

ROGERIO GESTA LEAL

Série

Direitos Fundamentais Sociais

*Teorias da Democracia, Jurisdição e Sociedade
de Direitos: Reflexões Preliminares*



Editora Unoesc



ROGERIO GESTA LEAL

ISBN 978-85-8422-050-2

Série

Direitos Fundamentais Sociais

*Teorias da Democracia, Jurisdição e Sociedade
de Direitos: Reflexões Preliminares*



Editora Unoesc

Editora Unoesc

Coordenação
Débora Diersmann Silva Pereira - Editora Executiva

Revisão metodológica: Talita Varella da Silva
Projeto Gráfico: Simone Dal Moro
Capa: Daniely A. Terao Guedes

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

L435t	Leal, Rogério Gesta. Teorias da democracia, jurisdição e sociedade de direitos: reflexões preliminares / Rogério Gesta Leal. - Joaçaba: Editora Unoesc, 2016. - (Série Direitos Fundamentais Sociais) 102 p. ; il. ; 30 cm. ISBN 978-85-8422-050-2 1. Direitos fundamentais. 2. Democracia. I. Título. II. Série
-------	--

Doris 341.27

Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc

Reitor
Aristides Cimadon

Vice-reitores de *Campi*
Campus de Chapecó
Ricardo Antonio De Marco
Campus de São Miguel do Oeste
Vitor Carlos D'Agostini
Campus de Videira
Antonio Carlos de Souza
Campus de Xanxerê
Genesio Têo

Pró-reitor de Graduação
Ricardo Marcelo de Menezes

Pró-reitor de Pesquisa, Pós-graduação e Extensão
Fábio Lazzarotti

Diretor Executivo da Reitoria
Alciomar Marin

Conselho Editorial

Fabio Lazzarotti
Débora Diersmann Silva Pereira
Andréa Jaqueline Prates Ribeiro
Glauber Wagner
Eliane Saete Filipim
Carlos Luiz Strapazzon
Marilda Pasqual Schneider
Claudio Luiz Orço
Maria Rita Nogueira
Daniele Cristine Beuron

Comissão Científica

Riva Sobrado de Freitas (Unoesc, Brasil)
Guido Smorto (Palermo, Itália)
Simone Pajno (Palermo, Itália)
Miguel Ángel Aparicio Pérez (Barcelona, UAB)
Rosalice Fidalgo Pinheiro (Unibrasil, Brasil)
Dauri Cezar Fabríz (FDV, Brasil)
Ingo Wolfgang Sarlet (PUC-RS)
Pedro Grandez (PUC-Lima, Peru)

A revisão linguística é de responsabilidade dos autores.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	5
--------------------	---

PARTE I

MARCOS REFLEXIVOS DA DEMOCRACIA CONTEMPORÂNEA

CAPITULO I

QUAL DEMOCRACIA: A NECESSIDADE PREMENTE DE ROMPER COM A UNIVOCIDADE IDENTITÁRIA ARTIFICIAL E CASUÍSTICA DO FENÔMENO POLÍTICO.	7
--	---

CAPITULO II

DEMARCAÇÕES CONCEITUAIS PRELIMINARES DA DEMOCRACIA DELIBERATIVA: MATRIZES HABERMASIANAS.	21
---	----

PARTE II

DEMOCRACIA E JURISDIÇÃO: LIMITES E POSSIBILIDADES

CAPÍTULO III

LIMITES DA DECISÃO JUDICIAL NA DEMOCRACIA CONTEMPORÂNEA: PODE TUDO?	63
---	----

CAPITULO IV

CONDIÇÕES E POSSIBILIDADES DE UMA JURISDIÇÃO DEMOCRÁTICA E COMUNITÁRIA: FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS E POLÍTICOS.....	79
--	----

APRESENTAÇÃO

O presente livro é a coletânea de algumas reflexões (e artigos, alguns já publicados anteriormente) que venho fazendo junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Unoesc, em nível de Mestrado, mais especialmente envolvendo o tema da Democracia Contemporânea e suas interconexões com a Efetivação dos Direitos Fundamentais, dando destaque ainda ao papel que a Jurisdição tem neste mister.

Desde o ano de 2013 venho pesquisando também estas questões, particularmente em face do Projeto de Pesquisa Institucional sobre *Mecanismos de efetivação dos Direitos Humanos e Fundamentais na Democracia Habermasiana*, vocacionado já para o Projeto de Doutorado em Direito da Unoesc, o que me leva a propor agora aprofundamentos das bases teóricas e pragmáticas destes elementos.

Para tanto, divido o trabalho em duas partes:

- a) A primeira, fazendo diálogos com alguns teóricos importantes que tem tratado das Teorias da Democracia, elegendo como marco teórico fundante de minha abordagem os construtos habermasianos da Democracia Deliberativa;
- b) A segunda, verificando, com esteio nas teorias de base eleitas, qual o papel que a Jurisdição desenvolve em face da Democracia e da Sociedade de Direitos.

Espero que todos tenham uma boa leitura.

Rogério Gesta Leal

Capítulo I

*Qual Democracia: A Necessidade Premente
de Romper com a Univocidade Identitária
Artificial e Casuística do Fenômeno Político*

1.1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

Pretendo neste ensaio estabelecer uma reflexão sobre o tema das condições e possibilidades da Democracia contemporânea, envolvendo particularmente as perspectivas política e jurídica trabalhadas por Ronald Dworkin, e verificando em que medida tais elementos se aplicam à realidade brasileira hodierna.

1.2 A TESE DE RONALD DWORKIN

Ronald Dworkin, importante filósofo do direito contemporâneo e professor catedrático da Universidade de New York, lançou, em 2006, um texto chamado *Is Democracy possible here?*, discutindo uma série de questões, dentre as quais, terrorismo e Direitos Humanos, religião e dignidade, impostos e legitimação e, finalmente, o último artigo trata do tema das condições e possibilidades da Democracia em seu país (DWORKIN, 2006).

Tendo por cenário de fundo as discussões que se davam entre liberais e conservadores envolvendo o governo Bush (filho), e as radicalizações de posturas ideologicamente postas de cada qual, Dworkin chama a atenção para o fato de que os interesses da comunidade estão sendo cada vez mais deixados de lado, até porque, em tais cenários, o interesse de ambos os principais partidos eleitorais nos EUA vem sendo o de: *how to win a majority, if only barely, in what was presumed to be a closely split and highly polarized electorate* (STARR, 2010).

O efeito no eleitorado disto é que ele não sabe diferenciar com nitidez o que distingue a proposta dos partidos e candidatos, uma vez que estão bombardeados por ações de comunicação, propaganda e publicidade voltadas à conquista do voto, independentemente de sua qualidade ou fundamento. É interessante como tais situações vão gerando, por sua vez, a *univocidade identitária artificial e casuística do fenômeno político*, fragilizando as distinções entre esquerda e direita - por exemplo, e colocando todos os atores da arena política como que compromissados com as mesmas demandas sociais (que também sofrem homogeneização forçada, e passam a ser de todos).

De certa forma este marasmo político foi fator importante na campanha vitoriosa de Barack Obama, na medida em que suas propostas de governo foram construídas sob plataformas distintivas do que até então vinha sendo feito, saindo do *status quo* vigente que Starr chama de centrismo brando e confuso (*bland and muddled centrism*) (STARR, 2010, p. 10).

Sem sombra de dúvidas que Dworkin está certo ao afirmar que o tema dos Direitos Fundamentais hoje - mesmo fora dos EUA - carece de uma preocupação cívica importante, notadamente em face dos poderes instituídos, e mais especialmente no âmbito parlamentar, eis que os legisladores em regra tratam destes pontos com níveis de ambigüidade e falta de decisão muito grande, dizendo: *as little as possible except in subliminal codes meant secretly to energize important groups*.¹

Esquece-se desta forma que a verdade é a melhor referência que se pode ter para tratar disto tudo, todavia, na realidade americana, ela parece estar obsoleta, pelo fato de que: *politicians never seek accuracy in describing their own records or their opponents' positions* (DWORKIN 2006, p. 129). Em verdade, o sistema político baseado na lógica do mercado, transforma-se em mais um

¹ O autor faz menção a eleição de 2004 nos EUA em que foram feitas várias pesquisas para aferir o interesse e o conhecimento do povo americano sobre temas internacionais envolvendo seu país, e eles nada sabiam disto. Esta lógica de fazer política vai contaminando o processo político como um todo, criando verdadeiros vícios em espiral (*vicios spiral winds*) de formação e percepção da política, afastando a cidadania do seu epicentro (DWORKIN, 2006, p. 129).

produto de consumo caro e acessível somente aqueles que têm condições de financiá-lo. Tal financiamento, todavia, representa mais do que acesso, mas controle do sistema político, em outros termos, *in politics money is the enemy not just of fairness but of real argument* (DWORKIN 2006, p. 129).

Os níveis de baixaria e agressões nas campanhas políticas contam com apelos midiáticos de espetáculo e diversão, transformando o processo eleitoral em programas de auditório divertidos, como se não tratassem de problemas da vida real (*Reason isn't everything, after all, and emotion, of the kind American elections specialize in, has an important place in politics*) (DWORKIN 2006, p. 129).

Será que esta fragilidade do sistema parlamentar e representativo não é insuficiente para se pensar as fragilidades da Democracia? Não há outros modelos de participação política (mais direta e presentativa) que possam criar alternativas aos déficits sociais e institucionais da Democracia contemporânea?

Reconhece Dworkin que o critério majoritário da deliberação política não é o único nem o mais importante na experiência Ocidental, eis que, muitas vezes, a vontade das maiorias não garante resultados justos e mais eficientes ao interesse público (que não é só o majoritário), gerando vários níveis de injustiça às minorias - ou mesmo ignorando demandas de minorias (Tese da Democracia Contramajoritária). Quais os níveis de injustiça que uma Democracia suporta?

Daqui surge a ideia de que outro modelo de Democracia pode operar com a ideia de que ela significa o governo de cidadãos que estão envolvidos como grandes parceiros numa empreitada política coletiva, no qual as decisões democráticas só o são na medida em que certas condições estão presentes para os fins de proteger o status e os interesses de cada cidadão.

No campo da pragmática e do cotidiano, o que se pode perceber, em regra, é uma total falta de interesse pelos temas políticos e sociais, mesmo os relacionados a direitos civis são objeto de manejo muito mais para o atendimento de interesses privados do que públicos, e na perspectiva majoritária isto se agrava ainda mais, na medida em que as deliberações políticas só levam em conta quem participa e como participam no plano formal do processo político, ou seja, *democracy is only about how political opinions are now distributed in the community, not how those opinions came to be formed* (DWORKIN 2006, p. 132).

Dworkin (2006, p. 132) lembra que no modelo da democracia como conjunto de parceiros a perspectiva se diferencia, fundamentalmente porque trabalha com a lógica da mútua atenção e respeito enquanto essência desta matriz, sabendo que igualmente isto não faz parte das tradições e hábitos americanos, principalmente no cotidiano das pessoas e em suas relações com as outras. Registra o autor que: *We do not treat someone with whom we disagree as a partner - we treat him as an enemy or at best as an obstacle - when we make no effort either to understand the force of his contrary views or to develop our own opinions in a way that makes them responsive to his.*

Claro que em tempos de guerra e desconfianças mútuas as possibilidades de tratamento do outro com respeito se afiguram escassas, o que não justifica a paralisia diante de situações que reclamam mudança estrutural e funcional, sob pena de comprometimento não somente das relações intersubjetivas, mas das próprias relações institucionais em face da Sociedade.

Em verdade, e é o próprio autor que diz isto, a concepção majoritária de democracia não leva em conta outras dimensões da moralidade política - resultando daí que uma decisão pode ser democrática sem ser justa -, enquanto que na perspectiva da democracia entre parceiros estão presentes outras considerações que meramente as processuais/formais, reclamando uma verda-

deira *theory of equal partnership*, na qual se precisa consultar questões como justiça, igualdade e liberdade de todos os envolvidos. *So on the partnership conception, democracy is a substantive, not a merely procedural ideal* (ESKRIDGE, 1989).

Dai que também não resolve ter-se um super-ativismo por parte da sociedade civil na direção de propugnar por uma democracia que venha a produzir decisões políticas substanciais de preferências seletivas majoritárias, porque novamente interesses contra-majoritários podem ser violados de forma antidemocrática.

Em face também disto é que Dworkin identifica a migração da batalha sobre a natureza da democracia e sua operacionalidade à Suprema Corte, outorgando-se a si própria legitimidade para declarar atos de competência originária de outros poderes, isto em nome, fundamentalmente, de que a Constituição Americana limita os poderes das políticas majoritárias ao reconhecer direitos individuais - e de minorias - que não podem ser violados. Um pouco é nesta direção a crítica no sentido de que os juízes estariam inventando novos direitos e colocando-os dentro da Constituição como forma de substituir as instituições representativas e democráticas por seus valores pessoais ou de quem representam.²

Num caso específico envolvendo um jovem hospitalizado em estado terminal na Flórida, e vivendo somente com aparelhos, como conta Dworkin, sua família autorizou, com permissão judicial, o desligamento destes aparelhos porque isto evitaria maior sofrimento e a sua situação clínica e orgânica era irrecuperável. Imediatamente a reação do Congresso na sua maioria republicana foi feroz contra a decisão judicial, chegando inclusive a criar norma específica no sentido de que isto não poderia ocorrer até a decisão transitar em julgado. Alguns republicanos chegaram a prestar declarações ofensivas ao Poder Judiciário, dizendo estar ocorrendo verdadeira insubordinação em face do que o Parlamento decidira, pois: *Once Congress had made its will known, it was the duty of judges to execute that will because Congress is elected by and represents the majority of the people* (DWORKIN, 1996, p. 136).³

O problema é que esta discussão está entrincheirada ainda em pequenos círculos de poder e de instituições já organizadas no mercado e nas relações sociais, não se podendo extrair daqui - ao menos para o Brasil e mesmo para os EUA - reflexos na opinião pública geral; ao contrário, pela reflexão de Dworkin (1996, p. 136) , com o que concordo no ponto, a opinião pública sobre a natureza da democracia (que é o que está envolvido nesta discussão) depende muito mais do que os sujeitos que a representam acreditam serem os melhores meios e formas de conseguirem seus objetivos, sem envolver necessariamente preocupações com os impactos e efeitos que isto pode acarretar ao interesse público da comunidade.⁴

Desta forma, a regra majoritária de deliberação política - divorciada de uma opinião pública qualificada por seus argumentos - não assegura maiores níveis de legitimação do que deliberações monocráticas decorrentes de processos de consulta ou discussão pública efetiva. Falha inclusive aqui o chamado Teorema de Condorcet, para o qual a soma quantitativa majoritária das

² *In recent decades the main battles about the nature of democracy have been fought over judges and over the Supreme Court's authority to declare acts of other branches of government unconstitutional. The American Constitution limits the power of political majorities by recognizing individual constitutional rights that majorities may not infringe.* Ver também o texto Dworkin (1996).

³ Dworkin adverte que: *Liberals were in turn outraged by the Republican reaction; they said that Republicans were rejecting the independence of the judiciary and the rule of law. Disagreement about the nature of democracy shone through this confrontation.*

⁴ Ou seja, *people's opinion about the nature of democracy are likely to be driven by what they believe to be the best means of realizing their other political goals.* (DWORKIN, 1996, p. 138).

escolhas individuais homogêneas maximiza a chance de que se chegará a resultados democráticos e satisfativos, pois se teria de perguntar: satisfativo para quem? No mínimo - e nem isto está garantido - para aquela parte quantitativa de indivíduos que tiveram articulação e mobilidade política eficaz para o fim almejado (DWORKIN, 1996, p. 140).

Mesmo a perspectiva de que a regra das escolhas e deliberações majoritárias venham a estabelecer vínculos políticos e institucionais (com parlamentares e partidos), independentemente da forma constitutiva das escolhas/deliberações, não garante tratamento isonômico às escolhas e pretensões contra-majoritárias. Como lembra Dworkin (1996, p. 141), os temas que envolvem políticas públicas apresentam não raro fundamentos morais de alta complexidade, *not strategies about how to please most people*.

Por outro lado, o autor americano toca em ponto nodal desta discussão que diz com os déficits democráticos efetivos do modelo da democracia representativa - ao menos historicamente -, na medida em que ela opera com o pressuposto equivocado de que há equilíbrios perenes nas bases da representação que a institui:

Political Power also very much differs because some of us are much richer than others, or more persuasive in discussion, or have more friends or a larger family, or live in states where the two great political parties are more evenly divided than where others live so that our votes are marginally more likely to make a real difference. These are all familiar reasons why the idea of equal political power is a myth. (DWORKIN, 1996, p. 142).

E sem sobras de dúvidas trata-se de um mito este equilíbrio/igualdade política dos poderes públicos instituídos - quiçá uma ideia regulativa, a ser permanentemente buscada como forma de compromisso com tal modelo de Democracia. Isto é tão claro que hoje, no Brasil, uma discussão acadêmica e política importantíssima é a do chamado ativismo judicial em face do Legislativo e do Executivo, a ponto de matérias jornalísticas darem conta de que:

Congresso reage a atos do Judiciário. Parlamentares estão descontentes com o que dizem ser interferência do STF. Insatisfeito com o resultado de julgamentos de temas políticos e desconfiado com as últimas propostas do Supremo Tribunal Federal (STF), o Congresso reagiu, na tentativa de conter a atuação do Judiciário. O deputado petista Nazareno Fonteles, do PI, propôs uma mudança na Constituição que daria ao Congresso poder para sustar atos normativos do poder Judiciário. Além da nova proposta, deputados tiram das gavetas projetos que podem constranger o Judiciário. As mais recentes decisões do STF - de alterar a aplicação da Lei da Ficha Limpa e de definir qual suplente de deputado a Câmara deve dar posse - reacenderam a animosidade entre os dois poderes. A irritação aumentou com a proposta do presidente do STF, Cezar Peluso, de instituir um controle prévio de constitucionalidade das leis. As reações do Congresso, do governo e do próprio STF fizeram Peluso recuar. Mas o atrito já estava formado. "Aos poucos, estão criando uma ditadura judiciária no país", disse Fonteles.

Em uma semana, o deputado recolheu quase 200 assinaturas e apresentou uma proposta de emenda constitucional para permitir ao Legislativo "sustar atos normativos dos outros poderes que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa". Atualmente, esse artigo (art. 49) permite a suspensão pelo Congresso de atos do Executivo. A alteração estende a permissão ao Judiciário. "Não podemos deixar o Supremo, com o seu ativismo, entrar na soberania popular exercida pelo Congresso. O Supremo está violando a cláusula de separação dos poderes, invadindo competência do Legislativo", argumentou Fonteles. A chamada judicialização da política e a concentração de poderes nas mãos dos

onze ministros do STF levaram o ex-juiz federal e ex-deputado Flávio Dino (PC do B-MA) a apresentar uma proposta de emenda constitucional acabando com o cargo vitalício dos ministros do Supremo. O projeto, de 2009, ainda está à espera de apreciação por parte da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara. Para Dino, a determinação do STF de aplicar a Ficha Limpa nas próximas eleições e as decisões sobre qual suplente deve dar posse no caso de afastamento do deputado titular reforçam a necessidade de evitar a submissão da política a uma aristocracia judiciária. - Na prática, o Supremo decidiu o resultado das eleições, substituindo a soberania popular - resume Dino.

Enquanto as propostas de emenda constitucional não entram na pauta, Fonteles conseguiu aprovar a realização de um seminário na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara para discutir a relação entre o Legislativo e o Judiciário. O evento está marcado para a próxima terça-feira.⁵

Afigura-se como muito perigoso o tratamento desta questão nos termos apresentados pelo informe jornalístico, a despeito de que faça parte da estratégia político-parlamentar tensionar com a opinião pública determinados assuntos para ver como ela reage antes da tomada de medidas mais efetivas.

Em verdade, considerando ser a Democracia contemporânea uma tentativa de dar efetividade à ideia de *self-government*, na qual a soberania popular governa a si própria através de mecanismos de apresentação e representação, é a inter-relação entre todos estes mecanismos, com o que Dworkin (2006, p. 144) chama de *equal concern*, que deve pautar as interlocuções, deliberações e as políticas públicas de governo, isto fundado na premissa de que, *though it would compromise my dignity to submit myself to the authority of others when I play no part in the their decisions, my dignity is not compromised when I do take part, as an equal partner, in those decisions*. Daí a importância contra-majoritária do exercício do Poder.

Outro ponto polêmico nesta discussão - e bem abordado por Dworkin (2006, p. 146) - diz com a compatibilidade, ou não, da existência de direitos individuais que não possam ser submetidos à vontade das majorias, tal como a religião, por exemplo, isto porque uma compreensão mais cidadã da ordem constitucional republicana e democrática impõe o que o autor americano chama de *partnership conception*, a qual *requires some guarantee that the majority will not impose its will in these matters*.⁶

A Procuradoria Geral da República no Brasil ajuizou ação direta de inconstitucionalidade junto ao Supremo Tribunal Federal para restringir o ensino religioso nas escolas públicas, limitando os termos do acordo do país com o Vaticano nesta questão (SEMER, 2011).⁷ O argumento do Ministério Público se centrou na impossibilidade de que os órgãos públicos se vinculem a qualquer religião, estabelecendo algum tipo de exclusividade ou preferência, em face exatamente da laicidade do Estado Democrático de Direito contemporâneo.

Assim, a separação entre Estado e Igreja contempla não apenas a proibição de uma religião oficial (como era a católica anteriormente), como estabelece a liberdade religiosa e a pro-

⁵ Jornal Correio do Povo, edição do dia 25 de abril de 2011, Política - página 4, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil. Tratei de forma mais aprofundada deste tema no texto Leal (2011).

⁶ Diz ainda o autor: [...] *On the partnership conception, therefore, constitutional rights protecting an individual's freedom to make ethical choices for himself are not compromises of democracy but rather attempts to guarantee it.*

⁷ Ainda refere a matéria jornalística que o julgamento da ação deveria ser precedido, se atendido o pedido da Procuradoria Geral da República, de audiência pública, o que permitiria que várias linhas de pensamento, inclusive e principalmente as religiosas (como também aconteceu no julgamento da utilização de células tronco-embrionárias), se expressem.

teção a todo e qualquer culto, a despeito da Constituição nacional prever a existência do ensino religioso, de caráter facultativo, nas escolas públicas.

A polêmica suscitada na argüição da Procuradoria diz respeito ao texto do acordo do Brasil com o Vaticano sobre esta matéria, um dos temas que provocou a visita do papa Bento XVI ao Brasil em 2007, eis que esta avença, dentre outras coisas, estabelece o estatuto da Igreja Católica no país, seus direitos e, principalmente, suas imunidades, dispondo que o ensino religioso nas escolas públicas será católico e de outras confissões religiosas.

A Procuradoria propõe que o STF entenda que o ensino da religião deva ser não-confessional, tratado como história das religiões e ministrado por professores leigos - nem católicos, nem de outras igrejas. Por tal tese, o conteúdo da disciplina consistiria apenas na exposição de doutrinas, das práticas, da história e de dimensões sociais das diferentes religiões, assim como das posições não religiosas ou ateias (SEMER, 2011).

Mais recentemente e ainda envolvendo o tema da religião, o Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul, por seu Conselho de Administração, tratou da exposição de crucifixos nos espaços públicos dos prédios do Poder Judiciário gaúcho, concluindo “que a presença de crucifixos e demais símbolos religiosos nos espaços do Poder Judiciário destinados ao público não se coaduna com o princípio constitucional da impessoalidade na Administração Pública e com a laicidade do Estado brasileiro.”⁸

Outro exemplo disto pode ser visualizado no caso conhecido como Marcha da Maconha, no qual o Supremo Tribunal Federal sustentou a legalidade do evento que reúne manifestantes favoráveis à descriminalização da droga (isto ocorreu em 23 de novembro de 2011, autos da ADI n. 4274). Por unanimidade, os ministros decidiram que esse tipo de manifestação não pode ser considerado crime previsto no artigo 33, parágrafo 2º, da Lei de Tóxicos (Lei n. 11.343/2006), o que configuraria afronta aos direitos de reunião e de livre expressão do pensamento, previstos na Constituição Federal.

O Plenário seguiu o voto do ministro Ayres Britto, relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade, proposta pela Procuradoria-Geral da República (PGR), determinando que o dispositivo da Lei de Tóxicos - que classifica como crime o ato de induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga - seja interpretado em conformidade com a Constituição Federal, excluindo-se daí a interpretação da norma “qualquer significado que enseje a proibição de manifestação e debates públicos acerca da descriminalização ou legalização de drogas ou de qualquer substância que leve ao entorpecimento episódico ou viciado das faculdades psicofísicas.”

Segundo o ministro Ayres Britto, o direito de reunião, assim como os direitos à informação e à liberdade de expressão, “fazem parte do rol de direitos individuais de matriz constitucional, tidos como direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana e da cidadania.”

De acordo com o relator, existe na Constituição apenas uma única vedação ao direito de reunião, referente àquelas cuja inspiração ou o propósito da convocação ensejem a prática violência física armada ou beligerante. “Quem quer que seja pode se reunir para o que quer que seja, no plano dos direitos fundamentais, desde que o faça de forma pacífica”, concluiu o ministro Ayres

⁸ Autos do processo n. 0139-11/000348-0, tendo como partes provocadoras do expediente administrativo referido as seguintes instituições: Rede Feminista de Saúde, SOMOS - comunicação, saúde e sexualidade; NUANCES - grupo pela livre orientação sexual; Liga Brasileira de Lésbicas; Marcha Mundial de Mulheres; THEMIS - assessoria jurídica e estudos de gênero, tendo como Relator Des. Claudio Baldino Maciel, decidido em 06 de março de 2012.

Britto, acrescentando que não se pode confundir a criminalização da conduta (o uso de drogas), com o debate sobre a referida criminalização, que é o propósito da marcha da maconha.

É preciso reconhecer, por outra via, que com a decisão, o STF reforçou o posicionamento firmado em junho deste ano, no julgamento da ADPF n. 187, da relatoria do ministro Celso de Mello, quando a Suprema Corte liberou a realização da marcha da maconha por entender que o artigo 287, do Código Penal, deve ser interpretado conforme a Constituição, de forma a não impedir manifestações públicas em defesa da legalização de drogas. Defendeu o Ministro Celso de Mello que:

A mera expressão de pensamento não pode ser objeto de restrição, sob pena de se estabelecer um domínio institucional sobre o pensamento crítico. A defesa, em espaços públicos, da legalização das drogas, longe de significar um ilícito penal, quer sob a égide do Código Penal, quer sob o disposto na Lei de Tóxicos - supostamente caracterizador de apologia ou instigação ao uso de drogas ilícitas -, representa, na verdade, a prática legítima do direito à livre manifestação do pensamento, propiciada pelo direito de exercício de reunião.

Por outro lado, ao votar neste caso, o ministro Gilmar Mendes, de forma absolutamente acertada, salientou a importância de esclarecer para a sociedade os limites da decisão do STF, que se refere à legalidade de eventos públicos favoráveis à descriminalização da droga. O Ministro alertou que a decisão da Suprema Corte não pode ser entendida de maneira generalizada, aplicável a toda espécie de reunião que discuta temas diversos do tratado na referida ação, como reuniões favoráveis à descriminalização de outros atos, como racismo ou aborto, por exemplo, evidenciando que a quebra de determinados tabus sociais não compete prioritariamente ao Poder Judiciário, sob pena de excesso de intervenção jurisdicional em temas que são de responsabilidade da Sociedade Civil resolver através de suas representações populares e institucionais.⁹

Aqui entra outro debate conexo ao que estou enfrentando que é exatamente o da satisfação e eficácia das matrizes democráticas que se tem adotado historicamente (representativa e participativa), ou se é possível e recomendado que se pense em alternativas, como a democracia deliberativa, por exemplo.

1.3 A DEMOCRACIA DELIBERATIVA COMO COMPLEMENTO DA REPRESENTAÇÃO POLÍTICA

Já tive oportunidade de tratar deste tema em obra específica (LEAL, 2011) e, desde lá, tenho sustentado que o modelo da Democracia Representativa que se fortifica na Idade Moderna - com suas instâncias estatais e político-partidárias - foi progressivamente esgotando sua força legítima exclusiva de veicular todas as demandas sociais à esfera das políticas públicas satisfativas.

Em face disto é que começam a surgir de modo mais específico, a partir da década de 1960, movimentos sociais autônomos e orgânicos que reclamam o envolvimento nos processos decisoriais de sujeitos e grupos até então excluídos da gestão pública cotidiana. Todavia, *“la richiesta di maggiore partecipazione era però interamente contenuta - questo è il tratto caratteristico rispetto ad oggi- all’interno dei circuiti della amministrazione pubblica.”* (RÖCKE; SINTOMER, 2006).

⁹ Na mesma direção andou o Ministro Cezar Peluso, ao sustentar que não é possível traçar todos os limites de forma abstrata, sendo necessário que a Corte analise caso por caso, quando assim for necessário. “Devemos examinar se a questão discutida em cada caso não vai resultar em uma outorga de legitimidade a certos atos que repugnariam à consciência democrática, coletiva e ao próprio sistema jurídico constitucional de um país civilizado.”

Nesta experiência, os papéis dos partidos políticos como instâncias de representação privilegiados, porque efetivamente preocupados com os interesses públicos que deveriam gerir em face do Poder Executivo, garantiam níveis de coerência e resultados à população questionados - como se viu na crítica de Dworkin. Aliás, como lembra Bobbio, desde esta época, *“nella specificità della situazione italiana, la richiesta si traduceva in una maggiore partecipazione e coinvolgimento del principale partito di opposizione alle decisioni pubbliche, nel presupposto della sua alta rappresentatività nei confronti dei soggetti deboli ed esclusi.”* (BOBBIO, 2006).

Em face disto é que a Democracia Participativa ganha espaço e se desenvolve já como contraponto da Democracia Representativa exatamente em face do esgotamento de suas possibilidades institucionais e políticas. O problema é que também há déficits na matriz participativa no que diz com a forma, quantidade e qualidade da participação, haja vista os níveis de cooptação ideológica, burocrática e econômica dos atores participantes em relação a interesses mais privados do que públicos.

Daí o surgimento da matriz da Democracia Deliberativa, que começa a ser mais bem teorizada a partir da década de 1980, com pressupostos epistêmicos e metodológicos diferenciados, reconhecendo Luigi Bobbio que *“mentre la Democrazia Participativa ci arriva dalle concrete esperienze del Sudamerica, la Deliberativa proviene dall’ambiente culturale anglosassone.”* (BOBBIO, 2006).

Em verdade, como quer Follesdal, tanto a Democracia Participativa como a Deliberativa se colocam no mesmo campo teórico, pois se ocupam de igual problema, a saber, como instituir e dar efetividade à participação social e à abertura dos processos decisoriais públicos nos mais diversos níveis de governo a todos os interessados, destacando que o conceito deliberativo remete a complexos conjuntos teóricos, com conotações fortemente normativas, enquanto que a participação implica aspectos sobretudo aplicativos (FOLLESDAL, 2006).

Interessante a lembrança de Paolo Ginsborg:

Sarà forse per la diversa cultura di provenienza, sarà per le successive sovrapposizioni concettuali dovute alle reciproche influenze culturali, è vero che non è del tutto chiaro se tra democrazia deliberativa e democrazia partecipativa - termini che discendono dalla diffusa terminologia anglosassone: deliberative democracy, participative democracy, participatory democracy - esistano differenze teoriche e/o applicative o esprimano identiche esigenze (GINSBORG, 2006, p. 105).¹⁰

Discordando do autor referido, tenho que o acento diferenciador da matriz deliberativa é justamente o processo decisional que decorre dela - matéria estranha à reflexão de Dworkin, fruto da troca de informações e de argumentos qualificados entre os sujeitos políticos conscientes e envolvidos; assim, diferentemente dos processos decisoriais operados sob o mecanismo do voto formal ou da negociação pautada por regras de mercado tão somente - padrão funcional da Democracia Representativa e mesmo Participativa -, a Democracia Deliberativa demanda, para

¹⁰ Refere ainda o autor que: *“A tal fine mi pare che la maggioranza degli studiosi siano concordi nell’individuare i due seguenti elementi distintivi: 1) tutte le forme di democrazia partecipativa danno vita a tecniche dirette a permettere che tutti coloro che sono interessati da una decisione pubblica siano consultati ed esprimano una propria posizione; 2) l’effetto della partecipazione non è quello di trasferire il potere decisionale finale in capo ai partecipanti.”*

ser legítima, consensos racionais dentre os que são potencialmente interessados no objeto da deliberação capazes de gerar entendimentos sustentáveis (ALEEN; REGAN, 1998; BARBER, 2002).

Em outras palavras, se a Democracia Representativa se afigura como modelo de gestão pública que institucionaliza mecanismos de repartição de competências e funções entre Estado e Sociedade Civil (Poder Executivo, Poder Legislativo - sufrágio, Partidos Políticos, Processo Legislativo, etc. -, e Poder Judiciário); e a Democracia Participativa amplia ainda mais estes espaços institucionais de relações (Conselhos Federais, Estaduais e Municipais de Gestão Pública, Parcerias Público-Privadas, Ações de Voluntariado, etc.); a Democracia Deliberativa se ocupa, para além disto, dos elementos procedimentais e principiológicos que viabilizam materialmente tais relações, radicalizando o envolvimento Social em todas as instâncias de constituição do espaço público, pré e pós-decisionais (ROBBE, 2007).¹¹

E não se diga que há dificuldades materiais de viabilização da participação crítica e consciente de todos no processo decisional, isto porque, a uma, tem-se hoje ferramentas virtuais e de comunicação eficientes para vencer barreiras físicas e temporais; a duas, porque pende para o Estado a responsabilidade maior de encontrar meios à efetivação do compartilhamento da gestão, em face até de sua melhor estrutura para tanto.

Em face destes elementos não posso aceitar o argumento de Dworkin (2011) para justificar o que sejam Direitos e Valores Fundamentais de uma Sociedade Democrática, ancorados em dois princípios sobre a dignidade humana na Filosofia Ocidental contemporânea:

- a) o do **intrínseco valor da dignidade humana**, no sentido de que quando a vida inicia, o que importa objetivamente é que ela se desenvolva com dignidade em todas as suas potencialidades;
- b) e o da **responsabilidade pessoal**, no sentido de que cada um tem responsabilidades no que toca ao bem-estar e desenvolvimento da vida em comunidade.

É como se para o autor norte-americano o universo de variáveis que cercam a condição de ser no mundo em nada afetassem as escolhas e decisões, assim como as ações baseadas nestas escolhas, tomadas diuturnamente.

A partir destas perspectivas, fica fácil para o autor reivindicar que as comunidades políticas têm várias artificialidades e pouca organicidade, afigurando-se mais como coleções de indivíduos (*collection of individuals*) (DWORKIN, 2011, p. 327)¹², na qual somente alguns têm papéis/ funções específicas, bem como detém poderes que os permitem agir, individual ou conjuntamente - enquanto justaposição de interesses e não orgânicamente em face do interesse público -, representando artificialmente a comunidade como um todo.

Se esta é a realidade das coisas e das relações sociais, por certo que assim não deveria ser, mas Dworkin (2011) não está preocupado em trabalhar com conceitos, ideias e perspectivas

¹¹ Ou como quer Robbe, "*par la démocratie participative, le citoyen est invité à s'impliquer non seulement dans la préparation e l'adoption de la norme, mais également dans son application voire dans l'évaluation de son efficacité pratique...Il s'agit en quelque sorte d'une démocratie post-décisionnelle.*" (ROBBE, 2007, p. 41).

¹² Aqui especificamente o autor faz menção ao fato de estar confirmando suas teses e opiniões de trabalhos mais antigos, como o texto *Is Democracy possible here? Principles for a New Political Debate*. Ver também Allan (2007), quando lembra que: *But Dworkin has long maintained that these principles underlie his own egalitarian liberalism; at the beginning of his 2000 book Sovereign Virtue, which incorporates more than two decades of his work on the moral foundations of politics, he presents the two principles in almost identical language.*

regulativas - centradas também na lógica do dever ser-, levando seu pragmatismo individualista ao extremo para sustentar que aquela responsabilidade individual deve conduzir as pessoas ao caminho do bem dos seus semelhantes enquanto indivíduos, resultando daí um somatório positivo e moralmente sustentável.

