático de direito não pode deixar de atentar-se para questões éticas e nem de admitir que o modelo de política, de sociedade e, conseqüentemente, de liberdade e democracia estabelecidos na modernidade são formas de vida como qualquer outra. Ele é uma forma de vida típica da modernidade ocidental. É característico da política moderna das sociedades ocidentais, o que leva à exclusão da ideia de que esta “forma moderna e ocidental de vida seja uma concepção de vida boa para todos os povos e culturas” (Durão, 2002, p. 73-74).

Por este motivo, é possível que uma comunidade política seja articulada em termos de Estado pós-nacional e que o patriotismo constitucional gere efeitos similares aos da consciência nacional. A nação, uma ficção criada a partir de noções históricas, étnicas e até estéticas, é uma ideia com força capaz de “criar convicções e de apelar ao coração e à alma”. Esse patriotismo se depara com a enorme dificuldade de compensar a menor carga emocional mediante um maior esforço de argumentação racional. Se é certo que as palavras e razões têm que vir acompanhadas pela emoção, para poderem mobilizar os diversos agentes sociais, então o patriotismo

constitucional deve recuperar a linguagem das virtudes cívicas baseadas no amor às instituições políticas e ao modo de vida que substancia a liberdade comum dos cidadãos de um país (Habermas, 2002, III parte).

Esta política constitucional, para Velasco, é um mínimo denominador comum no qual coincidem traços ideológicos e culturas díspares. Ela se encaixa dentro de uma ideia de “patriotismo da pluralidade”, que, através de uma “pedagogia republicana da pluralidade”, mobilizaria, de forma consistente e coerente, “sentimentos identitários superpostos no conjunto da cidadania, de maneira tal que emergiria uma “cultura pública plurinacional e pluriétnica” (2004, p. 207).

Buscando um sentido de adequabilidade para a aplicação da noção de patriotismo constitucional no Brasil, Antônio Cavalcanti Maia estabelece possíveis articulações entre este tipo de patriotismo e a cultura jurídica brasileira. Propõe que a versão brasileira deveria assumir uma abordagem mais radical/incisiva, pois a nossa Constituição de 1988 é um texto progressista, que contém um catálogo generoso de direitos sociais, funcionando como pauta para demandas políticas relacionadas à justiça distributiva, tão cruciais para a nossa sociedade. O autor ainda aponta o fato de que a nossa Lei Fundamental representa motivo de orgulho por possibilitar uma transição exemplar dos governos autoritários para o regime democrático. E, por último, pondera que a autoestima é um elemento em falta em nosso país e que o patriotismo constitucional poderia ser um modo de se lidar com esta falha (2005, p. 17).

Maia afasta-se da preocupação de Habermas com um patriotismo exacerbado ou vinculado a um passado marcado pela presença do nazismo, como na Alemanha, ao afirmar que no Brasil devemos falar do patriotismo evocando paixões e utilizando um discurso político retórico. Para o autor,

falar de patriotismo e nacionalismo no Brasil não sugere qualquer tipo de característica racista ou xenófoba. Ao contrário, nossa miscigenação racial e composição étnica híbrida devem ser aceitas e louvadas. Elas nunca incitarão qualquer nacionalismo expansivo, mas sim um nacionalismo integrativo – uma idéia política que poderia funcionar como referência simbólica para um país com proporções quase continentais. Este discurso político – uma força motivadora – pode nos ajudar a fortalecer nossa identidade nacional, que, por sua vez, auxiliará os esforços políticos que precisamos fazer para tornar nosso país, em um futuro próximo, uma sociedade menos injusta. (MAIA, 2005, p. 18-19)

Para o autor, é importante uma rearticulação de nossas autointerpretações acerca de nossa própria história, que gere possibilidades e perspectivas de futuro ao se buscar novas formas de compreensão e que contribuam para uma diferente inteligibilidade da Constituição de nossa identidade nacional. Assim, no caso específico da formação social brasileira devemos retomar as reflexões acerca de nossa autoconsciência nacional coletiva. Para isto, Maia aponta dois âmbitos para serem analisados: um com repercussões internas, e outro, com externas. No primeiro, devido à imensidão do território brasileiro, marcado por diferenças regionais gritantes, e com níveis de exclusão social inaceitáveis, não podemos abandonar os esforços de manutenção e criação de valores compartilhados que possam motivar um mínimo de engajamento cívico e uma realocação de recursos a partir de interesses gerais republicanos. Já no outro âmbito, se o Brasil quer ter voz ativa no cenário internacional, deve reforçar seus vínculos identitários, sem deixar de atender a reivindicações culturais minoritárias (Maia, 2005, p. 6-7).

Em continuidade, Maia tenta desvincular as ideias de patriotismo e de nacionalismo das características que lhes foram dadas durante a ditadura militar no Brasil. Defende então um nacionalismo reflexivo que assuma a forma de um patriotismo constitucional republicano e coloca-se ao lado das análises do indiano Aijaz Ahmad (2002), que, ao fazer uma comparação entre Brasil e Índia e mostrar as características geográficas e sociológicas comuns a ambos os países, afirma que nenhuma das duas formações nacionais se encaixa nas teorias de nação e nacionalismo que emanam da Europa e considera paradigmática a experiência europeia. Assim, é dado especial relevo à especificidade da noção de nacionalismo nestes dois países, o que nos leva a concluir sobre a necessidade de uma reflexão própria, distinta, sobretudo, dos nacionalismos racistas do fim do século XIX e da primeira metade do século XX (Maia, 2005, p. 7).

Nessa tentativa de trazer para o contexto brasileiro toda a discussão acerca do patriotismo constitucional, Maia acredita que a ideia de nacionalismo aqui no Brasil não deve fixar-se em uma originalidade historicamente construída, mas deve orientar-se para o futuro, estribada na noção de Constituição como um projeto de sociedade. Ao se elaborar uma apropriação crítica do nosso passado evita-se cair nos lugares comuns

usuais nessa discussão, nem adotar bandeiras ufanistas. A forma nacionalista brasileira deve, portanto, expressar-se em dois eixos: um cultural e outro político-jurídico. No primeiro, afirma-se a singularidade dos bens culturais, que não podem ser tratados como mercadorias, tão a gosto das práticas neoliberais da diplomacia e dos interesses comerciais das grandes corporações estadunidenses. Já no segundo, no aspecto político-jurídico, Maia sustenta a possibilidade da adaptação das ideias de patriotismo constitucional desenvolvidas na Europa, principalmente por Habermas (Maia, 2005, p. 9).

No caso brasileiro, é tarefa urgente a procura de uma forma de compreensão da dinâmica das transformações culturais do nosso país, que é fruto de um processo histórico cultural recente, com sua formação social marcada por assustadores níveis de exclusão (Maia, 2005, p. 1). Os fatores que ajudam a demonstrar a importância da análise deste tema são muitos. Os efeitos da globalização, bem como as discussões relativas ao multiculturalismo que operam como forças centrífugas, contribuem para o esgarçamento e o enfraquecimento dos vínculos de identidade. É necessário identificar quais fatores e tendências poderão contribuir no sentido contrário, de produção de uma força centrípeta que levará à manutenção e ao reforço de uma identidade nacional brasileira, que seja capaz de garantir um substrato político-simbólico mobilizador e de nos auxiliar em questões atuais, como as discussões acerca de um projeto para o país e na procura de uma maneira de responder às pressões econômica e ideológica estadunidenses (Maia, 2005, p. 19). Assim, por um lado, poderá se respeitar/fomentar as expressões de nossa diversidade cultural e, por outro, fortalecer os vínculos identitários capazes de garantir coesão simbólica e política à desigual e conflituosa realidade brasileira (Maia, 2005, p. 1).

Por último, há algumas particularidades que nos leva a indagar se o modelo habermasiano de política deliberativa e da inclusão do outro são suficientes para responder a todos os problemas de inclusão. Este modelo, baseado na luta pelo reconhecimento em sociedades complexas, pode ser suficiente em casos como o das lutas feministas ou das minorias raciais ou marginalizados em geral, que já compartilham a substância ética de tais sociedades. Entretanto, segundo Durão, deixando de lado as concepções autoritárias que recusam a democracia e a tolerância no contexto pluralista

moderno, há grupos que, com boas razões, não podem aceitar esta base normativa que o Estado democrático de direito oferece às sociedades modernas, por não participarem das formas modernas de vida. Para o autor, o reconhecimento das identidades das comunidades indígenas não seria compatível com sua participação nos discursos práticos da política deliberativa, pois, dessa maneira, a conservação de sua forma de vida dependeria de uma destas três alternativas, que são igualmente inaceitáveis:

Ou da negação de sua forma de vida por meio da participação política ativa e a conseguinte adoção de um modelo alheio de política; ou muito os indígenas teriam que envolver-se, como afetados pela política deliberativa, para mostrar que não deveriam participar dela, tirando a escada depois de subir; ou, ainda pior, caberia aos cidadãos do estado democrático de direito decidir por si mesmos sobre a conservação de sua própria cultura. (DURÃO, 2002, p. 75)

Mesmo no caso de se defender o direito dos indígenas de, como qualquer outro cidadão, poder escolher conscientemente seus projetos sociais e pessoais, deixando ou não suas formas de vida tradicionais, eles teriam que utilizar-se do modelo normativo do Estado democrático de direito para fazer esta escolha, participando, assim, de um *ethos* de vida que não lhes pertence. Por estes motivos, conclui Durão que o modelo habermasiano parece ser insuficiente para apresentar resposta ao problema dos grupos ou etnias que não podem adotar, com boas razões, a substância ética do Estado democrático de direito. (Durão, 2002, p. 74-76)

É importante verificar que o modelo aqui apresentado foi desenvolvido na Europa, particularmente na Alemanha. Dentro do contexto do pós-guerra, criou-se a necessidade de se encontrar meios para a unificação de um país que estava destruído pela guerra e com muitas cisões dentro de seu próprio povo. Tais características não estão na origem dos problemas brasileiros e a conotação da palavra “patriotismo” não assume o mesmo sentido no Brasil, devido ao nosso contexto histórico. Assim, o modelo habermasiano deve ser visto com ressalvas, apesar de se apresentar como um instrumento bastante propício para a resolução, dentro do âmbito jurídico, dos problemas decorrentes da necessidade de criação de uma comunidade pluralista, mas coesa e unificada. Antonio Maia fez uma interpretação deste modelo num viés mais republicano, numa tentativa de adaptá-lo à nossa realidade. Mesmo assim, como foi apontado, o Estado democrático de direito não consegue resolver todos os problemas das sociedades contemporâneas e, por este motivo, os modelos que servem-se dele para apontar saídas para os problemas devem sempre ser vistos como meios incompletos, apesar de satisfatórios.

Mesmo que muitos problemas não sejam solucionados com esta forma de construção de vínculos identitários, a proposta do “patriotismo constitucional” oferece alternativas para a construção de uma sociedade pluralista e, mesmo assim, coesa. Por isto, também é tarefa dos juristas e do sistema Jurídico comprometer-se com alguma proposta de realização deste ideal de sociedade. Neste sentido, Habermas, no capítulo VI de *Direito e democracia*, ao desenvolver suas pesquisas sobre a jurisdição constitucional nos moldes de sua teoria do discurso, percebe que a teoria do minimalismo judicial, desenvolvida por Cass Sunstein, tem muito a oferecer como proposta hermenêutica pluralista, aberta a um sentido democrático que se volta tanto à atuação da jurisdição em nível infraconstitucional, quanto à atuação do tribunal constitucional no controle de constitucionalidade e garantia da supremacia constitucional.

Por uma hermenêutica minimalista para a jurisdição constitucional

A proposta de Cass Sunstein torna-se interessante para o objeto de trabalho desta pesquisa porque se compromete com dois sentidos de atuação da tarefa interpretativa no judiciário. No primeiro sentido, há uma preocupação mais procedimental, levando os juízes a evitar argumentos de fundo que expressam um sentido substancial sobre a forma de se compreender os direitos. Para facilitar a compreensão, quando o STF julgou questão referente à possibilidade de união estável entre pessoas do mesmo sexo (ADI 4.227 e ADPF 132), ele não teria a incumbência de avançar em questões referentes ao sentido profundo do que seja a família, no contexto atual. Nem precisaria tratar de questões referentes às compreensões religiosas sobre a moralidade desta opção sexual. Com a mesma postura, no julgamento da constitucionalidade da Lei de Biossegurança (ADI 3.510), o STF igualmente não teria como tarefa analisar questões referentes ao início da vida ou ao significado do que venha a ser vida para uma concepção religiosa dominante na sociedade, sob pena de incorrer em autoritarismo, ao não permitir que a pluralidade de visões de mundo se manifestem nestas discordâncias morais relevantes. Seu papel seria o de encontrar um ponto de consenso entre as visões possíveis, deixando à própria sociedade a possibilidade em aberto de rediscussão da questão, no sentido já exposto no

trabalho de manutenção da qualidade da esfera pública e da realização do próprio sentido de sociedade civil.

No segundo sentido, a função interpretativa também precisa se comprometer com um aspecto substancialista, quando, por ser o garantidor das condições democráticas, precisa guardar as pré-condições para o bom funcionamento de uma democracia constitucional por meio da promoção da deliberação pública na sociedade e nos parlamentos sem ocupar imediatamente o seu lugar. Neste ponto, a análise encontra um aspecto qualitativo relevante, pois a jurisdição se prestaria à função de se sensibilizar com as situações materiais de deliberação e participação de todos os envolvidos nas esferas de deliberação e decisão políticas, questão que logo será exposta ao se relacionar o papel do STF na regularização do processo legislativo e manutenção da legalidade dos atos do Executivo.

A partir da ideia republicana, os cidadãos são chamados a definir a estrutura e conteúdo das sociedades em que vivem, o que levaria a acréscimos de legitimidade das normas adotadas como padrão para a convivência mútua e geração de expectativas de comportamento mais efetivas. Neste sentido, uma das preocupações que deve ser levantada sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal é com relação às condições para a implementação da cidadania no contexto de sociedades plurais. Ao se analisar os últimos julgamentos relevantes deste Tribunal e o papel que o mesmo tem assumido na configuração político-decisória do país, discussões a respeito de sua legitimidade e propostas para a sua configuração institucional são de importância crucial para a construção, implantação e aprimoramento da democracia no Brasil. A análise da implantação de mecanismos para a promoção da cidadania ofereceria saídas para os impasses que enfrentamos em nosso contexto político.

A realidade social está cheia de questões complexas a serem enfrentadas. Situações morais que precisam ser resolvidas, sob pena de se perder em estabilidade social. Discriminação sexual, negros, aborto, pornografia, disseminação do ódio, dentre outros casos, são situações que precisam ser enfrentadas e resolvidas sob a ótica do direito constitucional, no contexto da atual configuração do Estado democrático de direito nos sistemas estatais ocidentais.

A Constituição reconhece valores substantivos que se abrem à interpretação, não se tratando de um documento imparcial ou que simplesmente reproduz o *status quo*, tido como elemento alheio à política, neutro e justo. Sempre quando trata de valores dá margem para o intérprete se valer de sua pré-compreensão de mundo no momento da compreensão dos dispositivos da Constituição. Não se pode também negar que a autoridade dos “pais fundadores” da Constituição é passível de atualização no tempo e que as gerações futuras têm o direito de querer uma nova compreensão do que venha a ser a própria sociedade, para além da vontade dos fundadores da Constituição.

Os tribunais constitucionais cumprem um papel importante nos processos de efetivação constitucional. São instrumentos imprescindíveis, embora não exclusivos, ao funcionamento do sistema político-constitucional. Entretanto, cabe aos poderes políticos, associados a uma cidadania militante, o papel de definição do conteúdo substantivo da Constituição e de solução dos problemas sociais existentes, restando ao Judiciário a tarefa de garantir que esse processo deliberativo seja realizado de forma mais adequada, segundo os pressupostos da virtude cívica e da igualdade política dos participantes (Sampaio, 2008, p. xiv).