Ledo engano, principalmente por crer que a base de sustentação da justiça e equidade social seja a liberdade, quando na verdade é a igualdade (formal e material), pois sem esta afigura-se difícil o desenvolvimento das condições objetivas e subjetivas à emancipação social e participação política.

REFERÊNCIAS

ALEEN, Anita; REGAN, Milton C. *Debating Democracy's Discontent. Essays on American Politics, Law and Public Philosophie*. Oxford: Oxford University Press, 1998.

ALLAN, James. The Supreme Court Phalanx: an Exchange. *The New York Books Review*, v. 54, n. 19, 2007.

BARBER, Benjamin R. *Strong Democracy: Participatory Politics for a New Age*. Berkeley: University of California Press, 2002.

BOBBIO, Luigi. *Dilemmi della Democrazia Partecipativa*. In: *Democrazia e Diritto*. Roma: Einaudi, 2006. v. 4.

DWORKIN, Ronald. *Is Democracy possible here? Principles for a New Political Debate*. Princeton: Princeton University Press, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. New York: Harvard University Press, 2011.

DWORKIN, Ronald. *The Moral Reading of the Constitution*. v. 43, n. 5, 1996.

ESKRIDGE, Paul *Public values in statutory interpretation*. In *University of Pennsylvania Law*. v. 137. Review. [s.l.]: [s.n.], [1989].

FOLLESDAL, Anthony. The Value Added by Theories of Deliberative Democracy. Where (not) to Look. In: BOSSON, S.; MARTÍ, J. L. (Ed.) *Deliberative Democracy and its Discontents*. Aldershot: Ashgate, 2006.

GINSBORG, Paolo. *La democrazia che non c'è*. Torino, Einaudi, 2006.

LEAL, Rogério Gesta (Org.). *A Democracia Deliberativa como matriz de gestão pública: alguns estudos de casos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2011, Disponível em: <www.unisc.br/edunisc>.

LEAL, Rogério Gesta. As responsabilidades políticas do Ativismo Judicial: aspectos teórico-práticos da experiência norte-americana e brasileira. In: LEAL, Rogério Gesta; HENNIG, Mônia Clarissa. *Ativismo Judicial e Déficits Democráticos: algumas experiências latino-americanas e europeias*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.

ROBBE, Ferdinand. *Démocratie représentative et participation*. Paris: L'Harmattan, 2007.

RÖCKE, Arturo; SINTOMER, Yves. *Estrazione a sorte e democrazia partecipativa: riflessioni sugli esiti delle giurie civiche berlinesi*. In: *Democrazia e Diritto*. Roma: Einaudi, 2006. v. 3

STARR, Paul. *Liberalism for Now*. v. 56, n. 12, 2009. Disponível em: <www.nybooks.com/articles>. Acesso em: 10 fev. 2010.

SEMER, Marcelo. *Ação no STF quer limitar ensino religioso*. Disponível em: <<http://terramagazine.terra.com.br/interna/0,,OI4640796-EI16410,00-Acao+no+STF+quer+limitar+ensino+religioso.html>>. Acesso em: 04 maio 2011.

Capítulo II

*Demarcações Conceituais Preliminares da Democracia
Deliberativa: Matrizes Habermasianas*

2.1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

O presente ensaio se insere no debate que tenho há bastante tempo iniciado sobre as possibilidades da Democracia enquanto regime de gestão de interesses públicos. Agora, pretendo aprofundar algumas considerações históricas, filosóficas e políticas sobre a Democracia em suas feições deliberativas, notadamente a partir de Jürgen Habermas e seus interlocutores.

Em trabalho a ser desenvolvido posteriormente, estes construtos teóricos vão servir para avaliar como se insere os Poderes Instituídos do Estado Contemporâneo dentro do modelo deliberativo da política e da Sociedade, dando relevo especial aos Poderes Administrativo e Judiciário, inclusive do Brasil.

2.2 APORTES HISTÓRICOS PRELIMINARES DA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

Há certo consenso doutrinário no sentido de que o modelo de Democracia Deliberativa decorre de um processo teórico e prático bem localizado no tempo e espaço, fruto sucessivo das experiências das chamadas democracias elitistas schumpeterianas, da teoria econômica da democracia de Downs e do pluralismo democrático de Sartori, amadurecidas ao longo das décadas de 1980 e 1990.¹³

Em todos estes modelos teóricos a prática oficial da democracia era, fundamentalmente, a representativa-parlamentar, na qual a tripartição de poderes e as funções institucionais de Estado eram pouco questionadas em termos de legitimidade política - da ação política -, centrando-se mais na discussão de suas eficácias conjunturais e de mercado a partir de matrizes de desenvolvimento social desatreladas do crescimento econômico.

Em termos da literatura mais clássica e ainda moderna sobre o tema, pode-se referir a Rousseau como preocupado com a forma de exercício do poder político e do governo, na medida em que nos primeiros momentos do seu Contrato Social adverte para o fato de que buscará *“trovare una forma di associazione in cui ciascun individuo unendosi a tutti non obbedisca tuttavia che a se stesso e resti libero come prima.”* E mais adiante: *“C’è una sola legge che, per sua natura, esiga un consenso unanime: è il patto sociale; infatti l’associazione civile è, fra tutti, l’atto volontario per eccellenza; essendo l’uomo nato libero e signore di se stesso, nessuno può, sotto nessun pretesto, assoggettarlo senza il suo consenso.”* (ROSSEAU, 2000, p. 18).¹⁴

Compreende o autor como liberdade aqui a ausência de qualquer dependência pessoal por parte do cidadão, proporcionando-lhe, assim, condições materiais e subjetivas de associação não coagida. Por outro lado, entendendo Rousseau que era necessário organizar a comunidade política de modo que o individuo fosse dependente não de seu semelhante, mas de um ente impessoal, a saber, a lei, deixou de levar em conta problemas atinentes ao processo em si de criação da lei (legitimidade democrática), crendo na romântica hipótese da natureza filantrópica do homem de seu tempo.

¹³ Neste sentido ver os trabalhos de: Schumpeter (2008, 2009); Downs (1997); Sartori (1987).

¹⁴ Outro importante filósofo italiano contemporâneo, Guido Fassó, chega a afirmar que: *“Con il Contratto Sociale” Rousseau, per la prima volta nella storia della filosofia politica moderna, descrive un ipotetico stato etico in cui impegna la “volontà generale” ed in cui il contratto sociale è un patto dei cittadini con loro stessi per giungere alla fondazione di una società di liberi ed eguali in cui sia possibile una convivenza tra gli individui componenti.”* (FASSÓ, 2005, p. 78).

Por certo que há em Rousseau, dentre outros problemas, um filosófico e político que toca o debate que estou propondo, a saber, como viabilizar consensos governativos? Qual o centro de produção de legitimidade das escolhas públicas, a vontade de todos ou a vontade da maioria (*volonté general*)? O autor genebrino sabe que não é possível conquistar a todo o tempo a concórdia de todos sobre projetos de vida e interesses comuns, razão pela qual me filio aqueles que entendem ser este conceito de vontade geral uma “*funzione eminentemente metodologica e un contenuto puramente formale, hanno osservato che attraverso tale nozione l’autore del Contratto Sociale intendeva soltanto identificare ‘una procedura di scelta’ [...] che aggrega sempre punti di vista individuali, ma riferiti agli interessi che ciascuno può condividere con altri.*” (VIROLI, 2007, p. 34).¹⁵

Veja-se que em Edmund Burke este debate também vai estar presente, na medida em que, para o autor, um dos principais fins da deliberação é o de produzir amplos consensos sobre temas de interesse comunitário, atribuindo verdadeira função epistêmica aos procedimentos deliberativos, qual seja, a de demarcar, através da discussão racional, o verdadeiro interesse da Nação, o que se pode visualizar na sua compreensão da assembleia representativa em França:

Il parlamento non è un congresso di ambasciatori di interessi diversi e ostili, interessi che ciascuno dovrebbe tutelare, come agente e avvocato, contro altri agenti e avvocati. Il parlamento è invece un’assemblea deliberativa di una nazione, con un solo interesse, quello del tutto, ove non debbono essere gli scopi o i pregiudizi locali a guidare le decisioni, ma il bene comune determinato dalla ragione generale del tutto [...] Ma governare e legiferare sono questioni di ragione e di giudizio, non di inclinazione. E che sorta di ragione sarebbe mai quella nella quale la decisione precede la discussione, nella quale un gruppo di uomini delibera e un altro decide, e nella quale coloro che traggono le conclusioni sono lontani magari trecento miglia da coloro che ascoltano le argomentazioni? (BURKE, 1998, p. 56).¹⁶

Se os argumentos apresentados não vão ser suficientes para dar conta da complexidade das relações sociais que irão advir na Modernidade, não se pode negar sua força argumentativa no sentido de, já a partir de Kant (1994)¹⁷, chegar à conclusão acertada de que se pode assegurar de forma harmônica a autonomia dos indivíduos, tanto no âmbito privado como na sua dimensão de cidadãos, não respondendo com total êxito como efetivamente fazer isto. Tenho que é a teoria da democracia e da política deliberativa que vão dar a melhor solução possível, superando os fundamentos da política forjados nos pressupostos do direito natural racionalista e do contrato social desde Hobbes e Locke imperantes no Ocidente.¹⁸

¹⁵ O autor lembra que há teses identificando que *la volontà generale è in realtà qualcosa di simile a una verità matematica o a un’idea platonica, qualcosa cioè dotato di una propria esistenza oggettiva*, e com estas posições não concordo até em face da importância que Rousseau dá, por exemplo, no Emilio, à educação e formação dos indivíduos para serem capazes de conviver autônoma e criticamente. Mais adiante, Maurizio vai reforçar isto asseverando que Rousseau, “*tuttavia, esclude che sia sempre necessaria l’unanimità perché una volontà possa essere qualificata come ‘generale’ e afferma esplicitamente che è sbagliato identificare la volontà generale con la volontà di tutti: Spesso c’è una gran differenza tra la volontà di tutti e la volontà generale; questa guarda soltanto all’interesse comune, quella all’interesse privato e non è che una somma di volontà particolari.*” (p. 43). Quem faz esta crítica também é Niño (2003, p. 108).

¹⁶ É preciso ter em conta, como adverte Accarino (1999, p. 65), que *nell’ottica burkiana il parlamento è un ‘legislative body corporate’ e che la rappresentanza non può che essere la somma degli interessi corporativi della nazione, espressione diretta della sua costituzione sociale, che è anche la sua costituzione naturale.*”

¹⁷ Ver também Leal (2001).

¹⁸ Ver Ryfe (2009). Estas considerações de Ryfe dizem respeito ao texto de Leighninger (2006). Neste trabalho, Leighninger faz uma boa relação dos efeitos que a democracia deliberativa pode provocar na relação entre Estado e Sociedade, dizendo: “[...] *They may be focused on improving the schools, ending racism, or balancing the city budget, but their work is about more than that: they are trying to transform the ways in which citizens and governments interact.*” (p. 225-226). Já no início de seu texto advertida que: “[...] *You can’t just involve citizens in ways that supplement the political process, but you have to construct new arenas where citizens are at the center of the system.*” (p. 49).

Passo a verificar, então, os aspectos estruturantes do que estou chamando de Teoria da Democracia Deliberativa, para então verificar, ao depois, as condições pragmáticas de sua operacionalização.

2.3 FUNDAMENTOS PROCEDIMENTAIS DA DEMOCRACIA (DELIBERATIVA) EM HABERMAS

De pronto quero esclarecer que não vou tratar pontualmente sobre a chamada Democracia Participativa aqui - e a distingo da Democracia Deliberativa -, entendida enquanto modelo de gestão política de interesses comuns centrada na possibilidade de participação social, cujas origens mais teóricas encontram-se localizadas ao longo da década de 1960, notadamente na Europa, decorrente das experiências do movimento operário e estudantil em exigirem voz e vez nas decisões sobre temas que lhes interessavam (ATRIPALDI, 1994).¹⁹ Nas palavras de Bifulco (2010, p. 4),

In estrema sintesi può dirsi che la richiesta di maggiore partecipazione, espressa dalla società di quegli anni in aderenza al dettato costituzionale, aveva l'obiettivo fondamentale di coinvolgere, nei processi decisionali non solo normativi, i soggetti, i gruppi, le classi sociali fino ad allora esclusi. La richiesta di maggiore partecipazione era però interamente contenuta - questo è il tratto caratteristico rispetto ad oggi - all'interno dei circuiti della democrazia rappresentativa. In particolare il ruolo dei partiti come attori indispensabili fraposti tra Stato e società non era sostanzialmente messo in discussione.²⁰

Ou seja, as discussões sobre a necessidade da participação social na política não conseguem problematizar o esgotamento do modelo preponderante/hegemônico de representação política parlamentar fundado no sufrágio que a Modernidade institucionalizou. Tal problematização carece de estatutos epistemológicos e filosóficos aprofundados, até para identificar não só os déficits de fundamentação e justificação da Democracia Contemporânea, mas também para aferir qualitativa e quantitativamente suas dimensões pragmáticas de operacionalização.

Para Follesdal, tanto a Democracia Participativa como a Deliberativa se colocam no mesmo campo teórico, pois se ocupam de igual problema, a saber, como instituir e dar efetividade à participação social e à abertura dos processos decisórios públicos nos mais diversos níveis de governo a todos os interessados, destacando que o conceito deliberativo remete a complexos conjuntos teóricos, com conotações fortemente normativas, enquanto que a participação implica aspectos sobretudo aplicativos. Com este raciocínio, o autor conclui, e com ele concordo, que há algumas questões que a matriz deliberativa da Democracia tem de responder: quais são as suas pretensões pragmáticas específicas; quais os fundamentos teóricos alternativos em que se alicerça; quais são as atuais formas de deliberações assumidas pela matriz; quais são as condições institucionais e culturais para dar efetividade ao modelo; de que maneira a realização total ou parcial das condições do modelo incidem sobre a legitimação, racionalidade e justiça do resultado deliberativo (FOLLESDAL, 2006, p. 57).²¹

¹⁹ Ver também Behrouzi (2008).

²⁰ Alerta ainda o autor que o modelo da Democracia Participativa “*si occupa per lo più delle forme storiche concrete attraverso le quali, in diversi contesti ordinamentali, si cerca di coinvolgere direttamente l'individuo/il cittadino nell'esercizio del potere decisionale pubblico.*”

²¹ Pergunta ainda o autor: “*What constitutes a deliberation, a subject of intensive consideration among political theorists? One key constituent of deliberation, agreed upon by many theorists, is equality or fairness. All participants and stakeholders should in principle have an equal chance to affect the topic, contents, and outcomes of the deliberation.*”

Veja-se que há ligação direta, a partir destes referenciais, com os argumentos constitutivos da deliberação pública forjados pelos teóricos da Democracia Deliberativa, enquanto condições de possibilidades da participação política efetiva da sociedade na co-gestão dos seus próprios interesses como comunidade (e as formas de fazê-lo).

Como minha proposta neste texto, num primeiro momento, é a de aferir o estatuto epistemológico e filosófico da deliberação pública - mais do que as formas pragmáticas de sua operacionalização -, pretendo me valer, *prima facie*, dos contributos teóricos que Habermas traz para o tema, que trata exatamente do que ele chama de política deliberativa - um conceito procedimental de democracia (HABERMAS, 2003a).

O pressuposto habermasiano para tanto é o de que a constituição das relações sociais orientadas pela *reta razão* institucionalizada pela forma do direito reclama requisitos de validade social, já esboçados na primeira parte do Direito e Democracia, cujos fundamentos epistêmicos e filosóficos se encontram nos procedimentos comunicacionais desenhados na Teoria da Ação Comunicativa -TAC, tudo isto, por certo, em face de seu compromisso (e da Escola de Frankfurt) em “*recuperar la vitalidad de la razón ante su deriva instrumental, como puro instrumento de dominio y no de liberación, aunque también las limitaciones del intento para formular una teoría normativa de la sociedad*” (SEGOVIA, 2009, p. 12)²², associado a duas outras premissas mais políticas, a saber: a de que há uma tensão inexorável entre capitalismo e democracia; a de que a democracia deve ser tratada no interior de uma teoria da relação entre Estado e Sociedade.

Apenas para lembrar alguns conceitos gerais desenvolvidos na TAC, importa ter presente que não se afigura possível, a partir da modernidade, aceitar relações sociais que são, fundamentalmente, relações de comunicação e de linguagem (física, virtual, simbólica, etc.) autoritárias e monológicas, centradas ainda na perspectiva da filosofia da consciência ou do sujeito. A tese da ação comunicativa de Habermas revela-se como o oposto desta, pois se funda numa perspectiva distinta de comunicação, a saber, *dialógica*, tendo como ponto de partida de uma relação intersubjetiva a análise da pragmática da fala e dos seus falantes/ouvintes, pressupondo que todos estão orientados para uma mútua compreensão voltada ao entendimento (situação ideal de fala).²³ Com tal postura, a própria condição de falante e ouvinte é indissociável, já que parte do princípio de que eles possuem a capacidade de adotar uma postura afirmativa ou negativa quando buscam a validade das suas condições existenciais.

Esta capacidade de adoção da postura referida tem como pressuposto a possibilidade de se construir racionalmente, entre os falantes/ouvintes, um acordo semântico e pragmático para o reconhecimento dos correspondentes requisitos de validade, verdade, veracidade e exatidão das proposições (assertóricas) que utilizam na obtenção do entendimento.

Em outras palavras, a linguagem enquanto expressão das representações e pensamentos humanos permite perceber qual a estrutura dos mesmos, ou seja, descobrir certas estruturas de racionalidade que nela se manifestam - daí poder-se afirmar a existência de uma “razão comuni-

²² Lembra o autor que, com a TAC, Habermas “*pretende dar cuenta de una filosofía auténticamente moderna y posmetafísica que comprenda una teoría del conocimiento, una teoría de la praxis (pragmática, ética y moral) y una teoría crítica social (política y jurídica)*.” (p. 22). No que tange à produção de Habermas para o ponto, estou me referindo ao texto de Habermas (1986).

²³ Não tenho tempo de expandir esta discussão aqui, mas é vital que se tenha igualmente presente que Habermas trabalha sistemicamente com os seus conceitos, ou seja, na acepção Kantiana de um todo do conhecimento ordenado segundo princípios; assim, o conceito determina, *a priori*, não só o alcance do conteúdo, mas também as posições recíprocas das partes, de modo que conseguimos uma unidade organizada. Isto não quer dizer, entretanto, que o pensamento do autor não possa ser considerado um “sistema aberto”, capaz de acolher novos problemas e de modificar-se continuamente.

cativa”. Em função desta estrutura racional da linguagem pode-se ver que seu destino original é permitir estabelecer o entendimento entre as pessoas; nesta atividade de produzir o entendimento, as pessoas acabam por instituir um conjunto de sentidos gramaticalmente pré-determinado, que forma um pano de fundo comum a partir do qual os indivíduos socializados se abastecem para compreender, interpretar e agir sobre o mundo. Daí pode-se afirmar que a linguagem é o verdadeiro traço distintivo do ser humano, pois lhe atribui a capacidade de tornar-se um ser social e cultural, fornecendo-lhe identidade e possibilitando-lhe partilhar estruturas de consciência coletiva (HABERMAS, 2003a).²⁴

Veja-se que Habermas defende que todo o falante/ouvinte que atue comunicativamente deve, ao realizar um ato de fala (verbal, corporal, simbólico), explicitar os requisitos de validade universal e supor que tais requisitos podem justificar-se e cumprir-se racionalmente. Os requisitos de *validade universal* se estabelecem nas estruturas gerais da comunicação possível e nas estruturas intersubjetivas da reprodução social. Assim, nenhuma disputa sobre o requisito de validade transcende a argumentação racional dos participantes implicados e seus contextos de atuação (HABERMAS, 2004).

Em outras palavras, está sustentando Habermas que não se pode compreender o caráter do mundo vital a menos que se compreendam os sistemas sociais que o configura nos seus processos constitutivos.

Há uma clara aproximação do autor aqui com Luhmann, em especial diante a perspectiva sistêmica de compreensão da sociedade, sua constituição e evoluir, sem deixar de fazer uma crítica pontual à insuficiência deste modelo teórico, na medida em que, se se entende a sociedade como um sistema, não se pode deixar de considerar o aspecto da validade deste ser social, ou seja, o fato de que a realidade social consiste na faticidade de pretensões de validade reconhecidas, frequentemente contrafatuais, questões que a teoria dos sistemas reduz ou sequer dá atenção. E isto pelo fato de que:

[...] compito de una teoria dell'evoluzione sociale, dunque, è quello di costruire uno schema dinâmico dove entrambe le prospettive dalle quali può essere guardata la società (quella sistêmico-funzionale e quella della validità pratico-normativa) trovino la giusta collocazione e la reciproca integrazione. (ROSATII, 1994, p. 66).

A validade prático-normativa das relações e ações sociais, por sua vez, necessita, em Habermas, de uma abordagem mais precisa sobre o próprio desenvolvimento dos parâmetros morais que constituem os sujeitos que se envolverão comunicativamente (em convívios comerciais, parentais, laborais, etc.). Estes parâmetros, por sua vez, o autor alemão vai buscar através de subsídios da psicologia cognitiva de Piaget e de Lawrence Kohlberg (os quais não tenho condições de analisar aqui) (NEVES, 2008).²⁵

O importante é se ter claro que a intenção de Habermas por tais dados e pesquisas diz com a busca de melhores instrumentos para analisar a modernidade, suas patologias e seus fato-

²⁴ Diz Habermas: “[...] Na prática, os membros de uma determinada comunidade de linguagem têm que supor que falantes e ouvintes podem compreender uma expressão gramatical de modo idêntico. Eles supõem que as mesmas expressões conservam o mesmo significado na variedade de situações e dos atos de fala nas quais são empregadas. No próprio nível do substrato significativo, o sinal tem que ser reconhecido como sendo o mesmo sinal, na pluralidade de eventos significativos correspondentes.” (HABERMAS, 2003, p. 29).

²⁵ Especialmente a partir da página 25 até a página 44, uma vez que os estágios de desenvolvimento cognitivo explorados por estes autores vai servir muito bem à exploração do tema que envolve as variáveis constitutivas da comunicação coatada de Habermas.

res de crises, bem como a questão da racionalidade, das dimensões de racionalidade das ações e das diferenças internas destas ações, questões estas que formam, desde Max Weber e passando pela Escola de Frankfurt, um tema necessariamente inter-relacionado. Por isto sua abordagem é filosófica também, pois:

[...] la misión más sublime de la filosofía consiste, para mí, en proclamar la fuerza de la autorreflexión radical contra toda forma de objetivismo, contra la autonomización ideológica, aparente, de ideas y instituciones frente a sus contextos prácticos, vitales, de surgimiento y aplicación. (HABERMAS, 1981, p. 53).

Assim é que, a partir da TAC, a racionalidade de uma ação ou de uma expressão comunicativa somente se dá se o interlocutor-falante exprime uma pretensão criticável de validade, empenha-se a motivá-la e a submetê-la a eventuais críticas de outrem, ao fim de conseguir um acordo racionalmente fundado (HABERMAS, 1986).²⁶ Posturas comunicativas sem este compromisso não podem gerar entendimentos e consensos duradouros e legítimos.

Gambetta dá um exemplo cotidiano muito ilustrativo destas assertivas, com o seu *Teorema da Cultura do Claro!*, entendida aqui como a proliferação de comportamentos sociais que tendem a menosprezar as opiniões dos demais, com respostas reiteradas como: Óbvio!, Já o sabia!, Nada do que dizes me surpreende!. A deliberação em tais cenários sucumbe em face destes comportamentos interlocutivos autoritários. Diz o autor:

Los “claristas”, es decir quienes ejercen la cultura del Claro!, se sienten atraídos por quienes analizan, debaten y discute, pero finalmente resultan irritados porque presienten que serán fácilmente superados. Sus prejuicios respecto de la superioridad de un argumento encuentran un terreno fértil para descargar-se. Su percepción optimista es que fácilmente derrotará a su oponente, lo que lo predispone para provocar una pelea. El clarista jamás admitirá tener dudas o haberse equivocado y siempre considerará haber ganado la partida. (GAMBETTA, 2001, p. 37 e ss).

Daí porque se afirmar ser o agir comunicativo habermasiano um tipo-ideal de comunicação operando sob a lógica de que só há um sentido racional a informar nossa capacidade de comunicação lingüística, qual seja, a de que ela serve fundamentalmente para viabilizar entendimentos e acordos entre os seres racionais. Todavia, este agir comunicativo só se viabiliza pragmaticamente se:

I progetti d'azioni degli attori partecipi non vengono coordinati attraverso egocentrici calcoli di successo, bensí attraverso atti dell'intendersi. Assim é que este agir comunicativo se distingue per il fatto Che tutti i parecipanti perseguono senza riserve i propri fini illocutivi per raggiungere un'intesa che costituisce la base per un coordinamento unanime dei progetti di azione perseguiti di volta in volta in modo individuale. (GAMBETTA, 2001, p. 406).²⁷

²⁶ Notadamente as ações lingüísticas exprimem três classes de pretensões de validade: verdade, correição normativa e veracidade, as quais, por sua vez, correspondem aos três mundos de referência presentes em cada discurso, a saber, o mundo objetivo, o mundo social-normativo e o mundo subjetivo do interlocutor-falante.

²⁷ É imenso o diálogo que Habermas mantém com a história da filosofia e da sociologia no TAC, dialogando, dentre outros, com Emile Durkheim, para mostrar a importância de se detectar as bases do substrato normativo que rege a convivência social - mesmo que ainda em fases de frágil racionalidade, como é o caso das relações sociais marcadas por vínculos religiosos, eis que daí poder-se-ia extrair os fundamentos de validade destas normas. De forma textual, refere o autor que: “Em sociedades organizadas em forma de Estado, a ordem normativa natural é reformulada em normas de direito. Entretanto, em sociedades tradicionais, o próprio direito ainda se alimenta da força do sagrado religiosamente sublimado. Na fusão sacral entre facticidade e validade se enraíza, por exemplo, a

Por outro lado, o agir comunicativo se afasta de todas aquelas *ações orientadas tão-somente ao sucesso* dos seus interlocutores, aqui compreendidas como instrumentais (preocupadas em realizar um escopo no mundo objetivo), e como estratégicas (endereço à realização de um escopo tendo em vista o comportamento igualmente egocêntrico dos outros interlocutores), mas, nas palavras do autor, *ele tenta assimilar a tensão que existe entre facticidade e validade, preservando, de um lado, o engate na interpretação clássica de um nexos interno entre sociedade e razão, não abandonando ao mesmo tempo a ideia de uma condução consciente da vida.* Ao optar por isto, envolve-se num problema:

Como explicar a possibilidade de reprodução da sociedade num solo tão frágil como é o das pretensões de validade transcendentais? O medium do direito apresenta-se como um candidato para tal explicação, especialmente na figura moderna do direito positivo. As normas desse direito possibilitam comunidades extremamente artificiais, mais precisamente, associações de membros livres e iguais, cuja coesão resulta simultaneamente da ameaça de sanções externas e da suposição de um acordo racionalmente motivado. (HABERMAS, 2003a, p. 25).

Neste sentido, Habermas reconhece que os subsistemas sociais (econômico, burocrático, cultural, etc.) são realidades impossíveis de serem desconsideradas no âmbito da regulação social como resultado de um processo organizativo e estruturante da modernidade, razão pela qual eles não podem ser gerados e geridos por um centro unitário de poder, mas devem ser socialmente integrados com uma comunidade política igualitária e equilibrada, regulada pelo médium do direito, veiculado pela vontade coletiva do processo constitutivo destas regras. Em suas palavras: *“I sistemi autonomizzati devono essere arginati e condizionati attraverso la potenza discorsiva, radicata in mondi della vita razionalizzati, di sfere pubbliche autonome, articolate e autorevoli, capaci di fungere da luoghi in cui si attua una autentica formazione democratica della volontà collettiva.”*

Referindo-se já ao Estado Democrático de Direito, o autor alemão reforça a ideia de que *“lo Stato democratico ha alla sua base il principio della sovranità popolare che, tradotto in termini discorsivi, afferma appunto che ogni potere politico nasce dal potere comunicativo dei cittadini.”* Da mesma forma:

Il livello parlamentare tuttavia non può esaurire il processo di discussione e di formazione della volontà pubblica: il parlamento dev'essere a sua volta continuamente controllato, nello svolgimento delle sue funzioni, da un'opinione pubblica informata e in grado di far sentir la propria voce, in uno spazio pubblico dove vige il principio del pluralismo politico e sul quale possono operare associazioni e partiti organizzati. (HABERMAS, 2003a, p. 25).

Como o autor ainda leva em conta o pluralismo social, cultural e ideológico presente no tecido social, sustenta que os acordos racionais referidos se dão a partir de três tipos de discursos racionais: (1) o discurso pragmático, sobre como lograr melhor nossos fins (HABERMAS, 2003a, p. 206)²⁸; (2) o discurso ético, que se ocupa dos bens, valores e identidades contingencialmente loca-

hierarquia de leis, da tradição jurídica européia, segundo a qual o direito estabelecido pelo governante permanece subordinado ao direito natural cristão, administrado eclesiasticamente.” (HABERMAS 2003, p. 45).

²⁸ Lembrando sempre que *Discursos pragmáticos abrangem somente a construção e a avaliação das conseqüências de possíveis programas, não a formação racional da vontade, a qual só pode aceitar uma sugestão quando se apropria dos fins e valores hipoteticamente pressupostos.*

lizados no tempo e no espaço; e o (3) discurso moral, tocante ao que é justo e imparcial, ou àquilo que vai ao encontro do interesse de todos. Todavia, há que se ter presente que:

Questões morais, no sentido estrito da tradição kantiana, são questões de justiça, e, na política legislativa, a questão prioritária é saber como uma matéria pode ser regulamentada no igual interesse de todos. A confecção de normas é essencialmente uma questão de justiça, sendo avaliada segundo princípios que estabelecem o que é igualmente bom para todos. E, diferentemente das questões éticas, as de justiça não estão relacionadas desde o princípio com uma coletividade específica e sua forma de vida. A lei politicamente sancionada de uma comunidade concreta e legal precisa pelo menos - caso se pretenda legítima - ser compatível com princípios morais que reclamam uma validade universal que vá além da comunidade legal. (HABERMAS, 2002, p. 282).

De outro lado, quando o princípio do discurso encontra aplicação em normas de ação que podem assumir a forma jurídica, entram em jogo questionamentos políticos de várias espécies. *O tratamento racional dessas questões exige uma formação da opinião e da vontade que leva a resoluções fundamentadas sobre a persecução de fins coletivos e sobre a regulamentação normativa da convivência* (HABERMAS, 2003a p, 199).²⁹ Esta opinião, todavia, também tem de se fundar em pressupostos válidos e procedimentos emancipatórios de comunicação social, no sentido de que:

La comunicazione, da parte sua, non è intesa nel senso di mera trasmissione di significati e contenuti fra emittente e ricevente, ma come costruzione di significati (sociali) e di relazioni. Ognuno dei partecipanti deve poter dare il proprio contributo di conoscenze attraverso le modalità comunicative che sono proprie della sua specifica cultura o subcultura. Lo scambio dialogico in condizioni «protette» (che evitano possibili prevaricazioni) incentiva i partecipanti a impiegare argomenti che fanno riferimento al bene comune piuttosto che a interessi egoistici e, auspicabilmente, a riuscire a vedere le questioni attraverso gli occhi degli altri. (LEWANSKI, 2008, p. 65).³⁰

Já no que tange ao atendimento de interesses coletivos, importa destacar que o processo político exigirá, também de forma muito especial, a negociação e o compromisso dos envolvidos na confecção dos denominados acordos racionais - que só serão racionais na medida em que se regularem de modo a assegurar um equitativo contrapeso de interesses. E isto porque é só na qualidade de participantes de um diálogo abrangente e voltado para o consenso que o homem contemporâneo é chamado a exercer a virtude cognitiva da empatia em relação às diferenças recíprocas na percepção de uma mesma situação. Para tanto, Habermas (2005, p. 10) diz que é preciso exercitar a progressiva descentralização da compreensão egocêntrica e etnocêntrica que cada qual tem de si mesmo e do mundo.³¹ Ou seja, o autor

²⁹ Em seguida o autor vai chamar a atenção para o fato de que: “A formação política da opinião e da vontade, ultrapassando o nível pragmático, onde se procura saber o que podemos fazer em função de tarefas concretas, precisa esclarecer, em primeira linha, três questões, a saber: a que subjaz à formação de compromissos, onde se discute a possibilidade de harmonizar entre si preferências concorrentes; a questão ético-política acerca de nossa identidade pessoal e dos ideais que acalentamos realmente; e a questão prático-moral que nos leva a inquirir sobre o modo de agir para sermos justos.” (p. 225).

³⁰ Ver também GASTIL (2006, p. 22): “[...] *discussion that involves judicious argument, critical listening, and earnest decision making .Full deliberation includes a careful examination of a problem or issue, the identification of possible solutions, the establishment or reaffirmation of evaluative criteria, and the use of these criteria in identifying an optimal solution.*”

³¹ Mas por que se dão tensões permanentes no âmbito desta comunicação social? É o autor que responde: Pelo simples fato de que a aceitação de pretensões de validade repousa sobre a aceitabilidade de razões dependentes de um contexto, estando sempre expostas ao risco de serem desvalorizadas através de argumentos melhores e processos de aprendizagem que transformam aquele contexto. (HABERMAS, 2003, p. 57). Na mesma direção o trabalho de Barber (2002, p. 174), dizendo que em nível de democracia deliberativa,

and his followers do not deny that there will be obstacles to the realization of the ideal discourse but these obstacles are conceived as empirical ones. They are due to the fact that it is unlikely, given the practical and empirical limitation of social life, that we will ever be completely able to leave aside all our particular interests in order to coincide with our universal rational self. This is why the ideal speech situation must be conceived as regulative idea (MOUFFE, 1966, p. 3).

Lembra acertadamente Chantal que é por esta razão que Habermas “*accepts that there are issues that have to remain outside the practices of rational public debates like existential issues that concern not questions of justice but of the good life, or conflicts between interests groups about distributive problems that can only be resolved by means of compromises.*” (MOUFFE, 1969, p. 3). De outro lado, com o que não concordo, o mesmo autor sustenta que: *Contrary to the model of ‘deliberative democracy,’ the model of ‘agonistic pluralism’ that I am advocating asserts that the prime task of democratic politics is not to eliminate passions nor to relegate them to the private sphere in order to render rational consensus possible, but to mobilise those passions towards the promotion of democratic designs.*” (MOUFFE, 1969, p. 4). Ocorre que Habermas jamais falou em negar ou eliminar as paixões sociais como forma de alcançar consensos civilizatórios, mas ao contrário, sempre advogou a crença de que a razão seria capaz de encontrar formas de convivência pacífica através da interlocução constante (MANSBRIDGE, 2001).³²

Daí a importância de se ter consciência de que o Direito confere uma forma determinada não somente às normas reguladoras de conflito; ele também impõe certas restrições à realização de fins coletivos. Na dicção do autor:

Questões pragmáticas colocam-se na perspectiva de um ator que procura os meios apropriados para realização de preferências e fins que já são dados. Mas pode dar-se o caso em que os próprios fins se tornam problemáticos. E, a partir daí, não se trata mais de uma simples escolha pragmática dos meios, e sim, de uma avaliação racional de fins à luz de valores aceitos. A vontade do ator continua sendo determinada por interesses e orientações axiológicas, porém está aberta a novas alternativas da escolha dos meios ou da colocação de fins. Para a escolha fundamentada de técnicas ou estratégias de ação, existem comparações e ponderações que o agente, apoiado em observações e prognoses, pode desenvolver sob os pontos de vista da eficácia ou de outras regras de decisão. A ponderação de fins, orientada por valores, e a ponderação pragmática de meios, leva a recomendações hipotéticas que colocam em relação às causas e efeitos, de acordo com preferências axiológicas e finalidades. Essas instruções para a ação têm a forma semântica de imperativos condicionados (HABERMAS, 2003a, p. 200).³³

Ao lado destas premissas comportamentais, no plano normativo, Habermas está ciente de que, apesar da razão comunicativa possibilitar uma orientação na base de pretensões de validade,

mister é que os indivíduos tenham acesso garantido a todo fórum público relevante, o que envolve não apenas a oportunidade de falar, mas a obrigação de ouvir.