Mas como resolver? É possível enfrentar a problemática com instrumentos de participação democrática? A delegação desta função está cada vez mais ligada à própria função e existência dos tribunais constitucionais. Entretanto, isto não seria o mesmo do que renúncia à condição democrática?

O que se postula em favor desse controle de constitucionalidade por vias judiciais? Que é tarefa do tribunal constitucional exercer seu caráter contramajoritário, expressando a dicotomia que os teóricos insistem existir entre Constituição e democracia. Mas este tipo de “ativismo judicial” pode muitas vezes ser prejudicial à democracia, por inibir o desenvolvimento de virtudes cívicas, o que inviabilizaria o aumento da cidadania. Então, pode-se afirmar que um tipo de atividade jurisdicional atenta contra a democracia. O que pode ser feito diante disto? É nesta esteira que se desenvolve a argumentação de Cass Sunstein, ao indicar quais as insuficiências do Judiciário na promoção da cidadania almejada no contexto

do pluralismo contemporâneo. Esta atuação não deve se pautar nas preferências, nos desejos e crenças pessoais de cada um dos cidadãos, sejam estes juízes ou não. Em lugar deste tipo de atuação cidadã, Sunstein prefere a ideia de democracia deliberativa, “com feição mais normativa, que empírica” (Sampaio, 2008, p. xxiii).

Desta forma, Sunstein ressalta que o Poder Judiciário possui limites institucionais, principalmente ligados à questão de que há uma dificuldade muito grande em se verificar um amplo poder transformador das decisões do Judiciário na sociedade. Isto se dá especialmente pelo fato de que ao invés da própria sociedade se convencer a respeito das normas e comportamentos que deve adotar, é o Judiciário quem decide em nome dela o que deve ser feito, gerando um déficit de legitimidade e reconhecimento. Três grandes problemas podem ser destacados com relação às limitações institucionais (Sunstein, 2008, p. 186).

O primeiro deles liga-se à questão da democracia, da cidadania e do compromisso. Quando o foco da decisão está centralizado nos tribunais, reduzem-se os canais democráticos. Há desvio da energia e recursos da política, gerando a exclusão ou diminuição das conquistas dos próprios cidadãos. Assim, o sentimento de cidadania sofre uma redução significativa. Nas palavras de Sunstein:

Em ambas as acusações o prejuízo para a democracia poderá ser muito sério. O recurso à política tende a mobilizar os cidadãos sobre as questões públicas e a mobilização é boa para os indivíduos e para a sociedade como um todo. Podem inculcar compromissos políticos, entendimentos mais amplos, sentimentos de cidadania e dedicação à comunidade. A ênfase no judiciário frequentemente compromete esses valores. (2008, p. 186)

Destaca também o autor que, pelo menos nos Estados Unidos, a Suprema Corte não foi projetada para ser o foro dos princípios da sociedade. Pelo contrário, as maiores deliberações e mudanças sociais com base em princípios vieram do Congresso e do presidente, não das cortes. Entretanto, tal afirmação é minimizada em seu impacto ao se destacar que o controle de constitucionalidade pode “compensar as desigualdades sistêmicas nos processos majoritários ou introduzir princípios que alcançam tais processos” (2008, p. 187-188).

O segundo problema ligado aos limites institucionais do Judiciário diz respeito à eficácia de suas decisões. Estas são, em sua grande maioria e em

decorrência do primeiro problema já apresentado, ineficazes para produzir grandes mudanças sociais, o que pode ser constatado a partir de pesquisas empíricas. Em geral, a Suprema Corte é muito mais eficiente ao vetar uma decisão do que tentar fazer surgir mudança social por conta própria (Sunstein, 2008, p. 188-189).

O terceiro problema diz respeito ao foco limitado do processo de adjudicação – ou de decidibilidade judicial. Ele não visualiza questões mais amplas, como o custo das decisões, a implicação em outras áreas das políticas públicas, etc. Como o foco dos juízes está no litígio, torna-se mais difícil que eles entendam a questão em toda a sua complexidade e abrangência. Além disto, os juízes não estão preparados – e muitas vezes não por sua culpa, mas pela complexidade da sociedade em que vivemos – para ter conhecimento de todos os pormenores da situação fática que precisa ser analisada. Este problema se agrava ainda mais em se tratando dos chamados “direitos positivos” ou “direitos a prestações sociais”, que, em primeiro plano, deveriam ser questão a ser resolvida pela administração pública e não pelo Judiciário (Sunstein, 2008, p. 190-191).

A conclusão a que o autor chega é de que o *status quo*, ou seja, o estado de coisas que dá embasamento às decisões judiciais, deve estar sujeito à democracia. Muitas vezes esta sujeição não acontece por culpa do próprio judiciário, que chama para si a responsabilidade total pelo enfrentamento de questões morais divergentes da sociedade.

Sunstein (2005), ao analisar os erros da política da extrema direita estadunidense, aponta que é possível a identificação de quatro grupos principais de teorias a respeito do modo como a Constituição deve ser interpretada. Tais teorias são importantes para que, a partir da crítica a ser empreendida pelo autor, ele chegue às suas conclusões sobre qual pode ser a saída para os impasses apresentados.

O primeiro deles são os denominados “originalistas”, que defendem o sentido original expresso no momento da criação da Constituição. Já em um segundo grupo estão os defensores da regra da maioria que é expressa no Legislativo, evitando discussões morais e políticas no Judiciário. No terceiro, estão os defensores da melhor interpretação possível da Constituição, segundo seus juízos interpretativos, propondo que um caso é

inconstitucional quando não está em correspondência com a melhor interpretação que se pode dar aos princípios e valores. E, no último grupo, estão os promotores do caráter democrático do processo de debate público, que se preocupam em proteger os canais e as condições para a promoção da democracia e o acesso ao debate democrático.

A partir destas teorias interpretativas, Sunstein sintetiza outras quatro formas de se interpretar a Constituição estadunidense, o que lhe fornece instrumentos para a sedimentação de seu conceito a respeito do que venha a ser o “minimalismo judicial”. A primeira forma possível de se interpretar a Constituição é a intitulada de “Perfeccionismo” ou “Ativismo judicial”. Ela expressa, nas palavras de Waldron, uma “descrença no legislativo” (2003, p. 5). Sunstein assim a define:

Os perfeccionistas concordam com a afirmação de que a Constituição é vinculante; ela é, afinal de contas, exatamente o que eles pretendem aperfeiçoar. Mas eles acreditam que a questão judicial recorrente é tornar o documento o melhor que ele poderia ser através da interpretação de suas normas abstratas de um modo que capta seus ideais sob a melhor luz possível. (2005, p. 32)

As críticas que podem ser levantadas contra esta postura são as seguintes: em um primeiro sentido, a interpretação das normas abstratas se faz com a recorrência às teorias já disponíveis. Mas há grande discordância entre teorias sobre direitos, moralidade, justiça e política. Então, a decisão é fruto de uma escolha que se vale da mesma metodologia utilizada pelo legislativo, qual seja, a do voto da maioria. Entretanto, há diferenças entre as instituições. No caso do Judiciário, os juízes não são eleitos democraticamente e, por isto, não assumem a mesma carga de responsabilidade democrática de suas decisões.

Neste aspecto, Ingeborg Maus aponta para o risco da falta de controle social do Judiciário. A justiça ganha, por parte da população, contornos de “veneração religiosa”. Nos estados em que se verifica a presença do processo de controle jurisdicional da constitucionalidade, fica difícil identificar uma discussão que envolva posições de “esquerda” e de “direita” entre os juristas. O que se destaca é a personalidade dos juízes, “os quais aparecem como ‘profetas’ ou ‘deuses do Olimpo do direito’” (Maus, 2000, p. 185) ou, conforme uma questão levantada pela autora: “não será a Justiça

em sua atual conformação, além de substituta do imperador, o próprio monarca substituído?” (2000, p. 187).

Quando a Justiça ascende à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social – controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização política democrática. No domínio de uma justiça que contrapõe um direito “superior”, dotado de atributos morais, ao simples direito dos outros poderes do Estado e da sociedade, é notória a regressão a valores pré-democráticos de parâmetros de integração social (Maus, 2000, p. 187).

A segunda forma de se interpretar a Constituição é intitulada como tese “majoritarista”. Sunstein afirma que sua grande característica é que quando houver dúvida, o judiciário deve conceder o benefício da resolução do problema aos outros poderes, mantendo as decisões que por eles forem tomadas, a menos que violem diretamente a Constituição (2005, p. 44). Esta tese parte da presunção de que as controvérsias sobre interpretação constitucional devem ser resolvidas preferencialmente pelo Legislativo, que possui representantes eleitos democraticamente. Assim, promove uma concepção específica de democracia centralizada no Legislativo. A crítica que se faz a esta tese é que nesta postura de passividade não se busca um “bom funcionamento” do Legislativo, pois o mesmo não se encontra sujeito a uma crítica qualitativa de suas resoluções.

A terceira forma de interpretação é a defendida pelos “fundamentalistas”, que entendem que a Constituição deve ser interpretada em seu sentido original, tal como foi ratificada. É a posição defendida pelo Partido Republicano, que pretende “devolver a Constituição ao Século XIX”. O grande problema desta postura interpretativa é que ela exige do Judiciário o acolhimento da postura ideológica sedimentada pelos líderes republicanos, comprometendo assim uma compreensão mais expansiva de democracia.

Por último, a tese “minimalista”, que defende a impossibilidade de se “congelar a Constituição no tempo”, mas atentando-se para o risco de um amplo exercício do poder judicial. As decisões devem se limitar a analisar caso por caso, sem se comprometer com fundamentações profundas a

respeito do que deve ser o direito. É a postura adotada por Sunstein, por ser neutra perante os grupos que competem no jogo democrático.

Diante dos problemas levantados, Sunstein prefere recorrer às “lições do republicanismo” para libertar o cidadão da inércia privatista em que se encontra, como forma de garantir o bom funcionamento da democracia (Sampaio, 2008, p. xi). Assim, para o autor, o tribunal só deve intervir em dois casos graves (Sunstein, 2008, p. 183-184): quando envolve direitos que são centrais para o processo democrático e cuja solução deve ser estranha à política, indo contra a interferência governamental no direito de voto e de expressão; e quando é necessário proteger os interesses das minorias, que encontram-se desprotegidas ou inviabilizadas – neste caso, a democracia em si poderia produzir resultados desfavoráveis a estas minorias: “se um grupo enfrenta obstáculos para a sua organização ou preconceito ou hostilidade disseminados – por exemplo, os homossexuais – seria um engano optar por adotar a presunção costumeira a favor dos desfechos democráticos”.

Busca-se, então, o desenvolvimento de princípios interpretativos da Constituição, que são instrumentos para a limitação do processo político com o objetivo de promover uma democracia procedimental deliberativa - aqui está o papel ativo do Judiciário (Sunstein, 2008, p. 181-182).

Os limites sobre o processo político baseados nos direitos são necessários para uma democracia em bom funcionamento; eles não são opostos a ela. [...] Um sistema no qual as maiorias sejam capazes de limitar as opiniões daqueles que discordam não poderia ser denominado “democrático” em nenhuma medida. (SUNSTEIN, 2008, p. 183)

Esses princípios refletem um compromisso da teoria do minimalismo não só com aspectos procedimentais, mas também com acordos de fundo já presentes na deliberação política de uma determinada sociedade, que são frutos de valores compartilhados em comum e necessários para uma existência digna e promotora da cidadania.

O primeiro é o princípio da deliberação política. A partir dele, chega-se à conclusão de que os resultados políticos não devem ser reflexo de interesses próprios de grupos privados bem organizados; pelo contrário, devem ser produzidos a partir de um extenso processo de deliberação e discussão, em que novas informações e perspectivas são sempre relevantes,

como influência dos cidadãos, inclusive das minorias, nos destinos da comunidade. O segundo princípio é o da cidadania: os resultados políticos são resultado da ampla participação do povo – real representatividade dos atores sociais. O comprometimento com a cidadania requer que as pessoas tenham um amplo grau de segurança e independência em relação ao Estado; e não uma postura de submissão e de comodismo em relação a um Estado grandioso e paternalista. O terceiro é o princípio dos acordos como ideal regulatório. Consiste em um compromisso ou consenso entre cidadãos livres e iguais, acerca de um ideal de desenvolvimento social. Só após a formação do consenso é que se pode conceber a realização de um processo democrático. Por fim, o quarto é o princípio do compromisso com igualdade política, que proíbe grandes disparidades na influência política detida por diferentes grupos sociais.

Por trás destes quatro princípios interpretativos estão três concepções de igualdade, necessárias para a efetiva realização da cidadania. De modo resumido, tem-se a crença em ser livre da miséria por meio da garantia de um mínimo de direitos - mínimo existencial. Ele é necessário para o acesso à cidadania: segurança, moradia, saúde, alimentação, educação, pois impede que pessoas vivam abaixo de um patamar mínimo de existência. Busca-se também a oposição ao sistema de castas, pois determinados grupos enfrentam barreiras excessivas na sua capacidade de exercer influência política. E finalmente a promoção de igualdade de oportunidades, na medida das possibilidades fáticas de cada sistema social.

Para dar conta destes princípios interpretativos, Sunstein desenvolve o conceito de “minimalismo judicial”. É a proposta presente na parte introdutória do livro *One case at a time* (1999). Por meio desta metodologia, faz-se um “uso construtivo do silêncio”. Com ele, os juízes evitariam entrar em aspectos profundos em cada decisão, que inviabilizariam um acordo entre todos os juízes de um órgão colegiado. O silêncio ou a abstração aceita o fato de que nem sempre os juízes possuem as informações necessárias sobre todos os casos, principalmente pelo fato de que estas informações não estão disponíveis para outros atores políticos ou jurídicos. As decisões são pensadas para o caso em sua particularidade, evitando os erros judiciais e gerando menos efeitos prejudiciais a situações futuras, pois é muito difícil prever as consequências de uma decisão ao

próprio caso e a outros casos vindouros. E também se favorece a democracia deliberativa, pois deixa em aberto o debate para outros níveis de discussão, principalmente ao dividir o peso da decisão com a sociedade como um todo, que, em seu aspecto democrático, carrega o fardo das divergências morais como uma realidade necessária à vivência em sociedades plurais.

Assim, a teoria do minimalismo pode se posicionar entre as teorias do perfeccionismo e o majoritarismo, mas com a exclusão da postura fundamentalista. Define um procedimento que oriente democraticamente a atuação dos tribunais constitucionais, que seriam guiados pelos princípios interpretativos apresentados.

Neste ponto é interessante destacar a necessidade de se entender a cultura jurídica estadunidense e o uso dos precedentes judiciais e o papel central que cumprem os juízes na interpretação da Constituição americana e a maneira como suas decisões vão moldando o seu direito constitucional (Sarria, 2007, p. 59). Conforme o contexto, os juízes vão produzindo interpretações paradigmáticas da Constituição, criando sentidos que possuem inserção temporal na história estadunidense. Isto é apresentado de modo exemplar por Sunstein no livro *The partial constitution* e por Lawrence Tribe, em *American Constitutional Law*, que destaca as mudanças paradigmáticas mais notáveis na jurisprudência constitucional estadunidense: a Grande Depressão, o *New Deal*, a guerra civil de Secessão, a luta por direitos civis e contra a segregação racial.

A Suprema Corte adota o princípio do *stare decisis*, utilizado no sistema de controle difuso de constitucionalidade para sujeitar os juízes às decisões prévias ou presentes aos casos similares ou análogos no futuro. O contorno normativo do precedente é indeterminado, pois o contraste com os casos futuros é que define sua aplicação, extinção ou distinção. E possuem eficácia em dois âmbitos: no horizontal, vinculando o juiz frente às suas próprias decisões; e no vertical, sujeitando os juízes inferiores às decisões de juízes dos tribunais superiores. No âmbito da eficácia horizontal, os precedentes vinculam de dois modos, dando origem a duas posturas teóricas.

A primeira delas, uma doutrina do precedente que pode ser chamada de “maximalista”, segundo a qual a regra de um caso decidido que vincula a um juiz em outro caso análogo deve ser tão abstrata e geral que pode abarcar uma tipologia ampla de assuntos para que esse caso resolvido signifique uma individualização desta regra, frente a múltiplas opções possíveis. De outro lado, segundo a postura “minimalista”, a regra de um precedente deve se fixar de maneira completa, com um âmbito normativo limitado, de modo tal que o caso resolvido só governe circunstâncias fáticas análogas a esse caso concreto. Por trás do embate entre ambas as posturas está o problema dos limites e a legitimidade do poder de criar direito que têm os juízes, pois o alcance de um precedente determina o quanto ele preenche o direito preexistente (Sarria, 2007, p. 60).

Assim, a partir desta compreensão a respeito destes dois modos de sujeição dos precedentes judiciais no âmbito da eficácia horizontal, é possível entender qual a posição que Cass Sunstein defende como correta no âmbito da Suprema Corte estadunidense. O autor entende ser possível a existência destes dois modos, pois a Constituição estadunidense tem conceitos abertos e abstratos, relacionados com o conceito de liberdade e de igualdade. E completa, afirmando que a perspectiva da jurisprudência da Suprema Corte nas últimas décadas é a de decidir de modo a não invadir profundamente o conteúdo destes conceitos na justificativa de suas decisões. Isto faz com que ele conclua que o minimalismo judicial é o comportamento que está presente na prática dos juízes constitucionais, destacando algumas razões que a justificam e a levam a ser a saída teórica mais condizente com os problemas levantados em sua crítica (1999, p. 3-7).

Especificamente, com relação à funcionalidade e o procedimento do minimalismo, toda decisão é feita caso a caso (Sunstein, 1999, p. 12). Abandona-se a preocupação com a criação de grandes teorias e de regras gerais que possam ser aplicadas a situações futuras correspondentes. Deste modo, diante de casos difíceis e de grande discordância a respeito de sua solução, o acordo a ser feito na Suprema Corte é “carente de uma teoria completa”, pois o consenso é sobre a situação específica e não sobre o abstrato. A decisão, então, se volta para aquilo que possibilita um acordo para aquela situação e não a respeito de teorias abstratas sobre conceitos indeterminados. Se estamos diante de uma situação que gera amplos

desacordos, a decisão que for tomada não pode vincular de modo amplo, pois o risco de se cometer um erro é grande demais para se defender a tese de que este caso precedente é vinculativo para situações futuras. Estas situações futuras não podem ficar “amarradas” a este acordo feito para um caso que encontra ampla discordância entre os juízes. A postura minimalista também permitiria que o legislativo não ficasse amarrado em suas discussões e decisões àquilo que foi previamente definido como constitucional pela Suprema Corte.

Os pequenos acordos, feitos caso a caso, prevalecem perante as grandes teorias, evitando que erros sejam perpetuados, pois se permite distinções para casos posteriores, que contribuiriam para o aperfeiçoamento das decisões que já foram tomadas. Este tipo de “republicanismo renovado” vai no sentido contrário a uma separação forçada entre Estado e sociedade, entendendo o papel do tribunal constitucional como o de um guardião da democracia deliberativa. Assim, entende Sunstein que o regime constitucional americano é hostil às medidas que impõem encargos ou concedem benefícios apenas por causa do poder político de grupos privados, excetuando aqueles que possuem um valor público e são necessários para a ação governamental. Neste aspecto, os tribunais devem desenvolver estratégias interpretativas que promovam a deliberação no governo, principalmente quando o Legislativo não conseguiu desenvolver uma análise racional da matéria a ser regulamentada. O resultado do processo legislativo é uma questão secundária, pois o mais importante é saber se foi a deliberação quem deu origem ao resultado, desde que não distorcida pelo poder privado (Habermas, 2003, 341-343).

Em síntese, Sarria, ao analisar a teoria de Sunstein, apresenta as vantagens do método minimalista, quais sejam: evita anacronismos que se produzem com as mudanças dos valores sociais; favorece uma sociedade livre, que aceita o fardo do pluralismo e dos desacordos sobre visões de mundo; permite o respeito mútuo pelas opiniões que cada um tem sobre o que é correto, pois aceita o fato de que é possível viver em sociedade, mesmo havendo fortes desacordos morais; incentiva que as mudanças sociais venham dos próprios cidadãos e não de uma casta específica de “tutores da cidadania”; evita o risco de consequências imprevistas para casos difíceis, em que o grau de incerteza da melhor resolução a ser tomada

é alto; e promove as condições para a geração de uma sociedade de cunho democrático (2007, p. 68).

Ao se recomendar que os tribunais devam evitar ao máximo se pronunciar sobre questões que não são imprescindíveis na análise do caso em questão, a metodologia interpretativa não se volta para a busca do significado original do texto jurídico, nem para o seu aperfeiçoamento a partir de concepções pessoais a respeito da melhor interpretação possível dos dispositivos. É por isto que Sunstein defende a ideia de “acordos carentes de uma teoria completa”, para que realmente haja uma ordem constitucional em sociedades que enfrentam conflitos e desacordos sobre os seus assuntos mais fundamentais, como seus direitos, suas concepções sobre vida boa, a igualdade, a liberdade ou a natureza e existência de Deus (Sunstein, 2006, p. 31). É possível então que acordos sobre práticas constitucionais sejam firmados, mesmo que não se encontre consenso sobre “teorias constitucionais”, desde que se busque um nível mais abstrato de consenso.

Assim, os que estão em desacordo com a incitação à violência e odeiam seu discurso aceitam um princípio geral de livre expressão e os que estão contrário às relações homossexuais podem aceitar um princípio abstrato contra a discriminação. Este é um fenômeno importante no direito constitucional e na política; faz possível a construção da Constituição. (SUNSTEIN, 2006, p. 32)

O silêncio sobre certas questões é o mecanismo que gera convergências, apesar do desacordo, da incerteza, das limitações do tempo e da capacidade e heterogeneidade daqueles que devem decidir. Alguns exemplos são elucidativos da questão. A liberdade religiosa é um acordo abstrato, mesmo que os cidadãos divirjam sobre o que ela é em si: alguns podem entender que ela é necessária para a paz social; outros, que ela reflete um princípio de igualdade e que reconhece a dignidade humana; outros ainda podem invocar razões de cunho utilitarista; e também podem entender que ela é uma ordenança religiosa em si mesma (Sunstein, 2006, p. 32). O silêncio, então, pode ajudar a minimizar um conflito, entendendo que muitas vezes o que se diz e se resolve pode ser menos importante do que aquilo que foi deixado de fora (2006, p. 43).

Assim, Sunstein destaca um aspecto epistemológico de sua teoria: “podemos saber que X é verdadeiro sem saber plenamente porque X é

verdadeiro” (2006, p. 34). Este aspecto esteve presente no processo de elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que contou com a colaboração das mais diversas personalidades e nações. Ao final deste debate, Jacques Maritain declarou, num sentido muito próximo a Sunstein, “Sim, estamos de acordo sobre os direitos, mas com a condição de que ninguém nos pergunte o motivo” (2006, p. 37).

Muitas vezes os acordos não são possíveis porque existem argumentos bons em diversos sentidos e que apontam em direções opostas. É por isto que a única saída é a de buscar princípios de alta abstração e resultados particulares sem resolver questões em grande escala sobre direito ou sobre o que é bom.

Dentro da metodologia do silêncio, Sunstein encontra quatro grandes aspectos que justificam, em sociedades plurais, a sua adoção. Num primeiro aspecto, os acordos com teoria incompleta são importantes para a manutenção da estabilidade social, já que não é possível que se assumam os desacordos fundamentais sobre os casos de disputa. Já no segundo aspecto, esta metodologia torna possível a convivência entre todos e permite a reciprocidade e respeito mútuos. Neste sentido, o desacordo e sua aceitação manifestam um profundo respeito pelo outro, desde que por trás de uma concepção não esteja o rechaço à dignidade básica de todos os seres humano. O terceiro aspecto ressalta que os acordos incompletos têm a função crucial de reduzir o custo político dos desacordos duradouros, pois os que perdem no jogo da maioria, perdem o menos possível, podendo ganhar em outra ocasião. E os mesmos perdedores, ao terem de aceitar as obrigações legais resultantes dos acordos, não são forçados a renunciar a seus ideais mais amplos. E em quarto lugar, os acordos incompletos são valiosos quando uma sociedade está pautada pela busca de uma “evolução moral” e de seu “progresso no tempo”. Se os acordos fossem fechados, não se daria espaço para as mudanças com relação aos fatos e valores. O acordo, quando aberto, permanece em constante revisão, permitindo um amplo grau de abertura a novas perspectivas (2006, p. 42-44).

Os juízes devem ter um cuidado especial na resolução dos casos difíceis, ainda não consolidados pela política. A grande questão é saber qual lugar eles ocupam dentro da deliberação coletiva, que está em uma posição

destacada em nosso sistema de decisões políticas. Se a justiça – um corpo composto de funcionários não eleitos popularmente e isolados da política cotidiana – é a que decide de modo conclusivo sobre o aborto, a eutanásia, o consumo de entorpecentes, o alcance de cada direito, logo, o espaço de deliberação democrática fica reduzido a uma expressão mínima, insignificante. O que será debatido democraticamente, e para que, se a última palavra sobre todas as questões constitucionalmente importantes ficam nas mãos da justiça? (Gargarella, 2010).

O “minimalismo judicial” como proposta interpretativa democrática para o STF

O modelo do “minimalismo judicial”, como visto, situa-se entre a moderação judicial, pela qual o tribunal se recusa a avaliar qualquer posição do parlamento - ou mesmo do Executivo - sobre temas moralmente ou politicamente controversos e o ativismo judicial, que faz o tribunal assumir uma postura mais audaciosa na interpretação de princípios constitucionais abstratos. O minimalismo judicial tem dois âmbitos de atuação. No sentido procedimental, propugna que os juízes devem evitar utilizar argumentos filosoficamente profundos e controversos ao formular e fundamentar decisões judiciais concretas, e não se pronunciar sobre questões que não são imprescindíveis para o caso que têm em mãos, permitindo assim que todas as teorias interpretativas possam tornar-se pertinentes em discursos de aplicação.

A divergência é assumida, pois os profissionais do direito, em regra, não possuem conhecimentos aprofundados que lhes permitam solucionar amplas divergências morais e teóricas e também carecem de tempo necessário para levar adiante empreitadas tão profundas. Mas o tribunal também atua num sentido substancial, quando tem por obrigação garantir pré-condições para o bom funcionamento de uma democracia constitucional por meio da promoção da deliberação pública na sociedade e nos parlamentos sem ocupar imediatamente o seu lugar. Nesse sentido, os argumentos utilizados nos casos resolvidos pelo tribunal não poderiam ser estendidos necessariamente para hipóteses futuras de aplicação, sendo que o tribunal nunca poderia impedir o parlamento de deliberar sobre matéria que aquele já estivesse decidido como inconstitucional.

A aplicação da teoria do minimalismo judicial de Cass Sunstein ao sistema jurídico brasileiro ainda é questão pouco debatida na teoria jurídica. Algumas consequências desse papel de “guardião da democracia”, que os tribunais constitucionais deveriam assumir, foram destacadas por Cass Sunstein, a partir da atividade de controle de constitucionalidade da Suprema Corte estadunidense e analisadas por Habermas (2003b, 342), como possibilidade de aplicação de sua teoria ao âmbito da jurisdição constitucional. A principal delas é quando leis foram rejeitadas pela Suprema Corte ao perceber que o legislador não conseguiu desenvolver uma “análise racional” da matéria a ser regulamentada. A avaliação crítica desta situação tem como padrão o caráter discursivo da formação da opinião e da vontade, aplicado aos argumentos aduzidos faticamente. O tribunal se coloca no papel de um “ativista judicial mínimo”, pois a sua atuação deve compensar o desnível existente entre o ideal republicano de uma alta participação cidadã e a realidade constitucional. Habermas (2003b, p. 346-347) entende como bem-vinda uma jurisprudência constitucional ofensiva quando se está diante da imposição do “procedimento democrático e da forma deliberativa da formação política da opinião e da vontade”. Entretanto, esta ofensividade não pode assumir conotações excessivas a ponto de o tribunal assumir “o papel de um regente que entra no lugar de um sucessor menor de idade”. O máximo que este tribunal poderia assumir é o papel de um “tutor”.

Sunstein levanta a questão a respeito da ineficácia das decisões judiciais em produzir mudanças sociais significativas. A história política brasileira mostra que a nossa cidadania sempre foi feita por meio da substituição de sua titularidade. A ideia de que a cidadania é exercida pelo povo, de que a titularidade do poder está nas mãos do povo, não é questão efetivamente vivenciada em nossa sociedade. O que se percebe é que a nossa história mostra uma democracia feita por uma “elite política consciente e responsável” (Carvalho Netto, 2002). É característico do momento que vivemos certa tutoria feita pelo Judiciário, principalmente em decorrência do déficit de cidadania presente no Brasil. Assim, as mudanças que temos vivenciado acabam acontecendo ou por interferência do Judiciário ou por determinações do Poder Executivo, tendo em vista a falta de legitimidade pela qual passa o Poder Legislativo. Até que ponto o “ativismo” do

Supremo Tribunal Federal está sendo prejudicial para a consolidação dos direitos no Brasil é uma questão relevante a ser considerada.

Sunstein entende não ser possível aplicar a metodologia do minimalismo em todas as situações. Em algumas situações deve-se adotar uma postura “maximalista”, mais profunda e extensiva aos demais casos futuros. Tais situações seriam: quando há a necessidade de se reduzir os custos da incerteza da decisão, pois esta postura é mais favorável ao tribunal e aos próprios litigantes; e quando se busca a implementação, de modo mais efetivo, das pré-condições essenciais ao funcionamento da democracia deliberativa (2001, 27). Oliveira traz um exemplo elucidativo do primeiro caso, o Recurso Extraordinário 197.917/SP: A Constituição, em seu art. 29, IV, determina que o número de vereadores seja proporcional à população dos municípios, observados os limites mínimos e máximos fixados pelas alíneas “a”, “b” e “c”. O STF entendeu que era menos prejudicial que fosse fixado um parâmetro matemático de proporcionalidade aos municípios do que deixar ao encargo de cada câmara municipal esta determinação, o que geraria enormes disparidades na fixação do número dos vereadores. E mesmo se tratando de um caso específico, seria mais prudente estender a decisão a toda Federação, do que esperar que outros casos fossem apresentados ao Tribunal (2006b, p. 288).

A implementação de políticas públicas mais arrojadas no setor de saúde é uma experiência que estamos presenciando principalmente por meio de decisões judiciais concessivas destes direitos. Políticas como a de concessão de remédios para soropositivos de HIV são uma conquista que foi realizada primeiramente por via judicial, para que depois fosse recepcionada pelos demais Poderes e implementada como uma política pública. Isto vai ao encontro também de outra crítica de Sunstein com relação aos limites cognitivos e executivos do processo de adjudicação, por ter um restrito foco de análise. Amplas discussões estão sendo feitas com relação à interferência do Judiciário nas políticas públicas de saúde, pois muitas vezes uma decisão judicial para um caso concreto acaba comprometendo o orçamento destinado às políticas de saúde em geral.

O descrédito na qualidade das deliberações do Legislativo e também com relação à sua legitimidade é um ponto a ser destacado. Como aponta

Sunstein, o Judiciário deveria se preocupar cada vez mais com a profundidade e efetividade das deliberações que ali acontecem. A inflação legislativa que presenciamos é sinal característico da má administração da tarefa legislativa no Brasil e da falta de preparo de nosso legislador em sua tarefa típica. E muitas vezes é falacioso o discurso de que as maiorias no Legislativo expressam realmente o que a maioria da população realmente quer.