³² Interessante verificar, neste particular, as considerações de Jane Mansbridge, ao sustentar que é equivocada a dicotomia entre razão e emoção, como se tivessem de ser excluídas do processo de relações sociais, eis que autores como Amelie Rorty (1985), Martha Nussbaum (1995), “*and others have pointed out the flaws in dichotomizing ‘reason’ and ‘emotion,’ because the emotions always include some form of appraisal and evaluation, and reason itself needs at least an emotional commitment to the process of reasoning. Nussbaum’s positive account of the role of emotions in deliberation further singles out the emotion of compassion as an essential element of good reasoning in matters of public concern. Other emotions, such as solidarity, play equally important roles.*” (MANSBRIDGE, 2001, p. 81).

³³ Isto pode se aplicar aos Direitos Sociais, por exemplo, na medida em que o seu atendimento envolve, não raro, escolhas disjuntivas, no sentido de que tais demandas são infinitas enquanto os recursos para atendê-las são finitos (LEAL, 2009).

ela mesma não fornece nenhum tipo de indicação concreta para o desempenho de tarefas práticas, pois não é informativa, nem imediatamente prática, isto porque ela se refere às intelecções e asserções criticáveis e abertas a um esclarecimento argumentativo - permanecendo neste sentido aquém da razão prática, que visa à motivação e à condução de vontade.

Com o conceito do poder comunicativo atingimos apenas o surgimento do poder político, não a utilização administrativa do poder já constituído, portanto o processo do exercício do poder. Esse conceito tampouco esclarece a luta por posições que dão direito a dispor do poder administrativo. Arendt, sublinha que tanto a utilização do poder como a sua aquisição e posteriormente manutenção, dependem da formação e da renovação comunicativa desse poder. Contra as teorias sociológicas, que se limitam aos fenômenos da alocação do poder e da concorrência do poder, ela tem razão em objetar que nenhum poder político pode ampliar as fontes de seu poder a bel-prazer. (HABERMAS, 2003a, p. 189).³⁴

A normatividade no sentido da argumentação obrigatória do agir não coincide com a racionalidade do agir orientado pelo entendimento em seu todo. Normatividade e racionalidade *cruzam-se* no campo da fundamentação de intelecções morais, obtidas num enfoque hipotético, as quais detêm certa força de motivação racional, não sendo capazes, no entanto, de garantir por si mesmas a transposição das ideias para um agir motivado (HABERMAS, 2003a, p. 21).³⁵

Ocorre que esta motivação para o agir precisa decorrer de um entendimento mútuo discursivo e sinuoso, que leva ao que o autor chama de “cooperação racional”, unicamente possível se as pessoas envolvidas se convencerem de antemão que esta ação é um “bem em si” que se deve priorizar em relação a outras formas de interação. Assim, “o que está subjacente à decisão entre a alternativa da concordância racional e uma confrontação violenta (mesmo que sublimada, de uma ou de outra forma) é, na verdade, uma preferência que se embasa de maneira muito mais confiável em orientações de valor comuns, ao menos em comparação com o embasamento fundado em quaisquer interesses particulares.” (HABERMAS, 2003a, p. 338).³⁶

Diante de tais particularidades pode-se entender o modelo habermasiano de democracia deliberativa como uma teoria prenhe de ideias, razões e juízos a partir dos quais se apresenta e se justifica, ainda que pretende - de forma muito clara - operar como parâmetro normativo para seres reais e localizados na história. Enquanto ideia reitora de projetos de vida em sociedade, a democracia deliberativa desencadeia uma lógica que não proporciona o conhecimento do que efetivamente é, mas desenvolve processos ideais que pretendem explicar o acontecer histórico de determinada realidade. Desta forma, este modelo democrático não se afigura como uma ideologia atemporal ou definitiva, mas forja-se no exato tempo em que é elaborada (HABERMAS; RAWLS, 1998, p. 63).³⁷

³⁴ Em outro texto clássico, Habermas reforça esta ideia dizendo que, “*si la práctica deliberativa es el único recurso del que se dispone en la modernidad tardía para obtener un juicio imparcial en las cuestiones morales, entonces la referencia a los contenidos de la moral tiene que ser sustituida por la relación autorreferencial con la forma de esta práctica.*” Ou seja, a razão prática comunicativa é formal e procedimental, vazia de conteúdo pois refere-se aos métodos à obtenção de consensos e entendimentos (HABERMAS, 2000, p. 75).

³⁵ E na sequência assevera que O “exercício da autonomia política significa a formação discursiva de uma vontade comum, porém, não inclui ainda a implementação das leis que resultam dessa vontade. O conceito do político estende-se também ao emprego do poder administrativo e à concorrência pelo acesso ao sistema político.”

³⁶ Vai na mesma direção Hoffman, ao lembrar que: “*effective deliberation requires much more than rational discourse. It requires attention to how empathic cues are activated and communicated and the ways in which associations between the social situations of oneself and others produce moral cognition, and broaden awareness of morally salient features of the policies and issues under discussion.*” (HOFFMAN, 2000, p. 48).

³⁷ Este raciocínio responde de certa maneira a dubiedade de alguns autores sobre o fato de ser difícil qualquer forma de discurso poder alcançar um consenso que seja genuinamente livre e não coercitivo, a não se que os participantes desfrutem de alguns direitos de pri-

Na lúcida percepção de Benhabib (2007), *o modelo deliberativo de democracia não representa um experimento contrafactual*, mas se constitui enquanto *teoria que esclarece os princípios já implícitos e a lógica das práticas democráticas existentes*. Nestes termos, a teoria da democracia deliberativa é posta não como uma teoria em busca de práticas; mas uma teoria que pretende elucidar aspectos da lógica das práticas democráticas existentes. E que práticas são estas? A autora responde: “a importância dos corpos deliberativos nas democracias, a racionalidade da oposição parlamentar, a necessidade de uma mídia independente e livre e de uma esfera de opinião pública, e a base lógica de adotar a regra da maioria como um procedimento de decisão.” (BENHABIBI, 2007, p. 75).

E este procedimento de decisão finalístico majoritário vem fundado na lógica sustentada por Elster de que o processo de deliberação pública não pode prescindir de parâmetros temporais e espaciais à tomada de decisão, caso contrário seria puramente idealista, razão pela qual, mesmo assumindo um período de discussão ilimitado, o acordo racional unânime pode não surgir necessariamente, em especial pelo fato de que poderia haver diferenças de opiniões legítimas e irreconciliáveis sobre a natureza do bem comum (ELSTER, 2007, p. 235). Então, nestas situações, o que fazer?

Ora, reconhecendo que pode haver constrangimentos temporais à discussão, razão pela qual a vontade unânime raramente surge, é preciso aceitar também o pressuposto de que para qualquer constelação de preferências desprovida de unanimidade seria necessário um mecanismo de escolha social para agregá-las, dentre os quais a regra da maioria como decorrência do processo deliberativo aparece como razoável.

Em face disto, o direito, neste modelo democrático, não representa apenas uma forma de saber, assim como a moral, mas afigura-se como um componente importante do sistema de instituições sociais; “ele é um sistema de saber e, ao mesmo tempo, um sistema de ação. Um sistema de saber que é mantido dogmaticamente, ou seja, é articulado e trazido para um nível científico interligado com uma moral conduzida por princípios” (HABERMAS, 2003a, p. 111).³⁸ E enquanto sistema de ação, vai demarcar as possibilidades decisórias inclusive em situações de exigência majoritária à solução de controvérsias públicas.

Em passagem elucidativa, Habermas (2003, p. 120) aprofunda estas assertivas, dizendo que:

As decisões que envolvem a coletividade têm que ser vistas como a concretização de direitos, pois, através do médium do direito, as estruturas de reconhecimento, embutidas no agir regulado pelo entendimento, passam do nível de interações simples para o das relações abstratas e anônimas entre estranhos. Ao perseguir fins coletivos especiais, e ao regular determinados conflitos, a política gera simultaneamente problemas gerais de integração. E por estar constituída conforme o direito, a política, especificada funcionalmente em seu modo de operar, mantém uma relação com os problemas da sociedade em seu conjunto, ou

vacidade e integridade pessoal intocáveis e imunes às tensões cotidianas, como quer Moon (2004), bem como em seu texto *Constructing community: moral pluralism and tragic conflicts*. Princeton: Princeton University Press, 2002.

³⁸ Diz o autor ainda que: “Dado que motivos e orientações axiológicas encontram-se interligados no direito interpretado como sistema de ação, as proposições do direito adquirem uma eficácia direta à ação, o que não acontece com os juízos morais. E mais adiante arremata: Enquanto a vontade moralmente livre é, de certa forma, virtual, pois afirma apenas aquilo que pode ser aceito racionalmente por qualquer um, a vontade política de uma comunidade jurídica, que também deve estar em harmonia com ideias morais, é a expressão de uma forma de vida compartilhada intersubjetivamente, de situações de interesses dados e de fins pragmaticamente escolhidos.” (p. 191) Ele retoma esta ideia mais tarde no texto, com Bill Rehg. (p. 339).

seja, ela continua num nível reflexivo uma integração social que outros sistemas de ação não conseguem mais desempenhar suficientemente.

Daqui advém em certa medida a importância dos Direitos Humanos e Fundamentais para o autor alemão, na medida em “que na razão prática corporalizada em procedimentos e processo está inscrita a referência a uma justiça (entendida tanto em sentido moral quanto jurídico) que aponta para além do ethos concreto de determinada comunidade ou da interpretação de mundo articulada em determinada tradição ou forma de vida.” (HABERMAS, 2003a, p. 304).³⁹ Este argumento é tão forte para Habermas (2001, p. 140), que ele vai utilizá-lo para sustentar inclusive que a ideia de democracia deliberativa deve fundar-se em uma compreensão de sociedade inclusiva para além do Estado Nação, constituída democraticamente por cidadãos do mundo, cujo marco jurídico e político são os Direitos Humanos de conteúdo moral, os únicos capazes de gerar uma nova solidariedade (pós-kantianamente) cosmopolita.

Por sua vez, aquela justiça racionalizada pragmaticamente assenta-se em premissas (axiológicas e deontológicas) universalizáveis também, já que:

[...] em questões que dizem respeito às nossas obrigações morais como alemães diante de fugitivos bósnios ou de sem-teto na própria Alemanha, bem como em questões jurídicas, tais como a regulamentação de situações urgentes que começam a surgir (“violência doméstica”, por exemplo), então sim está em jogo a legitimidade de expectativas e reivindicações que nos impomos não somente como participantes da situação específica, mas também como alheios a ela, para além de grandes distâncias geográficas ou históricas, culturais ou sociais. Aí não se trata mais do que é “bom” para nós como membros de uma coletividade (caracterizada por um ethos próprio), mas sim do que é “correto” para todos, seja para todos os membros do universo de sujeitos capazes de agir ou fazer uso da linguagem, seja para todos os cônjuges de uma comunidade jurídica (seja ela local ou até mesmo global, conforme o caso). (HABERMAS, 2003a, p. 305).⁴⁰

Esta compreensão de Direitos, por sua vez, implicará impacto ao conceito tradicional de direito subjetivo dos sistemas jurídicos modernos, eis que

[...] a pessoa de direito abstrata, tal como concebida pela dogmática clássica do Direito, precisa ser substituída hoje por uma concepção intersubjetiva; a identidade do indivíduo está enredada com identidades coletivas. Como também as pessoas do Direito só se individualizam por meio da coletivização social, não se pode garantir sua integridade sem a defesa dos contextos de vida e de experiência partilhados subjetivamente, nos quais tenham sido formadas suas identidades pessoais e nos quais elas possam estabilizar essas mesmas identidades, caso a caso. (HABERMAS, 2003a, p. 310).⁴¹

³⁹ Mesmo assim, o autor alemão está consciente de que: “as garantias dos direitos fundamentais não conseguem proteger por si mesmas a esfera pública e a sociedade civil contra deformações. Por isso, as estruturas comunicacionais da esfera pública têm que ser mantidas intactas por uma sociedade de sujeitos privados, viva e atuante.” (p. 102).

⁴⁰ Por esta razão é que a Teoria do Discurso em Habermas “introduz a distinção entre questões éticas e morais de maneira que a lógica das questões relativas à justiça passe a exigir a dinâmica de uma ampliação progressiva do horizonte, e afirma nesse sentido uma precedência do que é justo em relação ao que é bom. A partir do horizonte de sua respectiva autocompreensão e compreensão de mundo, as diversas partes referem-se a um ponto de vista moral pretensamente partilhado, que induz a uma descentralização sempre crescente das diversas perspectivas, sob as condições simétricas do discurso.” (*e do aprender-um-com-o-outro*). (p. 306).

⁴¹ Tal assertiva vai se fundar na premissa que o autor traz no segundo volume deste trabalho, ao dizer que: “possibilidades de influência legitimamente reguladas, que repousam sobre um acordo suposto, autorizam a percepção de uma liberdade que se constitui através da sociedade.” (p. 52).

De outro lado, mantendo coerência com a reflexão proposta, Habermas (2003) sabe que a própria Constituição não pode ser entendida como uma ordem jurídica global e concreta, destinada a impor *a priori* determinada forma de vida sobre a sociedade. Ao contrário, ela determina procedimentos políticos e valores partilhados, segundo os quais os cidadãos, assumindo seu direito de autodeterminação, podem perseguir cooperativamente o projeto de produzir condições justas de vida (o que significa: mais corretas por serem eqüitativas).

Por tais razões é que o direito, a partir da perspectiva dos atores sociais e comunicantes, pode ser considerado de dois modos diferentes: *da un lato come prescrizione alla quale la razionalità strategica impone di obbedire, per sottrarsi al rischio di sanzione, dall'altro come norma legittima, dotata di validità, alla quale quindi sarebbe doveroso obbedire anche se il rischio di sanzione non sussistesse* (FERRARA, 2001).

Esta perspectiva Habermas vai se realçar, quando afirma que:

A validade social de normas de direito é determinada pelo grau em que consegue se impor, ou seja, pela sua possível aceitação fática no círculo dos membros do direito. Ao contrário da validade convencional dos usos e costumes, o direito normatizado não se apóia sobre a facticidade de formas de vida consuetudinárias e tradicionais, e sim sobre a facticidade artificial da ameaça de sanções definidas conforme o direito e que podem ser impostas pelo tribunal. Ao passo que a legitimidade de regras se mede pela resgatabilidade discursiva de sua pretensão de validade normativa; e o que conta, em última instância, é o fato de elas terem surgido num processo legislativo racional - ou o fato de que elas poderiam ser justificadas sob pontos de vista pragmáticos, éticos e morais. A legitimidade de uma regra independe do fato de ela conseguir impor-se. Ao contrário, tanto a validade social, como a obediência fática, variam de acordo com a fé dos membros da comunidade de direito na legitimidade, e esta fé, por sua vez, apóia-se na suposição da legitimidade, isto é, na fundamentabilidade das respectivas normas. (HABERMAS, 2003a, p. 50).⁴²

Por outro lado, vale lembrar a advertência de Niño, ao dizer que normas positivas que *“constituyen el consentimiento deberían ser justificadas sobre la base de principios morales ideales, pues de otro modo la mayoría de las prácticas más horribles estarían justificadas sobre la base del consentimiento.”* (NIÑO, 2003, p. 129).

Resta claro que na base fática deste processo está outro fenômeno social e político que é a *luta por reconhecimento* das pretensões veiculadas por interesses manifestados publicamente, os quais poderão ou não ser albergados pelas instâncias políticas competentes e inseridos nas agendas parlamentares, discutidos e, eventualmente, elaborados na forma de propostas e decisões impositivas (HABERMAS, 2003a p. 41). De qualquer sorte, há também consenso sobre o fato de que *“The goal of deliberation for Habermas, Cohen, and many theorists is ultimately to legitimate through democratic decision the necessary force with which the state enforces the laws.”* (GUTMANN; THOMPSON, 2007, p. 68).

Não dá para esquecer que o autor alemão acredita na instituição do legislativo-parlamentar e na Democracia Representativa institucionalizada, uma vez que a base legítima desta é

⁴² Volta o autor ao mesmo tema quando assevera que: “O paradoxo do surgimento da legitimidade a partir da legalidade, portanto, só se dissipa quando a cultura política dos cidadãos os predispõe a não insistir em assumir uma postura de integrantes do mercado interessados em si mesmos e voltados ao sucesso, mas sim a também fazer um uso de suas liberdades que se volta ao acordo mútuo, no sentido kantiano de um uso público da razão.” (p. 302). Ver também o texto Habermas (1991). Em termos de contra-ponto desta discussão ver o texto de Laclau e Mouffe (1985).

sempre a autônoma e emancipada participação social em momento político antecedente à deliberação parlamentar. Neste sentido refere:

A competência legislativa que, fundamentalmente é atribuída aos cidadãos em sua totalidade, é assumida por corporações parlamentares, que fundamentam leis de acordo com um processo democrático. Leis formam a base para pretensões judiciais individuais; estas resultam da aplicação de leis a casos singulares, seja pelos caminhos da administração, seja pelo caminho auto-executivo. Tais pretensões podem ser reclamadas judicialmente; daí resulta a garantia dos caminhos do direito e o princípio da garantia de uma proteção individual jurídica ampla. (HABERMAS, 2003a, p. 215).⁴³

Parece não reconhecer o autor, todavia, se no Parlamento os oradores têm de ouvir uns aos outros, o ouvir nesse caso não produz qualquer coisa parecida com um processo deliberativo; seu objetivo não é alcançar um acordo entre eles mesmos, mas vencer um debate. Um debate é uma disputa entre atletas verbais, e o objetivo é a vitória. Os meios são o exercício da habilidade retórica, a reunião de evidências favoráveis, a depreciação de outros oradores, o apelo à autoridade ou à celebridade, e assim por diante (WALZER, 2007, p. 303).⁴⁴ Todos esses meios são evidentes nos debates partidários no parlamento e nas assembléias, e nos debates entre candidatos durante o período eleitoral.

Em outro texto igualmente importante para este debate, Habermas vai trazer à colação o tema - absolutamente conexo a este - da relação entre o princípio democrático e o Estado de Direito (HABERMAS, 2003b)⁴⁵. Aqui o autor vai lembrar que “o liberalismo e o republicanismo discutem, entre si, liberdade dos modernos ou a liberdade dos antigos? O que deve vir antes: os direitos subjetivos de liberdade dos cidadãos da sociedade econômica moderna ou os direitos de participação política dos cidadãos democráticos?” (HABERMAS, 2003b).⁴⁶

A proposta de Habermas (2003b) é que há uma relação de co-originariedade entre estes direitos e entre a autonomia pública e privada, configurando uma verdadeira relação de

[...] implicação material, pois, para fazerem uso adequado de sua autonomia pública, garantida através de direitos políticos, os cidadãos têm que ser suficientemente independentes na configuração de suas vidas privadas, asseguradas simetricamente. Porém, os cidadãos da sociedade só podem gozar simetricamente sua autonomia privada, se, enquanto cidadãos do Estado, fizerem uso adequado de sua autonomia política - uma vez que as liberdades de ação subjetivas, igualmente distribuídas, têm para eles o mesmo valor.⁴⁷

⁴³ Mais adiante reitera o autor: “A regra da maioria, segundo a qual questões específicas são decididas em tribunais colegiados, em parlamentos ou órgãos de autonomia administrativa, constitui um bom exemplo para um aspecto importante de uma regulamentação jurídica de processos de deliberação.” (p. 223). Mais tarde, no volume II do mesmo trabalho, o autor alemão refere que “o núcleo do sistema político é formado pelos seguintes complexos institucionais, já conhecidos: a administração (incluindo o governo), o judiciário e a formação democrática da opinião e da vontade (incluindo corporações parlamentares, eleições políticas, concorrência entre os partidos, etc.). O complexo parlamentar é o que se encontra mais aberto à percepção e a tematização dos problemas sociais.” (p. 87).

⁴⁴ Lembra acertadamente o autor que: “os partidos concordam em definir as diferenças entre eles, e a definição exata depende de um teste de força prévio. O programa de ação governamental, numa democracia, é freqüentemente o resultado de um processo de negociação desse tipo, em vez de resultar de um processo deliberativo.”

⁴⁵ Especialmente a partir da página 153 e seguintes, quando vai discutir a questão do Estado Democrático de Direito. Lembra o autor que “uma das partes insiste no fato de que a autonomia privada dos cidadãos, que é inalterável em sua natureza e garantida pelo poder anônimo das leis, assume forma nos direitos fundamentais. Na interpretação da outra parte, porém, a autonomia política dos cidadãos incorpora-se na auto-organização de uma comunidade que cria as suas próprias leis.”

⁴⁶ Esta abordagem fora feita classicamente por Constant (1988, p. 314-321).

⁴⁷ É a mesma perspectiva que dá Gonzales (2001). Neste texto pode-se ver claramente a ideia de que “*bajo las condiciones de la igualdad de derechos y la participación en los recursos de la comunidad los ciudadanos podían, en efecto, reconocerse amigos del Estado.*”

Por isto se apresenta como fundamental a distinção entre validade formal e legitimidade social das normas de regulação social veiculados pelo médium do direito, uma vez que, tanto numa como noutra, o que se impõe são determinados procedimentos - formais e materiais - constitutivos de vontades coletivas que vão representar a adesão dos partícipes e envolvidos nestes processos,⁴⁸ e daqui decorre o que Habermas chama de solidariedade concentrada no papel do cidadão que se constitui no próprio agir comunicativo, gerando práticas de autodeterminação organizadas, mediadas através de instituições e processos jurídicos, e mesmo através de movimentos auto-geridos pelos atores sociais (organizações não estatais).

Na dimensão funcional dos sistemas normativos em sociedades altamente complexas, o diálogo de Habermas com a Teoria dos Sistemas é mais intenso, eis que aceita a tese de que a função dos argumentos jurídicos consiste em elevar o nível de aceitação real de decisões motivadas, diminuindo o carácter de surpresa - em face até do processo constitutivo-participativo. Todavia, valendo-se dos argumentos de Teubner (1990), Habermas reconhece, no plano descritivo e analítico, que numa sociedade inteiramente descentrada, não sobra lugar para uma comunicação social ampla, para a autotematização e a auto-influência desta como um todo, porque ela se decompõe centrifugamente em sistemas parciais, os quais só podem comunicar consigo mesmo, em sua própria linguagem específica. Em tais ambientes, o direito funciona como uma espécie de transformador, o qual impede que a rede geral da comunicação, socialmente integradora, se rompa. Mensagens normativas só conseguem circular em toda a amplitude da sociedade através da linguagem do direito; sem a tradução para o código do direito, que é complexo, porém aberto, tanto ao mundo da vida como ao sistema, estes não encontrariam eco nos universos de ação dirigidos por meios (HABERMAS, 2003a, p. 82).⁴⁹

Com estes pressupostos dados, é possível então operar interlocuções voltadas à constituição de pactos civilizatórios e de convívio sustentável entre os atores sociais, não perdendo de vista a advertência de que nas ações demarcadoras das possibilidades deste convívio (o que Habermas chama de discursos práticos), é preciso ter presente que as questões identificatórias da *vida boa*, mesmo quando tratadas sob condições ideais, somente podem encontrar uma resposta racional no horizonte configurado por um esboço de vida já pressuposto como válido por estes mesmos sujeitos do discurso/ação (HABERMAS, 2003a, p. 87).⁵⁰

No plano filosófico isto se projeta também, eis que os problemas morais e políticos, próprios da razão prática discursiva de Habermas (1990, p. 70), não se resolvem pela prudente operação da vontade orientada pelo intelecto, mas pela forma discursivo-comunicativa da razão, orientada ao entendimento.

Ocorre que isto se torna, muitas vezes, de difícil realização, notadamente em situações de complexidade, em que:

⁴⁸ Ou seja, “as decisões impositivas, para serem legítimas, têm que ser reguladas por fluxos comunicacionais que partem da periferia e atravessam as comportas dos procedimentos próprios do Estado de Direito, antes de passar pela porta de entrada do complexo parlamentar ou dos tribunais (e às vezes antes de voltar pelo caminho da administração implementadora). Somente então é possível evitar que o poder do complexo administrativo ou o poder social das estruturas intermediárias que têm influência no núcleo central se tornem independentes em relação ao poder comunicativo que se forma no complexo parlamentar.” (HABERMAS, 2003a, p. 89).

⁴⁹ Ver também o texto de Rosati (2000).

⁵⁰ Igualmente no v. 2, da mesma obra, p. 89, evidenciando o autor as características do que chama de novo modo de operar da gestão dos interesses públicos centrada na ideia de problematização: “Nos casos em que a percepção dos problemas e as próprias problemáticas são transformadas pelos conflitos, cresce a atenção e se desencadeiam controvérsias na esfera pública, envolvendo aspectos normativos dos problemas, que favorece a regulação da circulação do poder através do Estado de Direito, atualizando, portanto, sensibilidades em relação às responsabilidades políticas reguladas juridicamente.”

[...] *la società contemporanea si trova a compiere scelte su questioni oggettivamente complesse (sul piano etico, tecnico e sociale) e ad affrontare «conflitti intrattabili»: gli impieghi della tecnologia (ogm, biotecnologie, nanotecnologie), il degrado dei beni ambientali (cambiamento climatico, inquinamento), l'emergere di questioni valoriali (eutanasia, riproduzione assistita, unioni tra persone dello stesso sesso, ecc.). Il sistema politico-istituzionale si trova in forte difficoltà nell'affrontare temi su cui la conflittualità all'interno della società risulta spesso molto elevata, tagliando trasversalmente anche le tradizionali divisioni sinistra/destra.* (LEWANSKI, 2008, p. 81).⁵¹

Dáí que, de forma coerente, para Habermas, a maturidade da democracia mede-se pelo nível da comunicação pública comunitária, tomando-a aqui como a constituição política na qual a sociedade obtém a consciência mais pura de si mesma.

Um povo é tanto mais democrático quanto maior for o papel por ele atribuído ao raciocínio, à reflexão e ao espírito crítico na regulação de seus assuntos públicos, valendo-se o autor, para tanto, do conceito de revolução educacional de Parsons (1971), responsável pelas condições culturais e políticas de uma esfera pública política, marcadas por altos índices de consciência emancipada e autônoma dos sujeitos falantes da comunidade, e de suas igualdades materiais, a fim de gerar legitimidade real às deliberações e ações políticas. Na perspectiva do autor: *“This argument implies that the project of civic change is structural, but also, in an important sense, conceptual. It requires new institutions, but also new categories of public life, new roles and responsibilities, new habits and habits of mind. It is, to put the point differently, as much a matter of culture and socialization as of skills and training.”* (GROSSO, 2008).

Na dicção de Grosso (2008, p. 105) isto implica ter como pressuposto deste modelo democrático a inclusão social, eis que *“tutti i soggetti in gioco (specie i più deboli) debbono avere la possibilità di far sentire la propria voce. Il reclutamento dei partecipanti a tali processi dovrebbe quindi prevedere anche sforzi diretti a coinvolgere soggetti marginali che altrimenti non sarebbero presenti per ragioni culturali, sociali e materiali.”*

É óbvio que a ausência de igualdade material no âmbito não só do acesso da informação e dos instrumentos de participação, mas também das condições de operar com estes dados (cidadãos que não têm condições cognitivas, intelectuais, de saúde, alimentares, de discernimento para participar efetivamente do debate público e sobre ele manifestar sua vontade autônoma), gera relações interlocutivas coatadas, configuradas por monólogos autoritários e manipuladores.

Aliás, é preciso dizer que Habermas tem plena consciência disto, eis que estas são circunstâncias que caracterizam bem a comunicação coatada, diferentemente do que afirmam alguns de seus interlocutores no sentido de que as chamadas condições ideais de fala configurariam extremismos transcendentais - metafísicos - do autor alemão (ZIZEK, 1992).⁵² Estas condições ideais de fala dizem respeito às condições subjetivas e objetivas mínimas capazes de levar à emancipada e crítica compreensão do mundo da vida e suas relações, viabilizadora de acordos mútuos possí-

⁵¹ Ver também nesta direção o texto de Stilgoe (2007), e Knight e Johnson (1997, p. 35-71).

⁵² Na mesma direção que Zizek, vai Mouffe, com seu modelo de Democracia Agonística, afirmando que: *“the fact that there can never be total emancipation but only partial ones. This means that the democratic society cannot be conceived any more as a society that would have realized the dream of a perfect harmony or transparency. Its democratic character can only be given by the fact that no limited social actor can attribute to herself the representation of the totality and claim in that way to have the “mastery” of the foundation.”* O problema é que, para evitar de maneira democrática a guerra antropofágica de todos os possuidores da verdade sobre o que é bom para todos, é preciso estratégias de entendimentos civilizatórios, por mais precários e contingenciais que sejam (p. 37).

veis; mesmo assim, “em face de um amplo consenso de fundo acerca de certezas concernentes ao mundo da vida, não é raro que mesmo garantias frágeis sirvam como base para uma aceitação capaz de criar obrigações relevantes para as conseqüências da ação.” (HABERMAS, 2003a, p. 346).

Em outro texto vai lembrar o autor que o procedimento democrático já não obtém sua força legitimadora, nem em primeiro lugar nem tão somente, da participação e da expressão da vontade (opinião) pública, mas da real acessibilidade geral e emancipada (autônoma) de um processo deliberativo cuja estrutura justifica a expectativa de resultados racionalmente aceitáveis (HABERMAS, 2001, p. 147).⁵³ Daqui a insistência de Habermas na tese de que:

Uma base autônoma na sociedade civil, independente da administração pública e do comércio privado por intermédio do mercado, é considerada uma pré-condição para a práxis da autodeterminação cívica. Essa base resguarda a comunicação política de ser engolida pelo aparato governamental ou assimilada pelas estruturas de mercado. Na concepção republicana, a esfera público-política adquire, juntamente com sua base na sociedade civil, uma importância estratégica. (HABERMAS, 2002, p. 277).

De outro lado não se pode esquecer que, em regra, a modernidade foi criando ao longo do tempo o que se pode chamar de uma cidadania apática, ocupada com interesses pessoais mais do que coletivos, tendo dificuldade de conceder parte deste tempo ao interesse público/comunitário, chegando a configurar a cidadania ativa como um desvalor, na medida em que ameaça as estruturas de poder constituídas nas formas tradicionais de representação política existentes (como a parlamentar, por exemplo).

Neste quadro Habermas (2003a) conclui que quando a soberania comunicativamente diluída dos cidadãos se faz valer no poder dos discursos públicos que resultam de esferas públicas autônomas e procedem democraticamente, tomando forma em resoluções de corporações legislativas politicamente responsáveis, não se sufoca o pluralismo das convicções e interesses, o qual é liberado e reconhecido em compromissos e decisões da maioria.⁵⁴

Se este reconhecimento recíproco - fruto da formação de vontade pública e emancipatória - não buscar constituir parâmetros sociais à gestão dos interesses comunitários, vai se fomentando certa autonomização do Poder de forma ilegítima, explicitando o solapamento do próprio Estado Democrático de Direito.⁵⁵

No plano pragmático da formatação das regras de convívio social, seguindo a coerência de sua reflexão, Habermas vai insistir - resgatando de certa maneira parte do debate Hans Kelsen e Carl Schmitt - que o controle abstrato de normas é função indiscutível do legislador. *Por isso, não é inteiramente destituído de sentido reservar essa função, mesmo em segunda instância, a um autocontrole do legislador, o qual pode assumir as proporções de um processo judicial* (HABER-

⁵³ É interessante notar o argumento de Chessa (2004, p. 38): “[...] Una decisione ‘vincolante per tutti’, in assenza di qualsiasi procedura deliberativa, può essere considerata legittima soltanto se viene approvata dall’unanimità dei cittadini. Se tale decisione esprime unicamente il consenso di una maggioranza - ed è questo il caso più frequente nella sfera politica - è necessario, come «condizione essenziale della sua legittimità», che questa sia il frutto di una deliberazione alla quale tutti abbiano avuto la possibilità di partecipare. Pertanto “la legittimità della decisione è il risultato della deliberazione collettiva e non l’espressione della volontà generale.”

⁵⁴ Na mesma direção, Mouffe, sustentando que na Democracia Deliberativa é absolutamente importante “the distinction between “mere agreement” and “rational consensus.” This commands the values of the procedure, which are impartiality and equality, openness (no one and no relevant information is excluded), lack of coercion, and unanimity.”

⁵⁵ Estas situações podem gerar o arrefecimento de fundamentalismos de esquerda e de direita. Mouffe lembra que “As testified by the increasing success of the extreme right in several countries, western societies are witnessing a growing disaffection with democratic institutions. Such a disaffection may have serious consequences for the future of democracy.”

MAS, 2003a). E porque o legislador tem protagonismo diferido neste cenário normativo? Porque “a decisão judicial, em regra, configura um agir orientado pelo passado, fixado nas decisões do legislador político, diluídas no direito vigente; ao passo que o legislador toma decisões voltadas para o futuro, que ligam o agir futuro, e a administração controla problemas que surgem na atualidade.” (HABERMAS, 2003a, p. 305).

É preciso ressaltar, aqui, o argumento de boa parte da doutrina norte-americana quando estuda o tema da legitimidade política das instituições parlamentares em face do Poder Judiciário - inclusive através de pesquisas de opinião pública -, no sentido de que, historicamente, sempre houve certa confiança maior nas estruturas judiciárias do que nas parlamentares, diante até dos efeitos das decisões das primeiras, associadas ao devido processo legal que dá, em termos, maiores sensações de segurança e certeza à população (TYLER, 2008, p. 55).⁵⁶ Em entrevistas a juízes dos EUA, feita por Scherer (2010), estas peculiaridades foram muito bem delimitadas, notadamente no sentido de que a crença no devido processo legal e nas instituições judiciárias exerciam certa sensação de segurança propiciadora de acordos e composições processuais.⁵⁷

É curioso como este raciocínio vai permitir a Habermas concluir que o Estado de Direito e Estado Social são possíveis sem que haja democracia, bastando que o primeiro se restrinja aos seus aspectos funcionais (instituinto um sistema econômico dirigido pelo mercado) e normativos (garantindo determinadas liberdades meramente subjetivas e privadas), e o segundo diga com a instalação de burocracias estatais (aspecto funcional), e normativamente garantam tão somente pretensões compensatórias à comunidade, sem qualquer tipo de fomento ou criação de efetivo espaço à participação real da cidadania - estou falando, pois, da instalação de verdadeiros Estados Assistencialistas, Paternalistas, Populistas, mesmo que com vestes de Bem Estar Social, Providência, etc. (HABERMAS, 2003a, p. 109).⁵⁸ Daí a necessidade de:

[...] prendere la democrazia in parola, coinvolgendo il popolo (demos), (ri)dandogli un po' di potere (kratos). Insomma, tornando alle origini. Forse dopo due secoli abbondanti di sistema rappresentativo – contando a partire dalla rivoluzione americana –, le istituzioni attraverso cui le società democratiche si governano hanno bisogno di una «messa a punto»: il sistema politico è eccessivamente sbilanciato verso la rappresentanza e gruppi d'interesse ed esperti esercitano un grado d'influenza che appare incompatibile con gli stessi presupposti democratici. Il popolo è visto dai Governi spesso come un problema piuttosto che come una risorsa. (LEWANSKI, 2008, p. 83).⁵⁹

Esta assertiva do autor italiano pode ser facilmente comprovada em termos de experiência Ocidental das administrações públicas dos Estados Nacionais, por exemplo, eis que, em regra,

⁵⁶ Diz textualmente o autor que: “judicial institutions are viewed as “legitimate” when citizens believe they follow fair procedures; this finding holds true even if the citizen did not receive a favorable outcome.” Também é preciso dizer que há estudiosos que sustentam não haver relação direta entre observância do sistema normativo e confiança no Poder Judiciário, como Gibson (2009).