Para ilustrar tal situação podemos nos valer do exemplo de julgado do STF utilizado por Oliveira (2008, p. 2-3) em suas análises sobre Sunstein. Na ADI 3.685, o STF julgou a inconstitucionalidade de um dispositivo do art. 2º da Emenda Constitucional 52/06, que alterava a redação do § 1º do art. 17, da Constituição, estabelecendo a possibilidade de, nas eleições de outubro do mesmo ano, os partidos políticos adotarem livremente “o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal”. Mas o art. 16, da Constituição, dispõe que toda lei que altera o processo eleitoral “entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência”. No caso, o Congresso Nacional teria cumprido com os requisitos formais, pois se valeu de Emenda à Constituição, e não de lei, como dispõe o art. 16. Mas o Supremo Tribunal Federal entendeu que, no caso, há direitos fundamentais que estão implícitos na Constituição e estão vedados a qualquer alteração por via de Emenda. A regra do Art. 16 é uma garantia individual do cidadão-eleitor e que se impõe contra qualquer disposição em contrário, mesmo que se trate de uma alteração feita por via de Emenda. Assim, o entendimento do órgão colegiado do Supremo preponderou diante da resolução do Congresso, que expressa a vontade da população por meio do sistema representativo.

Outro exemplo que podemos destacar é o julgado recente do Supremo com relação à liberalização da “marcha da maconha”, na ADPF 187. Seria a proibição da manifestação uma prova de interferência governamental que se encontra presa a uma expressão do *status quo* que precisa ser revista ou garantida por vias judiciais? A atuação do Supremo foi um meio de garantir a possibilidade da deliberação e expressão de uma minoria que não encontrava espaço para suas reivindicações. A “marcha da maconha” é um movimento social espontâneo, que reivindica, por meio da livre

manifestação do pensamento, a possibilidade da discussão democrática do modelo proibicionista do consumo de drogas e dos efeitos que ele produz em termos de incremento da violência.

Ainda se tratando da questão da proteção de minorias, outro exemplo que pode ser interessante para o debate é a do reconhecimento da união estável homoafetiva, discutido no STF por meio da ADI 4.277 e ADPF 132. É certo que a maioria da população brasileira aponta a sua não conformação com a concessão deste direito. Mas seria esta uma deliberação coerente com o pluralismo político almejado pela nossa Constituição? No caso do reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas, o STF não precisaria avançar em definições a respeito do caráter da família moderna, até porque esta é uma questão controversa e de ampla discordância na sociedade. Sua atividade deveria se restringir somente a argumentar com base na analogia com as proteções jurídicas dadas às relações heterossexuais.

A mesma situação pode ser verificada no julgamento da ADI 3.510, a respeito das pesquisas com células-tronco: de nada adiantaria uma fundamentação jurídica que avançasse no sentido de compreender o sentido e o momento que a vida tem início, ou uma definição satisfatória a respeito do que venha a ser a própria vida. O mesmo problema se encontra no julgamento da ADPF 54, sobre o aborto no caso de fetos anencéfalos.

Outra ADPF que foi julgada em 2012 e ganhou notória repercussão foi a de n. 186, referente à constitucionalidade da instituição de cotas em universidades públicas. O STF entendeu em unanimidade pela constitucionalidade das cotas, pois é uma questão de política pública a ser decidida exclusivamente pelo Legislativo ou pelas próprias universidades, em sua autonomia conferida pela própria Constituição. Afastou-se, portanto, a compreensão de que haveria violação do princípio da igualdade. Mas uma postura minimalista não exigiria do Supremo o enfrentamento de questões mais profundas, como a delimitação do que venha a ser raça e nem a constatação de que vivenciamos uma “democracia racial”.

O julgamento da constitucionalidade da Lei Maria da Penha – ADC 19 e ADI 4.424 discutiu a tramitação diferenciada de inquéritos policiais e ações penais relacionadas à violência doméstica contra as mulheres. Nos dois casos, o STF entendeu que a legislação é mais protetiva às mulheres, é uma

ação afirmativa que se destina a enfrentar a prática da violência doméstica. O regime diferenciado que foi criado, para este tipo de crime, é compatível com o princípio da igualdade, pois há um grave desnível material a ser compensado.

Estes casos servem para elucidar a possibilidade da adoção de uma postura minimalista pelo STF, de Constituição de um direito que seja a linguagem de realização das singularidades e da convivência mútua entre diferentes formas de se compreender o mundo. Para além deste ganho interpretativo, a teoria minimalista possui um caráter ofensivo, de proteção da qualidade da democracia. Para superar o descrédito na qualidade das deliberações do Legislativo, a jurisdição constitucional cumpre um papel relevante na garantia do devido processo legislativo. Mas, para isto, deve-se superar a compreensão de que a única função do Supremo na regularização do processo legislativo é a manutenção das condições formais da deliberação, por meio do respeito às normas procedimentais legislativas que encontram guarida no próprio texto constitucional. Por trás disto mora uma compreensão especificamente positivista e liberal, entendendo que a democracia se centraliza no parlamento e toda e qualquer interferência neste *locus* da democracia estariam ofendendo o princípio da separação de poderes. Levando a sério o papel do STF na efetivação do princípio da democracia, ele deveria se preocupar cada vez mais com a profundidade e efetividade das deliberações do Parlamento. A maioria, no Congresso, nem sempre expressa o que a maioria da população realmente quer; os parlamentares nem sempre se encontram devidamente preparados para a tarefa que irão desempenhar; e a inflação legislativa e o seu oposto, a omissão legislativa, são fenômenos típicos de um Legislativo obsoleto e ineficiente.

A jurisdição constitucional e o processo legislativo

Neste papel de destaque que o Supremo tem assumido no cenário político-institucional brasileiro, tem-se percebido que a jurisdição constitucional constantemente é acionada pelos agentes políticos para a garantia de seus direitos parlamentares. Seja por uma minoria parlamentar

que se sente afetada em seu direito ao devido processo legislativo, seja pelos agentes que discordam de sua convocação para prestar esclarecimentos a uma Comissão Parlamentar de Inquérito, todos esperam do STF a garantia dos direitos constitucionais que não estão à disposição das conjunturas políticas. Se o Supremo deve cuidar também da manutenção do devido processo legislativo, algumas questões a serem enfrentadas tornam-se importantes. O parlamentar, enquanto representante eleito, tem direito subjetivo a um devido processo legislativo, ou o devido processo legislativo é direito de todos, inclusive dos próprios cidadãos representados? As garantias que o Supremo deve guardar são aquelas expressamente mencionadas no texto da Constituição? É possível uma compreensão mais ofensiva, onde o Supremo possa invadir questões referentes à própria qualidade do processo deliberativo legislativo? Diante de omissões legislativas do Congresso, qual o papel que cumpre o STF na efetivação dos direitos fundamentais?

Para Oliveira (2006a, p. 141-142), o processo legislativo, enquanto inserido em um processo mais amplo, o da justificação democrática do direito, deve ser caracterizado como uma sequência de diversos atos jurídicos, formando uma cadeia procedimental estruturada por normas constitucionais, realizando discursivamente um contraditório entre agentes legitimados no contexto de uma “sociedade aberta de intérpretes da Constituição”. Mesmo se tratando de processo legislativo, o contraditório processual precisa ser observado, quando o objetivo é a produção do direito que se legitima pelos próprios afetados, através da consagração das autonomias pública e privada dos cidadãos. O processo em contraditório, no âmbito do processo legislativo, é compreendido como “fluxo difuso apreensível tão somente em termos procedimentais”, evitando o risco de se cair em uma idealização comunitarista, onde o processo democrático assume caracteres concretistas, plebiscitários.

O processo legislativo situa-se em um nível discursivo em que argumentos de grande generalidade e abertura são acolhidos e, na verdade, funcionam como pontos de partida para a construção do discurso jurídico, inclusive do doutrinário, do jurisdicional e do administrativo. Assim, a “participação em simétrica paridade” dos possíveis afetados pelo provimento legislativo, no procedimento que o prepara, garantida pelo princípio constitucional do contraditório, é possibilidade de participação na discussão política, mediada processualmente e não necessariamente “atual” e “concreta”. (OLIVEIRA, 2006a, p. 142)

A Constituição é vista, neste sentido, como instrumento de regulação de processos garantidores da autonomia jurídica, sendo que o controle de constitucionalidade realiza as condições procedimentais da gênese democrática do direito, dentro de uma aplicação reconstrutiva do direito, sem cair em uma forma anômala de poder legislativo, mesmo que negativo, no sentido apontado por Kelsen (2007).

Enquanto os discursos legislativos voltam-se para a justificação normativa das leis, os discursos jurisdicionais se referem à adequabilidade das normas ao caso concreto, ao averiguar a constitucionalidade e regularidade do processo legislativo democrático. Possibilita-se, assim, através da interpretação e manutenção de um sistema de direitos, o exercício discursivo das autonomias público e privada dos cidadãos (Habermas, 2003a, p. 322 e ss.). Esta perspectiva não pode se restringir a uma leitura meramente instrumental do processo legislativo, pois neste aspecto os princípios constitucionais que justificam a legitimidade democrática do processo assumem caráter normativo. Isto exige da jurisdição constitucional a garantia adequada da participação nos processos de controle de constitucionalidade dos possíveis afetados pelas decisões, em uma aplicação “reflexiva” do princípio do devido processo legal ao âmbito legislativo (Oliveira, 2006a, p. 167-168).

Essa análise ofensiva precisa fazer diferenciação entre os discursos normativos possíveis, ao menos no plano analítico. Assim, há questões que precisam levar em conta o interesse simétrico de todos, atingindo o ponto de vista da justiça, que se mede por princípios que definem o aceitável para todos os envolvidos. Ao contrário das questões éticas, as questões de justiça não se referem à forma de vida de uma determinada coletividade. Para atingir o mínimo de legitimidade, sob o ponto de vista racional e democrático, o direito de uma comunidade jurídica em concreto tem que estar, ao menos, “em sintonia com princípios morais que pretendem validade geral, ultrapassando a própria comunidade jurídica” em que foi normatizado politicamente. As situações normativas mais amplas são resolvidas por instrumentos delimitadores de compromissos entre os cidadãos. Na condição de um pluralismo social e cultural, a identidade da comunidade em geral não pode ser definida por condições axiológicas. O conflito existente entre as visões de mundo possíveis, que não oferecem

possibilidade de um consenso mútuo, necessita de uma compensação, de uma formação de compromisso entre os partidos que se apoiam em potenciais de poder e de sanção, dentro de uma deliberação que não neutraliza os jogos de poder ou exclui o agir estratégico, que não busca o entendimento mútuo. O mínimo que deve haver aqui é a disposição de cooperação de, a partir da obediência às regras do jogo de negociação, chegar a “resultados aceitáveis por todos os partidos, mesmo que os argumentos em que se apoiam sejam diferentes”. Ao se perceber os diferentes níveis do discurso, a política deliberativa consegue estabelecer “um nexos com a realidade empírica, pois faz jus à multiplicidade das formas de comunicação, dos argumentos e das institucionalizações do direito através de processos” (Habermas, 2003b, p. 350-352).

Na política legislativa, a adução de informações e a escolha pragmática dos meios estão entrelaçadas com o balanceamento de interesses e a formação de compromissos, com o auto-entendimento ético e a formação de preferências, com a fundamentação moral e o exame jurídico da coerência. (HABERMAS, 2003b, p. 352)

O controle abstrato de constitucionalidade brasileiro deveria preocupar-se com as condições da gênese democrática das leis, tendo que intervir no processo legislativo quando o legislador não consegue desenvolver uma análise racional da matéria a ser regulada (Oliveira, 2000). Assim, levanta-se a questão a respeito de quais elementos são decisivos para a resolução legislativa e até que ponto pode o tribunal constitucional intervir nestas resoluções. Destaca-se que o Judiciário, perante o Legislativo, não goza da prerrogativa de ser crítico das ideologias, pois ele mesmo está exposto à mesma suspeita de ideologia. Mesmo que, em um primeiro momento, o controle de constitucionalidade brasileiro tenha sido previsto na própria Constituição, o que já lhe daria um mínimo de legitimidade, em comparação com o sistema americano, que não tem previsão constitucional, o modo como essa competência tem sido exercida é que se torna problemático.

Noções como repercussão geral, súmulas vinculantes, modulação dos efeitos da decisão, efeitos aditivos, ampliação da competência do Supremo Tribunal Federal sem alteração constitucional, são exemplos de atividades que extrapolam a competência antes delineada ao Supremo. O próprio contexto da Assembleia Nacional Constituinte expressou a forte

manipulação política que sempre existiu no órgão de cúpula do Judiciário e a sua resistência a assumir as funções que teoricamente foram-lhe designadas enquanto tribunal constitucional.

A teoria do discurso entende que a legitimidade do controle de constitucionalidade decorre não da sua função de guarda da Constituição, mas sim de guarda dos pressupostos comunicativos e procedimentos que permitiriam os melhores argumentos (Habermas, 2003). Não se exigiria um compromisso ético extremo dos cidadãos, mas sim uma cidadania jurídica baseada em procedimentos possibilitadores do seu exercício. Para além do modo como o constitucionalismo comunitarista brasileiro tem defendido um nexos necessário entre a Constituição e uma comunidade que compartilha valores em comum, o procedimentalismo vai expressar que as leis, em sociedades complexas e plurais, não se esgotam em conteúdos teleológicos ou objetivos coletivos. É importante elaborar uma compreensão normativa que faça diferenciação entre questões morais, éticas e pragmáticas, estipulando as normas que servirão para os cidadãos regularem a sua convivência e quais dentre elas serão objetivos políticos que necessitam de uma compensação na forma de compromisso entre partidos, que não se vale de um discurso racional, mas sim de disposições de compensação. A tarefa legislativa não é analisada somente cuidando-se da validade ética das leis, mas também atentando-se para interesses parciais que são afirmados estrategicamente, visando ao bem comum e também legitimando-se por meio de princípios universais de justiça, fundadores do sistema de direitos fundamentais, importante para a promoção da própria democracia.

Habermas destaca a ideia de que o controle de constitucionalidade deveria ser questão interna ao Poder Legislativo (Habermas, 2003), pois o Judiciário acaba substituindo um discurso político de fundamentação das normas, que demanda inclusão de todos. Esta inclusão dos afetados não acontece nos pronunciamentos dos juízes do tribunal constitucional, além do fato de que as garantias da magistratura não substituem o princípio da responsabilidade democrática. No nosso sistema tal ideia foi aventada por ocasião da criação de um tribunal constitucional brasileiro em 1988, mas não foi aceita pelo Supremo Tribunal Federal à época, que chamou para si a tarefa de controle de constitucionalidade.

Institutos como o da “cláusula pétrea” poderiam assumir a figura de um possível impeditivo à democracia. Por trás deste instituto se esconde uma falta de modéstia do constituinte originário brasileiro em entender que o seu posicionamento com relação ao que deveria ser estendido às demais gerações é mais certo do que futuras deliberações que venham concluir em sentido contrário. Querer uma Constituição eterna, mesmo que com relação à parte de seu conteúdo, é querer controlar as opiniões das futuras gerações. A prerrogativa de definição de que em um caso se está diante de uma “cláusula pétrea” foi dada ao Supremo, com notório ferimento do princípio da separação dos poderes, pois um dos órgãos de poder acaba tendo poder de mando para além de suas atribuições, sem nenhum controle de seus atos (Oliveira, 2009). Os atos típicos do Poder Judiciário podem ser revestidos da natureza de coisa julgada por serem passíveis de revisão pelo duplo grau e por incidirem entre as partes. Entretanto, nos julgados de inconstitucionalidade do Supremo há um deslocamento dos casos típicos de aplicação da lei para casos que se assemelham a atos legislativos.

Neste aspecto, o futuro da democracia é percebido dentro da relação entre Constituição e tempo (Habermas, 2006b, p. 119). Por isto, as decisões do STF devem ser sensíveis ao “princípio constitucional da reversibilidade das decisões”, ao lado de um “princípio da não escravidão voluntária”, que estruturam os processos formais e informais de mudança constitucional. Deste modo, garantem-se as condições de um processo democrático de reforma das interpretações acerca do que deve ser o juridicamente correto, dando às futuras gerações a possibilidade de se apropriarem reflexivamente das tradições político-constitucionais. Em uma democracia genuína, a Constituição precisa ser entendida como um projeto em aberto (Oliveira, 2006a, p. 168-169).

No Brasil, não há qualquer obstáculo para que o Supremo aprecie atos do poder constituinte reformador. Na prática, mesmo que o Legislativo modifique decisões do Supremo por meio de emendas à Constituição, se o Supremo já tiver pacificado o entendimento de que aquela matéria é inconstitucional, poderá voltar a apreciá-la. Assim, certas decisões do Supremo nem mesmo por meio de emendas à Constituição poderão ser modificadas. Conforme expõe Sundsfeld (2010, p. 22-23), no controle preventivo de constitucionalidade o Supremo tem adotado a posição de que

é possível um controle material preventivo nas hipóteses de cláusulas pétreas, “uma vez que a própria tramitação de matérias contrárias aos limites materiais de reforma se mostraria inconstitucional”, segundo o art. 60, § 4º, da Constituição Federal⁴. A sugestão, nesse ponto, é de que o efeito vinculante das declarações de inconstitucionalidade não atinja o poder de reforma constitucional. E por outro, que os juízes transformem-se em colaboradores de um processo dialógico em que participam todos os ramos do Poder Público e não entendam que eles são autoridades superiores em matéria constitucional. Por isto, uma das propostas a seguir analisadas é a criação de um órgão deliberativo intermediário, entre o Legislativo e o Judiciário, aos moldes de uma consultoria de “altos estudos”.

Nesse sentido, prospera a ideia de Habermas de que o controle de constitucionalidade deveria se aproximar mais do Poder Legislativo como avaliador da confiabilidade da deliberação, como defendido por Cass Sunstein ao propor um conteúdo substancial no controle de constitucionalidade. Este mesmo autor expõe que a postura minimalista exige que o Judiciário, em sua atuação, abra espaço para que as deliberações sempre sejam possíveis no Legislativo, para que o mesmo não fique amarrado em suas discussões e decisões àquilo que foi previamente definido como constitucional pela Suprema Corte. O Supremo Tribunal Federal tem posição neste sentido, entretanto, ela somente se destina ao sistema infraconstitucional, não avançando sobre questões referentes ao poder constituinte derivado:

A instauração do controle normativo abstrato perante o Supremo Tribunal Federal não impede que o Estado venha a dispor, em novo ato legislativo, sobre a mesma matéria versada nos atos estatais impugnados, especialmente quando o conteúdo material da nova lei implicar tratamento jurídico diverso daquele resultante das normas questionadas na ação direta de inconstitucionalidade. (BRASIL. STF. Rcl nº 467, rel. Min. CELSO DE MELLO)

Dentro da configuração político-decisional das casas do Congresso Nacional, o Supremo Tribunal Federal tem encontrado espaço de atuação na tentativa de exigir o cumprimento do devido processo legislativo, principalmente no que concerne à obediência dos Regimentos Internos destas casas. Segundo Sérgio Abranches (1988), a preocupação do legislador constituinte foi a de instituir um sistema representativo e partidário que atendesse à demanda por um ordenamento político institucional capaz de reunir e dar coerência às pressões da sociedade

brasileira, marcada por heterogeneidades e discrepâncias políticas. A adoção do presidencialismo de coalizão foi importante para gerar condições para o governo conseguir capacidade governativa na implementação de políticas públicas. O presidencialismo de coalizão, associado ao poder amplo de iniciativa legislativa e de definição da agenda política por parte do presidente da República, leva à centralização das decisões nas mãos dos líderes dos partidos políticos. Em vista da preocupação com a legitimidade democrática da representação parlamentar, são importantes as análises que implementem mecanismos de *accountability*, voltadas ao controle da atuação parlamentar, principalmente dos presidentes das casas legislativas e da atuação do colégio de líderes, instrumentos importantes de fiscalização do processo legislativo e definição da agenda política.

Nesta procura por uma *accountability interna corporis* do Legislativo, deve-se superar uma perspectiva de atuação do Supremo Tribunal Federal que tem se destacado até então. Um certo formalismo jurídico é caracterizado quando o Supremo aprecia a validade jurídica de atos processuais legislativos, isolando-os e separando-os da cadeia procedimental a que pertencem:

A desjuridicização das questões acerca da regularidade regimental do processo legislativo é realizada com base num sistemático alargamento por parte do Supremo Tribunal do que se deve compreender como “matéria *interna corporis*” ao Legislativo: as questões acerca da regularidade regimental não seriam passíveis, em sua maioria, de verificação por parte do Judiciário, porque a interpretação e a aplicação do Regimento Interno das Casas parlamentares fariam parte da reserva de competência exclusiva delas. (OLIVEIRA, 2006a, p. 46)

Um exemplo clássico desta postura foi analisado por Carvalho Netto (1992). A antiga Súmula n. 5 do STF expressa que “A sanção do projeto supre a falta de iniciativa do Poder Executivo”. A partir da Representação de Inconstitucionalidade n. 890/1.974, a posição do Tribunal, que antes entendia que a sanção presidencial ao projeto de lei supriria o vício da falta de observância do requisito de iniciativa legislativa do Executivo, mudou, assumindo a posição segundo a qual o descumprimento das normas constitucionais que estabelecem a iniciativa legislativa exclusiva do presidente da República macularia de forma insanável o processo legislativo, mesmo que o projeto fosse sancionado pelo presidente. Esta nova posição do Supremo não leva em conta os princípios da unicidade e da

economia procedimental, primando pela sanabilidade do vício, já que o próprio presidente estaria aquiescendo com o procedimento realizado, mesmo em se tratando de um novo presidente da República.

As posições jurisprudenciais do Supremo não avançam em questões substanciais do procedimento, ao entender que a noção de matéria *interna corporis* do Legislativo permitiria ao Tribunal somente exercer o controle jurisdicional de regularidade do processo legislativo se fosse questionada a violação direta ao texto constitucional, abandonando-se a perspectiva de que a garantia do devido processo legislativo é algo que está para além da mera previsão de regras procedimentais no texto da Constituição. O entendimento do Supremo é no sentido de se compreender as irregularidades e inconstitucionalidades do processo legislativo somente no sentido formal, confirmando o caráter de interesse meramente corporativo dos parlamentares à observância das normas constitucionais sobre o processo legislativo (Oliveira, 2006a, p. 50). Assim, somente no caso de violação direta às normas constitucionais sobre o processo legislativo é que os parlamentares teriam “legitimação ativa” para impetrar mandados de segurança contra atos processuais legislativos que descumprissem a Constituição, pois estes parlamentares estariam diante de um “direito público subjetivo” de coparticipação no procedimento de elaboração das normas, garantindo-lhes a possibilidade de não terem de votar projetos de lei ou propostas de emenda que julguem inconstitucionais – conforme posicionamento do ministro Celso de Mello, no MS 21.642-5-DF:

Titulares do poder de agir em sede jurisdicional, contudo, hão de ser os próprios membros do Congresso Nacional, a quem se reconhece como líquido e certo o direito público subjetivo à correta observância da disciplina jurídico-constitucional regradora da formação das espécies normativas. (BRASIL. MS 21.642. MELLO)

O que está em questão não é a mera observância de requisitos formais que estabelecem condições processuais para a garantia de um devido processo legislativo, resguardando o direito das minorias parlamentares ou as condições para a atuação legislativa de um determinado parlamentar. O ponto fulcral que está em jogo é a garantia da própria cidadania em geral, entendendo que o exercício de um mandato representativo não é questão privada ou mero direito do próprio parlamentar – direito público subjetivo parlamentar – já que os parlamentares exercem função pública de

representação política. Trata-se, no fundo, da defesa da garantia do pluralismo no processo de produção legislativa, da “defesa da própria democracia enquanto respeito às regras do jogo, da possibilidade de que a minoria de hoje possa vir a se tornar a maioria de amanhã”. Exige-se a superação de um exercício arbitrário do poder político por meio de uma atuação da jurisprudência do STF que mantenha vivo o próprio Estado de Direito brasileiro (Oliveira, 2006a, p. 50-51).

As velhas práticas constitucionais típicas da ordem autocrática anterior, se não superadas, não permitirão a rejeição do paradoxo de o direito moderno fundar a si próprio, quando se encontra privatizado e instrumentalizado pelos interesses dos eleitos. Sem esta mudança, não se avança a ponto de compreender que o direito precisa ancorar a sua legitimidade nos próprios destinatários, colhendo as sementes da liberdade que se encontram mergulhadas em nossas próprias tradições (Carvalho Netto, 2009).

A questão acerca da irregularidade e da inconstitucionalidade da tramitação de um projeto de lei ou de uma proposta de emenda constitucional acabaria sendo reduzida a um interesse *particular* e *exclusivo* dos deputados e senadores, enquanto “condições para o exercício de sua atividade parlamentar”, e jamais referida à produção da lei como afeta à cidadania em geral. (OLIVEIRA, 2006a, p. 49)

Os requisitos formais do processo legislativo são condições processuais para a garantia de um processo legislativo democrático. É a institucionalização jurídica de formas discursivas e negociais que sustentam o exercício da autonomia jurídica, tanto pública quanto privada, dos cidadãos. Enquanto perdurar uma concepção de democracia a ser exercida por uma elite política, que toma para si as prerrogativas institucionais de fazer valer o interesse dos cidadãos, não se superará esta compreensão de que o texto constitucional é mero evento ordinário, fruto de um poder constituinte também ordinário, simulacro (Moreira, 2007) de um ato de outorga que uma assembleia legislativa constituinte dá a si mesma com o propósito de restringir, regular e prescrever os direitos atinentes à soberana manifestação dos sujeitos de direito. Um Estado que se intitula democrático não pode e não deve admitir que a Constituição se converta em monumento à transcendência, em reservatório textual da legitimidade das normas e do sistema. Ao contrário disto, a legitimidade material não se circunscreve à Constituição.

Em pesquisa realizada pelo Observatório da Justiça Brasileira foram identificadas algumas características do controle preventivo judicial de projetos de legislação que tramitam no Legislativo. A primeira delas destaca que o controle preventivo é buscado por parlamentares da minoria legislativa, que recorrem ao STF tanto para assegurar seus direitos de minoria como para rever judicialmente as decisões tomadas pela maioria. Outra constatação é de que há uma baixa taxa de sucesso nas ações de controle preventivo, pois a Corte se mostra refratária ao avanço nas questões internas do processo legislativo. A terceira tendência é do Supremo priorizar o controle repressivo em detrimento da via preventiva, o que leva à constatação de que o Tribunal preferiu, na maioria dos casos, não interferir no processo legislativo, aguardando assim o seu desfecho (Sundsfeld, 2010, p. 23-24).

O ano de 2012 foi marcado por várias decisões do STF que diziam respeito às exigências constitucionais de devido processo legislativo. A mídia, em muitos momentos, caracterizou uma guerra entre os Poderes, principalmente entre o Legislativo e o Judiciário. Entretanto, o que se percebe é que, de forma substancial, o Supremo não alterou sua compreensão de que cabe ao Legislativo a definição do conteúdo das regras regimentais legislativas. O que se pode destacar é que vagarosamente começa a nascer a compreensão de uma atuação mais ofensiva do Supremo, principalmente quando se trata da qualidade do fórum deliberativo, mesmo que, para isto, ele tenha que avançar na análise da observância regular das exigências procedimentais regimentais e que seja necessária uma “regulação normativa” (Sundsfeld, 2010, p. 22) desta sua atribuição.

Com a Ação de Inconstitucionalidade n. 4.027, o art. 6º da Resolução 1/2002-CN foi considerado inconstitucional pelo STF. Este artigo estipulava que a Comissão Mista do Congresso Nacional, constituída para emitir parecer sobre os aspectos formais, constitucionais, mérito e adequação financeira e orçamentária das medidas provisórias, caso não o emitisse em até 15 dias, este poderia ser proferido oralmente em Plenário, pelo Relator. Agora a emissão do parecer da Comissão Mista é obrigatória, ainda que fora do prazo antes previsto. Se assim não o for, a Medida Provisória não pode ser aprovada no Congresso ou, se mesmo assim for aprovada, poderá ser declarada inconstitucional pelo Supremo. De acordo

com esta Corte, a magnitude das funções da Comissão Mista no processo de análise das medidas provisórias decorre da necessidade imposta pela Constituição de se assegurar a reflexão profunda sobre o ato normativo primário emanado pelo Executivo. O objetivo é evitar que a apreciação pelo Plenário seja feita de maneira inapropriada, percebendo-se, assim, que o parecer representa uma garantia de que o Legislativo efetivamente fiscalize o exercício atípico da função legiferante do Executivo. O parecer assume a condição de instrumento indispensável do devido processo legislativo, por proporcionar discussão sobre a matéria, uniformidade de votação e celeridade na apreciação das medidas provisórias. Deste modo, qualquer ato que afastar ou frustrar os trabalhos da Comissão Mista padece de inconstitucionalidade.

Esta preocupação com o atendimento dos requisitos constitucionais das medidas provisórias, principalmente os de urgência e relevância, levaram o Supremo Tribunal Federal a entender que a sua conversão em lei não convalida os eventuais vícios formais verificados na sua edição. Nesse aspecto, os vícios de edição da medida, mesmo que o Legislativo a converta em lei, não afasta a possibilidade de o Supremo declarar a sua inconstitucionalidade.

Percebe-se, neste tópico, que um processo legislativo constitucionalmente estabelecido, onde a forma jurídica, o princípio do discurso e o princípio da democracia se interagem, permite a Constituição de uma “eticidade substancial”, onde tradições, valores e formas de vida socialmente vigentes formam a nossa identidade social, grupal e individual, por meio de uma correta realização de um sistema político-constitucional comprometido com a qualidade da democracia. Um processo legislativo preocupado com aspectos qualitativos e de legitimidade de suas deliberações é um dos grandes passos para se compreender o modo como o Estado democrático de direito se justifica como instrumento promotor da pluralidade e da democracia, desviando-se de legitimações históricas ou pessoais do poder e não depositando sua confiança em juízes ou legisladores que se entendem como os guardiões da moral e da verdade em nossa sociedade. Uma “pedagogia da pluralidade” (Velasco, 2000) depende da compreensão de que a democracia é um projeto de todos, é um exercício

constante e infindável, promotora de um mundo inacabado, inconcluso e infinito em suas possibilidades.

A accountability do Judiciário

Um dos últimos aspectos necessários para o fechamento do “círculo democrático” é a preocupação por uma *accountability* do próprio Poder Judiciário. Se esta pesquisa se propôs a resolver o problema da dicotomia entre direitos fundamentais e democracia, no nível interno ao Judiciário, resta a complementação desta concretização do princípio da democracia com a perspectiva de “abertura democrática” do próprio Judiciário. Por isto, reserva-se este último tópico para um esboço das possibilidades do desenvolvimento de mecanismos de *accountability* no Judiciário, entendendo esta necessidade como uma consequência da adoção do princípio da democracia.

Muito se debate na literatura nacional sobre meios para que esta abertura ocorra⁵. O que se identifica é uma preocupação voltada para novos arranjos institucionais que permitam os próprios atores sociais participarem da construção do sistema de direitos, principalmente com interferências no momento decisório do Judiciário. Entretanto, toda esta preocupação não deve se pautar na perspectiva de que o Judiciário é um órgão de representação democrática, tal qual o são o Legislativo e o Executivo. É importante que o Judiciário seja composto por especialistas na tarefa interpretativa, principalmente pelo fato de que uma das suas principais funções é a garantia do próprio sistema de direitos. Quando aqui se buscou a superação da dicotomia entre direitos fundamentais e democracia, dentro de uma correta adequação do princípio da democracia, não se postulou o abandono dos próprios direitos fundamentais. Uma democracia só é legítima quando ela mesma institui mecanismos de proteção das minorias contra as investidas da maioria (Mouffe, 1994). E um sistema jurídico preocupado com a promoção das liberdades necessariamente precisa ter independência e aparatos institucionais para a preservação da liberdade privada.