⁵⁷ É curioso Scherer afirmar que não há pesquisas sobre esta relação no âmbito das Cortes Estaduais de Apelo, mas apenas nas Cortes Superiores.

⁵⁸ Nas palavras de Habermas: “[...] direitos de liberdade e de participação podem significar igualmente a renúncia privatista de um papel do cidadão, reduzindo-se então às relações que um cliente mantém com as administrações que tomam providências. Ou seja, a síndrome do privatismo da cidadania e o exercício do papel de cidadão na linha dos interesses de clientes, tornam-se tanto mais plausíveis quanto mais a economia e o Estado, que são institucionalizados através dos mesmos direitos, desenvolvem um sentido sistêmico próprio, empurrando os cidadãos para o papel periférico de meros membros da organização.”

⁵⁹ Deixa o autor muito claro, com o que concordo, que “[...] Una visione repubblicana (nell’accezione originaria di res publica) della democrazia si fonda invece sul presupposto del diritto dei cittadini all’autogoverno. Si tratta quindi di riscoprire la democrazia, di «approfondirla», coinvolgendo direttamente i cittadini nella cosa pubblica. In questa prospettiva nascono, nel Nord America e in alcuni Paesi europei, già a partire dagli anni ’70, una riflessione teorica e prassi concrete che vanno sotto il nome di ‘democrazia deliberativa’ o ‘inclusiva.’”

reduzem a participação ao fornecimento de informações e algumas consultas à população, sem fomentar empoderamento cívico, não oportunizando envolvimento e cooperação, gerando tão somente exercício simbólico que visa assegurar aos cidadãos/eleitores uma forma de legitimação formal da política. Nestes termos *“il rapporto Governo-cittadino, poi, viene vissuto tipicamente come un rapporto subalterno genitori-figli piuttosto che come un rapporto tra soggetti adulti. Sotto questo profilo la partecipazione risulta dunque profondamente diversa dalla democrazia deliberativa, che implica invece un reale trasferimento di almeno una quota del potere decisionale ai cittadini.”* (LEWANSKI, 2008, p. 89).

Ocorre em tais situações o que Dahl (1989) chama de *encapsulamento do saber e do poder*, uma vez que a política se especializa de tal forma nas teias tecno-burocráticas das instituições que afasta todos os que não são iniciados em seus meandros, linguagem e estratégias de gestão.

É verdade que quando estes cenários de maior participação social se formam até mesmo setores da democracia representativa formal os veem com preocupação, em face da possibilidade de perderem credibilidade e legitimidade popular, tanto que em algumas experiências alienígenas que se ocupam destas questões, este fenômeno é bastante explícito, como se pode ver do depoimento de Leighninger (2008, p. 02):

For some time, a fundamental shift in the attitudes and capacities of ordinary people has been affecting local politics. Though it has been largely overlooked by national observers, this shift has created new tensions between local officials and their constituents, and inspired a new wave of civic experimentation in local governance.

Em verdade, não se pode perder o foco da história no sentido de ter presente que o próprio modelo de Estado Liberal Moderno fomentou o que se pode chamar de Política da Apatia no âmago da sociedade civil, exatamente para afastá-la de questões políticas que deveriam caber ao Estado Representante dar cabo, com suas estruturas burocráticas e parlamentares, deixando o resto ao Mercado controlar. Vale a lembrança de Baldassarre (1982, p. 96) aqui, no sentido de *“Secondo la politica dell’ ‘apatia’ la democrazia liberale può sopravvivere solo se permane fra le masse una buona dose di disinteresse per la politica e, soprattutto se le istanze di partecipazione alla vita politica non sono diffuse.”*

Na mesma direção vai Habermas, ao lembrar que o “nervo do modelo liberal não consiste na autodeterminação democrática das pessoas que deliberam, e sim, na normatização constitucional e democrática de uma sociedade econômica, a qual deve garantir um bem comum apolítico, através da satisfação das expectativas de felicidade de pessoas privadas em condições de produzir.” (HABERMAS, 2003a, p. 20).

É muito interessante o quadro que Lewanski (2008) apresenta em seu texto em termos de comparação sobre os diversos modelos de democracia em face da participação social:

Azione	Obiettivo	La promessa dei decisori
Informare	Fornire informazioni ai cittadini affinché abbiano una migliore comprensione di una questione/decisione	Vi teniamo informati
Consultare	Ottenere commenti e informazioni dai cittadini (che il decisore usa o meno a propria discrezione)	Vi ascoltiamo

Coinvolgere	Operare insieme ai cittadini, le cui opinioni vengono prese in qualche considerazione (peraltro senza alcun impegno)	Le vostre opinioni sono prese in considerazione
Cooperare	Identificare e scegliere insieme ai cittadini fra opzioni (ma il potere finale di decidere rimane nelle mani dei decisori formalmente competenti)	Abbiamo bisogno delle vostre opinioni e ci impegniamo a tenerle in considerazione
Trasferire potere decisionale	A decidere sono i cittadini (<i>empowerment</i>)	Metteremo in atto le vostre decisioni

Com esta transferência real de poder decisional à cidadania, pode-se pensar em uma deliberação pública efetivamente democrática, tomada aqui como processo “*dialogico strutturato che mira a migliorare la comprensione e possibilmente a produrre condivisione, contraddistinto da uno status paritario fra i partecipanti, da uno scambio autentico e reciproco di opinioni, dall’ascolto attento delle ragioni altrui, dalla valutazione delle conseguenze delle opzioni disponibili, dalla ricerca di posizioni condivise.*” (BOBBIO, 2006).⁶⁰

Para Allegretti há algumas vantagens objetivas de pronto claramente importantes no modelo da Democracia Deliberativa, a saber:

- a) **Accresce la cultura civica**, rendendo i partecipanti cittadini più consapevoli e attivi nella sfera collettiva. I processi deliberativi sono «scuole di democrazia» che sviluppano le capacità e le competenze di coloro che vi prendono parte, contrariamente all’incuria che spesso caratterizza i canali democratici tradizionali. Sotto questo profilo contribuisce dunque alla costruzione di capitale sociale, di senso di appartenenza e comunità, di rispetto, di relazioni e fiducia tra cittadini e tra questi e il sistema politico, contrastando i processi di disaffezione discussi prima.
- b) **Produce decisioni migliori**, ovvero più «sagge», razionali rispetto ad altri tipi di processi: i soggetti interessati – i semplici cittadini – hanno spesso conoscenze approfondite dei problemi e proposte efficaci in merito alle soluzioni.
- c) **Consente di giungere a scelte condivise**, incorporando le preferenze delle comunità interessate. Sono i cittadini a definire in cosa consista l’interesse pubblico. Per questo motivo le scelte compiute risultano più stabili in quanto hanno una maggiore capacità di resistenza di fronte ai cambiamenti delle situazioni nel tempo.
- d) **Aumenta la legittimità delle decisioni** che, raggiunte con il coinvolgimento diretto delle comunità piuttosto che attraverso l’imposizione dall’alto o dall’esterno, risultano più accettabili e sono percepite come più eque.
- e) **Accresce la legittimità delle autorità** che ricorrono a questo tipo di percorsi: coinvolgendo i cittadini e le comunità nei processi decisionali, si riduce la percezione che l’agenda sia guidata solo da gruppi d’interesse e dalla distribuzione sociale del potere.
- f) **Grazie al contributo degli interessati, aumenta le probabilità di successo** nella fase di attuazione delle politiche. Sotto questo profilo può anche influire positivamente sull’azione degli apparati amministrativi che si sentono più responsabili verso i cittadini.

⁶⁰ Adverte ainda o autor que: “*Dialogo e deliberazione non sono scienze esatte: come potrebbero esserlo se in gioco vi sono non numeri e dati, ma persone, gruppi, preferenze, valori, opinioni, il tutto sotto l’insegna della diversità? È un campo in divenire, e qui sta il suo fascino; è tutto da esplorare e inventare, con una buona dose di creatività e umiltà, procedendo per tentativi ed errori. A ricercare non sono solo e non tanto accademici, ma una pluralità di soggetti: amministratori, professionisti, e tanti semplici cittadini. Né è una strada priva di rischi; richiede coraggio e lungimiranza – qualità rare nell’orizzonte politico attuale –, e chiama in causa un diverso, nuovo tipo di rapporto tra cittadini e governanti. D’altra parte, non imbroccarla potrebbe dimostrarsi ancor più pericoloso. Per la democrazia tout court.*” (p. 19).

g) *Consente di gestire costruttivamente i conflitti, riducendone l'intensità e trasformandoli in opportunità di produzione di scelte condivise* (ALEGRETTI, 2009, p. 28).

Por isto ganha força a advertência de Robbe (2007, p. 11), “*par la démocratie participative, le citoyen est invité à s’impliquer non seulement dans la préparation e l’adoption de la norme, mais également dans son application voire dans l’évaluation de son efficacité pratique...Il s’agit en quelque sorte d’une démocratie post-decisionnelle.*” Não se pode pensar em Democracia Deliberativa, pois, senão a partir da ideia de cogestão pública dos interesses comunitários, em todas as suas fases existenciais (constitutivas, aplicativas e avaliativas), chamando à responsabilidade a cidadania como sujeito histórico que é.

O problema central ainda é o de se construir metodologias de interlocução política capazes de viabilizar deliberações públicas compartilhadas qualitativa e quantitativamente, observados os pressupostos e fundamentos do que se entende por comunicação e decisão até agora tratados (BOBBIO, 2006).⁶¹

Para o enfrentamento desta questão Habermas (2003a) se utiliza de alguns construtos de Dahl, no sentido de que é preciso critérios e procedimentos para se chegar a decisões obrigatórias que sejam do interesse simétrico de todos, a saber:

*a) a inclusão de todas as pessoas envolvidas; b) chances reais de participação no processo político, repartidas equitativamente; c) igual direito a voto nas decisões; d) o mesmo direito para a escolha dos temas e para o controle da agenda; e) uma situação na qual todos os participantes, tendo à mão informações suficientes e bons argumentos, possam formar uma compreensão articulada acerca das matérias a serem regulamentadas e dos interesses controversos.*⁶²

Por certo que o asseguramento de todos estes requisitos e fases do processo de deliberação pública por vezes pode não se dar, em face até mesmo da natureza da decisão e do seu tempo de demanda, mas de qualquer sorte servem de parâmetros que devem nortear os interlocutores da arena política para o que Habermas (2003a) chama de *implementação aproximativa do processo*.

Veja-se que já se tem hoje exemplos internacionais mais massivos de experimentação democrática no âmbito da participação política social, notadamente em situações que envolvem interesses comunitários de impacto social diferido, como foi o caso da consulta popular em New Orleans envolvendo cerca de quatro mil habitantes, para discutirem as prioridades de reconstrução da cidade devastadas pelo furacão katrina, oportunizando inclusive a participação dos cidadãos que tiveram de evacuar a cidade, pela via eletrônica.

Interessante também o registro da *Town Meeting* da Califórnia sobre as reformas da saúde pública no Estado, envolvendo mais de três mil e quinhentos (3.500) cidadãos, reunidos em oito (08) diferentes cidades, por via telemática. A chamada para esta reunião deu-se da seguinte forma:

⁶¹ Bobbio lembra alguns métodos já aplicados hoje para tal fim: “*In particolare con riferimento al requisito dell’effettiva partecipazione di tutti gli interessati, pensiamo ai criteri per selezionare gli interessati: il metodo della porta aperta, il metodo del microcosmo riferito a tutti i punti di vista ovvero al campione casuale, metodi misti. Con riferimento al requisito del carattere deliberativo del processo decisionale, pensiamo al ruolo dei soggetti esterni rispetto alla deliberazione da assumere: animatori, accompagnatori, esperti, in qualche caso, addirittura, autorità indipendenti.*” (BOBBIO, 2006, p. 14).

⁶² O conjunto da obra de Dahl é muito interessante para este debate, em especial os textos: Dahl (2000, 1989, 2003, 2006, 1991, 2007, 1991).

All are invited to come out and Learn the Truth - Tell Your Story - Kill the Rumors on Thursday, August 27th at 6:30pm. Congresswoman Diane E. Watson and Speaker of the House Karen Bass will highlight how the Healthcare Reform will impact you and me and the State of California. (WALKER, 2009).

Outra experiência recente diz com evento ocorrido nos EUA envolvendo a participação social no âmbito da gestão pública, chamado *By the People: Citizenship in the 21st Century*, realizado em novembro de 2007, em Williamsburg, Va., em que se discutiu o tema *Dialogues in Democracy: Life, Liberty, and the Pursuit of Happiness*. Esta mobilização buscou exatamente discutir em que medida se poderia ampliar os níveis de participação e motivação à participação dos cidadãos norte-americanos, notadamente em face da predisposição do atual Presidente Obama em fomentar comportamentos de cidadania ativa.

Crosby (1977, p. 69) chega a afirmar que ações deliberativas tratando de interesses comuns e comunitários devem ocorrer sob condições favoráveis, o que inclui:

[...] a diverse group of discussants, provision of balanced information, and trained mediators that help provide some direction to discussion. Other practitioners, such as Ross, have developed highly elaborated methods meant to stimulate cognition and interaction in pursuit of a more specific notion of what constitutes deliberation. The “favorable conditions” approach to deliberation has something to recommend it to the extent that we are not yet certain what deliberation is and therefore exactly what to stimulate in pursuit of deliberation.⁶³

Não me parece que a deliberação pública possa ter este nível de espontaneísmo proposto por Crosby, eis que se sabem os perigos que processos discursivos e decisórios sem visibilidade e controle de suas dinâmicas podem apresentar em termos de manipulação e desvios de finalidades, impondo-se, portanto, mecanismos de monitoramento de todas as fases da tomada de decisão e sua execução.

No Brasil talvez a já internacionalmente conhecida experiência do Orçamento Participativo de Porto Alegre, Rio Grande do Sul, possa servir de indicador das condições e possibilidades deste modelo, uma vez que foi aprimorando ao longo do tempo suas formas de participação e decisão, bem como a execução orçamentária local, igualmente exposta ao controle da sociedade civil (URTZIG, 1999).

De qualquer sorte, em termos de metodologias de participação democrática no âmbito da deliberação pública elas já vêm sendo utilizadas em muitas partes do Ocidente, com resultados bem interessantes. Pode-se citar a experiência de James Fishkin, professor da Universidade de Stanford, nos Estados Unidos da América, propondo o que chama de *Sondagem Deliberativa* entre cidadãos para revelar suas opiniões sobre temas de interesse público, em *fóruns deliberativos*,

⁶³ Lembra também o autor que: *To these basic elements of deliberation—a verbally defensible resolution to a situation of uncoordinated action—many deliberative theorists add another key ingredient: that the defense must be based on grounds that anyone could accept. If the reasons offered in deliberation are meant to appeal to grounds anyone could accept, then it would be problematic if the discussion were limited to only certain individuals or if some participants did not have equal standing with others. A claim that a reason can be accepted by anyone cannot be validated in a situation in which only certain persons are allowed to hear or discuss the claim. Finally, by implying that anyone could accept their reasons as reasons, deliberative discussants also imply their sincerity in seeking to resolve conflict or find coordination exclusively through reason-giving. Deliberation does not involve coercion, strategic action, manipulation, unwillingness to listen to counterarguments, and unwillingness to accept better reasons. (p. 71).*

demandando que tais pessoas sejam informadas adequadamente a ponto de viabilizar reflexão, discussão e deliberação autônoma e crítica sobre os temas propostos. Esta sondagem é feita de diversas formas, dentre as quais o envio de questionários preliminares aos cidadãos com informações consistentes sobre o tema em pauta, para então discutirem a matéria em pequenos grupos, retirando daí posições preliminares que serão ainda refletidas e maturadas na resposta de outro(s) questionário mais pontual (FISHKIN, 2003).⁶⁴ Sobre o tema o autor refere:

Deliberative forums are attempts to create collaborations between citizens and experts. The role of experts is limited to participation as organizers and facilitators of the forums, and as expert witnesses. Beyond this, forums can take a vast variety of forms. There is currently a great deal of experimentation going on to understand and refine them, an effort that will determine what roles they might play a role in our political system. (FISHKIN, 2009, p. 52).

Outra técnica que foi se desenvolvendo para envolver os cidadãos nas questões comunitárias diz com a chamada experiência *Júri de Cidadãos*, concebida por Ned Crosby, gestada na década de 1970, e que consiste na reunião de pessoas para discutirem e deliberarem sobre temas atinentes aos interesses grupais e da comunidade que representam, os quais, ao final de uma pauta ordenada e depois de certo tempo transcorrido - com critérios e objetivos nas discussões -, chega-se ao resultado deliberativo e consensual para o caso enfrentado. Nestas situações, o autor refere que:

The theorists seek criteria by which to judge a deliberation's legitimacy—that is, criteria that help citizens decide the depth of their obligation to obey the law resulting from such a deliberation. The facilitators we consulted, on the other hand, sought a kind of deliberation that best accomplished the tasks that groups had set themselves. From this perspective, the ideals of consensus, rationality, freedom, and equality that normative theorists use as criteria of legitimacy take on more instrumental purposes and concrete forms. (CROSBY, 1977).⁶⁵

Ou seja, afiguram-se extremamente salutar à Teoria da Democracia Deliberativa as experimentações que tem sido feitas no Ocidente sobre as aplicações dos seus pressupostos e institutos em realidades concretas, podendo-se dar um passo adiante das suas ideias regulativas no sentido de contribuir e mesmo maturar-se com a realidade do mundo da vida. É o que diz Chambers ao afirmar que “*Deliberative democratic theory has moved beyond the ‘theoretical statement’ stage and into the ‘working theory’ stage.*” (CHAMBERS, 2004, p. 395).⁶⁶

São estes mesmos laboratórios sociais que, não raro, demonstram as fragilidades de metodologias participativas que reproduzem, por vezes, hábitos centralizadores e autoritários de indução de interesses privados na discussão de questões de ordem pública, o que, por se dar na

⁶⁴ Ver outro texto importante nesta abordagem que é o de Mansbridge; Hartz-Karp; Amengual; Gastil, (2001).

⁶⁵ Ver também os textos de: Fishkin (2006); Fishkin e Luskin (2000, p. 17-28).

⁶⁶ Em seguida a autora vai referir que “*Deliberative theory has moved away from a consensus-centered teleology—contestation and indeed the agonistic side of democracy now have their place—and it is more sensitive to pluralism.* Tenho ciência de que o conceito de deliberação de Chambers é menos ortodoxo do que o de Habermas, eis que, em sua opinião - indo mais à direção de Mouffe: *We can say that deliberation is debate and discussion aimed at producing reasonable, well-informed opinions in which participants are willing to revise preferences in light of discussion, new information, and claims made by fellow participants. Although consensus need not be the ultimate aim of deliberation, and participants are expected to pursue their interests, an overarching interest in the legitimacy of outcomes (understood as justification to all affected) ideally characterizes deliberation.*” (p. 401).

arena aberta da interlocução comunitária, pode ser corrigido também publicamente. A crítica que Turner faz no ponto é muito elucidativa:

[...] *the usual methods of involving citizens, such as public hearings, advisory boards, commissions, and task forces, which usually involve citizens with particular interest or expertise in a specific area of policy, do not provide policy makers with views and attitudes representative of the general public, and are easily construed as further instances of the domination of special interests in politics.* (TURNER, 2000, p. 20).⁶⁷

Por outro lado, é importante, neste passo, ter claro a advertência que faz Bobbio sobre a participação política democrática, no sentido de que:

1) *tutte le forme di dp danno vita a tecniche dirette a permettere che tutti coloro che sono interessati da una decisione pubblica siano consultati ed esprimano una propria posizione;*
2) *l'effetto della partecipazione non è quello di trasferire il potere decisionale finale in capo ai partecipanti.* (BOBBIO, 2006, p. 22).

Significa dizer que a doutrina especializada tem insistido com a possibilidade de convívio equilibrado entre a democracia participativa e a representativa, redefinidos os polos de legitimidade democrática de cada qual a partir dos fundamentos e razões constituídos pela democracia deliberativa, os quais vão fazer migrar a lógica da negociação (qualquer que seja) e do voto como consequência desta, para a interlocução e o convencimento justificado enquanto base de sustentação do sufrágio. Vale a lembrança de Bifulco:

Nella negoziazione, infatti, il consenso è raggiunto attraverso l'uso di promesse, minacce o altro, ma non sulla base di un aperto scambio di punti di vista; le parti sono inoltre mosse solo dal proprio interesse. Il voto, invece, rappresenta una mera aggregazione di preferenze preesistenti, differente dalla trasformazione razionale delle preferenze stesse. (BIFULCO, 2010, p. 06).⁶⁸

Não é outra a posição do próprio Habermas ao sustentar que a interação de uma esfera pública fundada na sociedade civil com a formação da opinião e vontade institucionalizada nos corpos parlamentares e nos tribunais, fornece perspectiva melhor para traduzir em termos sociológicos o conceito de política deliberativa. Aliás, no âmbito de sua teoria do discurso, o que ele chama de *desabrochar da política deliberativa* não depende tão somente de uma cidadania capaz de agir coletivamente, mas fundamentalmente da institucionalização dos correspondentes processos e pressupostos comunicacionais anteriormente referidos, *como também do jogo entre*

⁶⁷ A discussão por este enfoque trabalha com a lógica de que é preciso demarcar bem a comunidade de interlocutores no debate político, assim como os critérios de participação e deliberação, evitando assim cair em armadilhas ideológicas, de manipulação e indução de posições não autônomas.

⁶⁸ De forma muito interessante, lembra o autor que na base destas discussões se encontram várias matrizes teóricas distintas sobre o próprio conceito de democracia, a saber: *“Infatti il richiamo a ciascuna di queste forme di comunicazione connota precise alternative teoriche alla democrazia deliberativa: da un lato, le teorie della democrazia economica, in cui il voto e l'aggregazione delle preferenze singole rappresentano le vie per la costruzione delle preferenze collettive (Schumpeter); dall'altro, le teorie della democrazia pluralistica, che enfatizzano il ruolo della negoziazione democratica e del compromesso tra cittadini e gruppi di interesse (Dahl, Truman, Ely); da un altro ancora, le recenti teorie agonistiche della democrazia, che accentuano il ruolo del conflitto e della divisione (Mouffle).*

deliberações institucionalizadas e opiniões públicas que se formaram de modo informal (HABERMAS, 2003a, p. 21).⁶⁹ Isto é tão presente em sua obra que, mais tarde, chega a afirmar:

De acordo com a visão republicana, o povo é o portador de uma soberania que não pode, por princípio, ser delegada: em seu caráter soberano, o povo não pode ter outros que o representem. A isto se opõe o liberalismo com uma visão mais realista, segundo a qual, no Estado constitucional, toda autoridade emanada do povo é exercida somente por meio das eleições e do voto e pelos órgãos legislativo, executivo e judiciário específicos. (HABERMAS, 2002, p. 284, grifo do autor).

Há inclusive ponderações que dão conta dos riscos de maximização da democracia participativa e direta quando aplicações muito localizadas deste modelo, a despeito de servirem para realçar os níveis de legitimação das escolhas públicas, podem também representar índices de diminuída capacidade do homem contemporâneo de perceber os interesses comunitários, deixando fluir a lógica de mercado na cena política, na medida em que o cidadão participa somente dos debates e das decisões que dizem respeito a sua vida pessoal (e de sua família) e, no máximo, a do seu vizinho, perdendo o foco universal ou mais geral do entorno em que vive (ROBBE, 2007).

Daí a validade da assertiva habermasiana de que

[...] a geração de poder comunicativo e de direito legítimo torna necessário que os cidadãos não recorram a seus direitos democráticos exclusivamente como se eles fossem liberdades subjetivas, ou seja, a partir de interesses próprios, mas sim enquanto autorizações legítimas a um emprego público das liberdades comunicativas, ou seja, a um emprego delas orientado pelo bem comum. (HABERMAS, 2003a, p. 368).

Mas infelizmente o que tem marcado a pragmática cívica da Modernidade é a aliança do conceito de cidadania à ideia de indivíduo como mônada (sujeito de direitos), o que faz cair por terra a assertiva habermasiana de que: podemos tomar como ponto de partida a ideia de que a prática da argumentação forma um foco no qual se encontram intuitivamente esforços de entendimento de participantes da argumentação de diferentes procedências (KADLEC; FRIEDMAN, 2009). E esta é uma questão filosófica antiga, lembrando o mesmo autor que Na sua forma clássica, o problema hobbesiano tinha se colocado da forma seguinte: de que modo o encontro das perspectivas egocêntricas de indivíduos que agem no interesse próprio pode produzir uma ordem capaz de obrigar os atores individuais a levar em conta os interesses dos outros? (KADLEC; FRIEDMAN, 2009).

Interessante a perspectiva de Ryfe (2005, p. 55), ao referir que é preciso levar em conta no âmbito das relações de comunicação o que ele chama de distúrbios dos hábitos de raciocínios quotidianos (*disturbance of everyday reasoning habits*), eis que eles interferem diretamente nas chamadas decisões vinculativas (*deliberative binding*) que foram tomadas por processos dialogados democraticamente, em especial quando de suas execuções, e isto porque: “*People prefer to rely on routine scripts to navigate through their social world. Being jolted out of these scripts is, generally speaking, a disconcerting experience.*”

⁶⁹ Avança o autor ainda dizendo que: “o fluxo comunicacional que serpeia entre formação pública da vontade, decisões institucionalizadas e deliberações legislativas, garante a transformação do poder produzido comunicativamente, e da influência adquirida através da publicidade, em poder aplicável administrativamente pelo caminho da legislação.” (p. 22). Por outro lado, “o poder disponível administrativamente modifica sua composição durante o tempo em que fica ligado a uma formação democrática da opinião e vontade, a qual programa, de certa forma, o exercício do poder político.” (p. 23).

O que se encontra, ao contrário e como regra, são comportamentos comunicativos de força e coerção, voltados à conquista da vitória avassaladora do adversário (e não parceiro). Claro, adverte o autor alemão que aqueles esforços só podem ser encontrados em sociedades que já passaram para um nível de fundamentação pós-convencional, “onde se configura um direito positivo, uma política secularizada e uma moral racional, e que encorajam os seus membros a assumir um enfoque reflexivo em relação as suas próprias tradições culturais.” (KADLEC; FRIEDMAN, 2009).⁷⁰

Mantém-se perene, de qualquer sorte, a preocupação de Habermas quanto à indagação sobre até que ponto o que ele chama de *inevitáveis momentos de inércia* por parte da Sociedade Civil fomenta o surgimento de complexos de poder ilegítimos (como a representação política desviada de seus fins, e mesmo o Poder Executivo com abuso de poder), uma vez que a faticidade social já restou considerada quando da formatação da estrutura formal e organizacional das instituições e do Estado de Direito. Nas palavras do próprio autor:

Levanta-se o problema da inserção imperceptível do poder - que se concentra nos sistemas sociais funcionais, nas grandes organizações e nas administrações estatais - na base sistêmica do fluxo do poder regulado por normas e o problema da eficácia da intervenção do fluxo não-oficial desse poder não legitimado no circuito do poder regulado pelo Estado de Direito. (KADLEC; FRIEDMAN, 2009, p. 56).

A questão, pois, é o da radicalização do papel da Sociedade Civil na esfera pública da política constituinte das condições e possibilidades de organização e convívio societal. Como diz Segovia, avançando no debate do constitucionalismo contemporâneo:

A diferencia de la teoría ilustrada clásica, en la democracia deliberativa el poder constituyente no dicta la Constitución y luego desaparece para dejar actuar a los poderes constituidos; porque su función no es sancionar una constitución sino aportar argumentos para encender el corazón democrático de los Estados constitucionales; luego su actuación y su presencia es permanente, como un cerebro que no deja de elaborar argumentos y aducir razones para la actuación del derecho positivo. (SEGOVIA, 2009, p. 54).

Afigura-se importante esta radicalização porque o modelo clássico da representação política via sufrágio e corpos parlamentares e executivos que a Modernidade gerou de forma mais institucionalizada e acabada, como referi antes, tem acumulado déficits de legitimidade muito grandes, gerando verdadeiros desvios de finalidades da chamada democracia de concorrência entre segmentos formais de interlocução político, dando vezo ao que Habermas (2003a) vai chamar de política de elites, na qual se reduz essencialmente o papel do processo democrático à escolha plebiscitária entre dirigentes, portanto uma seleção de condutores.⁷¹

Esta seleção de condutores, todavia, não é suficiente para profissionalizar a Administração Pública a ponto de seu comportamento ser mais preventivo do que curativo, e mesmo como concretizadora de direitos pela via das políticas públicas, aliando-se a isto a incapacidade crescen-

⁷⁰ O autor reconhece de certa forma isto, na medida em que diz: “As fontes de participação em comunicações políticas são geralmente escassas, ou seja: o tempo do qual cada indivíduo dispõe é exíguo; a atenção prestada aos temas, que têm a sua própria história, é episódica; a disposição e a capacidade de dar contribuições próprias para esses temas é pouca; finalmente, existem enfoques oportunistas, afetos, preconceitos, etc., que prejudicam uma formação racional da vontade.” (p. 54).

⁷¹ No plano histórico, estes condutores podem ser populistas, assistencialistas, paternalistas, etc. Para além disto, eles vão formar plataformas de poder estáveis nas instâncias oficiais, desideologizadas e indenes de dogmatismos partidários, gestando com a tecnoburocracia de estado interesses muito mais corporativos do que públicos, de natureza econômica e/ou poliárquica.

te do Estado regular relações sociais complexas - notadamente as econômicas -, deixando-as livres à ação, o que provoca desequilíbrios institucionais, coletivos, difusos e individuais muito sérios (como a marginalização e proletarização de grandes contingentes, a violação do meio ambiente, das relações de consumo, etc.).

Impõe-se reconhecer que estas situações ocorrem em face do incremento de complexidade daquelas relações, oportunizando descentralizações radicais de deliberação pública, dantes focada no Estado como cúspide de uma sociedade organizada hierarquicamente, e agora espargidas em múltiplos espaços - formais e informais - de decisões, por vezes incontrolláveis em termos de território físico cuja competência de gestão é unificada normativamente por regras constitucionais e infraconstitucionais - basta falar-se em transnacionalização e globalização de mercados. Mas isto significa perda absoluta e definitiva da autonomia e capacidade deliberativa dos atores políticos locais, regionais e nacionais? Ou em outras palavras, pelo fato desta complexidade social implicar descentralizações radicais de ação e protagonismos, pode-se afirmar que é impossível demarcar responsabilidades políticas (como quer Luhmann)? Penso que não (LUHMANN, 1981).

Daí discordar da teoria dos sistemas quando opera com a lógica de que a interação dos sistemas sociais autônomos forjados pela sociedade complexa não depende mais das intenções ou interesses dos atores participantes (agora desenraizados de seus determinantes culturais, educacionais, religiosos, etc.), mas do modo de operação de cada micro-sistema. E isto porque a falência do modelo da democracia representativa tem gerado alternativas de abertura radical das instituições a ambientes de comunicação que, pela qualidade da discussão e deliberação, conseguem retomar algumas rédeas de finalidades e objetivos comuns perseguidos, redirecionando o funcionamento daquelas (a política discute com a economia, com a cultura, com a religião, etc.).

Por tais razões não se pode aceitar a premissa de que o sistema político pode prescindir das fontes constitutivas do direito legítimo após a positivação completa deste, eis que se transforma a política num círculo de comunicação fechado em si mesmo. Essa imagem luhmanniana da autolegitimação de uma política ancorada no aparelho do Estado começa a apresentar rachaduras a partir do momento em que o princípio da teoria do sistema é confrontado com a tarefa de pensar a teoria do Estado na perspectiva de uma sociedade eticamente responsável e responsável pela ética (HABERMAS, 2003a).⁷²

A crítica de Habermas (2003a) no ponto vale a pena ser transcrita, até para se problematizar:

Parece que a sociedade, transposta para a autopoiesis, caminha para esse beco sem saída: pois os sistemas funcionais dão o último passo rumo à autonomia, através de semânticas próprias, as quais, apesar de todas as vantagens oferecidas, suspendem a troca direta de informações com o ambiente. E, a partir deste momento, todos os sistemas funcionais passam a construir sua própria imagem da sociedade. Eles perdem o domínio sobre uma linguagem comum, na qual seria possível representar, para todos e da mesma maneira, a unidade da sociedade. O entendimento fora dos códigos específicos passa a ser tido como coisa ultrapassada. Isto equivale a afirmar que cada sistema perde a sensibilidade em relação aos custos que inflige a outros sistemas. Não há mais um lugar onde problemas relevantes para a reprodução da sociedade em sua totalidade possam ser percebidos e elaborados. Pois as

⁷² Aliás, lembra o autor que “a teoria dos sistemas é incapaz de explicar como sistemas autopoieticamente fechados conseguem romper o círculo da regulação auto-referencial da autopoiesis e da auto-referência.” (p. 79).

linguagens especializadas esgotam de tal maneira a linguagem comum - e os sistemas funcionais o mundo da vida - que essa linguagem e esse mundo da vida não representam mais uma caixa de ressonância suficientemente complexa para a tematização e o tratamento de problemas que envolvem a sociedade como um todo. (HABERMAS, 2003a, p. 75).

Uma perspectiva neo-luhmanniana (se é que se pode dizer assim), trazida por Helmut Wilke e seus interlocutores, cria a chamada *Teoria dos Corpos Intermediários* na constituição do espaço público e da política, entendendo como tais movimentos sociais organizados que vão se pondo entre Estado e Sociedade como lobistas de interesses corporativos (associações comerciais e industriais, movimentos sindicais, movimentos sociais de sem terra, sem teto, de consumidores, etc.), mas que ainda necessitam do Estado (Supervisor) como instância de integração equalizadora dos interesses veiculados e destes novos estamentos, notadamente em face daqueles segmentos sociais ainda não organizados (a maior parte do tecido social) (ELLIOTT, 2008, p. 249 e ss).⁷³

Esta análise reconhece que as formas de comunicação são imperativas no processo de formatação da matriz democrática que demarca as possibilidades de exercício do poder político, bem como na formatação do próprio direito, eis que este não pode assumir a forma de edições sucessivas, nem impor uma regulação autoritária; ele deve assumir, ao invés disso, a figura de programas de relação, que levam o próprio sistema que está gerando os perigos a re-orientações na regulação (HABERMAS, 2003a, p. 77).⁷⁴

Tampouco a teoria das escolhas racionais pode ser aplicada integralmente em processos de deliberação política, eis que opera com a lógica de que é a racionalidade estratégica e instrumental que impera nestas relações, o que implica reconhecer nível diminuído de importância às referências normativas de regulação social, e mais, nega a possibilidade das preferências dos participantes da arena política vir a ser alteradas pelo processo de constituição do político e da política em si. Esta teoria tem, notadamente nos EUA, fundamentado outras percepções de participação social do indivíduo, como é o caso da chamada *Agency Theory*, compreendida como:

agency is the capacity to choose and successfully execute actions consistent with a coherent and reflectively determined self. This concept of agency helps make sense of the claim in deliberative theory that people can have agency over their preferences or values. It is only by reflexively considering their values and preferences that people exercise agency—that is, only by subjecting uncritically absorbed values and preferences to conscious and thoughtful reflection. Such reflection could, at a minimum, create greater coherence and consistency within a person’s value system. It might also draw inferences about derivative values from more basic ones. Beyond this, some theory and research suggests that people can reason about moral issues and that some forms of reasoning about values and ethics are more developmentally adequate than others. (HOLZINGER, 2004, p. 195-222).⁷⁵

⁷³ Diz Habermas (2003a, p. 75) que: “Por conseguinte, a visão neocorporativista de Wilke visa à configuração das relações entre sistemas parciais autônomos, interdependentes e capazes de ação, os quais não obedecem mais ao primado de uma das partes, nem deduzem a racionalidade do sistema global da validade daquilo que é universal, mas da harmonização reflexiva do particular.”