Quando o próprio Judiciário entende que o direito é instrumento de diálogo, de realização da possibilidade dos próprios destinatários se

tornarem atores de seus direitos, permite que estes possam ter acesso aos canais jurídicos para a Constituição de seus interesses. E quando os cidadãos compreendem o direito como local de concretização do sistema jurídico para sua própria pretensão, grande parte do princípio da democracia já se encontra efetivado. Assim, a “abertura democrática” do Judiciário é consequência da adoção dos elementos já apresentados para o comprometimento do direito com o princípio da democracia. Uma hermenêutica adequada ao contexto da pluralidade política, uma concepção de vínculo identitário político-constitucional aplicado à situação atual da democracia, um devido processo legislativo e um sistema de direitos que garante o espaço público para a atuação da sociedade civil, realizam em grau elevado o princípio da democracia.

Desta forma, em contraste com os sistemas de democracia representativa, em que os mecanismos de autorização exigem do cidadão que dê sua anuência para o representante falar em seu nome, o sistema jurídico encontra seu elemento similar a este sistema de autorização quando tem capacidade efetiva de recepcionar os pedidos de tutela jurídica de seus jurisdicionados. Estes precisam encontrar nos procedimentos judiciais regras que operacionalizem adequadamente canais discursivos para a efetivação de seus direitos. Desta forma, em sede de jurisdição ordinária, a autorização não pode abrir mão de um recrutamento que se paute na busca de especialistas na tarefa interpretativa. E o sistema de concursos públicos é o meio mais correto para este recrutamento.

Como afirma Habermas (2003a, p. 215-216), a configuração dogmática do direito e a cientifização da jurisprudência acarreta uma “ampla profissionalização” da prática da decisão judicial. Nos discursos jurídicos de aplicação, a decisão judicial precisa justificar-se na criação da adequabilidade das normas jurídicas válidas ao caso em concreto. Em um primeiro momento, esta decisão se alimenta do próprio discurso das partes envolvidas, pois são elas que apresentam os aspectos litigiosos do caso ao juiz. Já em um último momento, o juiz, como representante imparcial da comunidade, tem que fundamentar seu julgamento perante uma esfera pública jurídica, em princípio ilimitada, ligando a “justiça” ao direito vigente.

Já com relação ao sistema processual, também no âmbito da jurisdição ordinária, a teoria discursiva do direito busca a institucionalização dos discursos jurídicos no campo do direito processual. A relação entre direitos fundamentais e democracia é traduzida em outra dicotomia, entre a segurança jurídica e a decisão justa (Habermas, 2003a, cap. V). Por um lado está a compreensão positivista de que o direito é um sistema de regras, fechado em si, alimentado pelas decisões legislativas de um parlamento que congrega em si a tarefa máxima de representar a democracia. Pretende-se garantir a consistência das decisões fazendo separação conceitual entre direito e política. Não há, no plano da interpretação jurídica, espaço para argumentos que se fundamentam com pressupostos de validade suprapositivos, nem que se pautem na autoridade impugnável de tradições éticas. Somente diante dos casos que não se resolvem com a mera aplicação das regras já determinadas pelo legislador, é que o juiz atua de modo discricionário, decidindo somente com base na autorização que lhe foi dada, sem trabalhar com a possibilidade de que chegará a uma resposta correta, segundo o sistema de regras que lhe é imposto. Deste modo, o positivismo, ao apoiar-se em um conceito que faz do direito um sistema de regras, privilegia o aspecto da segurança jurídica e retira o debate democrático do Judiciário.

Em superação desta compreensão, realiza-se uma guinada conceitual, onde o direito passa a ser entendido como um sistema de regras e princípios. Onde não existia regras, havia liberdade discricionária ao juiz. Mas, ao recepcionar os princípios como conteúdos morais deontologizados, o direito abre-se para a moral. Para Habermas (2003a, cap. V), esta abertura permite a entrada de questões substanciais referentes a padrões de justiça, por meio de um procedimentalismo que retira do juiz a obrigação de assumir toda a carga da tarefa de interpretação do direito. Ao aplicar-se a teoria procedimental ao direito, permite-se realizar uma interpretação do direito como um empreendimento comum, sustentado pela comunicação pública dos cidadãos, em superação à dicotomia entre segurança jurídica e decisão justa, presente no nível interno da jurisdição ordinária. Assim, a legitimidade pretendida pelo princípio da democracia é atingida quando a formulação das regras procedimentais apoia-se num conceito forte de racionalidade, pois o procedimento jurídico ancora-se em um acordo não

coercitivo sobre as pretensões de validade, que permite uma disputa regulamentada entre os argumentos dos postulantes, desde que estes estejam já previamente convencidos sobre a validade das normas procedimentais instituídas.

Emprende-se uma nova forma de se perceber o processo de decisão judicial, não mais determinado exclusivamente pelos textos legais, por um sistema onde as controvérsias eram resolvidas mediante a rígida aplicação das regras. Para a teoria discursiva do direito, o sistema processual se estrutura com a finalidade de institucionalizar os discursos jurídicos que, no nível dos casos concretos, consente a cada cidadão sentir-se inserido em um sistema jurídico que permita a construção de sua própria argumentação, a respeito da sua forma de compreender seus próprios direitos. Em uma sociedade que lida com o fato da pluralidade de modos de vida, concorrentes entre si, não é defensável uma teoria do direito que imponha verdades absolutas como fundamento para o direito e nem um sistema de normas materiais que exijam do direito processual somente a instrumentalização do direito material. Por isto, a teoria de Habermas busca um novo caminho, exigindo do direito processual o estabelecimento de condições pragmáticas de comunicação para a realização de discursos jurídicos, enquanto meios de realização normatizada da liberdade da pessoa⁶. Em síntese, a jurisdição ordinária torna-se mais “democrática” quanto mais estiverem institucionalizados canais discursivos de construção do direito que afeta os jurisdicionados, cada qual em sua concretude e individualidade.

Neste aspecto, tanto a jurisdição ordinária, quanto a jurisdição constitucional, encontram espaço para a realização do princípio da democracia, desde que se compreenda adequadamente a especificidade do Poder Judiciário, que não pode ser entendido como mais um canal de representação democrática, tal qual o Executivo e o Legislativo. A diferença entre os níveis da jurisdição é que, enquanto no nível da jurisdição ordinária o princípio da democracia é restrito aos envolvidos diretamente na controvérsia jurídica, a jurisdição constitucional trabalha com um número maior de envolvidos, principalmente em se tratando do controle abstrato de constitucionalidade. A prática da interpretação discursiva deve operar, quando realizada pelo tribunal constitucional, no

âmbito da divisão de poderes, equilibrando a distribuição de competências entre o legislador e a prática jurisdicional. Mas, não deve se restringir a uma estrutura limitada de intérpretes: quanto maior for o rol dos intérpretes, mais se realiza o princípio da democracia, tendo em vista a abrangência de afetados nas decisões de controle de constitucionalidade. Se a democracia se faz como deliberativa e participativa, em âmbito constitucional, uma teoria procedimentalista tem como finalidade formular as condições necessárias segundo as quais “os sujeitos do direito podem, enquanto cidadãos, entenderem-se entre si para descobrirem os seus problemas e os modos de solucioná-los” (Habermas, 2003a, p. 188-190).

Nesta especificidade, a jurisdição constitucional, principalmente dentro do controle abstrato de constitucionalidade, tem de procurar meios hermenêuticos e procedimentais para se legitimar democraticamente, principalmente pelo fato do “protagonismo judicial” na resposta a questões públicas de alcance nacional. Por isto, há uma ampla pesquisa sobre os “potenciais democratizantes” (Sundfeld, 2010, p. 15-16) do STF, na busca por diversos canais de abertura do Tribunal para a sociedade civil, bem como de seu alcance e limites, tanto no momento de provocação da demanda, quanto nas etapas de construção da decisão.

A doutrina brasileira tem levantado algumas propostas para a criação de mecanismos de *accountability* para o Supremo Tribunal Federal. A forma de recrutamento dos ministros leva a duas preocupações. Primeiro, com relação ao tempo do mandato. Analisam-se as vantagens de um mandato temporário, com uma possível recondução ao cargo, em substituição ao mandato de caráter vitalício, adotado no Brasil. Segundo, indiferentemente do tempo de mandato, a sua forma de autorização gera outras controvérsias. Se o Tribunal possui caráter mais político que jurisdicional, chamando para si a tarefa de mediador entre os Poderes, o compartilhamento dos mecanismos de escolha dos ministros seria a saída para uma escolha compatível com a função do STF. Atualmente, o Executivo é quem assume o ônus da nomeação dos ministros, escolhidos com base em critérios abertos como idoneidade moral e notório saber jurídico, cabendo ao Legislativo apenas a aprovação da escolha⁷.

Outro ponto que encontra debate é a respeito das competências estabelecidas para o STF. O Supremo desempenha as funções de jurisdição constitucional e de jurisdição ordinária, com função recursal e de corte originária. Nesta confusão entre as funções, debate-se sobre a necessidade de uma especialização funcional mais densa, colocando o STF como corte exclusiva de controle de constitucionalidade. Neste aspecto, sua estrutura precisaria se amoldar a uma configuração semelhante à encontrada nas Casas do Congresso. A assessoria jurídica dos ministros precisaria contar com profissionais tecnicamente capacitados para o enfrentamento das temáticas mais variadas. Atualmente, o recrutamento de assessores conta, em sua maior parte, com profissionais do direito, preparados para a função jurisdicional. Uma reestruturação especializada exigiria que o próprio Tribunal se configurasse em moldes mais plurais, com profissionais de diversos âmbitos temáticos, em auxílio singularizado às fundamentações jurídicas. Isto permitiria uma aproximação maior do Supremo ao Legislativo, em uma relação institucionalizada mais dinâmica entre os Poderes. Tal proposta se complementa com a ideia de criação de um órgão de “altos estudos”, conforme apresentado logo abaixo.

Com a Constituição de 1988 houve o aumento do rol dos legitimados a acessar o controle direto de constitucionalidade, que antes estava nas mãos do procurador-geral da República. Com esta ampliação, pode-se construir uma nova agenda deliberativa no Supremo, principalmente pelo fato de que hoje novos atores sociais podem constituir sua demanda por controle de constitucionalidade. Em apuração verificada pelo Observatório da Justiça Brasileira, os atores que mais demandam o STF são os partidos políticos, os sindicatos e as entidades de classe. Percebe-se assim que esta ampliação contribuiu para a democratização da agenda do Supremo (Sundfeld, 2010, p. 27-28), a depender da finalidade econômica, profissional e perfil de atuação destas entidades.

Na busca pela ampliação do rol de intérpretes, algumas mudanças foram instituídas no arranjo institucional do Judiciário, mais propriamente na própria configuração do Supremo. Mecanismos como a figura do *amicus curiae* e das audiências públicas fornecem oportunidade aos atores sociais envolvidos na temática participarem da produção argumentativa, oferecendo outros elementos para a fundamentação da decisão dos

ministros. A Lei 9.868/99 delegou ao próprio STF a prerrogativa de definir o procedimento para requerer a participação e a decisão sobre a pertinência, em cada caso, quem pode ser o participante. Discute-se sobre os limites e possibilidades desta definição exclusiva do STF, principalmente porque as decisões sobre manifestação de terceiros no processo são subjetivas e estão ao restrito critério do relator do caso.

Entretanto, além disto, o que se verifica com relação a essas possibilidades de participação é que elas têm efeitos mais externos do que internos. Conforme pesquisa apresentada pelo Observatório da Justiça, a atuação do *amicus curiae* serve mais como “termômetro do impacto esperado da decisão judicial na sociedade” (Sundsfeld, 2010, p. 33) do que como um instrumento que leva a conclusões mais substantivas sobre a participação destes atores na decisão de controle de constitucionalidade (Sundsfeld, 2010, p. 67). O mesmo se destaca com relação às audiências públicas.

Nesta relação entre o Tribunal e a sociedade civil, verifica-se muito mais a oportunidade da própria sociedade civil se organizar, sedimentar seus argumentos e publicizá-los por meio dos instrumentos de comunicação social, do que a chance de contribuírem efetivamente com a interpretação que os ministros irão desenvolver. Constatando-se que estes mecanismos de ampliação do rol dos intérpretes acabam sendo utilizados, em sua grande maioria, pelas entidades de classe, sindicatos e partidos políticos⁸ – os mesmos atores que mais demandam ações no STF – percebe-se que a sociedade civil tem-se tornado um fator de configuração da agenda deliberativa do Supremo. O que acaba ocorrendo é que os temas que chegam ao Supremo são aqueles de maior repercussão e mobilização perante a sociedade civil⁹.

Uma das propostas possíveis para o aprofundamento desta relação entre o STF e a sociedade civil encontra-se na abertura permanente das temáticas que são decididas. Assim, o STF cumpriria a função de estabilizar a resposta para o momento em que é acionado, deixando em aberto as questões de fundamentação moral das decisões, de encontro com a proposta hermenêutica do minimalismo judicial. Partindo da constatação de que a sociedade civil tem participado dos debates constitucionais e se organizado

em torno dos temas relevantes, o Supremo teria a incumbência de decidir para o agora, condensando os argumentos jurídicos mais preponderantes, segundo o entendimento do Tribunal, para a questão. Os fóruns de debate permaneceriam em aberto para o aprofundamento dos fundamentos significativos.

Para isto, a criação de um órgão de “altos estudos”, aos moldes das consultorias legislativas das casas do Congresso, contribuiria para a pluralização do debate constitucional. Seguindo a proposta de Habermas, quanto mais o Tribunal constitucional se aproxima do Legislativo, maior é a oportunidade de se ampliar a representação democrática na interpretação constitucional. Em contrapartida, o próprio Legislativo precisa se aproximar do Tribunal constitucional, chamando para si a tarefa de fundamentar o sistema normativo. Este órgão de altos estudos forneceria a oportunidade de um hibridismo, um órgão comum às casas Legislativas e ao Judiciário, com um sistema que congregasse em si aspectos de fundamentação jurídica, de decisão representativa parlamentar e de recepção de deliberações da sociedade civil.

Tal qual o modelo das consultorias legislativas, é necessário que haja um alto grau de especialização nas temáticas debatidas. Consultores com preparação técnica para o desenvolvimento de argumentos relevantes, bem como a realização de congressos, seminários e fóruns que constituísse um espaço deliberativo constante, retirariam o peso da centralidade decisória das mãos do STF. Sua especialidade consistiria, principalmente, na realização e aperfeiçoamento do sistema de direitos, tendo em vista que este só se legitima se for constituído segundo o princípio da democracia. E isto repercute novamente na proposta aqui apresentada, de que a jurisdição constitucional deve preocupar-se com a boa efetivação das estruturas políticas democráticas, sem finalizar o seu papel ao decidir em Plenário a questão de constitucionalidade.

O grande diferencial da existência de um tribunal constitucional é sua capacidade de superar o aspecto decisional que se resume a uma tomada de posição em termos de “sim ou não” (Habermas, 2003a, p. 354). A sua maior justificativa está na ideia de que é possível uma prática de interpretação de cunho construtivo, que realize a ligação entre a jurisdição e a legislação,

tendo em vista, sempre, um processo político e jurídico de reflexão e autocontrole da própria democracia. Isto faz parte de uma aposta no caráter intrinsecamente racional de condições procedimentais que apoiam a suposição de que o processo democrático é capaz de propiciar resultados racionais. Só assim é possível dizer que a razão se incorpora nas “condições pragmático-formais” que possibilitam uma política genuinamente deliberativa, que excluiria a impressão de que o Tribunal constitucional é uma autoridade estranha, situada além da própria comunidade política que o legitima.