⁷⁴ Este é o conceito que Wilke dá à ideia de Direito Reflexivo a ser adotado em sociedades complexas, aduzindo Habermas que, a partir deste conceito, exemplificativamente, “o direito civil, concebido no espírito do individualismo, deve ser entendido a atores coletivos e transposto do contexto pessoal para o das relações do sistema. A proteção jurídica fornece exemplos para os novos bens coletivos da sociedade de alto risco: a proteção contra a destruição do meio ambiente, contra a contaminação atômica ou a modificação letal da herança genética e, em geral, a proteção contra os efeitos colaterais e não controlados que podem ser causados por grandes instalações técnicas, produtos farmacêuticos, experimentos científicos.” Veja-se que Habermas está já falando disto (que no Brasil pode-se chamar de direito civil constitucional) no ano de 1989, já que esta passagem não foi alterada pelas edições posteriores - notadamente a de 1992, que conta com um posfácio importante.

⁷⁵ Aduz a autora ainda que “[...] *The notion that people can develop their ethical and social thinking is similar to the view that deliberation can transform people in personally and socially beneficial ways.*”

Para outro importante autor com quem Habermas vai dialogar sobre estes pontos, Mead:

agency theory holds that people develop by internalizing the perspectives of others. Perspectives are mental models, often self-organized, of how others will react in a variety of contexts. Perspectives are separated from personal identities primarily in feelings of ownership and in making the perspective a habitual part of one's own routine responses. Internalizing external perspectives makes them part of the self, thereby constituting personal identity around the social. People internalize social perspectives in part because they need to understand themselves and their social functions—self-understanding is difficult and indeed very much like understanding others. (MEAD, 2011, p. 38).

Mead opera com a lógica de que “*Social perspectives will generally dominate the nascent constitution of the self—people are more social than egocentric, though certain societies can encourage socially useful forms of egocentrism,*” o que não deixa de ser um pouco romântico, haja vista todos os condicionantes e externalidades ideológicas, econômicas e culturais que demarcam as possibilidades de sociabilidade humana. Os teóricos da *agency theory* creem, com base em Mead, que:

Mere talk can stimulate self-transformation, particularly in a socially desirable direction, by pointing out inconsistencies in people's action and thinking that must be resolved with more general perspectives such as the moral one. It can also stimulate pro-social transformation by suggesting the conceptual categories and understandings necessary for more sophisticated social and political understandings. (ROSENBERG, 2008, p. 27).

Torna-se rico, então, o diálogo que Habermas (2003a) mantém com Elster para sustentar, de forma mais pragmática e operacional, haver uma possibilidade de mediação entre racionalidade instrumental e emancipada no debate político, dada pela articulação entre argumentações - sujeitas a critérios de validade, os quais se fundam em categorias forjadas na ideia de justiça e numa eticidade política -, e negociações - sujeitas a critérios de credibilidade, tudo construído a partir do embate público (o que não resta muito claro nas teorias anteriores). Mas para tanto, com Joshua Cohen, é preciso que alguns requisitos estejam presentes no âmbito das relações intersubjetivas, a saber:

1) Freedom. For Cohen, freedom meant that the participants must be unconstrained by the “authority of prior norms or requirements” and able to act from the results (1989, 22). 2) Reason. According to Cohen, deliberative outcomes should be settled only by reference to the “reasons” participants offer. In this emphasis Cohen joins Joseph Bessette (who coined the term “deliberative democracy” Bessette 1979, 1982, 1994), John Rawls (1993, 1997), Habermas and many subsequent theorists. 3) Equality. Because deliberation is never fully free of power, Cohen pointed out that participants in deliberation should be “substantively equal in that the existing distribution of power and resources does not shape their chances to contribute to the deliberation” (Cohen 1989, 23). 4) Consensus. Cohen stressed that deliberation should aim “to arrive at a rationally motivated consensus” (Cohen 1989, 23, emphasis in original). His criteria for an ideal deliberative procedure also stipulate that it should be “focused on the common good” (1989, 19), even if ultimately relying on a majority vote to resolve disagreement. Deliberation should shape the “identity and interests of citizens [...] in ways that contribute to the formation of a public conception of the common good.” (COHEN 1989, p. 19).

Em outro texto, Cohen (2007) vai lembrar ainda que o conceito de liberdade deve estar associado à ideia de que

[...] nenhuma visão moral ou religiosa abrangente fornece uma condição definidora de pertença à cidadania ou o fundamento da autorização para o exercício do poder político; ao mesmo tempo, no âmbito do conceito de igualdade, mister é que cada cidadão seja reconhecido como tendo as capacidades exigidas para participar na discussão em torno da autorização do exercício do poder.

Por tais razões discordo do pressuposto habermasiano de que: “[...] o acordo produzido argumentativamente tem que apoiar-se em argumentos idênticos, capazes de convencer os partidos da mesma maneira. A força consensual de tais argumentos reflete-se na ideia de imparcialidade que guia os discursos práticos.” (HABERMAS, 2003a, p. 69). E isto porque nem sempre os discursos práticos podem ser tomados como imparciais, exatamente em face do influxo não controlável de forma absoluta de argumentos e negociações. Mesmo que aquele pressuposto do autor opere como ideia regulativa da política, ela necessita contrafaticamente de juízos críticos empíricos, inclusive à constituição de novas rotas interlocutivas, e estes precisam de fundamentos de validade e pragmaticidade sustentáveis comunitariamente.

Em face do aumento de complexidade da gestão dos interesses públicos da maior parte quantitativa da população estar associado a redes multidiferenciadas de interesses (globalizados, regionalizados, setorializados, ideologizados, etc.), os pressupostos comunicacionais referidos acima são muitas vezes pervertidos ou escamoteados pelo processo político institucional e oficial da democracia representativa, transformando demandas privadas em públicas, sequer problematizando os argumentos utilizados para tanto pelo viés de sua legitimidade.

Talvez se possa falar de cenários da esfera pública e política nos quais há acordos prévios absolutamente instrumentais e estratégicos no sentido de demarcar alguns limites às pretensões corporativas e pessoais (como não permitir o aniquilamento do adversário, sob pena de isto abrir precedente para o próximo), oportunidade em que novos pactos de sobrevivência e proteção surgem, não importando se violadores da legalidade e legitimidade instituída, acima das diferenças aparentes existentes. Neste momento, os detratores da república forjam núcleos de resistência e redes de cooperação necessários à manutenção dos benefícios imorais e antiéticos até então praticados; criam metas-discursos desviantes das condutas mafiosas, em nome de valores e princípios formais do sistema jurídico vigente, esvaziados estes de significado e fundamentos legítimos.

Montado tais cenários, eles se auto-reproduzem, gerando influências nefastas - e ao mesmo tempo sofisticadas - na comunidade, ou seja, com Parsons, criando formas simbólicas generalizadas de comunicação que regulam interações comunicativas através da persuasão (PARSONS, 1968, p. 39). Pessoas ou instituições, por exemplo, podem gozar de uma reputação que lhes permite exercer influência sobre as convicções de outras pessoas, sem ter que comprovar competências e sem ter que dar explicações (HABERMAS, 2003a, p. 95).⁷⁶

⁷⁶ Lembra Habermas que a “*influência alimenta-se da fonte do entendimento, porém se apóia num adiamento de confiança em possibilidades de convencimento ainda não testadas.*”

A lição novamente de Rousseau é importante no particular, ao menos para gerar a reflexão, quando nos diz Fassò que:

Pur essendo un ammiratore delle repubbliche dell'antichità, egli considerava Atene non una democrazia, ma "un'aristocrazia decisamente tirannica, governata da uomini di cultura e da oratori". A giudizio di Rousseau una democrazia assembleare come quella ateniense, anche se non contemplava una delega della sovranità, rappresentava comunque una minaccia costante nei confronti sia dell'autonomia individuale sia dell'eguaglianza. L'espressione del consenso era infatti mediata dalla discussione pubblica, nella quale finivano inevitabilmente per emergere gli individui più intellettualmente dotati o più versati nell'arte di parlare in pubblico in modo persuasivo, e quindi capaci di influenzare in modo rilevante le scelte dei cittadini. (FASSO, 2005, p. 84).⁷⁷

De outro lado, tenho que se afigura falha a seguinte crença de Habermas (2003a, p. 71): *Nestas condições, por exemplo, a camuflagem de interesses não justificáveis publicamente através de argumentos éticos ou morais obriga o proponente a compromissos que poderão desmascará-lo, na primeira ocasião, como inconsistente ou forçá-lo a levar em consideração os interesses dos outros, se quiser manter a sua credibilidade.*⁷⁸

As elites dominantes do mercado hegemônico capitalista conseguiram - de certa forma até internacionalmente - construir matrizes inéditas de operação do poder instituído sem adentrar na questão dos seus fundamentos ou justificativas, pois as têm como técnicas burocráticas e formais de manipulação da coisa pública em favor de interesses não publicamente expostos ao conhecimento e crítica sociais. Pelo nível de sofisticação e articulação destas técnicas de exercício do poder, tais categorias sociais vão imprimindo seus projetos e prioridades através do próprio Estado e Administração, transmutando-os de privados em públicos pelas malhas legais do processo legislativo e de sua execução pela via de políticas públicas (ALEEN; REGAN, 1998).⁷⁹ Novamente a crítica de Habermas é pontual:

Só é possível proteger o sistema político como um Estado de Direito, quando as autoridades afirmam a sua posição assimétrica em relação aos parceiros de negociação, a qual resulta de seu dever legal de representar a vontade das pessoas privadas atualmente não envolvidas. Durante os processos de sintonização não pode romper-se o laço de delegação de competências de decisão. Somente assim é possível conservar o vínculo com o público de cidadãos, os quais têm o direito e se encontram na condição de perceber, identificar e tematizar publicamente a inaceitabilidade social de sistemas de funcionamento [...] Quando o discurso de especialistas está desvinculado da formação democrática da opinião e da vontade, ele se afirma contra as pessoas privadas. (HABERMAS, 2003a, p. 83).⁸⁰

⁷⁷ Agrega o autor que: *"In quel contesto il fatto che alcuni fossero in possesso di conoscenze o di capacità oratorie che altri non possedevano costituiva una fonte di potere e quindi un fattore che alimentava il germe della disuguaglianza. Il dibattito pubblico tendeva inoltre a suscitare e a rafforzare le passioni competitive - come il bisogno di distinguersi e il desiderio di una «reputazione preferenziale»."*

⁷⁸ Ver um excelente contraponto destas ideias em Gbikpi (2005).

⁷⁹ No sentido de que, geralmente, *"rational choice agents interact with others not to determine the best collective goals of the community but instead to horse-trade to best achieve their predetermined preferences, which are often assumed to be self-interested."* (p. 61). Habermas tem plena ciência disto, conforme aborda o tema no Habermas (2003a, p. 106). Ver igualmente o texto de Dahl (2001, p. 21).

⁸⁰ Ainda o autor que: *"[...] quando os processos de sintonia entre o Estado e os atores sociais tornam-se independentes em relação à esfera pública política e à formação da vontade parlamentar, resultam prejuízos, tanto do ponto de vista da legitimação, como do conhecimento. Sob ambos os pontos de vista, recomenda-se que a base ampliada do saber de uma administração reguladora assuma feições de uma política deliberativa, que se caracteriza pelo debate público entre especialistas e contra-especialistas, controlado pela opinião pública."* (p. 84).

Ora na medida em que se forjam argumentos, finalidades e informações desta maneira, pergunta-se: quão precisos e críticos devem ser os filtros das negociações equitativas e dos discursos racionais na política com este perfil desenhado? Quão precisa e crítica deve ser a opinião pública para dar conta de tantas armadilhas argumentativas construídas por projetos e interesses meramente estratégicos? É no processo de deliberação radicalmente pública que tais respostas surgirão, expondo as entranhas de toda a deliberação, desde o seu nascedouro, que são as formas legítimas de identificar o que interessa à comunidade enquanto conjunto racional de vida humana. Em outras palavras, *“Deliberative forms of democratic participation should enable citizens not only to discover or forge a common good but also to express self-interest and see conflict more clearly when that conflict has previously been masked by hegemonic definitions of the common good, by elite ‘nondecisions,’ and by other features of the social context.”* (BARBER, 2002, p. 39).⁸¹

Daí a conclusão acertada no sentido de que os resultados da política deliberativa podem ser entendidos como um poder produzido comunicativamente, o qual concorre com o potencial de poder de atores que têm condições de fazer ameaças, e com o poder administrativo que se encontra nas mãos de funcionários (BARBER, 2002, p. 73).⁸² Esta posição é mais consentânea à realidade de uma sociedade de Mercado, estando certos os liberais quando aduzem que o processo político de formação da vontade e da opinião na esfera pública e no parlamento é determinado pela competição entre as coletividades, que agem estrategicamente tentando manter ou adquirir posições de poder (HABERMAS, 2002, p. 286).

Já na perspectiva republicana, como quer Habermas, há a preocupação acertada de preservar o significado original de democracia em termos da institucionalização de uma utilização pública da razão conjuntamente exercida por cidadãos autônomos. Esse modelo leva em conta aquelas condições comunicativas que conferem força legitimadora à formação política da opinião e da vontade. Essas são precisamente as condições sob as quais se pode esperar que o processo político produza resultados razoáveis.⁸³ Mas para que isto ocorra, é mister que a esfera pública reforce a pressão exercida pelos problemas, isto é, ela não pode limitar-se a percebê-los e a identificá-los, devendo, além disso, tematizá-los, problematizá-los e dramatizá-los de modo convincente e eficaz, a ponto de serem assumidos e elaborados pelo complexo parlamentar. (HABERMAS, 2003a, p. 91).⁸⁴

Tenho ciência de que recentes pesquisas no campo da psicologia social e moral, como quer Thomas Spragens, defendem que:

⁸¹ Ver nesta direção o texto de Johnson (2001, p. 219 e ss).

⁸² Ver também o texto de Dryzek (2008).

⁸³ Tenho ciência de que recentes pesquisas no campo da psicologia social, como quer , *“a great deal of recent empirical research on moral psychology suggests that we often do not know why we make the moral judgments and choices that we do, that they are frequently motivated by emotions, and that many justifications of our moral choices are post hoc rationalizations. This research shows that moral perception and judgment are driven by a variety of extremely complex factors and cannot be reduced to impartial assessments of arguments or abstract reasoning.”* Ocorre que ainda creio ser os processos racionais e controláveis publicamente os que dão maiores condições de reconhecimento legítimo da validade de pretensões e interesses poderem ser universalizáveis de forma estável contingencialmente.

⁸⁴ É neste ponto que Habermas vai lembrar que esfera pública deve ser compreendida, primeiro, como fenômeno social; ao depois, como uma “rede adequada à comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões; nela os fluxos de comunicação são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos.” Por fim, como uma “estrutura comunicacional do agir orientado pelo entendimento, tendo a ver mais com o espaço social do que com funções ou conteúdos da comunicação cotidiana.”

A great deal of recent empirical research on moral psychology suggests that we often do not know why we make the moral judgments and choices that we do, that they are frequently motivated by emotions, and that many justifications of our moral choices are post hoc rationalizations. This research shows that moral perception and judgment are driven by a variety of extremely complex factors and cannot be reduced to impartial assessments of arguments or abstract reasoning. (SPRAGENS, 2001, p. 79).

Ocorre que ainda creio ser os processos racionais e controláveis publicamente os que dão maiores condições de reconhecimento legítimo da validade de pretensões e interesses poderem ser universalizáveis de forma estável contingencialmente. E por que contingencialmente? Porque a deliberação pode promover preferências mantidas reflexivamente que potencialmente estejam voltadas ao consenso, todavia, não há garantia de que irá produzi-lo, razão pela qual em alguns momentos as questões ora debatidas deverão ser colocadas em votação (KNIGHT; JOHNSON, 2007, p. 265).

Por tais razões é que um dos fundamentos da política deliberativa não é simplesmente a oportunidade de manifestação da opinião de cada um, mas a formatação de posições sociais - coletivas - sobre informações e temas focalizados, consensualmente. Assim, o que gera a esfera pública não são agregados estatísticos de opiniões individuais - por mais críticas que sejam -, mas deliberações forjadas racionalmente entre todos os envolvidos; ou seja, a qualidade de uma opinião pública constitui uma grandeza empírica, na medida em que ela se mede por qualidades procedimentais de seu processo de criação. Vista pelo lado normativo, ela fundamenta uma medida para a legitimidade da influência exercida por opiniões públicas sobre o sistema político. (HABERMAS, 2003a, p. 94).⁸⁵

Esta opinião pública social, por sua vez, vai interagir com a formação da opinião pública institucional (parlamento, executivo e judiciário), constituindo a política deliberativa. Em outras palavras, a influência da opinião pública social precisa passar pelo filtro dos processos institucionalizados da formação democrática da opinião e da vontade, transformar-se em poder comunicativo e infiltrar-se numa legislação legítima, aí sim, passível de gerar legitimamente decisões políticas (HABERMAS, 2003a, p. 105).⁸⁶ Por estes fundamentos é que se pode concluir que:

La democracia deliberativa es una forma política que aspira a convertirse en modelo normativo de la política contemporánea, esto es, prescribir la política que conviene a esta tardomodernidad, a la modernidad que no reuncia a la construcción racional del mundo humano de manera autónoma, reflexiva y secular, en medio de la crisis del Estado nacional de derecho y la formación de una sociedad global. (SEGOVIA, 2009, p. 16).

E o que ocorre quando a tecnoburocracia de Estado, conjugada aos interesses de mercado e das elites dominantes, radicalizam o afastamento entre gestão dos interesses comunitários e esferas públicas não governamentais? Dá-se o que Leighninger (2008)⁸⁷ chama de *professionaliza-*

⁸⁵ Habermas igualmente reconhece isto no texto Habermas (2001, p. 142), quando lembra que falta à cultura política da sociedade mundial uma dimensão ética e política comum, a qual seria necessária para a formação de uma comunidade e uma identidade global. Agregaria à tese do autor que isto também se aplica, conforme o referido, à própria sociedade civil dos Estados Nacionais.

⁸⁶ Isto não significa que somente pelas vias institucionais se possa veicular pretensões legítimas a serem observadas por todos, as esferas de participação não institucional ganham cada vez mais força em todos os recantos do Ocidente, gerando empoderamento social e mesmo maturação política dos envolvidos.

⁸⁷ O autor faz boa análise do debate acadêmico desta matéria, afirmando que: “Some scholars argue that most citizens prefer to “monitor” rather than participate in government (Hibbing and Theiss-Morse, 2002; Schudson, 1998). Others argue that the issue is more structural than individual: communities have not built citizen structures with the capacity to entice more civic participation

tion of public management, no sentido negativo desta expressão, ou seja, causando *the alienation between citizens and government*, e, por sua vez, a ruptura da legitimidade do exercício do poder, autorizando o surgimento várias formas de desobediência civil, entendida como transgressão simbólica não-violenta das regras políticas do jogo democrático, contra decisões impositivas as quais são ilegítimas no entender dos atores, apesar de terem surgido legalmente à luz dos princípios constitucionais vigentes (HABERMAS, 2003a, p. 117).

Esta transgressão tem como centro de fundamentação a espetacularização da política capaz de sensibilizar as esferas públicas institucionais (dentre as quais, a mídia), pois fechadas que estão para os meios tradicionais de interlocução democrática.⁸⁸ Habermas explica detidamente isto, o que vale a pena transcrever:

Independentemente do respectivo objeto da controvérsia, a desobediência civil sempre reclama implicitamente que a formação legal da vontade política não pode se desligar dos processos de comunicação da esfera pública. A mensagem desse subtexto dirige-se a um sistema político que, devido à sua estrutura constitucional, não pode se desligar da sociedade civil, a qual, quando em crise, serve-se da opinião pública para atualizar conteúdos normativos do Estado democrático de direito, e para contrapô-lo à inércia da política institucional. (HABERMAS, 2003a, p. 117).⁸⁹

Discordo do autor tão somente sob a perspectiva de que a sociedade civil somente quando está em crise deve valer-se da opinião pública para atualizar conteúdos normativos do Estado Democrático de Direito e para contrapor a inércia da política institucional vigente, isto porque seria até contraditório com a ideia de espaço público discursivo em que se constitui a democracia contemporânea, permanentemente aberto a todas as interações possíveis que possam vir a contribuir para a ampliação dos entendimentos sobre a dignidade da vida humana e suas formas exequíveis (GUTMANN, 2007). Ou seja, a participação da opinião pública no processo compartilhado de gestão dos interesses comunitários deve ser constante (preventivo das crises) e não somente em momentos de crise (curativos).

Assim, o paradigma da Democracia Deliberativa, em verdade, redefine o próprio Estado Democrático de Direito através do conceito de Sociedade Democrática de Direito (esferas públicas e sociedade civil ativa), tomando a ordem (constitucional) instituída como parâmetro de convívio societal (compreensão dinâmica da constituição), ou seja, um empreendimento arriscado, delicado e, especialmente, falível e carente de revisão, o qual tende a reatualizar, em circunstâncias precárias, o sistema de direitos, o que equivale a interpretá-los melhor e a institucionalizá-los de modo mais apropriado e a esgotar de modo mais radical o seu conteúdo (HABERMAS, 2003a, p. 118).⁹⁰ É sempre bom lembrar a advertência de Benhabib, no sentido de que os processos de deliberação precisam observar alguns requisitos, a saber:

(cf. Fung, 2004; Putnam, 2000). *Citizens wish to participate, this argument goes, but the costs of doing so are still too high, and its benefits too indirect, for it to happen easily or routinely.*"

⁸⁸ Diz o autor: "Às vezes é necessário o apoio de ações espetaculares, de protestos em massa e de longas campanhas para que os temas consigam ser escolhidos e tratados formalmente, atingindo o núcleo do sistema político e superando os programas cautelosos dos velhos partidos". (p. 117).

⁸⁹ Ver o aprofundamento desta discussão no texto Caspary (2009).

⁹⁰ Comparte esta opinião Segovia, ao dizer que: "*Como dice em Facticidad y Validez, en esta etapa de la modernidad que transitamos, somos conscientes de su contingencia, por lo que debemos valernos de una razón procedimental, esto es, de una razón que se pone a prueba a sí misma, pues la crítica de la razón es obra de la razón misma.*" (SEGOVIA, 2009, p. 28). Na mesma direção ver o texto de Rosanvallón (2006).

1) a participação na deliberação é regulada por normas de igualdade e simetria; todos têm as mesmas chances de iniciar atos de fala, questionar, interrogar e abrir o debate; 2) todos têm o direito de questionar os tópicos fixados no diálogo; e 3) todos têm o direito de introduzir argumentos reflexivos sobre as regras do procedimento discursivo e o modo pelo qual elas são aplicadas ou conduzidas. Não há *prima facie* regras que limitem a agenda da conversação, ou a identidade dos participantes, contanto que cada pessoa ou grupo excluído possa mostrar justificadamente que são atingidos de modo relevante pela norma proposta em questão. (BENHABIB, 2007, p. 51).

Por estas razões é que o Estado tem outra função igualmente importante no processo de constituição e operacionalização deste modelo de democracia, a saber, para além da proteção de direitos privados iguais, *a garantia de uma formação abrangente da vontade e da opinião, processo no qual cidadãos livres e iguais chegam a um entendimento em que objetivos e normas se baseiam no igual interesse de todos* (HABERMAS, 2002, p. 179).

REFERÊNCIAS

ACCARINO, Bernardo. *Rappresentanza*. Bologna: Il Mulino, 1999.

ALEEN, Anita; REGAN, Milton C. *Debating Democracy's Discontent. Essays on American Politics, Law and Public Philosophie*. Oxford: Oxford University Press, 1998.

ALLEGRETTI, Umberto. *L'amministrazione dall'attuazione costituzionale alla democrazia partecipativa*. Roma: Giuffrè, 2009.

ATRIPALDI, Valdo. *Strutture di potere, democrazia e partecipazione*. Napoli: Editoriale Scientifica, 1994.

BALDASSARRE, Antonio. *Il retrobottega della democrazia*. In *Rivista Laboratorio Político*, v. 78. Roma: Einaudi, 1982.

BARBER, Benjamin R. *Strong Democracy: Participatory Politics for a New Age*. Berkeley: University of California Press, 2002.

BENHABIB, Seyla. *Sobre um modelo deliberativo de legitimidade democrática*. In: WERLE, Denilson Luis; MELO, Rúrion Soares. *Democracia Deliberativa*. São Paulo: Singular, 2007.

BEHROUZI, Majid. *The Idea of Democracy and Its Distortions: From Socrates to Cornel West* *Journal of Public Deliberation*, v. 4, n. 1, 2008. Disponível em: <<http://services.bepress.com/jpd/vol4/iss1/art13>>. Acesso em: 25 fev. 2010.

BESSETTE, Joseph M. *The Mild Voice of Reason: Deliberative Democracy and American National Government*. Chicago: University of Chicago Press, 2004.

BIFULCO, Raffaele. *Democrazia Deliberativa e Democrazia Partecipativa*. Disponível em: <www.astrid.eu>. Acesso em: 10 jan. 2010.

BOBBIO, Luigi. *Dilemmi della democrazia partecipativa*. *Democrazia e Diritto*, v. 4. Roma: Einaudi, 2006.

BURKE, Edmund. *Riflessioni sulla Rivoluzione in Francia*. Roma: Ideazione, 1998.

CASPARY, William R. *On Dewey, Habermas and Deliberative Democracy*. In *Journal of Public Deliberation*, v. 4, n. 1, 2009. Disponível em: <<http://services.bepress.com/jpd/vol4/iss1/art10>>. Acesso em: 28 fev. 2010.

CHAMBERS, Simone. *Behind Closed Doors: Publicity, Secrecy, and the Quality of Deliberation*. In *Journal of Political Philosophy* v. 12, n. 4, p. 389-410. New York: Macmillan, 2004.

CHESSA, Omar. *La democrazia maggioritaria nell'interpretazione costituzionale della forma di governo*. *Rivista Diritto Pubblico*, n. 1, Roma: Il Mulino, gennario-aprile/2004.

COHEN, Joshua. *Deliberation and Democratic Legitimacy*. In: HAMLIN, Alan P.; PETTIT, Phillip (Ed.). *The Good Polity*. Oxford: Blackwell, 1989.

COHEN, Joshua; ROGERS, Joel. *Power and Reason*. In: FUNG, Archon; WRIGHT, Eric (Ed.). *Deepening Democracy*. London: Verso, 2003.

COHEN, Joshua. *Procedimento e Substância na Democracia Deliberativa*. In: WERLE, Denilson Luis; MELO, Rúrion Soares. *A democracia deliberativa*. São Paulo: Editora Singular, Esfera Pública, 2007.

CONSTANT, Benjamin. *The Liberty of the Ancients Compared with that of the Moderns*. In: *Politics Writings*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

CROSBY, Ned. *Healthy Democracy: Empowering a Clear and Informed Voice of the People*. New York: Clarence Editors, 1977.

DAHL, Robert A. *On Democracy*. New Haven: Yale University Press, 2000.

DAHL, Robert A. *Democracy and its Critics*. New Haven: Yale University Press, 1989.

DAHL, Robert A. *How Democratic is the American Constitution?* New Haven: Yale University Press, 2003.

DAHL, Robert A. *A Preface to Democratic Theory*. New Haven: Yale University Press, 2006.

DAHL, Robert A. *Polyarchy: Participation and Opposition*. New Haven: Yale University Press, 1991.

DAHL, Robert A. *On Political Equality*. New Haven: Yale University Press, 2007.

DAHL, Robert A. *Decision-Making in a Democracy: the Supreme Court as a national policy-maker*. In *Role of Supreme Court Symposium*. New York: New York University Press, 2001. v. 1.

DOWNS, Anthony. *An Economic Theory of Democracy*. London: Macmillan, 1997.

DRYZEK, John S. *Discursive Democracy: Politics, Policy, and Political Science*. London: Cambridge University Press, 2008.

ELLIOTT, Anthony; TURNER, Bryan S. *Profiles in Contemporary Social Theory*. London: SAGE Publications Ltd., 2008.

ELSTER, Jon. *O mercado e o fórum: três variações na teoria política*. In WERLE, Denilson Luis.

MELO, Rúrion Soares. *A democracia deliberativa*. São Paulo: Singular, 2007.

- FASSÓ, Guido. *Historia della Filosofia*. Roma: Giuffrè, 2005.
- FERRARA, Antonio. *Democrazia e giustizia nelle società complesse*. Roma: Donzelli, 2001.
- FISHKIN, James. *Debating Deliberative Democracy (Philosophy, Politics and Society)*. Boston: Blackwell Publishing, 2003.
- FISHKIN, James. *When the People Speak: Deliberative Democracy and Public Consultation*. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- FISHKIN, James. *The Voice of the People*. New Haven, Conn.: Yale University Press, 2006.
- FISHKIN, James; LUSKIN, Robert C. *The Quest for Deliberative Democracy*. In: SAWARD, Michael (Ed.). *Democratic Innovation: Deliberation, Representation and Association*. London: Routledge, 2000.
- FOLLESDAL, Anthony. *The Value Added by Theories of Deliberative Democracy. Where (not) to Look*. In: BOSSON, S.; MARTÍ, J. L. (Ed.). *Deliberative Democracy and its Discontents*. Aldershot: Ashgate, 2006.
- GAMBETTA, Diego. *Claro!: ensayo sobre el machismo discursivo*. In: ELSTER, John (Comp.). *La democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 2001.
- GASTIL, John. *By Popular Demand: Revitalizing Representative Democracy Through Deliberative Elections*. Berkeley: University of California Press, 2006.
- GBIKPI, Bernard. *Dalla teoria della democrazia partecipativa a quella deliberativa: quali possibili continuità?* Rivista Stato e mercato Quadrimestrale di analisi dei meccanismi e delle istituzioni sociali, politiche ed economiche, Roma: Il Mulino, n. 1, aprile, 2005.
- GIBSON, James L.; CALDEIRA, Gregory A. *Citizens, Courts, and Confirmations: Positivity Theory and the Judgments of the American People*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2009.
- GONZALES, José Maria. *Política Cívica: la experiencia de la ciudadanía em la democracia liberal*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2001.
- GROSSO, Enrico. *Cittadinanza e vita democratica dell'Unione tra democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa*. In: LUCARELLI, Alberto (a cura di). *Quaderni della Rassegna di Diritto Pubblico Europeo*, v. 1. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2008.
- GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis F. *Democracy and Disagreement*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2007.
- GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis F. *Why Deliberative Democracy?* Princeton, N.J.: Princeton University Press, 2007.
- HABERMAS, Jürgen. *A constelação Pós-Nacional e o futuro da democracia*. In: HABERMAS, Jürgen. *A constelação Pós-Nacional: ensaios políticos*. SP: Littera Mundi, 2001.
- HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. v. 1 e 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a.

- HABERMAS, Jürgen. *Era das Transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b.
- HABERMAS, Jürgen. *Further Reflections on the Public Sphere*. In: CALHOUN, Craig (Ed.). *Habermas and the Public Sphere*. Cambridge: The MIT Press, 1991.
- HABERMAS, Jürgen. *La reconstrucción del materialismo histórico*. Madrid: Marcial Pons, 1981.
- HABERMAS, Jürgen. *Los usos pragmáticos, éticos y morales de la razón práctica*. In: LIMA, Martín Herrera (Coord.). *Jürgen Habermas: moralidad, ética y política*. México: Taurus, 2004.
- HABERMAS, Jürgen. *Pensamento Pós-Metafísico: estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.
- HABERMAS, Jürgen. *Reconciliación mediante el uso público de la razón*. In: HABERMAS, Jürgen; RAWLS, Jonh. *Debate sobre el liberalismo político*. Barcelona: Ariel, 1998.
- HABERMAS, Jürgen. *Teoria dell'agire comunicativo*. Bologna: Il Mulino, 1986.
- HABERMAS, Jürgen. *Una consideración genealógica acerca del contenido cognitivo de la moral*. In HABERMAS, Jürgen. *La inclusión del otro*. Barcelona: Ariel, 2000.
- HABERMAS, Jürgen. *Três Modelos Normativos de Democracia*. In: *A Inclusão do Outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002.
- HOLZINGER, Katharina. *Bargaining Through Arguing: An Empirical Analysis Based on Speech Act Theory*. In *Political Communication*, v. 21, p. 195-222. New York: Macmillan, 2004.
- WALKER, Alex. *Healthcare Town Meeting -- Congresswoman Diane Watson*. *Los Angeles Indymedia: Activist News*. 25 Aug. 2009. Disponível em: <<http://la.indymedia.org/news/2009/08/229915.php>>. Acesso em: 08 jan. 2010.
- KADLEC, Alison; FRIEDMAN, Will. *Deliberative Democracy and the Problem of Power*. *Journal of Public Deliberation*, v. 3, n. 1, 2009. Disponível em: <<http://services.bepress.com/jpd/vol3/iss1/art8>>. Acesso em: 24 fev. 2010.
- KANT, Imanuel. *La metafísica de las costumbres*. Madrid: Tecnos, 1994.
- KNIGHT, Jack; JOHNSON, James. *What Sort of Equality Does Deliberative Democracy Require?*. In: BOHMAN, James; REHG, William. *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics*. Cambridge, MA: MIT Press, 1997.
- KNIGHT, Jack; JOHNSON, James. *Agregação e deliberação: sobre a possibilidade da legitimidade democrática*. In: WERLE, Denilson Luis; MELO, Rúion Soares. *A democracia deliberativa*. São Paulo: Singular, Esfera Pública, 2007.
- LACLAU, Ernesto; MOUFFE, Chantal. *Hegemony and Socialist Strategy. Towards a Radical Democratic Politics*. London: Verso, 1985.
- LEAL, Rogério Gesta. *Condições e Possibilidades Eficaciais dos Direitos Fundamentais Sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- LEAL, Rogério Gesta. *Hermenêutica e Direito*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2001.
- LEAL, Rogério Gesta. *Jürgen Habermas*. In: BARRETO, Vicente de Paula (Org.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

- LEIGHNINGER, Matt. *The Promise and Challenge of Neighborhood Democracy: Lessons from the intersection of government and community*. Los Angeles: LA Editors, 2008.
- LEIGHNINGER, Matt. *The Next Form of Democracy*. Nashville: Vanderbilt University Press, 2006.
- LEWANSKI, Rodolfo. *La democrazia deliberativa: nuovi orizzonti per la politica*. Roma: Giuffrè, 2008.
- LUHMANN, Niklas. *Politische Theorie im Wohlfahrtstaat*. München: Universität München, 1981.
- MANSBRIDGE, Jane. *Beyond Adversary Democracy*. New York: Basic Books, 2001.
- MANSBRIDGE, Jane, et al. *Norms of Deliberation: An Inductive Study*. *Journal of Public Deliberation*, v. 2, n. 1. Disponível em: <<http://services.bepress.com/jpd/vol2/iss1/art7>>. Acesso em: 28 fev. 2010.
- MEAD, George Herbert. *Mind, Self, and Society: From the Standpoint of a Social Behaviorist*. Chicago: The University of Chicago Press, 2001.
- MOON, Donald. *Critic, norm and utopia*. New York: Columbia University Press, 2004.
- MOON, Donald. *Constructing community: moral pluralism and tragic conflicts*. Princeton: Princeton University Press, 2002.
- MOUFFE, Chantal. *Deliberative Democracy or Agonistic Pluralism?* In *Democracy and Difference*. BENHABIB, Seyla (Ed.). Princeton: Princeton University Press, 1996.
- NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- NIÑO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 2003.
- PARSONS, Talcon. *The System of Modern Societies*. New York: Englewood Cliffs, 1971.
- PARSONS, Talcon. *The Structure of Social Action*. v. 1. Marshall, Pareto, Durkheim. New York: Macmillann Publishing Co. Inc., 1968.
- ROBBE, Ferdinand. *Démocratie représentative et participation*. In: ROBBE, Ferdinand (Org.). *La démocratie participative*. Paris: L'Harmattan, 2007.
- ROSANVALLON, Pierro. *La contro-democrazia. La democrazia nell'era della diffidenza*. In *Rivista Ricerca di Storia Política*, v. 3. nov. 2006. Roma: Il Mulino, 2006.
- ROSATI, Murilo. *Consenso e razionalità giuridica*. Roma: Armando, 2000.
- ROSENBERG, Shawn W. *The Not So Common Sense: Differences in How People Judge Social and Political Life*. New Haven, CT: Yale University Press, 2008.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. *Il Contratto Sociale*. Milano: Einaudi, 2000.
- RYFE, David M. *The Next Form of Democracy*. *Journal of Public Deliberation*, v. 3, n. 1. 2009. Disponível em: <<http://services.bepress.com/jpd/vol3/iss1/art2>>. Acesso em 10 maio 2009.
- RYFE, David M. *Does Deliberative Democracy Work?* In *Annual Review of Political Science*, v. 8: 49-71. New York: Oxford University Press, 2005.

SARTORI, Giovanni. *The Theory of Democracy Revisited*. New Jersey: Chatham House Publishers, 1987.

SCHERER, Nancy. Diversifying the Federal Bench: Is Universal Legitimacy for the U.S. System Possible? *Northwestern University Law Review*, v. 20. Northwestern: Northwestern University Press, 2010.

SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalism, Socialism, and Democracy*. New York: Allison Editors, 2008.

SCHUMPETER, Joseph A. *Can Capitalism Survive? Creative Destruction and the Future of the Global Economy*. New York: Allison Editors, 2009.

SEGOVIA, Juan Fernando. *Habermas y la democracia deliberativa: una utopía tardomoderna*. Madrid: Marcial Pons, 2009.

STILGOE, Jonh. *Nanodialogues. Experiments in public engagement with science*. London: Demos, 2007.

TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1990.

TURNER, John. *Social Influence*. New York: Pacific Grove, Ca.: Brooks/Cole, 2000.

TYLER, Tom R. *What is Procedural Justice? Criteria Used by Citizens to Assess the Fairness of Legal Procedures*. *Law and Society Review*, New York: Macmillan, v. 22, n. 301, 1988.

UTZIG, José Eduardo. *Orçamento Participativo e performance governamental*. Versão modificada de uma parte de “paper” escrito no programa SPURS (Special Program for Urban and Regional Studies) no MIT (Massachusetts Institute of Technology), Cambridge, Estados Unidos, no primeiro semestre de 1999. Disponível em: <www.portoalegre.org.gov.br>. Acesso em: 15 maio 2008.

VIROLI, Maurizio. *Jean-Jacques Rousseau e la teoria della società bene ordinata*. Bologna: Il Mulino, 2007.

WALZER, Michael. *Deliberação, e o que mais?* In: WERLE, Denilson Luis; MELO, Rúrion Soares. *A democracia deliberativa*. São Paulo: Singular, Esfera Pública, 2007.

ZIZEK, Slavoy. *Enjoy Your Symptom*. London: Routledge, 1992.

Capítulo III

*Limites da Decisão Judicial na Democracia
Contemporânea: Pode Tudo?*

3.1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

Pretendo neste passo discutir os limites objetivos e subjetivos da decisão judicial na Democracia Contemporânea e as possibilidades de disciplinar o seu controle. Para tanto, vou apresentar, em aproximação sucessiva, como mote provocador a tese de Dworkin (2003). Na confrontação da tese de Dworkin, vou utilizar algumas reflexões e premissas da Teoria da Argumentação Jurídica, fundada notadamente em Habermas (1986, 1989, 1999).

3.2 A TESE DE RONALD DWORKIN

Sustenta o autor americano no texto referido que ao longo dos anos que seguiram a Segunda Guerra Mundial começou-se a perceber de forma mais veemente nos Estados Unidos que a judicatura cada vez mais se pronunciava sobre questões morais ao interpretar e aplicar o sistema jurídica na solução de casos concretos. Em face disto, o autor se propõe a discutir as seguintes questões:

- a) se há alguma forma, no ato de julgar, de se evitar a manifestação de valores;
- b) se não é possível isto, esta forma de agir julgando se apresenta como reprovável?;
- c) tal comportamento judicial é efetivamente reprovável por diversas razões, e geralmente os juízes negam que hajam desta forma (DWORKIN, 2003);
- d) Se tudo isto é verdade, por que muitas democracias, novas e maduras, insistem em dar aos juízes o poder de julgar desta forma?

Desde pronto, Dworkin (2003) adverte que os cânones positivistas que perduram ao longo do tempo se mostram insuficientes para dar conta da complexidade das relações sociais e - conseqüentemente - das decisões sobre estas realidades. Além disto, o positivismo estrito têm, na verdade, restringido os limites do fenômeno jurídico e imprimido nele muitos vazios de sentido e abordagem a serem preenchidos pela interpretação cotidiana dos juízes, que o fazem utilizando o sistema jurídico e suas convicções pessoais que tocam em questões morais.⁹¹

Na verdade, lembra o autor que diversas democracias, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, outorgaram aos seus magistrados poderes de revisão de atos do Estado Administrador em geral a partir de doutrinas atinentes à razoabilidade e proporcionalidade dos atos por ele praticados, bem como pela ideia de justiça natural vigente no âmbito da jurisdição destes países, oportunidade em que restaram mais explícitas as oportunidades de pronunciamentos morais nas decisões judiciais (DWORKIN, 2003, p. 6).⁹²

A despeito deste cenário internacional ser favorável desde a década de 1950 para o crescimento dos poderes da magistratura em termos de decisões jurisdicionais envolvendo considerações morais, nas mais diversas áreas, diz Dworkin que uma das principais áreas em que isto ocorre nos EUA foi e tem sido a que diz respeito às regulações administrativas de diversos setores da economia e do mercado, eis que se prestam a um controle jurídico atinente à conveniência,

⁹¹ "The strict positivistic sources of law had fuzzy boundaries and left gaps; these had to be sharpened or filled in with interpretation, and interpretation requires judges to decide which way of continuing the story that the legislature or other judges have begun is the most satisfactory all things considered." (p. 5).

⁹² Inclusive com a criação de Tribunais Internacionais e com a expansão de importância do Direito Internacional, os poderes judiciais de revisão de atos praticados também por outros poderes foram ampliados (para o nível internacional).

necessidade, razoabilidade, proporcionalidade das medidas tomadas a estes títulos, em face dos impactos que geram nas relações sociais e individuais cotidianas.

Isto é ainda mais explícito nos casos de decisões constitucionais propriamente ditas (*constitutional adjudication*), porque: “*The pertinent constitutional standards are even more explicitly moral: they declare rights of free expression, treatment as equals, and respect for life and dignity, and sometimes make exceptions for constraints necessary in a democratic society.*” (DWORKIN, 2003, p. 7).

Estas restrições necessárias a determinados atos da vida civil (públicos ou privados), em benefício da Sociedade Democrática, impostas pelo controle jurisdicional, já implicam juízos de valor extremamente subjetivos, a despeito dos elementos parametrizantes conceituais que estão a informar uma prévia delimitação jurisprudencial das suas possibilidades (*the precedents*).

Lembra Dworkin (2003) que os problemas morais que estão na base das questões administrativas e constitucionais, efetivamente dizem mais respeito a problemas sociais e públicos (como o governo deve tratar seus cidadãos, por exemplo, ou a problemática questão do aborto como escolha ética individual permitida) do que ético-individuais, os quais geralmente vêm regulados por uma normatividade ordinária e não constitucional (*ordinary adjudication*), o que já representa uma escolha pública de fundo substancial.⁹³

Trazendo exemplos tocantes à liberdade de manifestação do pensamento (se ela deve ser controlada em nome da proteção das minorias) e condizentes ao tratamento internacional à tortura (que tem variado ao longo do tempo e principalmente em face das novas tecnologias de tortura existentes, explicitadas pelos atos de terrorismo)⁹⁴, Dworkin (1999) reconhece a existência de algumas possibilidades de compartilhamento de uma certa universalização de convencimentos morais historicamente determinados, geralmente incorporados por tratados internacionais e mesmo pelos sistemas jurídicos de Estados-Nações⁹⁵. A despeito disto, nos EUA (e também de forma crescente na Inglaterra), importantes advogados e juízes que defendem a possibilidade de que os magistrados devam necessariamente imprimir considerações morais em suas decisões, insistem no fato de que a judicatura não deve invocar argumentos que caracterizem convicções pessoais de ordem moral (*own personal morality*) (DWORKIN, 2003, p. 8).

Questões como a proibição do aborto, a autorização para que se instale e aja uma polícia anti-terrorista, para que se previna a publicação de literatura (jornalística ou científica) inflamatória de questões raciais, não são tidas como questões de ordem moral-individual no âmbito das decisões judiciais nos EUA, mas podem ser questionadas (conforme Dworkin) pelo aspecto de que não sejam democráticas, eis que todos estes temas envolvem políticas públicas federais forjadas jurisdicionalmente por um pequeno grupo social que não representa necessariamente a vontade

⁹³ “*The moral issues at the heart of both administrative and constitutional adjudication are largely matters of political morality rather than individual ethics. The issues of fairness that occupy ordinary adjudication are matters of how individuals should treat one another in business, or in creating risk and compensating for damage, for example. But the issues for judges in constitutional cases are about how government should or may treat its citizens.*” (p. 7).

⁹⁴ Neste ponto, o autor traz um comentário sobre a decisão judicial da Suprema Corte Americana, quando referiu que “*having regard to the fact that the Constitution is a living instrument which must be interpreted in the light of present day conditions.*” Neste momento, a Corte asseverou que “*certain acts which were classified in the past as inhuman and degrading treatment as opposed to torture could be classified differently in future. It takes the view that the increasingly high standards being required in the area of the protection of human rights and fundamental liberties correspondingly and inevitably require greater firmness in assessing breaches of the fundamental value of democracy societies.*” (p. 08).

⁹⁵ Guardadas as particularidades que diferenciam e identificam cada Estado e país (p. 07).

popular (retirando tal debate da ceara mais ampla e legítima existente, como a do Poder Legislativo) (DWORKIN, 2003, p. 8).⁹⁶

Por todas estas razões, Dworkin prefere crer - assim como boa parte dos doutrinadores e juízes americanos - que os magistrados (ao menos *the most responsible lawyers and judges, whenever they can*), quando precisam decidir questões que envolvam problemas de dimensões morais, não devem confiar nas suas convicções pessoais morais, mas na moralidade da comunidade como um todo, ou nos princípios oriundos da história da Nação.⁹⁷ Isto ocorre porque, com raras exceções (*in particularly outrageous cases*), aquelas situações devem ser declinadas para o julgamento de outros espaços oficiais, tais como o Parlamento de cada país, ou mesmo uma Assembleia Internacional.

Tudo isto importa pelo fato de que, mesmo havendo uma preocupação dos juízes em não imprimir convicções morais pessoais nas decisões que tomam, na maior parte das vezes, eles não conseguem fazê-lo. Ocorre que as convicções (constitucionais e morais) nas quais os juízes confiam são quase sempre distintas das convicções políticas e éticas com as quais a maior parte da população constitui sua perspectiva moral de sociedade (LEAL, 2007). Muitas vezes, questões de alta relevância política e de profundo conteúdo moral - como o conceito de democracia, por exemplo - por não serem temas debatidos pela sociedade como um todo, ganham foro de tratamento centralizado por algumas corporações, como o Judiciário, que vai definindo em suas decisões os contornos que entende possíveis destas matérias, passando batidas à população.

Por todas estas razões, Dworkin crê que a transferência de poder ao Judiciário de temas que deveriam ter foros de discussão e deliberação maiores enfraquece a própria Democracia, pois afasta outras representações da Sociedade Civil e ela própria destes espaços decisórios, violando aquilo que o autor concebe como a condição substancial da democracia, qual seja, que a Sociedade tenha o genuíno e igual direito de participar dos argumentos públicos que produzem as decisões majoritárias, resguardando os direitos individuais - na medida em que com os públicos não conflitem - destas regras majoritárias (DWORKIN, 2003, p. 10).⁹⁸

Usando de comparações religiosas e políticas, Dworkin chega a afirmar que regras de comportamento social hoje delimitadas pelos magistrados, já foram no passado estabelecidas por sacerdotes e mais tarde por políticos, sendo que estes dois últimos atores sociais não tinham a responsabilidade de justificar todos os seus atos a partir de determinados parâmetros de certo e errado (BORNO, 2003).⁹⁹ Os magistrados, por sua vez, não podem agir a não ser justificando seus atos tão somente pelos princípios que regem a sociedade. Todavia, pelo fato dos juizes acreditarem que através de suas convicções morais possam construir um corpo de princípios (a partir da

⁹⁶ Lembra o autor que “*judges disagree about political morality among themselves, moreover, and it also seems unfair that important decisions should turn on which panel of judges was sitting at the time, particularly since judicial appointments are often matters of politics and even luck rather than a solemn assessment of merit.*”

⁹⁷ “*The judges are relying on something else: the morality of the community as a whole, for example, or the principles embedded in the nation’s history.*” (DWORKIN, 2003, p. 08). Mesmo aqui, Dworkin - mais à frente - adverte para o fato de que, mesmo naquelas situações, há uma tendência de que os juízes imprimam suas convicções pessoais ao dizer o que significa a moralidade da sociedade como um todo e quais são os princípios oriundos da história da Nação a serem considerados para o caso concreto. Aqui, as posições pessoais dos juízes podem ser ainda mais duras (porque veladas pela fala oficial do Estado Juiz), do que quando revelam de pronto suas opiniões sobre o aborto ou a liberdade de imprensa.

⁹⁸ Diz o autor: “*Majority rule is fair only when certain conditions are met - only, for example, when people have a genuine and equal right to participate in the public argument that produces the majority decision, and only when issues of distinct importance to individuals, like the choice of religious commitment, are exempt from majoritarian dictate altogether.*” (p. 10).

⁹⁹ “*Any such responsibility would undermine the emotional base of priesthood, which is mystery, or cripple the accommodating and pragmatic strategies of politicians.*” Para a evolução desta perspectiva, consultar o trabalho de Borino (2003).

interpretação constitucional), na verdade eles operam num campo de profunda abstração e menos coerente do que qualquer tradição cultural veiculada pela forma democrático-representativa-parlamentar.

Para Dworkin, é a própria Sociedade contemporânea que não aceita o *papado judicial* (*judicial papacy*), isto porque está mais politizada do que nunca e dá valor para as questões da representação política de sua vontade e vida comunitária, onde pode participar argumentativamente das decisões tomadas, seja pela via do voto, seja por outra forma de participação mais orgânica.

Extraí-se destas posições de Dworkin uma tendência que segmentos importantes de doutrinadores juristas americanos desenvolvem hoje acerca dos limites interventivos das decisões judiciais no âmbito da política e da vida social como um todo, delimitando as possibilidades de comportamentos de caráter moral juridicamente aceitáveis.¹⁰⁰

Pela dicção de Dworkin, haveria de se ter no âmbito da jurisdição a consciência de que determinadas questões, que dizem respeito ao código ético e axiológico da comunidade, objeto de deliberação pública pela via da representação popular direta (parlamento, organizações sociais, corporações públicas e privadas), devem ter garantido como espaço de enfrentamento e decisão o plano legislativo e as causas que lhe deram existência, sob pena de se violar os princípios que informam a Democracia contemporânea.

Por tais razões, deveriam os magistrados ficar atentos, no exercício de seus ofícios, no sentido de não adentrar naqueles temas de forma a violar os objetivos matriciais que os identificam, usurpando a fonte legítima que os constituiu como parâmetros comportamentais. Tal perspectiva, entretanto, não implica distanciamento ou indiferença da jurisdição em face daqueles assuntos públicos importantes, mas cautela no manejo deles, afinal o que está em jogo são as próprias regras do jogo democrático e a possibilidade de se instaurar um neodespotismo togado esclarecido.¹⁰¹

O que Dworkin não aborda neste texto (e tampouco de forma direta em seus anteriores ou posteriores trabalhos), é como se poderia pensar, operacionalmente, o comportamento ideal da jurisdição neste particular, haja vista que, efetivamente, a problematização levantada pela sua abordagem têm níveis de pertinência destacados.

Assim é que proponho uma avaliação da reflexão de Jürgen Habermas sobre a relação que há não entre Jurisdição e juízos morais, mas entre Direito e Moral, circunstância que implica releitura mais substancial e procedimental de uma outra perspectiva, a saber, a que trabalha com um conceito complexo de Direito, fundado por postulados axiológicos indeclináveis, a ser manejado pelos magistrados. É o que passo a fazer.

3.3 A RELAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL EM JÜRGEN HABERMAS

O pensamento de Habermas (1986) é marcado pela complexidade e multilateralidade, haja vista o plexo de temas e abordagens a que se lança em cada uma de suas fases investigativas.

¹⁰⁰ Assim como Ronald Dworkin, podemos citar os trabalhos de Tribe (1985, p. 13). Pergunta o autor: “*Who could believe that constitutional decisions and choices might reflect anything as external and eternal, impersonal and inexorable, as the will of the law?*”

¹⁰¹ Tal proposição arrefece a condição do juiz nominado por François Ost como Hércules, “*más que un hombre de ley, un verdadero ingeniero social.*” (OST, 1993, p. 17).

Para este ensaio, todavia, queremos tão somente tencionar a relação que ele estabelece entre Direito e Moral.

Nesta obra, o pensador alemão assevera - a partir de um diálogo com Max Weber -, que a estrutura científico-metódica de um corpo jurídico, reformulado de forma sistemática pelas regras que o constitui e a partir da modernidade, não consegue reivindicar, para si, a eficácia de delimitar as razões de justificação e fundamentação da ordem jurídica estabelecida, ou seja, legitimar a legalidade, questão da mais alta relevância numa sociedade que se quer racional e emancipada dos grilhões obscurantistas de exercício de poderes totalitários (HABERMAS, 1986, p. 26).

Com toda a autoridade que as ciências possam reclamar nas sociedades modernas, as normas jurídicas já não têm reconhecido a sua legitimidade pelo simples fato de os seus significados serem especificados, os seus conceitos explicados, a sua consistência provada e os seus motivos de pensamento uniformizados. Em face disto, o trabalho hermenêutico dos juristas tem importante função na legitimação de todo o sistema jurídico, junto a outros elementos e variáveis sociais, políticas, econômicas e ideológicas que circundam este fenômeno.

Na verdade, para Habermas, os trabalhos de sistematização e aplicação do direito por parte dos juristas especializados tornaram consciente o processo de validade pós-tradicional do direito,¹⁰² pois parte o autor do pressuposto de que toda e qualquer norma jurídica tem de estar fundamentada em um sistema jurídico tornado compreensível a partir dos princípios que o constitui, sendo que estes próprios princípios podem coligar uns com os outros, estando todos expostos a um exame discursivo e público por todos os atingidos e envolvidos por ele. Tais princípios, por sua vez, advêm de um embate tenso e conflituoso das relações sociais, forjados no tempo e no espaço das diferenças naturais e construídas pelo movimento da história, veiculados por postulados éticos e axiológicos que conformam o mundo da vida dos indivíduos e das comunidades (liberdade, igualdade, dignidade da vida humana, livre manifestação do pensamento, tolerância, solidariedade, direito à paz e a um meio ambiente sustentável, etc).

Neste ponto, Habermas faz uma crítica a Weber, pelo fato dele não ter reconhecido a existência de um núcleo moral do direito formal burguês, evidenciado por seus princípios constitutivos (econômicos, comerciais, industriais, etc), porque entendia as intelecções morais - equivocadamente - como orientações axiológicas meramente subjetivas; valores equivalentes a conteúdos não mais realizáveis e, no futuro, impossíveis de se compatibilizar com o caráter formal do direito. Ele não distinguiu entre a preferência de valores, que se *recomendam*, por assim dizer, como sendo mais importantes do que outros dentro de determinadas tradições e formas de vida culturais, e entre a validade deontica de normas (cujo conteúdo é de alta carga valorativa), que obrigam (HABERMAS, 1999).

De qualquer maneira, as reflexões que fizemos até agora levam à conclusão de que não se consegue explicar, a partir de Habermas (1999), a legitimidade da legalidade fundada tão somente numa racionalidade independente e estratégica (que visa alcançar fins totalmente previstos previamente pelo próprio sistema jurídico), instalada nas formas jurídicas; ela tem, antes, que se basear numa relação interna entre moral e direito.

Nesta linha de raciocínio, pondera o autor que mesmo os discursos jurídicos, por mais ligados que estejam ao direito vigente, não se podem movimentar num universo fechado de regras

¹⁰² Validade que necessita explicitar e pôr à prova as razões que justificam sua pretensão de veracidade, coerência e legitimidade.

inequivocamente afixadas. Isto resulta, imediatamente, da estratificação do direito moderno em regras e princípios. Muitos destes princípios são, simultaneamente, de natureza jurídica e moral, tal como se consegue facilmente deduzir no Direito Constitucional. Os princípios morais do direito natural tornaram-se direito positivo no Estado Constitucional moderno (HABERMAS, 1999, p. 33).

Ademais, Habermas e Karl Otto Appel há muito tempo vêm insistindo com a tese da necessidade de compreendermos a argumentação moral como a maneira mais adequada à formação volitiva racional de qualquer ordem social. Assim é que características importantes do Direito positivo contemporâneo tornam-se mais compreensíveis quando concebemos o direito a partir do ponto de vista dos fundamentos morais que o informam, haja vista que as expectativas de comportamento institucionalizadas juridicamente - numa perspectiva meramente positivista - ganham *força obrigatória* simplesmente através do seu acoplamento a um potencial estatal de sanção. (HARRINGTON, 2001).¹⁰³

Ocorre que, para Habermas, o sistema normativo positivo reclama uma *validade social*, determinada pelo grau em que consegue se impor, ou seja, pela sua possível aceitação fática no círculo dos membros do direito (HABERMAS, 1999). Em tal perspectiva, o entrelaçamento entre moral e direito se afigura inexorável, uma vez que a moral não paira mais sobre o direito, como uma proposição suprapositiva de normas (HABERMAS, 1999), tal como sugere a construção do direito racional; ela introduz-se no direito positivo sem, contudo, ficar aí absorvida, como quer o positivismo jurídico mais clássico de Augusto Comte, por exemplo, crendo que nos discursos jurídicos o tratamento argumentativo de questões morais-práticas vem controlado na via da institucionalização jurídico-normativa (HABERMAS, 1999).

Estamos dizendo, com Habermas (1999), que a legitimidade de regras se mede pela resgatabilidade discursiva de sua pretensão de validade normativa, razão pela qual se precisa relevar os argumentos que as justificam sob pontos de vista pragmáticos, éticos e morais, isto ocorre pelo fato de que a legitimidade de uma regra independe do fato de ela conseguir impor-se. Ao contrário, tanto a validade social, como a obediência fática, variam de acordo com a *fé* dos membros da comunidade de direito na legitimidade, e esta fé, por sua vez, apoia-se na suposição da legitimidade, isto é, na fundamentabilidade axiológica e compartilhada das respectivas normas.

Uma ordem jurídica não pode limitar-se apenas a garantir que toda pessoa seja reconhecida em seus direitos por todas as demais pessoas; o reconhecimento recíproco dos direitos de cada um por todos os outros deve apoiar-se, além disso, em leis legítimas que garantam a cada um liberdades iguais, de modo que “a liberdade do arbítrio de cada um possa manter-se junto com a liberdade de todos”. As leis morais preenchem esta condição per se; no caso das regras do direito positivo, no entanto, essa condição precisa ser preenchida pelo legislador político. No sistema jurídico, o processo da legislação constitui, pois, o lugar propriamente dito da integração social. (HABERMAS, 1999, p. 116).

¹⁰³ É interessante ver neste sentido a abordagem que Habermas faz das três formas de uso da razão prática que a modernidade legou ao agir humano, a saber, (1) o uso pragmático da razão prática (voltado para fins, sem se preocupar com as questões éticas ou morais que estão envolvidas nela); (2) o uso ético da razão prática (aqui há um certo apelo a valores, mas não os questiona: herda-os do mundo social no qual a razão está integrada e os utiliza para reproduzir este mesmo mundo); e finalmente (3) o uso moral da razão prática, cujo princípio norteador do agir, neste caso, é o problema da justiça. A razão prática aqui rompe com as tradições e com as certezas ingênuas do mundo social nativo e se pergunta onde está a ação justa, ou o que deve ser feito para que a ação justa prevaleça. A partir dessa ruptura, as interações libertam-se de seu caráter local e histórico e torna-se particularmente abstratas. Isto significa que não se baseiam em nenhuma outra motivação a não ser a busca da justiça; desaparecem as convenções e o caráter transitório e histórico que motivam o agir. (HABERMAS, 1989). Para um aprofundamento desta abordagem, há bons elementos no texto de Harrington (2001).

Mesmo que se diga que com a positivação do direito na Modernidade ele tenha se tornado independente do soberano estatal, jamais desapareceu a problemática da sua fundamentação, mas tão somente um deslocamento de tal fundamentação para um código de ética mais profano, pós-metafísico e desconectado das relações de poder abstratamente justificadas: o processo legislativo das Democracias Modernas (HABERMAS, 1999).¹⁰⁴

Na medida em que, com a ideia do contrato social instituidor do espaço público e privado da civilização, vai-se ter um novo paradigma de fundamentação do poder político e da ordem social juridicamente regulada, a relação entre direito positivo e moral se vê incrementada, apresentando-se esta como repositório dos verdadeiros princípios universais que marcam a natureza humana nas suas mais diversas expressões históricas no Ocidente, presentes na base de toda a legislação daí advinda, constituindo o que kantianamente poderíamos chamar de *imperativos categóricos*.¹⁰⁵ São destes princípios (imperativos) que deriva a legislação, de onde se extrai o direito subjetivo em que cada um pode obrigar todos os outros contratantes a respeitarem a sua liberdade, desde que esta tenha em conta a liberdade igual de todos, ao menos como pressuposto conformador da ordem social pactuadamente estabelecida.¹⁰⁶

Ocorre que os tempos hodiernos demonstram que a dinâmica de uma sociedade integrada através de mercados não se deixa mais aprisionar nos conceitos normativos do direito e, muito menos, *paralisar* no enquadramento de um sistema jurídico, projetado aprioristicamente. Por tais razões, a moralidade instalada no direito positivo possui a força transcendente de um procedimento autorregulador do próprio sistema jurídico, o qual controla e fundamenta sua racionalidade (HABERMAS, 1999).¹⁰⁷

Aliado a isto, há que se considerar que, ou a ordem jurídica permanece embutida nos contextos de um *ethos* da sociedade global subordinada à autoridade de um direito sagrado- como foi o caso das formas de transição absolutistas ou estamentais do Renascimento; ou as liberdades subjetivas de ação são complementadas por direitos subjetivos *de outro tipo* - através de direitos dos cidadãos que não visam apenas à liberdade de arbítrio, mas à autonomia.

Pois, sem um respaldo religioso ou metafísico, o direito coercitivo, talhado conforme o comportamento legal, só consegue garantir sua força integradora se a totalidade dos destinatários singulares das normas jurídicas puder considerar-se autora racional dessas normas. Nesta medida, o direito moderno nutre-se de uma solidariedade concentrada no papel do cidadão que surge, em última instância, do agir comunicativo. A liberdade comunicativa dos cidadãos pode, como vimos, assumir, na prática da autodeterminação organizada, uma forma mediada através de instituições e processos jurídicos, porém não pode ser substituída inteiramente por um direito coercitivo. (HABERMAS, 1999, p. 132).

¹⁰⁴ “A positividade do direito vem acompanhada da expectativa de que o processo democrático da legislação fundamente a suposição da aceitabilidade racional das normas estatuídas. Na positividade do direito não chega a se manifestar a facticidade de qualquer tipo contingente ou arbitrário da vontade, mas sim a vontade legítima, que resulta de uma autolegislação presumivelmente racional de cidadãos politicamente autônomos.” (p. 122)

¹⁰⁵ Habermas está se referindo claramente aos princípios kantianos aqui (1999). Neste sentido, ver Kant (1990). Do mesmo autor, ver (1988). De outro lado, há uma avaliação extremamente interessante envolvendo os limites cognitivos da compreensão destes princípios em Kant, desenvolvido por Goyard (1995).

¹⁰⁶ Desenvolvi melhor este tema em dois trabalhos: Leal (2002, 2003).

¹⁰⁷ Um dos princípios reguladores que podem ser chamados à colação aqui são os Direitos Humanos e Fundamentais incorporados nos sistemas normativos dos Estados-Nação. Trabalhei este tema no livro Leal (2002).

Sendo assim, não se pode esperar que os operadores do direito positivo e do sistema jurídico possam não ser tocados pelo universo axiológico que constitui os seus instrumentos de trabalho. Diferente de Dworkin, Habermas tem consciência de que a natureza também valorativa da norma jurídica está de tal maneira envolvida com sua dimensão pragmática, que se afigura impossível imaginarmos o afastamento de juízos morais tanto na concepção do sistema como na sua efetivação, o que atinge tanto advogados, promotores, procuradores e magistrados.

Pelo contrário, como quer Habermas, os intérpretes - no exercício de seus misteres - renunciam à superioridade da posição privilegiada do observador, porque eles próprios se vêem envolvidos nas negociações sobre o sentido e a validade dos proferimentos que são colocados à interlocução processual/jurisprudencial (as pretensões deduzidas e resistidas). Ao tomarem parte em ações comunicativas jurisprudenciais, aceitam por princípio o mesmo *status* daqueles cujos proferimentos querem compreender¹⁰⁸ (sujeitos de direito). Eles não estão mais imunes às tomadas de posição por sim/não destes sujeitos de direito, mas empenham-se num processo de reflexão e crítica recíproca, na busca do melhor argumento para a tomada da decisão. Assim, podemos concluir que, no quadro de um processo de entendimento mútuo - virtual ou atual - não há nada que permita decidir a priori quem tem de aprender de quem (HABERMAS, 1989).

É inevitável, pois, que juízos de valor se insinuem no discurso/argumentação que constata fatos, atos ou negócios jurídicos, e isto ocorre pelo simples fato de que o cenário para a análise empírica destas situações leva em conta o quadro de referência das interpretações e sentidos quotidianos dos próprios participantes daqueles eventos.

Se isto é verdade, também é correto afirmar - o que faz Habermas (1989) no *Consciência Moral e Agir Comunicativo*¹⁰⁹ - que os intérpretes perdem, é verdade, em virtude de seu engajamento inevitável no processo do entendimento mútuo, o privilégio do observador não participante ou da terceira pessoa, mas que, pela mesma razão, dispõem dos meios para manter de pé, desde dentro, uma *posição da imparcialidade negociada*. Mas o que vem a ser esta posição de imparcialidade negociada?

Para responder a esta questão, Habermas vai buscar subsídios nas reflexões de Jean Piaget e de Lawrence Kohlberg, sustentando que qualquer atividade de interpretação está fundada num processo que podemos nominar de aprendizagem construtivista, baseado nas seguintes suposições: (a) a suposição de que o saber em geral pode ser analisado como um produto de processos de aprendizagem; (b) que o aprendizado é um processo de solução de problemas no qual o sujeito que aprende está ativamente envolvido; (c) que o processo de aprendizagem é guiado pelos discernimentos dos próprios sujeitos diretamente envolvidos nesse processo. O processo de aprendizagem deve, assim, poder se compreender internamente como a passagem de uma inter-

¹⁰⁸ Proferimentos estes que estão dados, por exemplo, pelo sistema jurídico que contempla elementos valorativos eleitos pelo pacto social através de sua representação política, a qual cria instrumentos de vinculação obrigatória dos sujeitos de direito (princípios e regras jurídicas, constitucionais e infraconstitucionais).

¹⁰⁹ o autor alemão aqui que: "O paradigma da interpretação para a hermenêutica é a interpretação de um texto da tradição. Os intérpretes parecem inicialmente compreender as frases de seu autor, mas, em seguida, fazem a experiência desconcertante de que não compreendem adequadamente o texto, isto é, não a ponto de poderem responder, se fosse o caso, a questões do autor. Os intérpretes tomam isso como indício do fato de que continuam a referir o texto a um contexto diferente daquele em que o texto estava de fato inserido. Eles têm que rever sua compreensão. Essa espécie de transtorno da comunicação marca a situação inicial. Eles procuram compreender então por que o autor - na crença tácita de que determinados estados de coisas existem, de que determinados valores e normas são válidos, de que determinadas vivências podem ser atribuídas a determinados sujeitos - faz em seu texto determinadas asserções, observa ou fere determinadas convenções e por que dá expressão a determinadas intenções, disposições, sentimentos e coisas parecidas. Mas é apenas na medida em que os intérpretes averiguam as razões que tornam os proferimentos do autor susceptíveis de aparecerem de seu ponto de vista como racionais que compreendemos o que o autor quis dizer."

pretação X, de um dado problema, para uma interpretação X2 do mesmo problema, de tal modo que o sujeito que aprende possa explicar, à luz de sua segunda interpretação, por que a primeira é errada (HABERMAS, 1989),¹¹⁰ explicitando suas razões de justificação e fundamentação, para que então possa ser compreendida e interagida pelos demais sujeitos envolvidos ou alcançados pela sua pretensão. Daí advém a negociação fundada em argumentos.

Ocorre que esta negociação argumentativa, por sua vez, também está fundada em determinados pressupostos neurais, sem os quais a possibilidade de entendimento dos sujeitos de direito se restringe muito. Tais pressupostos, para Habermas, encontram-se definidos pelo que ele chama de interações comunicativas, a saber: aquelas nas quais as pessoas envolvidas se põem de acordo para ordenar seus planos de ação, sendo que o acordo alcançado em cada caso mede-se pelo reconhecimento intersubjetivo das pretensões de validez (HABERMAS, 1989).

No caso de demandas judiciais, os sujeitos de direito erguem com seus atos de fala (veiculados por suas petições ao magistrado, e mesmo nas oportunidades de manifestação oral, testemunhal, pericial, etc), ao se entenderem - ou não - uns com os outros sobre algo, pretensões de validez, mais precisamente, pretensões de verdade, pretensões de correção e pretensões de sinceridade, conforme se refiram a algo no mundo objetivo (enquanto veracidade da totalidade dos estados de coisas existentes no mundo empírico em que ocorrem os fatos, atos e negócios jurídicos), a algo no mundo social comum (enquanto observância das normas legitimamente regulatórias das relações interpessoais do grupo social a que pertencem aqueles sujeitos de direitos), ou a algo no mundo subjetivo próprio (enquanto certeza das intenções dos sujeitos de direito - boa-fé, litigância de má fé, etc.) (HABERMAS, 1989, p. 82).¹¹¹

Todas estas pretensões que informam as possibilidades de uma ação comunicativa jurisdicional que se queira verdadeiramente interativa, buscando o entendimento dos sujeitos de direito envolvidos no conflito (social, humano e jurisdicional), têm bases axiológicas muito determinadas e passíveis/necessárias de serem bem identificadas/compreendidas, sob pena de se esvaziar de eficácia legítima os argumentos decisoriais da jurisdição, presentes e operantes junto ao sistema jurídico pátrio, através do seu ferramental normativo cogente.

De outro lado, o problema maior aqui é o de delimitarmos quais os limites da jurisdição na imposição de seus argumentos decisoriais para constituir as pretensões de validez que entende serem necessárias para o caso concreto, notadamente no âmbito de temas que têm natureza política complexa e que, não raro, dizem respeito a competências legislativas ou administrativas que envolvem outros elementos institucionais e de competência republicano-federativa. Passamos a tal enfrentamento.