1 Em pesquisa realizada por Vieira (2008), nota-se que o STF transformou-se em uma câmara de revisão de decisões majoritárias, a partir da reclamação daqueles que foram derrotados na arena representativa. Em números, no governo FHC o partido que mais levava casos ao Supremo era o PT; já no governo Lula, os partidos que mais acessaram o STF foram o DEM e o PSDB. Do mesmo modo, os governadores de Estado usam o STF como segunda arena política, buscando o bloqueio de medidas aprovadas pelos seus antecessores, no Executivo, bem como o bloqueio das medidas aprovadas pelas respectivas Assembleias Legislativas estaduais.

2 Duas situações emblemáticas do uso destas audiências públicas aconteceram no julgamento da ADI 3.510 (células-tronco) e da antecipação terapêutica dos fetos anencéfalos, na ADPF 54.

3 Além disso, a “tradição messiânica” brasileira compromete, em alguns momentos, os pressupostos de legitimidade democrática da atuação dos ministros do Supremo. Um exemplo muito presente é o caso da atuação do ministro Joaquim Barbosa no julgamento da constitucionalidade da “Lei da Ficha Limpa” – ADC 29 – e no julgamento do “Mensalão” – ação penal 470. Nestas duas situações, presenciou-se um discurso populesco que ovacionava a forma como o ministro julgou estas ações, elevando-o à condição de “salvador” da moralidade política e mantenedor da “vontade popular”. Reproduz-se novamente a compreensão de que alguns “esclarecidos” trarão a verdade para o povo, que aplaude a própria sorte de ser protegido por arautos da justiça.

4 Este posicionamento encontra-se no relatório do ministro Celso de Mello, no julgamento de pedido liminar no MS 24.645.

5 Uma das alterações mais inovadoras trazidas com a Reforma do Judiciário foi a criação do Conselho Nacional de Justiça, na tentativa de instituir um órgão de “controle interno” do Poder Judiciário.

6 Para uma análise da adequabilidade da teoria do discurso ao âmbito do Direito Processual Civil brasileiro, ver FERNANDES, Eder. *A possibilidade de uma única sentença correta para cada caso*. Dissertação. 2008. 165p. Universidade Estadual de Londrina, Londrina.

7 Para uma análise da questão referente à escolha dos juízes que irão compor os órgãos de cúpula da jurisdição ordinária, Cf. STRECK, Lênio. Diretas-Já no Judiciário é ponto para a democracia. In: *Conjur*. Dez/2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-dez-20/senso-incomum-diretas-poder-judiciario-ponto-democracia>>.

8 Dados coletados da pesquisa do Observatório da Justiça. Cf. SUNDSFELD, 2010.

9 O número de processos referentes às questões específicas dos Poderes é relativamente baixo, representando cerca de 3% de ações voltadas ao Executivo e 11% do Legislativo, do total de ações ajuizadas desde 1988 até 2010, perante o Tribunal. A Procuradoria-Geral da República é responsável por 14% das ações. Já os partidos políticos, entidades de classe e sindicatos representam, juntos, 71% das demandas do Supremo. Cf. SUNDSFELD, 2010.

Notas conclusivas

O procedimento de trabalho deste livro discutiu a possibilidade de superação da dicotomia entre direitos fundamentais e democracia, na jurisdição constitucional brasileira. Conforme a pergunta de partida, o princípio da democracia serviu como hipótese de verificação da validade do sistema normativo. Esta proposta implicou a existência de uma relação entre o sistema de direitos e os pressupostos de justificação do Estado democrático de direito, que se operacionalizou por meio do conceito de democracia destacado. Por outras palavras, com uma adequada compreensão a respeito do que deve ser entendido por democracia, a dicotomia, até então aparente, foi superada.

Com o mapeamento das teorias democráticas se compreendeu que o princípio da democracia pode encontrar caminhos de institucionalização que não se limitam a uma só teoria. Dentro do campo do pluralismo político é importante que se investigue as possibilidades e limitações das variáveis interpretativas do conceito de democracia. O resgate dos ideários universalistas da Revolução Francesa, tal qual proposto por Habermas, ofereceu a oportunidade de se discutir a efetividade dos modelos até então adotados. Mais precisamente, no campo de análise da democracia no Brasil, constatou-se a variedade de oportunidades de concretização dos canais de participação cidadã, na tentativa de oferecer aos sujeitos de direito caminhos de produção autônoma do sistema de direitos a ser seguido.

A teoria da democracia deliberativa foi instrumento de destaque na verificação da legitimidade das instituições democráticas, principalmente pelo fato de que se busca a superação de teorias democráticas que enfocam o momento decisional como elemento de definição das políticas a serem adotadas. Dentro do campo institucional, há a necessidade de construção de instrumentos deliberativos mais sólidos, que realizem a oportunidade de um discurso racional fundamentado em procedimentos legitimamente

democráticos, onde todos os afetados possam encontrar a oportunidade de construção autônoma de seus projetos de vida.

Tendo em vista a especificidade dos arranjos institucionais entre os Poderes, no Brasil, percebe-se que a nossa história comprova que um certo elitismo tem conduzido a democracia no País. Em “nome do povo” se faz a democracia. Se a crítica a esta situação fática deve ser feita, ela teve de operar, em um primeiro momento, no campo sociológico, colhendo dados que densificaram a particularidade da estruturação do sistema político brasileiro. Em um segundo momento, foi oportuna a proposta de criação de novos caminhos institucionais, ao se constatar que o Brasil vive uma experiência nova de formação do seu sentido de democracia. Por isto, o resgate do “fio democrático” de nossa história política foi utilizado como canal de condução das perspectivas construtivas possíveis para uma democracia de cunho constitucional.

Se a democracia se constrói por uma adequada formação da democracia por meio do sistema constitucional, o papel do Supremo Tribunal Federal, na operacionalização da jurisdição constitucional, destacou-se como elemento chave de efetividade desta proposta. Assim, a superação da dicotomia entre direitos fundamentais e democracia oportunizou um foco de trabalho preciso para a recompreensão da função deste Tribunal. A proposta por uma gênese lógica dos direitos fundamentais deu espaço para que esta categoria de direitos se adequasse ao princípio da democracia. Entretanto, este trabalho não enfrentou uma das particularidades mais destacadas de nossa conquista por direitos, a tese de que no Brasil há uma inversão na escala de direitos que fundamenta a discussão sobre direitos fundamentais. Conforme exposto, José Murillo de Carvalho constatou que a nossa história de conquista de direitos se caracteriza por garantir primeiro os direitos sociais, sendo que ainda não se concretizaram, mesmo que em condições reduzidas, os direitos civis e políticos. Para um aprofundamento preciso desta tese, seria necessário deslocar o foco deste trabalho para outras questões mais específicas desse outro objeto.

A adoção do princípio da democracia, como padrão de correção do plano da facticidade, ofereceu um novo desafio: uma viragem paradigmática da função da jurisdição constitucional na construção dos

canais democráticos dentro das relações entre os Poderes. Questões como presidencialismo de coalizão, agenda parlamentar, devido processo legislativo, serviram como anúncio da necessidade da jurisdição constitucional, em uma postura mais ofensiva, se especializar em teorias da democracia. Se o papel do STF deixa de ser estritamente jurisdicional, para assumir sua prerrogativa de guardião da própria democracia, justificam-se as hipóteses de realocação da posição deste Tribunal entre os Poderes instituídos, bem como a guinada hermenêutica em busca de uma postura minimalista, aberta a novas possibilidades de fundamentação das normas jurídicas adotadas, em respeito aos canais legislativos de sua justificação. E este respeito pelo Legislativo será resgatado quando o Tribunal constitucional se aproximar das casas legislativas, em uma tarefa construtiva e cooperativa, libertando o parlamento das mãos dos interesses privados dos legisladores. E, no mesmo sentido, se é possível falarmos em “autoritarismo civil” do Executivo na condução das políticas, prospera também a hipótese de que a legitimidade dos decretos executivos passa pela análise de constitucionalidade, segundo os pressupostos democráticos autorizadores da ação governamental.

E se a democracia tem de ser participativa, o Tribunal deve garantir uma esfera pública plural, onde a sociedade civil encontre espaço para a prática de uma “democracia radical”. Se a guinada hermenêutica proporciona um espaço de cooperação entre Judiciário e Legislativo, ela também permite que a sociedade civil se organize em torno dos debates públicos a respeito da constitucionalidade das normas. Desta forma, mesmo que se levantem objeções ao caráter “ufanista” ou “idealista” da proposta do “patriotismo constitucional”, seu caráter performativo ocasiona a reapropriação contínua do sentido de “transição democrática” vivenciado no pós-Constituição de 1988. Se os próprios cidadãos não se entenderem como partícipes de um processo constituinte contínuo, aberto e infundável, a radicalidade da democracia nunca existirá.

Por fim, a adoção do princípio da democracia sugere outras consequências práticas para um Judiciário genuinamente democrático. O esboço feito no último tópico da terceira parte desta obra destaca as possibilidades do desenvolvimento de mecanismos de *accountability* no Judiciário, fechando o “círculo democrático” ao oferecer novos avanços e

novos conhecimentos a respeito de um arranjo institucional em consonância com a exigência de que os sujeitos de direito de uma comunidade jurídica possam ser autores de seu próprio direito, agentes copartícipes de um Estado que se propõe democrático, plural e dignificante da vida humana.

Referências

ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. In: *Dados – Revista de ciências sociais*. Rio de Janeiro, vol. 31, n. 1, 1998, p. 5-34.

AHMAD, Aijaz. *Linhagens do presente: ensaios*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2002.

ALEXY, Robert. Os direitos fundamentais e a democracia no paradigma procedimental do direito de Jürgen Habermas. In: FRANKENBERG, Günther; MOREIRA, Luiz (org.). *Jürgen Habermas, 80 anos. Direito e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.

_____. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ARATO, Andrew; COHEN, Jean L. *Sociedad civil y teoría política*. Ciudad del Mexico: Fondo de Cultura Económica, 2006.

AVRITZER, Leonardo. Teoria democrática e deliberação pública. *Lua nova*. São Paulo, n. 50, 2000.

_____. *Democracy and the public space in Latin America*. Princeton: Princeton University Press, 2002a.

_____. O orçamento participativo: as experiências de Porto Alegre e Belo Horizonte. In: *Sociedade civil, espaços públicos e a construção democrática no Brasil: limites e possibilidades*. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2002b.

_____. *Participatory institutions in democratic Brazil*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 2009.

BARACHO Jr, José Alfredo de Oliveira. A interpretação dos direitos fundamentais na Suprema Corte dos EUA e no STF. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BERNARDI, Jorge. *O Processo legislativo brasileiro*. Curitiba: IBPEX, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência; por uma nova hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo, Malheiros, 2001.

_____. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 5*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Sumula_d_o_STF_1_a_736.pdf>. Acesso em: 03 de dezembro de 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI 4.227*. Julgado em 05 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=4227&processo=4227>>. Acesso em: 10 de junho de 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 132*. Julgado em 05 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=4227&processo=4227>>. Acesso em: 10 de Junho de 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI 3.510*. Julgado em 05 de março de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=3510&processo=3510>>. Acesso em: 10 de junho de 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI 3.685*. Julgado em 17 de setembro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2367564>>. Acesso em: 10 de junho de 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 187*. Julgado em 15 de junho de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2691505>>. Acesso em: 05 de dezembro de 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 186*. Julgado em 04 de maio de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2691269>>. Acesso em: 05 de dezembro de 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADC 29*. Julgado em 16 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4065372>>. Acesso em: 05 de dez de 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI 4.424*. Julgado em 17 de julho de 2012. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=4424&processo=4424>. Acesso em: 05 de dez de 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI 4.027*. Julgado em 17 de julho de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2595555>>. Acesso em: 08 de janeiro de 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE 197.917/SP*. Julgado em 24 de março de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeticao.asp?incidente=1631538>>. Acesso em: 05 de dezembro de 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. *MS 24.645*. Julgado em 21 de novembro de 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeticao.asp?incidente=2164726>>. Acesso em: 08 de janeiro de 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RCL 467*. Julgado em 10 de outubro de 1994. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeticao.asp?incidente=1579530>>. Acesso em: 08 de janeiro de 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. *MS 21.642*. Julgado em 17 de dezembro de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeticao.asp?incidente=1556095>>. Acesso em: 08 de janeiro de 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. *AP 470*. Julgado em 21 de novembro de 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeticao.asp?incidente=11541>>. Acesso em: 08 de janeiro de 2013.

_____. *Lei 9.868/99*. De 10 de novembro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 07 de fevereiro de 2013.

CANOTILHO, José Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1992.

CARVALHO, José Murilo. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 12. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.

CARVALHO NETTO, M. *A sanção no procedimento legislativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

_____. M. A contribuição do direito administrativo enfocada da ótica do administrado: para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil. Um pequeno exercício de teoria da Constituição. In: *Fórum administrativo*, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 11-20, 2001.

_____. M. A Revisão constitucional e a cidadania: a legitimidade do poder constituinte que deu origem à Constituição da República Federativa de 1988 e as potencialidades do poder revisional nela previsto. In: *Revista do ministério público do estado do Maranhão*, São Luis, v. 1, n. 9, p. 37-61, 2002.

_____. M. Racionalização do ordenamento jurídico e democracia. In: *Revista brasileira de estudos políticos*, v. 88, p. 81-108, 2003.

_____. M.; SCOTTI, Guilherme. 20 anos da Constituição: o desafio da assunção da perspectiva interna da cidadania na tarefa de concretização de direitos. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. (org.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, 1. ed., p. 95-110.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DAGNINO, Evelina. *Sociedade civil, espaços públicos e a construção democrática no Brasil: limites e possibilidades*. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2002.

DURÃO, Aylton Barbieri. *Derecho y democracia. La crítica de Habermas a la filosofía política y jurídica de Kant*. Tese de doutorado. Valladolid, 2002.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FALCON, Francisco José Calazans. História e cidadania. In: *Acervo*. Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p. 123-144, Jul/Dez 2008.

FERNANDES, Eder. *A possibilidade de uma única sentença correta para cada caso*. Dissertação. 165p. Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2008.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Constituição de 1988. Legitimidade, vigência e eficácia normativa*. São Paulo: Atlas, 1989.

FIGUEIREDO, Argelina C.; LIMONGI, Fernando. Partidos políticos na Câmara dos Deputados: 1989-1994. *Dados - Revista de ciências sociais*, Rio de Janeiro, v. 38, n. 3, 1995, p. 497-525.

FIGUEIREDO, Juliana Baldoni. O colégio de líderes: surgimento e evolução. In: *E-Legis*. n. 8, p. 6-33, 1º Semestre/2012

FUNARI, Pedro Paulo A. A cidadania entre os romanos. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla (orgs.). *História da cidadania*. 4. ed., 2ª reimpressão. São Paulo: Contexto, 2008.

_____. Cidadania, erudição e pesquisas sobre a antiguidade clássica no Brasil. In: *Boletim do CPA*, Campinas, n. 3, jan./jul. 1997.

GARGARELLA, Roberto. Cass Sunstein: acuerdos carentes de una teoría completa en derecho constitucional, y otros ensayos. In: *La lectora jurídica*. Cali, Icesi, Colômbia, 2010. Disponível em: <<http://igualitaria.org/la-lectora-juridica-cass-sunstein-acuerdos-carentes-de-una-teoria-completa-en-derecho-constitucional-y-otros-ensayos/>>. Acesso em: 04 de agosto de 2011.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GROHMANN, Luís Gustavo Mello. A separação de poderes em países presidencialistas: a América Latina em perspectiva comparada. In: *Revista de sociologia e política*. n. 17: 75-106, Nov/2001.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. O direito e o problema do fetichismo institucional no pensamento de Roberto Mangabeira Unger. In: *Revista do mestrado em Direito da UCB*. v. 3, n. 1 - Jan/Jun 2009.