3.4 O PROBLEMA DO CONTROLE DOS ARGUMENTOS MORAIS NAS DECISÕES JUDICIAIS

Conforme as premissas que estamos trabalhando neste ensaio, podemos afirmar que a imposição de normas jurídicas (assim como quaisquer outras regulatórias de relações sociais) está triplamente codificada, porque os motivos para o reconhecimento de pretensões de validez nor-

¹¹⁰ É facilmente perceptível esta situação nas situações envolvendo lides judiciais, na medida em que sempre se tem as teses das partes para serem solvidas pela jurisdição.

¹¹¹ Advirta-se, por oportuno, que estas pretensões não são de modo algum inerentes às entidades ou sujeitos eles próprios, mas apenas aos atos de fala com que nos referimos a eles no discurso constatativo de fatos, atos e negócios jurídicos, a fim de representar um determinado estado de coisas que precisa ser compreendido.

mativas decorrentes dela podem remeter tanto a convicções de caráter moral e empírico vigentes entre os sujeitos de direito, quanto a sanções institucionalmente estabelecidas pela força e coação física *legítimas* exercidas pelo Estado, ou ainda a uma mescla complicada de discernimento e violência exercida pela desordem social da marginalidade e exclusão provocadas pelo mercado e não alcançada pela ordem oficial.

Por tais razões, não basta a entrada em vigor positivista das normas para assegurar duradouramente sua validade social. A imposição duradoura de uma norma (ou de um sistema jurídico) depende também da possibilidade de mobilizar, num dado contexto (da tradição) societário, razões que sejam suficientes pelo menos para explicitar a legitimidade da pretensão de validade que tais normas enunciam no círculo das pessoas a que se endereçam,¹¹² o que implica o reconhecimento da necessária e permanente imposição de juízos de valor sobre a legitimidade das próprias normas e de sua capacidade de cumprir com a função racionalizadora dos pactos civilizatórios que fundam a sociedade moderna, baseada em determinados pressupostos universais,¹¹³ tais como o da dignidade da vida humana, da igualdade e liberdade - material e formal, etc.

Talvez a partir destas considerações, possamos começar a construir uma proposição de atuação jurisdicional que, não negando a importância de reconhecer a inevitável vinculação que possui com determinados juízos de valores ínsitos à condição de ser social no mundo (na situação de magistrado)¹¹⁴, possam também criar mecanismos hermenêuticos de controle e calibração de imposição mais consciente destes plexos axiológicos identificados nos seus argumentos decisórios. Para tanto, cremos ser possível a constituição de uma compreensão e ação jurisdicional imparcial que vise a solução negociada do conflito, observando o que pode ser tomado como

¹¹² De acordo com a ética do Discurso de Habermas, uma norma só deve pretender validade quando todos os que possam ser concernidos por ela cheguem (ou possam chegar), enquanto participantes de um discurso prático, a um acordo quanto à validade dessa norma. (1989, p. 86). Uma das sínteses deste acordo pode ser delimitada pelos Direitos Fundamentais: “*Jamás se podrá estar seguro de si una propuesta normativa podría ser aceptada por todos, pero sí se podrá estar seguro de que una aceptación genuina requiere la garantía de unas condiciones previas establecidas en forma de derechos. Este es el sentido de los derechos fundamentales, los cuales deben ser considerados fundamentales en cuanto derechos democráticos. La base de legitimidad de todo sistema de poder reside aquí, en las garantías establecidas constitucionalmente para salvaguardar la integridad y asegurar la participación de todos los individuos en los distintos procesos políticos y sociales conducentes a la toma de decisiones. Si existe un criterio orientativo de la labor jurisdiccional basado en fundamentos sólidos es éste.*” (SAAVEDRA, 1996, p. 308).

¹¹³ Para Habermas exsurge uma questão fundamental aqui, que deve sempre ser colado quando o tema for o da regulação social, a saber: O que deve dar conta do caráter impessoal ou universal dos mandamentos morais válidos (traduzidos que são para os sistemas jurídicos enquanto normas positivadas)? Para o autor alemão é o princípio moral de que devem ser excluídas como inválidas as normas que não possam encontrar o assentimento qualificado de todos os concernidos possíveis. O *princípio-ponte* possibilitador do consenso deve, portanto, assegurar que somente sejam aceitas como válidas as normas que exprimem uma vontade universal; é preciso que elas se prestem, usando a fórmula kantiana, a uma “lei universal”. Este pressuposto (imperativo categórico habermasiano) pode ser entendido como um princípio que exige a possibilidade de universalizar as maneiras de agir, ou antes, os interesses que elas levam em conta (e que, por conseguinte, tomam corpo nas normas da ação). Nas palavras do autor: “Nessa perspectiva, também o Imperativo Categórico precisa de reformulação no sentido proposto: “Ao invés de prescrever a todos os demais como válida uma máxima que eu quero que seja uma lei universal, tenho que apresentar minha máxima a todos os demais para o exame discursivo de sua pretensão de universalidade. O peso desloca-se daquilo que cada (indivíduo) pode querer sem contradição como lei universal para aquilo que todos querem de comum acordo reconhecer como norma universal”. De fato, a formulação indicada do princípio da universalização visa a realização cooperativa da argumentação de que se trata em cada caso. Por um lado, só uma efetiva participação de cada pessoa concernida pode prevenir a deformação de perspectiva na interpretação dos respectivos interesses próprios pelos demais. Nesse sentido pragmático, cada qual é ele próprio a instância última para a avaliação daquilo que é realmente de seu próprio interesse. Por outro lado, porém, a descrição segundo a qual cada um percebe seus interesses deve também permanecer acessível à crítica pelos demais. As necessidades são interpretadas à luz de valores culturais; e como estes são sempre parte integrante de uma tradição partilhada intersubjetivamente, a revisão dos valores que presidem à interpretação das necessidades não pode de modo algum ser um assunto do qual os indivíduos disponham monologicamente.”

¹¹⁴ É interessante destacar aqui a forma com que Zolo (1994, p. 39) trata este tema, afirmando que os magistrados precisam se dar conta de que encontram-se sempre em um *estado de circularidade cognitiva* em face dos fatos, atos e negócios jurídicos que avaliam: “*Los agentes pueden tener en cuenta críticamente - esto es, reflexivamente - la situación de circularidad en que se encuentran, pero no pueden desprenderse de su propia perspectiva histórica y social o liberarse de las desviaciones de la comunidad científica, cultura o civilización a la que pertenecen y que influye en su percepción de sí mismos. No pueden conocerse objetivamente, pero tampoco pueden, siquiera, conocer objetivamente su medio ambiente, dado que ellos mismos lo alteran al proyectar en él sus propias inclinaciones cuando interactúan con él haciéndolo objeto de su cognición.*”

universal dentre não só os interesses litigantes, mas dentre os interesses e valores da própria comunidade em que estes ocorrem, envolvendo todos os sujeitos (não só de direito) atingidos potencial e efetivamente pela decisão judicial. Em outras palavras, a formação imparcial do juízo e da decisão judicial exprimem-se, por conseguinte, em um princípio que força cada um, no círculo dos concernidos, a adotar, quando da ponderação daqueles interesses, a perspectiva de todos os outros, tendo consciência do impacto supra-normativo da decisão do Estado Juiz junto ao tecido social em que ela vai operar, e o que isto representa no âmbito da preservação/transformação do mundo da vida cotidiana (MEAD, 1990).

Desta forma, não há que se falar em hermenêutica, interpretação ou aplicação do Direito pelos magistrados tolhendo os juízos de valor que, na verdade, os constituem enquanto seres sociais forjados no mundo da vida a que pertencem (como aparenta querer Dworkin), mas assumir tal possibilidade como real e inafastável, para os efeitos de definir formas de controle permanente dos limites contingenciais (não universais, violando a especificidade dos casos concretos) impostos para tal atividade. Nas palavras de Saavedra:

Los límites que encuentran los jueces para hacer del derecho lo mejor que puede llegar a ser fluctúan debido a la tensión entre el derecho establecido en los textos y su necesaria justificación moral. Es imposible excluir las razones de principio de los fundamentos de las decisiones judiciales. Desde luego, en gran parte de las sentencias al uso es muy difícil encontrar este tipo de razones entre los fundamentos. Basta con las remisiones legales pertinentes. Pero un razonamiento judicial completamente explícito exige sin duda la consideración de razones de principio. Los principios jurídicos son los que controlan el razonamiento judicial, la interpretación y el desarrollo jurisprudencial del derecho. Y los principios jurídicos se caracterizan por su fuerza moral. Seguirían actuando como fundamento aunque ninguna norma legal obligase o permitiese a los jueces utilizarlos. (SAAVEDRA, 1996, p. 303).¹¹⁵

Para que se dê efetividade a esta perspectiva de jurisdição, fundada na ideia de interlocução realmente participativa no âmbito das demandas judiciais, desvelando através da comunicação não coitada dos sujeitos de direito envolvidos o universo de interesses que está em jogo, propomos que sejam levadas à consideração da decisão judicial os seguintes elementos:

1. A uma, a forma organizacional do próprio sistema de poder institucional vigente em cada país, levando em conta as competências constitucionais e infraconstitucionais de cada entidade federativa e sujeitos de direito, bem como os ordenamentos normativos positivados decorrentes desta estrutura, sob pena de se violar a ordem democrática de representação política, instaurando-se uma totalitária substituição destas estruturas pela vontade imperial da judicatura;¹¹⁶

¹¹⁵ Adverte, assim, o mestre espanhol: “*Así pues, entre los criterios rectores de la actividad jurisdiccional en el Estado de derecho se da una constante e ineludible tensión: por un lado, el principio de legalidad somete a los jueces a la ley; por otro, la necesaria fundamentación moral de la decisión jurídica exige no perder de vista las razones de justicia mediante las cuales la ley ha de convertirse en derecho; y, por último, la soberanía popular y su expresión de que la justicia emana Del pueblo parece exigir la remisión de la decisión judicial, al menos en último término, a la voluntad del cuerpo social.*”

¹¹⁶ O que pode implicar um ativismo voluntarista jurisdiccional muito perigoso às regras do jogo democrático. Por tais razões, temos reservas a algumas posições garantistas deflagradas ao longo do tempo, dentre as quais destacamos: Ferrajoli (1994, p. 49); Cárcova (1996, p. 317). A tese que sustentam estes pensadores é a de que a legitimidade dos magistrados é distinta daqueles que têm poder institucional reconhecido pela representação política, oriunda da vontade das maiorias, haja vista que ela se assenta na tutela da intangibilidade dos direitos fundamentais consagrados na ordem constitucional contemporânea (nacional e internacionalmente). Em

2. A duas, o necessário tensionamento destas competências em termos de ineficiência ou passividade, em face dos direitos e garantias fundamentais (imperativos categóricos de fundação, organização e desenvolvimento social) dos cidadãos, bem como os interesses tutelados precípuos decorrentes daí, para eleva-los à condição de argumentos parametrizantes da intensidade de incisão da decisão judicial aos casos concretos.

REFERÊNCIAS

BORINO, Pablo Raúl. *El Imperio de la Interpretación: los fundamentos hermenéuticos de la teoría de Dworkin*. Madrid: Dykinson, 2003.

DWORKIN, Ronald. The judge's new role: should personal convictions count? *Journal of International Criminal Justice*, New York: Damos, v. 1, mar. 2003.

FOLSOM, Ralph. *Summary of England Law*. London: Saint Paul, 1990.

GOYARD, Gustav Fabre. *Kant et le Problème du Droit*. Paris: Vrin, 1995.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Moral*. Instituto Piaget: Lisboa. 1986.

HABERMAS, Jürgen. *Faticidade e Validade*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

HARRINGTON, Austin. *Hermeneutic dialogue and social science: a critique of Gadamer and Habermas*. New York: Routledge, 2001.

KANT, Imanuel. *Metafísica de las Costumbres*. Madrid; Sigloveinteuno, 1990.

KANT, Imanuel. *Princípios metafísicos de la doctrina del derecho*. México: Unam, 1988.

LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

LEAL, Rogério Gesta. *Teoria do Estado: cidadania e poder político na modernidade*. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

LEAL, Rogério Gesta. *Hermenêutica e Direito*. 4. ed. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2003.

LEAL, Rogério Gesta. *O Estado-Juiz na Democracia Contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LEAL, Rogério Gesta. *A Decisão Judicial: elementos teórico-constitutivos à efetivação pragmática dos Direitos Fundamentais*. Chapecó: Ed. Unoesc, 2012.

MEAD, Hary G. *The Language of Morals*. London: Oxford, 1990.

razão disto, considerando que estes direitos estão assegurados a todos e a cada um de maneira incondicionada, inclusive contra as maiorias sociais, é que o judiciário tem a função de garantir a exequibilidade de todas estas prerrogativas, independentemente dos demais atores sociais públicos e privados que contracenam no mesmo espaço, com diferentes matrizes de legitimidade (Executivo e Legislativo contam com a legitimidade do sufrágio popular, por exemplo).

OST, François. *Júpiter, Hércules y Hermes: Tres Modelos de Jueces*. Revista “Doxa”, Alicante: Universidad de Alicante, n. 14. 1993.

SAAVEDRA, Modesto. *Interpretación Judicial del Derecho y Democracia*. Revista Ajuris. Porto Alegre: TJRS, v. 68. 1996.

VERDROSS, Alfred. *La filosofía del derecho del mundo occidental*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1982.

ZOLO, Danilo. *Democracia y Complejidad: un enfoque realista*. Nueva Visión, Buenos Aires: Aidos, v. 4, 1994.

Capítulo IV

*Condições e Possibilidades de Uma Jurisdição
Democrática e Comunitária: Fundamentos
Filosóficos e Políticos*

4.1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

Este ensaio pretende abordar o tema dos perfis democrático-procedimentais da jurisdição sob uma perspectiva comunitária. Para tanto: vou tratar de enfrentar, de forma genérica, como se delimitam as referências alienígenas do chamado comunitarismo filosófico e político do século XX; num segundo momento, vou indicar algumas matrizes doutrinárias destes modelos para a experiência jurídica norte-americana, notadamente o chamado grupo ativista, passando a, num terceiro momento, traçar um paralelo daquela experiência com algumas características mais ativistas da jurisdição brasileira. A partir daqui, vou perquirir que perspectiva comunatarista de jurisdição pode servir à nossa realidade.

4.2 ASPECTOS CONCEITUAIS PRELIMINARES DO COMUNITARISMO FILOSÓFICO E POLÍTICO

Sob o ponto de vista filosófico, penso que uma das perspectivas mais fundacionais do comunitarismo contemporâneo é a que se vincula a um certo neoaristotelismo ético,¹¹⁷ preocupado em demarcar uma ética normativa substantiva enquanto reação frente aos procedimentalismos vazios das estratégias racionalista e cognitivista kantianas (MACINTYRE, 1982, p. 83),¹¹⁸ que dão um relevo de tal monta universalista à razão humana que afasta a possibilidade da contingência, restringindo a percepção do mundo à sua dimensão ideal.¹¹⁹

Nesta direção, este neoaristotelismo opõe à modernidade três tipos de objeções: a proeminência das formas da sensibilidade moral frente ao cognitivismo; a imprescindibilidade do juízo moral e seu destacado caráter contextual; o caráter histórico-cultural e material dos valores, bem como dos critérios de valoração moral.

Todo ello supone que somos capaces de contemplar las disposiciones morales desde fuera y reivindicar una perspectiva ética más compleja que desborda la subjetividad encerrada. La cuestión es describir adecuadamente el entramado de la moral y mostrar hasta qué grado incluye en ella pretensiones de universalidad: en la vida moral hay elementos universalistas ligados a nuestras nociones de autonomía y justicia. (QUINTANA, 2005, p. 122).

A crítica que se faz aqui ao universalismo radical da metafísica kantiana e de sua ética conformativa é no sentido de que estão fundadas em princípios e pressupostos abstratos demais, conduzindo a compreensão e a ação humana para um certo tipo de irracionalismo emotivista em face de problemas concretos do cotidiano das pessoas. Para estes neoaristotelistas, é a partir também de nossa própria tradição e história que podemos compreender e interagir com a identidade

¹¹⁷ Lembremos que, para Aristóteles, a dimensão ética da vida do homem ateniense diz respeito ao conjunto de virtudes (intelectivas e morais) que possui para identificar-se no seio de sua comunidade, com as tradições e tipos de racionalidades específicas que a constituem. Contemporaneamente, MacIntyre vai dizer que os conceitos de homem médio, o médio justo, etc., só adquirem sentido aristotélico no marco da polis de cada tempo, em cuja prática cotidiana o homem aprende a comportar-se segundo estes padrões estabelecidos, os quais lhe permitem viver virtuosamente, logrando o reconhecimento dos seus pares (teoria da amizade, fundamento maior da ética aristotélica). Neste sentido ver o texto Aristóteles (1999).

¹¹⁸ Neste ponto, MacIntyre, adverte para o fato de que a filosofia moral kantiana operou em erro quando sustentou que as regras morais são universais, e que a vontade do sujeito racional impõe automaticamente o cumprimento destas regras, razão pela qual os princípios gerados destas regras podem ser assumidos independentemente de circunstâncias e condições concretas, espacial e temporalmente falando. Desta forma, estar-se-ia provendo a moral de validade universal, sem qualquer necessidade de justificação.

¹¹⁹ Este neoaristotelismo ético é uma construção categorial que pode ser explorada nos trabalhos de Quintana, (2005); Thiebaut (2001) e MacIntyre (1988).

moral de nossas culturas. Por tais razões, as noções de justiça e de moral se vinculam à comunidade em que elas são operantes (THIEBAUT, 2001, p. 139).¹²⁰

Não se pode, assim, realizar uma apropriação dos discursos morais do passado sem levar em conta a contextualização de seus elementos constitutivos, sob pena disto gerar um uso indevido e de infundável discordância das categorias e das interlocuções nas quais elas são manejadas pelos sujeitos sociais, o que gera, por conseqüência, crises sintática, semântica e pragmática da própria moral no cotidiano.

El juicio moral y práctico de toda cultura es una conjunción de elementos universales y invariables, y locales y variables, simultáneamente. El proyecto de lograr fundamentar un orden social desde donde desligarse de la contingencia y la particularidad de una tradición es imposible. Tal proyecto ingenuamente universalista, con la pretensión de ser independiente de toda tradición, no es más que un absurdo proyecto de filósofos que intentan vanamente emanciparse de la tiranía de la tradición, de la que, sin embargo, nunca pueden escapar. (FAFIAN, 2001, p. 119).

A tradição liberal, ao tentar impor, pela via do mercado, um espectro de necessidades artificiais e pautadas por demandas de consumo de produtos, operou o que se pode nominar de transmutação político-morfológica do sujeito social, eis que transferiu sua condição de ser no mundo do espaço da cidadania aristotélica (mesmo que formal), para um outro que é o espaço sem identidade, coletiva e comunitária, do ser abstrato e universal, definido por juízos e pautas de ação pré-ordenadas por algo que lhe esvazia a condição de *homo politicus* localizado no tempo e no espaço, e lhe joga para o limbo do pensamento único e da estereotipação alienante de consumidor global - excluindo, por esta lógica, todos aqueles que não têm condições de consumir. Surge aqui a figura do indivíduo como indivíduo, sem inserção contingencial, auto-suficientemente capaz de ser livre e feliz.

Assim é que esta racionalidade liberal faz uma verdadeira abstração das particularidades históricas da tradição de cada qual, ocultando tais diferenças no fórum do debate público, ignorando e mesmo negando tudo o que não seja expressão daquela universalidade que ostenta em sua percepção reducionista do mundo.¹²¹

Como lembra MacIntyre (1988), revela-se absurda mas ao mesmo tempo eficaz esta pretensão da cultura liberal de impor uma perspectiva (de matriz nietzscheana) sobre todas as demais outras visões de mundo existentes, através de argumentos e justificativas de caráter universal, apresentadas como melhores em face de suas fundamentações racionais e neutras, mas que, todavia, jamais conseguiram superar ou mesmo anular as incongruências do discurso e da ação moral do homem moderno.¹²²

Na via da institucionalidade deste modelo liberal de ordenação social, tem-se mecanismos formais de veiculação dos desejos e projetos de vidas singulares de indivíduos atomizados em suas perspectivas de mundo autoritárias e imunes a qualquer problematização coletiva, tais como

¹²⁰ Barker (1993, p. 282), lembra que o estagirita referira: "Before we can define people's rights or investigate the nature of the ideal constitution, it is necessary for us first to determine the nature of the most desirable way of life."

¹²¹ "La universidad liberal há propiciado un enorme grado de uniformidad del pensamiento en la medida en que la presentación de sus hipótesis por los profesores en el salón de clases requiere un proceso previo de homogenización de los estándares de racionalidad y la reducción de las diversas tradiciones a un solo discurso argumentativo, el de la cultura liberal." (QUINTANA, 2005, p. 149).

¹²² Na mesma direção ver os textos de Fitzpatrick (2001) e Benhabib (1996).

a representação política e o sufrágio, que podem perfeitamente existir sem qualquer refração comunitária; tais como os Poderes de Estado (Legislativo, Judiciário e Executivo), que, insulados em instâncias burocráticas de gestão, ou tomados por camarilhas ideológicas e criminosas, ocupam-se de metas e políticas desenraizadas da matriz societária que deveriam representar, negando e violando de forma explícita, pela via do assalto ideológico, ilícito e utilitário da máquina pública (privatização possessiva do espaço público), as demandas majoritárias da cidadania.

Esta matriz liberal vai radicalizar a dimensão pragmática do princípio da separação de poderes que informa o constitucionalismo moderno, a ponto de criar verdadeiros feudos e ilhas incomunicáveis de administração e competências reservadas e exclusivas, indicadas pelo viés restritivo da legalidade constitucional e infraconstitucional vigente, ao mesmo tempo em que consegue impingir um certo esvaziamento político destas questões, atribuindo-lhes tão somente feições tecno-burocráticas.

Decorrência lógica deste cenário é o isolamento, em face da Sociedade Civil, dos poderes instituídos do Estado, enquanto instâncias meramente executoras de atribuições predeterminadas pelo sistema jurídico, sem qualquer conexão/interlocução cotidiana com os cidadãos, a não ser pelas fórmulas administrativas instituídas (petições, reivindicações, reclamações, etc), todas focadas em aspectos curativos e não preventivos/participativos da gestão dos interesses comunitários (LEAL, 2006).¹²³

Tais fatos, ao fim e ao cabo, revelam inexoráveis, ao longo da história da civilização ocidental, a existência de conflitos de caráter axiológico e deontológico no tecido social, haja vista a pluralidade de manifestações e perspectivas diferidas sobre questões centrais à vida humana, como o conceito de justo, bem, felicidade, etc.¹²⁴ Estas tensões não residem, pois, tão somente no âmbito da especulação filosófico-metafísica, mas alcançam dimensões políticas demasiadamente amplas, haja vista que implicam ânimos beligerantes e litigiosos entre os sujeitos sociais¹²⁵.

Neste sentido, há certa síntese histórica do pensamento político ocidental contemporâneo na direção de reconhecer que, se o liberalismo político e filosófico dos séculos XVII e XVIII contribuiu definitivamente à consolidação do capitalismo e da lógica de mercado como hegemônica no âmbito da organização das relações sociais, afigurando-se decisivo para o processo de exclusão e marginalização social de milhões de indivíduos, isto se mostrou deveras paradoxal, eis que tais movimentos fundavam-se sobre uma filosofia de emancipação do indivíduo - como mônada -, pela via de sua capacidade racional de ser livre e promover, com seu trabalho, o desenvolvimento de todos (HABERMAS; RAWLS, 2000).¹²⁶

¹²³ Vai nesta direção a crítica de Weber (1969, p. 239), quando adverte que o pessoal especializado encarregado da aplicação das normas jurídicas, da burocracia estatal, é o que melhor caracteriza o direito das sociedades capitalistas e o distingue do direito das sociedades anteriores, eis que seu objeto central era o de construir um monopólio estatal administrado por funcionários segundo critérios dotados de racionalidade formal, assente em normas gerais e abstratas aplicadas a casos concretos por via de processos lógicos controláveis.

¹²⁴ É de se lembrar que a teoria de bem e de felicidade, da virtude, da justiça e do direito, já estavam presentes, de forma concatenada, desde Aristóteles, em especial no texto *De la moral a Nicómaco*.

¹²⁵ Refletindo-se em termos institucionais (como os conflitos partidários, entre os poderes do Estado, no próprio mercado), e intersubjetivos (coletivos e individuais, formais e informais, lícitos e ilícitos, como os de categorias sociais organizadas, movimentos sociais, organizações não governamentais, organizações criminosas - nacionais e internacionais -, associações civis, e mesmo os conflitos atomizados entre sujeitos de direito que litigam à proteção de interesses legítimos envolvendo crença religiosa, opção sexual, etc.). Ver Leal (2003).

¹²⁶ Em face deste paradoxo é que pensadores como John Stuar Mill vão preconizar a tolerância da intervenção do Estado para corrigir determinados rumos do mercado e das relações de poder, sob pena de se inviabilizar o próprio sistema capitalista e de mercado. Neste sentido a reflexão igualmente importante de Offe (1980).

Tal paradoxalidade somente viu-se aguçada no evolver dos tempos, eis que não conseguiram os liberais equalizar o problema da liberdade com o da igualdade, dando preferência sempre ao primeiro valor constitutivo da natureza humana na perspectiva da modernidade, e deixando a descoberto a necessária igualdade substancial e procedimental dos atores sociais (RAWLS, 1994).¹²⁷

As críticas que decorrem dos erros e falácias dos diversos liberalismos que foram se constituindo no tempo, vão desde o marxismo mais hortodoxo da experiência soviética - com Lênin, Trotski, Rosa Luxemburg, o próprio Stálin e Kerensky -, até a social democracia oriunda do pós-guerra da metade do século XX, com Cornelius Castoriadis, Claude Lefort, Perez Luño, Peces Barba, Norberto Bobbio, Michelangelo Bovero, Gustav Bünz, Theodor Wass, por exemplo. Tais críticas são unânimes em tensionar, dentre outras coisas, a base fundacional da perspectiva liberal que é o indivíduo e o individualismo - mais ou menos sempre presente em suas considerações e teses sociais, políticas, econômicas e jurídicas.¹²⁸

Como contrapartida daquela matriz individualista, os críticos do liberalismo (respeitadas as variações e ideologias que defendem, como visto acima) foram apresentando proposições que elegeram como centro neural da constituição do social não o indivíduo em si, mas as relações entre indivíduos num determinado contexto espacial e temporal delimitado, marcado por variáveis culturais, econômicas e políticas bem específicas. O que é valorado aqui é a natureza social do ser humano, em suas interações coletivas com a comunidade a que pertence, respeitadas suas diferenças étnicas, religiosas, de preferências sexuais e culturais, etc.. Em outras palavras, o que importa no processo de delimitação das possibilidades de desenvolvimento do homem como ser social é a sua inserção comunitária em termos de participação política efetiva à construção de identidades e valores compartilhados que, por sua vez, possibilitem um entendimento sobre o que seja o bem comum deste ser coletivo.

Estou falando de uma alternativa à concepção liberal de sociedade que está fundada numa concepção mais pluralista de mundo e de homem, por óbvio que não calcada, por exemplo, na ideia de *pluralismo razoável* de Rawls (1994) e Cohen (1989), ou seja, sociedades democráticas que se caracterizam pela existência de uma diversidade de concepções sobre a vida digna, muitas vezes incompatíveis e irreconciliáveis entre si, mas que, mesmo assim, observam critérios de razoabilidade no exercício de suas convicções, haja vista que o pressuposto natural desta razoabilidade é deveras metafísica, eis que a experiência histórica tem demonstrado exatamente o contrário, ou seja, que a racionalidade humana ocidental (estratégica e instrumental) está muito mais marcada por padrões mercadológicos de concorrência individualista e de exclusão social do que de entendimento, igualdade e solidariedade.

O pluralismo de que estou falando aqui, e o que interessa para o debate proposto, tem a ver com o reconhecimento de que a sociedade se compõe de uma pluralidade de categorias sociais, de classes, de grupos sociais, econômicos, culturais e ideológicos. Reconhecer isto significa compreendê-la como uma sociedade conflitiva, de interesses contraditórios e antinômicos, afigu-

¹²⁷ No campo jurídico, as abordagens de Rawls são um exemplo disto, eis que o autor trabalha com a lógica de que, por serem os indivíduos racionais, eles podem estabelecer padrões de condutas e comportamentos que visem ao desenvolvimento justo e equilibrado de seus interesses, isto independente de quaisquer variáveis contingenciais atinentes às particularidades espaciais e temporais do espaço que ocupam, como as políticas, econômicas e culturais. Tais padrões figuram como verdadeiros princípios universais a serem observados incondicionalmente, o que se demonstrou absolutamente inverossímil em termos de contemporaneidade, haja vista os níveis de desentendimento em termos do conceito de bem e em face dos radicalmente distintos e inconciliáveis interesses individuais em jogo.

¹²⁸ Há uma excelente crítica destes movimentos em direção a novas alternativas no texto de Elster e Hylland (1990). De igual sorte, ver o texto de Bessette (1994).

rando-se um desafio permanente o de construir o equilíbrio entre as tensões múltiplas e por vezes contraditórias, em conciliar a sociabilidade e o particularismo, em administrar os antagonismos e evitar divisões irreduzíveis.¹²⁹

Vão nestas direções, ao que interessa este ensaio, as reflexões filosóficas e políticas de autores como Michael Sandel, Michael Walzer (1998), Charles Taylor (1993) e Alasdair MacIntyre, os quais se identificam como bases mais recorrentes do objeto deste tópico que é o comunitarismo.

No caso específico de Sandel, há um argumento interessante no sentido de que, quando o tema é o comunitarismo, há múltiplas e diferentes - as vezes contraditórias - perspectivas de vida e mundo, eis que

*The debate is sometimes cast as an argument between those who prize individual liberty and those who think the values of the community or the will of the majority should always prevail, or between those who believe in universal human rights and those who insist there is no way to criticize or judge the values that inform different cultures and traditions. (SANDEL, 2002 p. 11).*¹³⁰

O ponto central para Sandel, com o que concordo, é que se garantam numa sociedade marcada pela complexidade e pela diferença, direitos e prerrogativas sociais reconhecendo as distintas visões e projetos de mundo como legítimas (observados tão somente alguns pressupostos e fundamentos historicamente constituídos no tempo e na história de cada qual - atinente aos direitos humanos e fundamentais, por exemplo), sem impor consensos majoritários atinentes a uma perspectiva de boa vida (*good life*), gerando um pensamento único ou hegemônico em torno do que é melhor para os cidadãos em nível de competências morais e convicções religiosas.

Mesmo em termos de decisões políticas institucionais (como as parlamentares e do Poder Executivo no exercício operacional das políticas públicas), não se pode perder de vista aquela conformação multiculturalista do tecido social, pois ela deve ser respeitada e mantida pela ordem normativa de convívio intersubjetivo e coletivo.

Com esta proposição teórica, Sandel considera, dentre outras coisas, o papel nodal, historicamente constituído no tempo e no espaço, dos direitos humanos e fundamentais como elementos axiológico-normativos parametrizantes do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana, e suas funções de demarcar, em termos genéricos, os limites positivos e negativos da ação dos sujeitos de direito (públicos e privados), opondo-se à tese de que

the principles of justice that specify our rights do not depend for their justification on any particular conception of the good life or, as Rawls has put it more recently, on any comprehensive moral or religious conception. It is the claim for the priority of right that "Liberalism and limits of justice" seeks to challenge. (SANDEL, 2002, p. 10).

Por tais razões é que o autor supra insiste com a tese de que tanto liberais, quando asseveram que os direitos devem ser neutros em face de questões morais, como os comunitaristas, quando afirmam que os direitos devem estar fundamentados em valores sociais estabelecidos, es-

¹²⁹ Neste sentido, ver os textos de Bauman (1999); Ramonet (1998) e Arnaud (1999).

¹³⁰ A partir de tal perspectiva, o autor afirma que: "Insofar as communitarianism is another name for majoritarianism, or for the idea that rights should rest on the values that predominate in any given community at any given time, it is not a view I would defend." Isto porque sua concepção de comunidade é muito mais ampla do que maiorias, estas circunstanciais demasiadamente.

tão equivocados, propondo Sandel uma terceira perspectiva, no sentido de que *rights depend for their justification on the moral importance of the ends they serve* (SANDEL, 2002, p. 12).

Aqui, pois, já se pode vislumbrar uma proposição mais procedimental de formatação dos direitos e de suas exeqüibilidades pragmáticas, tendo ainda como suporte categorial tanto o universo normativo de caráter valorativo, como o regramento dos sistemas jurídicos vigentes, ancorado, a partir do constitucionalismo do século XX - notadamente -, na base da soberania popular e suas manifestações (institucionais ou não, pacíficas e revolucionárias), perfeitamente sintonizado com a noção de comunidade de sujeitos de direitos.

É o que dizem Chandran e Pettit, ao sustentarem que é ficcional a tese dos liberais, notadamente falando de Rawls, no sentido de que a comunidade se apresenta como produto da associação de indivíduos independentes e de que seu valor deve ser aferido em face da forma justa com que os indivíduos se associam, pois a própria existência de indivíduos capazes de estabelecerem acordos para formarem associações pressupõe a existência de algum tipo de sociabilidade pré-constituída racionalmente, capazes de deliberar, refletir e escolher (KUKATHAS; PETIT, 1995).

E como esta perspectiva filosófica e política do comunitarismo vai se projetar sobre a questão da jurisdição constitucional? Para tentar esboçar uma das possibilidades de resposta a esta pergunta - que é a que me interessa -, vou trazer à colação a experiência de algumas reflexões jurídicas norte-americanas, eis que elas apresentam uma trajetória mais longa neste debate e podem se postar como contraponto às novas experimentações jurisdicionais brasileiras nasceras a partir de nossa Constituição de 1988, em especial.

4.3 APONTAMENTOS TEÓRICO-CONSTITUTIVOS DOS MODELOS PRAGMÁTICO-INTERPRETATIVOS E OPERATIVOS DA JURISDIÇÃO NORTE-AMERICANA: UM ESCORÇO ESTRUTURANTE

De uma forma mais pontual, a experiência norte-americana em termos de jurisdição é bastante anterior à brasileira sob uma perspectiva comunitarista, até em face de sua estrutura sistêmico-constitucional de origem estar formatada de maneira diferente da romana-germânica, isto tanto em termos de concepção de sistema, ordenamento e norma jurídicos, como no que tange às suas interpretações e aplicações (LEAL, 2002).