GUARINELLO, Norberto Luiz. Cidades-estado na antiguidade clássica. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla (orgs.). *História da cidadania*. 4. ed., 2ª reimpressão. São Paulo: Contexto, 2008.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004.

GUTMANN, A. A desarmonia da democracia. In: *Lua nova*, n. 36, 1995, p. 5-37.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional - a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

HABERMAS, J. *Teoría de la acción comunicativa*. Racionalidad de la acción y racionalización social. Tomo I. Madrid: Taurus, 1987a.

_____. *Teoría de la acción comunicativa*. Crítica de la razón funcionalista. Tomo II. Madrid: Taurus, 1987b.

_____. Três modelos normativos de democracia. In: *Lua nova*, 36, 1995.

_____. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002.

_____. A soberania popular como procedimento. In: *Novos estudos CEBRAP*, n. 26, março de 1990.

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Vol I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a.

_____. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Vol II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b.

_____. *Mudança estrutural da esfera pública: investigações quando a uma categoria da sociedade burguesa*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003c.

_____. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. São Paulo: Loyola, 2004.

HOORNAERT, Eduardo. As comunidades cristãs dos primeiros séculos. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla (orgs.). *História da cidadania*. 4. ed., 2ª reimpressão. São Paulo: Contexto, 2008.

KARNAL, Leandro. Estados Unidos, liberdade e cidadania. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla (orgs.). *História da cidadania*. 4. ed., 2ª reimpressão. São Paulo: Contexto, 2008.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

JOBIM, Nelson. O colégio de líderes e a câmara dos deputados. In: O desafio do Congresso Nacional: mudanças internas e fortalecimento institucional. *Cadernos de pesquisa CEBRAP*, São Paulo, n. 3, p. 37-59, Nov. 1994.

LAVALLE, Adrian Gurza. Após a participação: nota introdutória. In: *Lua nova*, São Paulo, n. 84, 2011, p. 13-23.

_____. VERA. A trama da crítica democrática: da participação à representação e à accountability. In: *Lua nova*, São Paulo, n. 84, 2011, p. 353-364.

LEFORT, Claude. A questão da democracia. In: _____. *Pensando o político: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

_____. A invenção democrática: os limites da dominação totalitária. *Autêntica*, 2011.

LIMONGI, Fernando. A democracia no Brasil: presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório. In: *Novos estudos*, n. 76, Novembro/2006, p. 17-41.

LOSURDO, Domenico. *Democracia ou bonapartismo: triunfo e decadência do sufrágio universal*. São Paulo: Editora Unesp, 2004.

MARSHALL, T. H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro, Zahar, 1967.

MAIA, Antonio C. S. C. Diversidade cultural, identidade nacional brasileira e patriotismo constitucional. In: *Diversidade cultural brasileira: Casa de Rui Barbosa*, Rio de Janeiro, p. 115-156, 2005. Disponível em: <http://www.casaruibarbosa.gov.br/seminario/diversidadecultural/antonio_c_avalcanti.pdf>. Acesso em: 2012

MAINWARING, Scott. Democracia presidencialista multipartidária: o caso do Brasil. In: *Lua nova*, São Paulo, n. 28-29, Abril/1993.

MANIN, Bernard; PRZEWORSKI, Adam; STOKES, Susan C. Eleições e representação. In: *Lua nova*, São Paulo, n. 67, 2006, p. 105-138.

MARTINS, Carlos Estevam. Vinte anos de democracia? In: *Lua nova*, São Paulo, n. 64, p. 13-38, 2005.

MARTUSCELLI, Danilo Enrico. A ideologia do “presidencialismo de coalizão”. *Anais do IV simpósio de lutas sociais na América Latina*. Londrina: UEL, 2010.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. In: *Novos estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 38, Nov/2000, p. 183-202.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996.

MIGUEL, Luís Felipe. Representação política em 3-D: elementos para uma teoria ampliada da representação política. In: *RBSC*, v. 18, n. 51, Fev/2003.

_____. Impasses da accountability: dilemas e alternativas da representação política. *Revista de sociologia política*, Curitiba, n. 25, Nov/2005, p. 25-38

_____. *Teoria democrática atual: esboço de mapeamento*. BIB, São Paulo, n. 59, 1º semestre de 2005, p. 5-42.

_____. Representação democrática: autonomia e interesse ou identidade e *advocacy*. In: *Lua n>ova*, São Paulo, n. 84, 2011, p. 353-364.

MONDAINI, Marco. O respeito aos direitos dos indivíduos. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla (orgs.). *História da cidadania*. 4. ed., 2ª reimpressão. São Paulo: Contexto, 2008.

MOREIRA, Luis. *A Constituição como simulacro*. Belo Horizonte: Lumen Juris, 2007.

MORESO, José Juan. *La indeterminación del derecho y la interpretación de La constitución*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

MOUFFE, Chantal. Pensando a democracia com e contra, Carl Schmitt. In: *Cadernos da escola do legislativo*. Belo Horizonte, v. 1, n. 2, p. 91-107, Jul/Dez 1994. Disponível em: <<http://www.almg.gov.br/CadernosEscol/Caderno2/teoria.pdf>>.

NICOLAU, Jairo. Como controlar o representante? Considerações sobre as eleições para a Câmara dos Deputados no Brasil. In: *Dados – Revista de ciências sociais*. Rio de Janeiro. v. 45, n. 2, 2002, p. 219-236.

NOGUEIRA Filho, Octaviano da Costa. *Vocabulário da política*. Brasília: Senado Federal, Unilegis, 2010.

O'DONNELL, Guillermo. Accountability horizontal e novas poliarquias. In: *Lua nova*, São Paulo, n. 44, 1998.

ODALIA, Nilo. A liberdade como meta coletiva. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla (orgs.). *História da cidadania*. 4. ed., 2ª reimpressão. São Paulo: Contexto, 2008.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira. Ativismo judicial, moderação e o minimalismo judicial de Cass Sunstein. In: XVI Encontro preparatório para o congresso nacional do CONPEDI (Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito), 2007, Campos dos Goytacazes. *Anais do XVI Encontro preparatório para o congresso nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. v. único. p. 1384-1404.

_____. Ativismo judicial, autorrestrição judicial e o minimalismo de Cass Sunstein. In: *Diritto & diritti*, v. 1, p. 1-21, 2008.

_____. “Direito como Integridade” e “ativismo judicial”: algumas considerações a partir de uma decisão do Supremo Tribunal Federal. In: MARTEL, Letícia de Campos Velho (org.). *Estudos contemporâneos de diretos fundamentais*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, v. 1, p. 235-263.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A teoria discursiva no debate constitucional brasileiro: para além de uma pretensa dicotomia entre um ideal transcendental de Constituição e uma cruel e intransponível realidade político-social. In: *Mundo jurídico*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>, 2005.

_____. *Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006a.

_____. *Poder constituinte e patriotismo constitucional: O projeto constituinte do estado democrático de direito na teoria discursiva de Jürgen Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006b.

_____. Tempo cairológico da Constituição e democracia sem espera: o processo constituinte de 1987-88 e a legitimidade da Constituição brasileira vinte anos depois. In: FRANKENBERG, Günther; MOREIRA, Luiz (org.).

Jürgen Habermas, 80 anos. Direito e democracia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. Uma justificação democrática da jurisdição constitucional brasileira e a inconstitucionalidade da Lei nº 9.686/99. In: *Revista da faculdade de Direito da UFPR*. 2001, v. 36, p. 177-207.

OTTMANN, Goetz. Habermas e a esfera pública no Brasil: considerações conceituais. In: *Novos estudos*. São Paulo, n. 68. Mar/2004.

PEÑA, Javier. *La ciudadanía hoy: problemas y propuestas*. Valladolid: Universidade de Valladolid, 2000.

PETTIT, Philip. *Teoria da liberdade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

PINSKY, Jaime. Os profetas sociais e o deus da cidadania. In: _____. PINSKY, Carla (orgs.). *História da cidadania*. 4. ed., 2ª reimpressão. São Paulo: Contexto, 2008.

POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. 5. ed. São Paulo: Cultrix, 1993.

RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.>

_____. *O liberalismo político*. Brasília/São Paulo: Instituto Teotônio Vilella e Ática, 2000.

_____. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REIS, Elisa. Cidadania: história, teoria e utopia. In: PANDOLFI, D. C.; CARVALHO, J. M.; CARNEIRO, L. P.; GRYNSZPAN, M.; (org.). *Cidadania, justiça e violência*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 11-17.

SABOIA, Fernando. *Poderes e atribuições do Presidente da Câmara dos Deputados no processo decisório legislativo*. Dissertação de mestrado. 2009. IUPERJ

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Sobre Cass Sunstein e a neutralidade constitucional*. Prefácio à tradução brasileira da obra “A Constituição Parcial”. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

SANDEL, Michael. *El liberalismo y los límites de la justicia*. Gedisa Editorial, 2000.

SANTOS, Maria Helena de Castro. Governabilidade, governança e democracia: criação de capacidade governativa e relações executivo-legislativo no Brasil pós-Constituinte. In: *Dados*. v. 40, n. 3. Rio de Janeiro, 1997.

SANTOS, B. S. *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SANTOS, Fabiano. Partidos e comissões no presidencialismo de coalizão. In: *Dados – Revista de ciências sociais*, Rio de Janeiro, v. 45, n. 2, 2002a, p. 237 - 264.

SARRIA, Mario Cajas. Minimalismo judicial ¿Cass Sunstein em la corte constitucional? In: *Biblioteca jurídica virtual*. 2007. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/20/cj/cj9.htm>>

SARTORI, Giovanni. *A teoria da democracia revisitada*. São Paulo: Ática, 1994

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. *Revista dos tribunais*, São Paulo, 2009.

SOLIMANO, Dora Louzan; FERRO, Jose Manuel Carames . *Derecho e historia en Roma*. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1969.

STRECK, Lenio Luiz. A concretização de direitos e a validade da tese da Constituição dirigente em países de modernidade tardia. In: NUNES, Antônio José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). *Diálogos constitucionais: Brasil/Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. A crise da hermenêutica e a hermenêutica da crise: A necessidade de uma nova crítica do Direito (NCD). In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. A diferença ontológica (entre texto e norma) como blindagem contra o relativismo no processo interpretativo. In: *Revista de estudos políticos*, Belo Horizonte, n. 89, janeiro/junho de 2004.

_____. Diretas-Já no Judiciário é ponto para a democracia. In: *Conjur*. Dez/2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-dez-20/senso-incomum-diretas-poder-judiciario-ponto-democracia>>. Acesso em: 07 de fevereiro de 2013.

_____. *Jurisdição constitucional e hermêutica: Uma nova crítica do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari et al. *Controle de constitucionalidade e judicialização: o STF frente à sociedade e aos poderes*. Belo Horizonte: Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2010.>

SUNSTEIN, Cass. *One case at a time: judicial minimalism on the supreme court*. Cambridge, Harvard University Press, 2001.

_____. *Radicals in robes: Why extreme right-wing are wrong for América*. Cambridge: Basic Books, 2005.

_____. Acuerdos carentes de una teoría completa en derecho constitucional. In: *Precedente – Anuário jurídico*. Colômbia. 2006, p. 31-49.

_____. *A Constituição parcial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

TATAGIBA, Luciana. Conselhos gestores de políticas públicas e democracia participativa: aprofundando o debate. In: *Democracia e participação: os conselhos gestores do Paraná*. Curitiba: UFPR, 2004.

TORRES, Ana Clara; GRAZIA, Grazia de (orgs). *Experiências de orçamento participativo no Brasil: período de 1997 a 2000*. São Paulo: Vozes, 2003.

UNGER, Roberto Mangabeira. *O direito e o futuro da democracia*. São Paulo: Boitempo, 2004.

VELASCO, Juan Carlos Arroyo. . *La teoría discursiva del derecho*. Madrid: Centro de Estudios políticos y constitucionales, 2000.

_____. Patriotismo constitucional y republicanismo. In: *Claves de razón práctica*, n. 125, 2002, p. 33-40.

_____. Republicanismo, constitucionalismo y diversidad cultural. Mas allá de la tolerancia liberal. In: *Revista de estudios políticos*, n. 125, 2004.

VIDAL-NAQUET, Pierre. *Os gregos, os historiadores, a democracia: o grande desvio*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. In: *Revista direito GV*. São Paulo, Jul-Dez/2008,

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WEBER, Max. Três tipos de poder e outros escritos, *Tribuna da história*, Lisboa, 2005.

ZALUAR, Alba. *Da revolta ao crime S.A.* São Paulo: Moderna, 1996.

ZERON, Carlos. A cidadania em Florença e Salamanca. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla (orgs.). *História da cidadania*. 4. ed., 2ª reimpressão. São Paulo: Contexto, 2008.

Agradecimentos

Este trabalho não existiria se, em tempos não muito remotos, um encontro não tivesse acontecido. Palavras são insuficientes para expressar toda minha gratidão pela presença de Gilvan Luiz Hansen em minha vida. O cuidado, a sinceridade, o entusiasmo e a dedicação são suas marcas inegáveis. A ele, minha eterna gratidão. A orientação é um empurrão, antes de ser uma determinação.

Expresso também minha alegria em contar com a avaliação cuidadosa feita pelos professores Gustavo Silveira Siqueira, Luís Antônio da Silva Peixoto, Luiz Antonio Cunha Ribeiro e Marcus Fabiano Gonçalves. Agradeço pela paciência e pela compreensão a respeito de minhas limitações e insuficiências e por todas as considerações feitas sobre o trabalho.

Agradeço a todos os professores do programa de Doutorado em Sociologia e Direito, que, com dedicação, têm oferecido a oportunidade de criarmos um ambiente de debate e renovação do direito brasileiro.

Agradeço também à CAPES pelo fomento à minha pesquisa

À minha irmã por opção, Carla, que me adotou desde o primeiro dia em que nos conhecemos. Seu sorriso sincero e sua sensibilidade são inigualáveis. Com ela e para ela, meu amor.

Ao Luis Carlos, que com seu sangue anárquico, participou intensamente de minhas dores e lamentações; mas, acima de tudo fez-se em felicidade para mim. Um Rio de vida, um fluir de novos tempos. É, meu irmão, a liberdade está na dor. Reagir ou morrer!

Aos meus pais, por terem se proposto a entender quem eu sou. Por aceitarem que seu filho se fez carne e lutou até então. Por entenderem que estou vivo, porque caminho. Sou grato porque deles nasci.

Ao meu irmão, pela cumplicidade, mesmo que em silêncio.

À Lola, pelos afagos constantes.

Título: Entre direitos fundamentais e democracia: superando a dicotomia no direito brasileiro

Autor: Eder Fernandes Monica

Série: Nova Biblioteca

Volume: 9

Edição: 1ª

Editor responsável: Aníbal Bragança

Equipe de realização

Coordenadora de produção: Mariana Simões

Revisão e normalização: Anna Carolina Guimarães

Revisão de diagramação: Ricardo Borges

Capa, projeto gráfico e diagramação:

I Graficci Comunicação e Design

Formato: 16x 23 cm

Tipologia: Minion Pro 11/14

Papel: Pólen Soft 80 g/m² (miolo)

Cartão Supremo 250 g/m² (capa)

Número de páginas: 239

Tiragem: 500 exemplares

Impresso e acabado na Nova Aliança

Av. Almirante Frontin, 381, Ramos, Rio de Janeiro, RJ

CEP 21030-040 - Brasil, em março de 2016

M744 Monica, Eder Fernandes.

Entre direitos fundamentais e democracia : superando a dicotomia no direito brasileiro / Eder Fernandes Monica. – Niterói : Eduff, 2016. – 239 p. ; 23 cm. – (Série Nova Biblioteca, 9).

Inclui bibliografia.

ISBN 978-85-228-1175-5

BISAC LAW018000 LAW / Constitutional

1. Jurisdição constitucional. 2. Democracia - Brasil. I. Título. II. Série.

CDD 342

Ficha catalográfica elaborada por Fátima Carvalho Corrêa (CRB 3.961)