Pode-se dizer, a título exemplificativo, que os métodos norte-americanos de interpretação e aplicação da lei constituem-se a partir da ponderação entre o princípio da supremacia legislativa e o papel dos juízes como garantes dos valores públicos vigentes e plasmados notadamente na ordem constitucional. Em face disto, a doutrina especializada tem referido que são quatro as matrizes centrais do pensamento jurídico norte-americano, a saber:

- (1) Originalistas (ou textualistas, ou fundamentalistas), que pregam a reconstrução do *original intent* dos legisladores - principalmente dos *Framers of the Constitution*, aqueles que promulgaram a Constituição -, utilizando como parâmetro a situação histórica e cultural da época da edição da norma. Para tal perspectiva, os juízes não podem aperfeiçoar o texto da Carta Política a partir de suas próprias convicções, eis que eles estão obrigados (presos) com o entendimento original da Constituição (dos seus fundadores), razão pela qual o Judiciário não pode interpretar este documento

para favorecer os valores e liberdades que ele entende como corretos e adequados (SUNSTEIN, 2005).¹³¹ De igual forma, tampouco a sociedade civil ou os demais poderes do Estado podem alterar o Texto Constitucional, eis que lhes faltariam legitimidade para tanto. O processo de adequação dos ditames constitucionais só poderiam ser dados de forma cautelosa pelo Judiciário, sempre atento à mudança comportamental da comunidade que é constituída pela norma maior (e nunca a constitui) (SANDEL, 1998). Aqui se encontram Justices como Scalia, Thomas e Douglas Ginsburg, por exemplo;

- (2) Majoritaristas, que pretendem *to reduce the role of Supreme Court in American government by allowing the democratic process to work its will, like a judgments of elected representatives. To this majoritarianism, measures like affirmative action or to forbid sex-sodomy are the competence of Parliament.* De tal sorte, reconhecendo que há temas de tal envergadura que dizem respeito e mesmo reclamam amplo processo de maturação política e social, é imperioso que o Judiciário respeite as regras de competência institucional e permita o funcionamento da democracia representativa. Em termos de referência da Suprema Corte dos EUA, pode-se identificar em tal posição o Justice Oliver Wendell Holmes (ESKRIDGE, 1989; TARUFFO, 2003).
- (3) Minimalistas, ora considerados como os juristas que não crêem em nenhuma teoria da constituição ou da jurisdição salvífica ou mesmo emancipatória, eis que não concebem nenhum tipo de compromisso social do Poder Judiciário, mas tão somente concentram-se na solução do caso concreto de acordo com a lógica do *stare decisis*. Sunstein indica como tal, a título de exemplificação, a Justice O'Connor, asseverando que estes juristas são [...] *skeptical about general theories of interpretation; they want to precede one step at a time. They refuse to promote a broad agenda, and they are skeptical of movement judges of any kind. They are nervous about the exercise of judicial power, and they disagree with those who want the Supreme Court to elaborate new rights and liberties lacking a clear foundation in our traditions and practices* (SUSTAIN, 2005, p. 04).¹³²
- (4) Perfeccionistas, aqui entendidos aqueles movimentos que dão relevo destacado para a dimensão subjetiva das atribuições de sentido que o Poder Judiciário tem feito ao longo do tempo - notadamente com os precedentes -, passíveis de sofrerem mutação judicial em face das crenças e convicções filosóficas e existenciais perpassadas pelos magistrados em suas decisões judicialiformes. Eles acreditam que o judiciário deve utilizar como parâmetros para a interpretação da lei os princípios da divisão dos poderes e da soberania legislativa, buscando sempre propiciar o desenvolvimento e a garantia dos valores públicos.¹³³ Afirmam que os tribunais são os órgãos mais confiá-

¹³¹ Nas palavras de Sunstein: “[...] *If judges are bound by the original understanding of the Constitution, than they cannot interpret the document to favor the values and liberties that they prefer. Hence fundamentalism can claim the virtues associated with the rule of law.*”

¹³² Sendo esta a opção metodológica do próprio Sunstein, conforme relata neste texto, na página 35.

¹³³ Na doutrina italiana, tal preocupação está igualmente presente, em especial na dicção de Bongiovanni (2005, p. 37), ao dizer que: “[...] *Il tema della attività del giudice davanti i principi costituzionali mette in evidenza aspetti fondamentali dei sistemi contempora-*

veis e mais bem equipados para garantir determinados valores essenciais a um Estado constitucional, e, por esta razão, os preceitos legais são tão flexíveis quanto as regras de *common law*, devendo o judiciário adaptá-los conforme os padrões morais e os valores públicos referidos, valendo-se inclusive e principalmente o processo histórico de formatação do plexo axiológico impresso no Texto Político, os seus princípios substantivos e os precedentes consagrados no tempo e no espaço de cada experiência societal. Na dicção de Sunstein, tais juristas

want to make the Constitution the best that it can be, however, in direction of their own deepest beliefs about freedom of speech, equal protection of the laws, the power of President, required a rule of one person, one vote; prohibited compulsory school prayer; provided broad protection to political dissident, and other fundamental questions. (SUSTAIN, 2005, p. 07-36).¹³⁴

Por certo que, a despeito das inúmeras declinações destes verdadeiros movimentos doutrinários - e alguns ideológicos¹³⁵ - ao longo da história dos EUA, o fato é que este debate está longe de chegar ao fim, pois enquanto fundamentalistas estão comprometidos com o pluralismo político, afirmando que os juízes, agentes não eleitos popularmente, não podem substituir com os seus valores aqueles postos pelo legislador regularmente eleito, restando ao Congresso a competência privilegiada de resolver os conflitos de interesses sociais, devendo a magistratura seguir a lei, e não sua própria visão da justiça, há posições doutrinárias e jurisprudenciais mais ousadas, preconizando uma maior intervenção do Poder Judiciário no cotidiano das pessoas e das instituições.¹³⁶

Estas diferenças e identidades dos movimentos jurídicos e hermenêuticos sob comento estão vinculados, direta ou indiretamente - como não poderia deixar de ser - ao fenômeno político (partidário fundamentalmente), que se desenvolve no contexto americano, retratado pelas macro-posições de Republicanos e Democratas, o que igualmente é histórico nos EUA, haja vista o debate entre federalistas e antifederalistas, no final do século XIX, envolvendo a forma mais racional de exercício do poder político e do governo (e o seu controle), apta a gerar a aceitação da representação institucional fundada no entendimento e não mais na força (HAMILTON; MADISON, 2005).

nei: in particolare fa emergere il problema dei vincoli del giudice nella applicazione dei principi e nelle operazioni di bilanciamento. Quest'ultimo aspetto assume nei sistemi democratico-costituzionali anche la dimensione relativa a chi decide cose è il diritto: se cioè il giudice o il legislatore. L'interpretazione dei principi pone perciò sia il problema relativo agli spazi di intervento e ai vincoli del giudice nella applicazione dei principi, sia quello del suo ruolo, rispetto a quello del legislatore, nei sistemi democratico-costituzionali." Esta mesma abordagem já tive oportunidade de fazer em Leal (2006, p. 353-410).

¹³⁴ Para o autor, "[...] is possible frame in that mean, for instance, the major role in the liberal decisions of the Supreme Court under Chief Justice Earl Warren." Um pouco mais adiante, revelando sua perspectiva mais conservadora, Sunstein defende que "a big problem with perfectionism is that it gives the judges enormous power to pick and choose - to select the values they deem crucial to democracy, or dignity, and to understand the Constitution so as to promote those values."

¹³⁵ Estou me referindo às formas de organização de vários segmentos de magistrados defendendo ora uma maior intervenção do Judiciário no âmbito das relações sociais e de poder, ora menos, dentre os quais podemos destacar: "dynamic approach, evolutive approach, critical legal studies." Ver o texto de Berger (2004).

¹³⁶ No Brasil, ver o trabalho de Cittadino (2000), quando assevera que para os interpretativistas uma sociedade democrática e liberal caracteriza-se pelo pluralismo, sendo integrada por indivíduos e grupos que possuem diversas e distintas concepções de bem. Conseqüentemente, o pluralismo e o relativismo de valores que dele resultam não permitem que a Constituição venha a fixar teleologicamente conteúdos substantivos ou objetivos a seguir. Ao contrário, limitada a um instrumento de governo, a constituição tem a exclusiva função de estabelecer procedimentos e determinar as competências dos órgãos politicamente responsáveis pela concretização das demandas de indivíduos e grupos.

Este debate político foi se agudizando notadamente entre liberais - como Dworkin e Rawls (1977)¹³⁷ -, e republicanos,¹³⁸ sendo que estes, diferentes daqueles, têm sustentado a dificuldade de se reconhecer a existência de direitos preexistentes à sociedade e suas manifestações político-representativas, através da qual se constroem os direitos - pela via do debate público -, impondo-se, no particular, a soberania popular em face dos direitos humanos (não que sejam incompatíveis entre si tais elementos constitutivos do ser social). Em face disto, dentre outras coisas, destaca-se o aspecto negativo do caráter contramajoritário do Poder Judiciário, pois revelar-se-ia demasiadamente antidemocrática a posição de uma instituição não eleita e sem densidade social intervir em temas ou debates envolvendo questões de interesse societário destacado, cujo foro de discussão e deliberação encontrar-se-ia em outros espaços públicos de tensão (como o Parlamento e o Poder Executivo, por exemplo).¹³⁹

Neste ponto, afigura-se importante desenhar como tais posições políticas e jurídicas se projetam no âmbito do pensamento jurídico-doutrinário norte-americano, ao menos em caráter exemplificativo, a partir daquilo que, anteriormente, definimos como perfil comunitário no âmbito da compreensão das relações sociais e políticas, destacando em particular o tema do chamado ativismo judicial, eis que ponto de convergências das hodiernas preocupações norte-americanas e brasileiras.

4.4 ALGUMAS MATRIZES COMUNITÁRIAS DA JURISDIÇÃO AMERICANA E A QUESTÃO DO ATIVISMO JUDICIAL

Hodiernamente, alguns juristas norte-americanos têm debatido de forma destacada os temas que estou propondo neste ensaio, fundamentalmente para tensionar as possibilidades do Poder Judiciário em face dos demais Poderes de Estado e mesmo da Sociedade Civil e do Mercado, haja vista que, numa democracia contemporânea tomada como sistema de governo descentralizado e popular (o que marca de forma bem destacada uma das concepções comunitárias de mundo e relações sociais), a gestão do cotidiano das pessoas e dos pactos civilizatórios que constituem a comunidade (e o comunitarismo) estão sob os encargos compartilhados de todos e não somente centrados no âmbito dos lugares institucionais da representação política oficial, ou de grupos hegemônicos circunstanciais (uma nova morfologia do individualismo liberal) (LEAL, 2006).

A despeito de variações substanciais envolvendo a compreensão e mesmo a natureza do sistema jurídico como um todo, os autores de que vou tratar têm em comum o foco nos limites (maiores ou menores) da Jurisdição em face de sua representação social e institucional que se insere dentre outras no âmbito da comunidade.

Ackerman, por exemplo, é conhecido pelo fato de insistir com a tese de que a Constituição Americana tem como premissa uma cidadania que compreende e exercita os ideais inspiradores de sua prática política, eis que é a história dos EUA que indica duas formas diferenciadas

¹³⁷ Em tais textos, Dworkin sustenta a necessidade de uma certa primazia dos direitos humanos sobre as decisões públicas, cabendo ao Poder Judiciário controlar as deliberações do Poder Executivo e Legislativo, protegendo os direitos alienáveis dos indivíduos, mesmo que seja em defesa de uma minoria, conferindo-se valor positivo ao caráter contramajoritário do Poder Judiciário, ao menos neste particular.

¹³⁸ Podemos agrupar aqui, respeitadas suas diferenças, autores, como Bickel (1992); Ely (1994); Sunstein (2003); Ackerman (2002).

¹³⁹ A despeito disto já vir previsto nos umbrais da história do constitucionalismo norte-americano, como se pode ver no artigo LXXVIII, do Federalista, quando assevera que “*the power of the people is superior...; and that where the will of the legislature declared in its statutes, stands in opposition to that of the people declared in the constitution, the judges ought to be governed by the latter, rather than by those which are not fundamental.*” (HAMILTON; MADISON; JAY, 2005, p. 415).

de se eleger as finalidades, objetivos e princípios a serem perseguidos pela comunidade e suas representações, a saber, aquelas formuladas pelo povo norte-americano em seu cotidiano, através de pressões (ordeiras ou não) e reivindicações (*we the people*), e aquelas formuladas por seus representantes (AEKERMAN, 2002).

Em outras palavras, o autor sustenta que o conteúdo constitucional pode ser objeto de mudança legislativa própria (Parlamento/representantes sociais), bem como sem alteração de texto normativo (*higher decision making*), através das tensões sociais que chegam de forma eficaz até o Estado (juiz ou mesmo administrador). Daqui advém a conhecida *Teoria dos Momentos Constitucionais*, asseverando que a Constituição real não é o único texto que se denomina de Constituição, tampouco o que os *Judices* da Suprema Corte dizem que é, mas é um conjunto de finalidades, objetivos e princípios adotados pelo *We the people* em momentos extraordinários de intensa participação e deliberação social sobre a ordem constitucional, com ou sem mudança do texto político. Tais momentos resultam em transformações constitucionais que são e devem ser honradas pelos tribunais e outros atores políticos (AECKERMAN, 2002).

Em termos de história do constitucionalismo norte-americano, para o autor, há 03 momentos marcantes: o momento da fundação (*Father Foundations*); a reconstrução após a Guerra Civil ou de Secessão; e o *New Deal*,¹⁴⁰ gerando um *modelo dualista* de fundação e controle constitucional, que possui, por sua vez, dois tipos de criação, interpretação e aplicação da norma, um de natureza política e social (*higher*), e outro normal (pela via legislativa ordinária e constitucional). Reconhecendo este espectro histórico, Ackerman quer, em verdade, mostrar como não pode somente residir no Estado a competência fundacional da ordem constitucional. Por tais razões, os juízes estão vinculados a um tal sistema normativo-constitucional, compromissado com a força normativa dos objetivos, finalidades e princípios constitucionais oriundos da vontade popular representada, deslocando os momentos de criação da norma dos direitos humanos e do direito natural à deliberação da vontade social - o que apresenta algumas dificuldades no que tange à ausência de parâmetros normativos (axiológico e éticos) para fazê-lo, tema que vou tratar mais tarde.¹⁴¹

Já se pode vislumbrar nos argumentos de Ackerman uma certa postura de restrição comportamental da jurisdição diante da natureza política e representativa da Constituição, esboçando-se desde já as reservas contra-majoritárias que vão se acirrar nos demais autores (exatamente por não ser constituído pela via direta da soberania popular).

Outro autor de igual importância é Stephen Griffin, professor da faculdade de direito de Tulane, cuja tese, dentre outras, é a de que o *judicial review* atual não se equipara ao do tempo da era Marshall, eis que os temas de natureza política e social ali não eram aceitos como de competência da Corte Suprema (GRIFFIN, 1996),¹⁴² a despeito de reconhecer que houve uma evolução significativa dos compromissos e desafios do Estado contemporâneo e das instituições representativas sociais.

¹⁴⁰ Talvez este seja um divisor de águas na jurisdição americana, notadamente no âmbito dos direitos civis e políticos, eis que os avanços e recuos da Suprema Corte foram sentidos de maneira mais forte. Veja-se, por exemplo, a decisão da Corte, no caso *Griswold versus Connecticut*, lá em 1965, julgando inconstitucional uma lei do Estado de Connecticut do final do século XIX, vedando aos casais a adoção de métodos contraceptivos. Neste caso, a Suprema Corte deliberou no sentido de que as pessoas deveriam ter resguardados os seus direitos de privacidade na eleição de métodos anticoncepcionais, o que bem caracterizava o período do ativismo judicial do *New Deal*, consubstanciado nas Cortes Warren e Burger. Neste sentido, ver o texto de Barret, Cohen e Varat (1989).

¹⁴¹ Há outros dois textos de Ackerman que ratificam tal posicionamento, a saber: Ackerman (2005, 1980).

¹⁴² No mesmo sentido ver o seu texto Griffin (2004).

Neste ponto, penso que vale destacar a percepção de Griffin sobre o aspecto de que o que importa na gestação da mutação constitucional não são tanto os processos decisórios (Ackerman), mas as relações entre a constituição (compreendida como as instituições que dão forma ao Estado, as regras e práticas fundamentais que estruturam a política) e os desafios contemporâneos que se oferecem aos EUA, razão pela qual o processo de interpretação e aplicação da Constituição vêm delimitados por estas particularidades e condicionamentos institucionais desenvolvidos na história. Daqui advém a tese de que não é o Judiciário o espaço privilegiado - de forma quase absoluta - para atribuir sentido ao Sistema Jurídico do país, pois as demais instituições sociais têm igual ou maior legitimidade comunitária para fazê-lo (GRIFFIN, 2002).

Já na ótica de Tushnet, professor de Direito Constitucional da Georgetown University, o Sistema Jurídico Constitucional se afigura de igual forma como conjunto racional de instituições através das quais as finalidades, objetivos e princípios fundamentais da sociedade são constituídos, observando-se, por certo, as tradições que contribuíram para tanto - notadamente as deliberações dos poderes instituídos (dentre eles o Judiciário) (TUSHNET, 1999, 2003). A partir de tais perspectivas, Tushnet não acolhe de forma absoluta a tese dos momentos constitucionais de Ackerman, insistindo com a ideia de que há sempre um processo de constituição e alteração dos sentidos da Constituição se desenvolvendo na história, demarcado por variáveis múltiplas, algumas inclusive não institucionais, mas todas institucionalizadas para dentro do sistema jurídico vigente.

Sustein (1996, 1999, 2001, 2003, 2005), professor da Chicago University, por sua vez, fazendo uma crítica mordaz ao ativismo judicial americano - acirrado notadamente a partir do governo Roosevelt e seu *New Deal*, até a década de 1990 -, diz que ele tem sido responsável por uma profunda crise de identidade dos poderes instituídos do Estado naquele país, insistindo na tese de que a democracia contemporânea continua sendo moldada pela sua natureza representativa e procedimental, haja vista que fundada sobre a soberania popular e dela é originária. Neste sentido, não pode o Judiciário simplesmente substituir as demais instâncias formais e políticas de deliberação pública sobre temas que envolvem a maturação social e a reflexão coletiva dos seus demais representantes.

Ademais disto, para Sunstein, os Tribunais, além de estarem legitimados para tomarem decisões que digam respeito aos interesses de natureza política da comunidade, não estariam habilitados para tomar tais decisões, pelo simples fato de que há variáveis orçamentárias, econômicas e de viabilidade fática de determinadas demandas e ações que precisam ser aferidas em face de considerações técnicas e políticas por parte dos Poderes Legislativo e Executivo, por exemplo. Nas palavras do autor:

Courts are not well positioned to oversee the tricky process of efficient resource allocation conducted, with more or less skill, by executive agencies, nor are they readily able to rectify past misallocations. Judges do not have the proper training to perform such functions and they necessarily operate with inadequate and biased sources of information. (SUSTAIN, 2003, p. 89).¹⁴³

¹⁴³ O autor tem uma posição demasiadamente conservadora no que tange à função do Estado em face dos direitos sociais, por exemplo, haja vista que sustenta ser sua função tão somente garantir um mínimo existencial atinente às liberdades básicas para os cidadãos, permitindo que eles, por suas próprias pernas, possam progredir inseridos no mercado (p. 118). Ao contrário de Sunstein - que, não se esqueça, está falando à realidade norte-americana, em que os direitos sociais estão significativamente assegurados -, já defendemos que deve o Estado conceber aqueles direitos fundamentais sociais como atinentes a uma necessária igualdade material, constituindo-se em verdadeiros direitos prestacionais de distribuição da riqueza social, ou mesmo compensações inclusivas, com igual ou maior

Na verdade, um certo ativismo judicial norte-americano - desde o New Deal - tem levado ao surgimento de determinados comportamentos bastante criticáveis por parte destes constitucionalistas, eis que se tem percebido que, por vezes: (a) os demais agentes políticos e sociais têm orientado suas funções e ações pautados nos entendimentos da Suprema Corte sobre as matérias respectivas decididas jurisdicionalmente, evitando assim a produção de leis e a edição ou prática de atos administrativos que, já de antemão, sabem inconstitucionais; (b) a última palavra sobre a constitucionalidade e a legalidade de um ato ou lei está nas mãos da Suprema Corte, esvaziando e desestimulando a própria atividade de mobilização política da sociedade organizada, além do que também atingindo o ânimo da iniciativa legiferante, seja do Legislativo, seja do Executivo.¹⁴⁴

Seria tal quadro a demonstração de que se está assistindo a uma desarticulação da democracia representativa em face da substituição do Estado de Direito por um certo Estado dos Juizes, como quer Bork (2003)?¹⁴⁵ Este é um dos temas centrais do debate americano contemporâneo (e brasileiro também) (LEAL, 2006) mais acirrado durante o *New Deal* e até a década de 1990, em face do ativismo judicial implementador de direitos sociais, e agora, paradoxalmente, em face da direção direitista e conservadora que assume a composição da Suprema Corte nos dias atuais (ALEINIKOFF, 2006).

No mesmo sentido vão os questionamentos de Ely, quando perquire sobre qual o objeto efetivo e democrático da deliberação judicial, seus limites e âmbitos procedimentais, em face da posição que as Cortes de Justiça ocupam nos regimes republicanos atuais (ELY, 1980). Aduz o autor que, considerando os limitados mecanismos de controle das decisões judiciais e mesmo sua natureza destacadamente institucional, não oriunda diretamente da manifestação da vontade popular, ainda em face do poder de deliberar sobre a vida e as ações individuais e sociais, públicas e privadas, não raro os magistrados costumam projetar seus valores e visões (ideológicas) de mundo na tomada de decisões, o que não pode suplantar as demais instâncias democráticas de debate público sobre questões de interesse social.

Por tais razões, o Judiciário deve cumprir uma função institucional e social mais restrita, deixando de interferir nas deliberações substantivamente políticas da sociedade, assegurando com isto a ampliação dos espaços públicos e legítimos de decisão e suas regras de participação e procedimentos (*due process of lawmaking*) (ELY, 1980).¹⁴⁶

Gisele Cittadino, por exemplo, destaca que os comunitaristas - que entendo se afeiçoar mais aos republicanos do que liberais¹⁴⁷ (referindo-se aos autores anteriormente mencionados), ao

importância inclusive que os direitos civis e políticos, não se configurando, pois, como meros direitos a prestações mínimas. Ver Leal (2006).

¹⁴⁴ Neste sentido, os trabalhos de Jackson (2001, p. 119 e ss) e Duarte (2005, p. 59 e ss).

¹⁴⁵ Vai nesta mesma direção Bickel (1986 p. 20 e ss), analisando os déficits democráticos do *judicial review*. Em um outro texto seu (BICKEL, 1995), o autor já destacava o que está até hoje presente no debate sobre a jurisdição constitucional é o que republicanos e federalistas discutiam nos idos de 1800, isto é, se deveria a Constituição, como desejavam os federalistas, ser um instrumento de governo popular no qual a vontade do povo deveria controlar até mesmo o significado da Carta Política; ou seria, como desejavam os federalistas, um instrumento do Estado de Direito, a ser realizada por juizes independentes, mesmo diante da oposição popular.

¹⁴⁶ O autor ainda vai identificar no constitucionalismo americano dois tipos de intérpretes normativos, a saber: “[...] *Interpretivists believe that judges deciding constitutional issues should confine themselves to enforcing norms that are stated or clearly implicit in the written Constitution, while Noninterpretivists think that courts should go beyond that set of references and enforce norms that cannot be discovered within the four corners of the document. Interpretivists will overturn the work of the political branches only if a law is inconsistent with an inference whose starting point is the text of the Constitution.*” A despeito desta preferência pelos interpretativistas, Ely também faz crítica a eles, notadamente no capítulo segundo do livro citado (The Impossibility of Clause-Bound Interpretivism).

¹⁴⁷ Digo isto porque a autora ora referida coloca em um mesmo enquadramento comunitário Dworkin e Ackerman (p. 161), enquanto comunitaristas liberais, o que não concordo, eis que o segundo, com sua tese de momentos constitucionais, vai além de Dworkin para

invés de privilegiar a autonomia privada, optam pela defesa da autonomia pública, ancoradas nas ideias de atuação e participação.

E mais uma vez é a concepção de pluralismo que vai configurar este compromisso. Se o pluralismo liberal assegura a autonomia privada e os direitos individuais, como garantia da subjetividade das concepções individuais sobre o bem, o pluralismo comunitário defende a autonomia pública e a soberania popular, compatíveis com a existência de diversos centros de influência social e poder político. (CITTADINO, 2000, p. 131).¹⁴⁸

O problema é que se pode encontrar dentre os comunitaristas norte-americanos, uns mais e outros menos radicais, liberais e republicanos, perfeccionistas, minimalistas e majoritaristas, afastando-se, talvez, tão somente os originalistas, haja vista o seu apego à interpretação gramatical do texto da lei e da Constituição, bem como às funções restritivas do Poder Judiciário no processo de interpretação e aplicação do Texto Político (TUSHNET, 2003).

Mas afinal, como se pode definir então uma corrente ou perspectiva jurisdicional comunitarista? Ela deve estar marcada por um certo ativismo judicial? Tal modelo serve ao caso brasileiro? Em que medida? Passo a tratar destas questões agora.

4.5 QUE COMUNITARISMO JURISDICIONAL NÓS PRECISAMOS?

Desde a segunda metade do século XX pode-se identificar em termos de Teoria do Direito, do Estado e da Sociedade, a tendência de se visualizar uma nova Teoria da Constituição, fundada em valores emancipatórios e de caráter social mais que individual, com profundo tônus democrático-participativo, o que Bercovici chama de uma Teoria Material da Constituição, que leva em consideração o sentido, fins, princípios políticos e ideologia que conformam a Constituição, a sua realidade social da qual faz parte, sua dimensão histórica e sua pretensão de transformação.” (BERCOVICI, 2003).¹⁴⁹

Em tal perspectiva de matiz smendiana (SMEND, 1990), a ordem constitucional contemporânea fixa valores fundamentais da comunidade, formando um sistema de valores ou de bens, um sistema cultural através do qual os indivíduos alcançam um *status* material; aqui, os direitos fundamentais têm caráter de normas objetivas e não de pretensões subjetivas, recebendo seu conteúdo objetivo como emanção do fundamento axiológico da comunidade estatal e como expressão de uma decisão que a comunidade toma para si. Isso repercute no próprio conteúdo da liberdade,

reconhecer a importância da soberania popular, capaz, inclusive, em determinadas situações e contextos, de promover a revolução de costumes e hábitos que impingem reflexão modificativa ao legislador e ao Executivo. Isto o torna, em meu sentir, mais republicano do que liberal. Aliás, a própria Cittadino refere, de uma certa forma, isto, ao dizer que: *Referindo-se ao trabalhos de Rawls e Dworkin, Ackerman assinala que eles “revertem esta prioridade: a Constituição, para eles, protege direitos em primeiro lugar; apenas após assegurá-los autoriza o povo a exercer sua vontade sobre outras questões”.* (p. 168). Neste sentido ver o texto de Ackerman (2000), especialmente o capítulo sobre o argumento político em favor dos tribunais constitucionais (p. 145-164). Ver também o texto de Sandel (1998). Por fim, há um texto que mostra bem esta posição de Ackerman (1993).

¹⁴⁸ Por óbvio que, como adverte a autora, a prioridade conferida pelos nominados comunitários à soberania popular não se traduz em qualquer postura contrária aos direitos individuais. Segundo eles, insiste Cittadino, o grande equívoco dos liberais é supor que estes direitos são necessidades comuns compartilhadas por todos os indivíduos. Em outras palavras, os direitos fundamentais - direito à saúde, à educação, liberdade religiosa, de associação, devido processo legal, etc. - não são necessidades universais.

¹⁴⁹ Na mesma senda vai Böckenförde, quando sublinha a ultrapassagem do conceito de *constituição* como *ordem quadro* (*Rahmenordnung*) para uma *ordem fundamental da comunidade* (que compreende o Estado e a sociedade com os seus fundamentos básicos). De acordo com essa concepção, os direitos fundamentais deixariam de ser percebidos, fundamentalmente, numa relação meramente vertical Estado/cidadãos, para se conceberem a partir de mecanismos horizontais de garantia e proteção das relações sociais e inter-subjetivas. Ver o texto Böckenförde (1991, p. 174).

por exemplo, eis que passa a ter suas possibilidades demarcadas tão somente à realização dos valores expressos nos direitos fundamentais.

Nesta direção, Bongiovanni tem sustentado que estes novos rumos do constitucionalismo têm se pautado pela discussão envolvendo a importância da sociedade/comunidade no processo de constituição das regras de conduta e comportamento social, notadamente a constitucional, a despeito das formas e matizes ideológicas distintas que alimentam este debate (BONGIOVANNI, 2005).¹⁵⁰

De outro lado, tais novos movimentos constitucionais e internacionais também problematizam o tema dos níveis de racionalidade da dimensão interpretativa e pragmática do sistema jurídico fundado na norma constitucional, propondo novas formas mais justificadas e públicas desta racionalidade, o que amplia a discussão sobre uma possível hermenêutica constitucional, pois

Questi aspetti si sono tradotti soprattutto nella riflessione sul concetto di diritto, sui suoi rapporti con la dimensione morale e nel problema conseguente della razionalità e legittimazione dell'attività interpretativo-applicativa del diritto, specialmente da parte delle Corti costituzionali. (VILLA, 2004, p. 49).

Esta nova hermenêutica, em linhas absolutamente gerais, tem com marca fundante a preocupação de outorgar aos direitos humanos e fundamentais construídos pela história ocidental e projetados em várias constituições de países democráticos do século XX, bem como à pessoa humana e sua dignidade existencial, o centro neural de todo o sistema jurídico e da própria ordenação comunitária, notadamente no que tange à aplicabilidade horizontal e vertical daqueles verdadeiros plexos normativo-axiológicos.¹⁵¹ Em tal direção, sem sombras de dúvidas que tais constitucionalistas dão relevo destacado à natureza social do sistema jurídico e seus compromissos concretizadores para com as finalidades e objetivos estabelecidos às suas democracias de direito, o que implica reconhecer uma função dirigente e de garante dos valores e princípios constitucionais à ordem constitucional reguladora das possibilidades civilizatórias de cada comunidade.

Com tal postura e concepção filosófica, política e jurídica, o próprio Estado, enquanto espaço público institucional, teve seu perfil e competências redesenhados, pois agente objetificante destacado daqueles compromissos, ao lado da sociedade civil e do mercado (estou falando do festejado Estado Democrático de Direito), decorrendo daqui a profusão de questionamentos sobre os limites de ação e omissão estatal em face de tudo isto.

Diante de tantos e tamanhos desafios e atribuições constitucionais (de múltiplas naturezas - políticas, culturais, econômicas, sociais, etc.), todos os atores que interagem no cenário público são chamados à responsabilidade à persecução de um projeto de sociedade previamente demarcado normativamente, ao menos em termos substanciais e de mínimo existencial, haja vista

¹⁵⁰ Destaca o autor neste texto que: “All'interno di questi nuovi approcci, tre in particolare appaiono le direzioni di ricerca più importanti: si tratta dell'ordinamento che è possibile designare come neocostituzionalismo (rappresentato dalle teorie di Alexy, Dworkin e Nino), della teoria discorsiva del diritto di Habermas, e delle correnti di revisione del positivismo (quello “inclusivo”, sostenuto, tra gli altri, da Coleman e Waluchow, e, in ambito italiano, il ‘giuspositivismo critico’ di Ferrajoli).” Tratam-se de abordagens novas porque, na perspectiva do positivismo jurídico de cunho estritamente liberal, a Constituição é tomada como “semplice strumento di organizzazione delle competenze. A partir da una determinata interpretazione di Kelsen, e fino ad Hart, la costituzione non assume una dimensione sostanziale, ma solo formale: essa viene vista nell'ambito delle norme secondarie (di riconoscimento e di mutamento), cioè quale norma che conferisce poteri, che possono essere limitati o illimitati, a persone autorizzate in uno dato momento a legiferare seguendo un certo procedimento.”

¹⁵¹ Ver neste sentido, apenas exemplificativamente, os textos de Sarlet (2004; 2006; 1998); Streck (2004a; 2004b); Müller (1999); Moraes (2002); Luño (2002); Ferrajoli (1996).

que tais delimitações normativas não podem desconhecer ou mesmo violar as legítimas diferenças dentre os sujeitos de direitos que compõe o mesmo tecido societário.¹⁵²

Penso que tal percepção representa um processo de maturação dos operadores do direito e da própria teoria do direito em geral, imprimindo níveis de eficácia social maior à ciência jurídica e sua dimensão pragmática, todavia, não se afigura suficiente - e não há muitos dissensos neste aspecto - este estágio da arte, pois, ao meu sentir, se ele tem, de um lado, propulsionado os atores sociais a níveis maiores de participação na constituição dos seus cotidianos, de forma crítica e emancipada; de outro lado, tem provocado algumas fissuras na morfologia institucional da democracia representativa contemporânea, quando faz migrar o centro de poder e decisão política da soberania popular para instâncias não tão representativas de ação, como o Judiciário, por exemplo.

Por certo que a experiência brasileira, neste particular, infelizmente, é caótica, eis que vem marcada, historicamente, pelo insulamento da gestão dos interesses comunitários em circuitos de poderes institucionais (Executivo, Legislativo e Judiciário), como únicos espaços legítimos de deliberação e execução do interesse público, afastando-se a sociedade, radicalmente, deste mister, redundando na falência do modelo endógeno de representação política tradicional dominante¹⁵³. Ao lado disto, hodiernamente, temos presenciado o aumento quantitativo e qualitativo das demandas sociais, cada vez mais multifacetadas, envolvendo grupos e interesses os mais diversos (não necessariamente opostos), em nome do pluralismo de ideias, crenças e modos de vida não mais atendidos ou gestados por aquelas formas tradicionais e frágeis de comportamentos estatais e institucionais, com os quais o Estado vinha agindo (ou deixando de agir) (MARTINS, 1997).

Ocorre que a dicção da Carta Política de 1988 no país opera com outra lógica, que é a de uma cidadania orgânica e não letárgica, uma cidadania que, antes de consumidora de serviços prontos e acabados, constitui a condição e possibilidade do espaço público (CANOTILHO, 1999),¹⁵⁴ e, por isto, apresenta-se como co-responsável (solidariamente) pela definição de que Estado, serviços e políticas públicas são necessários, visando o atendimento não de interesses moleculares e subjetivos dos atores sociais, mas daquilo que interessa à maior parte quantitativa dos que são ou não alcançados por tais comportamentos.

Daí que não se pode imaginar que pode o espaço público estatal (seja Executivo, Legislativo ou Judiciário), por mais democrático de direito que seja, e por sê-lo, substituir ou minimizar as instâncias outras de manifestação da soberania popular (sociedade civil organizada e o próprio mercado, nacional e internacional) (LEAL, 2006).

Vai nesta direção a assertiva de Boaventura de Souza Santos:

¹⁵² Estou falando das diferenças religiosas, étnicas, sexuais, raciais, etc., constitutivas do mundo contemporâneo.

¹⁵³ Este modelo passa, inexoravelmente, por uma crise de representatividade, legitimidade e eficácia, haja vista ter perdido sua vocação e identidade nacionais, atendendo muito mais interesses corporativos e internacionais do que os da comunidade que o constituiu. Veja-se que a ideia de Estado Democrático de Direito, a partir do referido, está associada, necessariamente, à existência de uma Sociedade Democrática de Direito, o que de uma certa forma resgata a tese de que o conteúdo do conceito de democracia aqui, se assenta na soberania popular (poder emanado do povo) e na participação popular, tanto na sua forma direta como indireta, configurando o que podemos chamar de princípio participativo, ou, em outras palavras: “democratizar a democracia através da participação significa em termos gerais, intensificar a otimização das participações dos homens no processo de decisão.” Ver o texto de Soares (1997, p. 34 e ss).

¹⁵⁴ Só o princípio da soberania popular, segundo o qual “todo poder vem do povo”, assegura e garante direito à igual participação na formação democrática da vontade popular. Assim o princípio da soberania popular concretizado segundo procedimentos juridicamente regulados serve de “charneira” entre o “Estado de direito” e o “Estado democrático”, possibilitando a compreensão da moderna fórmula Estado de direito democrático.

A construção de um novo contrato social, trata-se de um contrato bastante diferente do da modernidade. É antes de mais nada um contrato muito mais inclusivo porque deve abranger não apenas o homem e os grupos sociais, mas também a natureza. Em segundo lugar, é mais conflitual porque a inclusão se dá tanto por critérios de igualdade como por critérios de diferença. Em terceiro lugar, sendo certo que o objetivo último do contrato é reconstruir o espaço-tempo da deliberação democrática, este, ao contrário do que sucedeu no contrato social moderno, não pode confinar-se ao espaço-tempo nacional estatal e deve incluir igualmente os espaços-tempos local, regional e global. Por último, o novo contrato não está assente em distinções rígidas entre Estado e sociedade civil, entre economia, política e cultura, entre o público e privado. A deliberação democrática, enquanto exigência cosmopolita, não tem sede própria, nem uma materialidade institucional específica. (SANTOS, 1999, p. 112).¹⁵⁵

Assim é que se afigura um Estado articulador que, não tendo o monopólio da governação, retém o monopólio da meta-governação (BENHABID, 1994), ou seja, o monopólio da articulação - fundadas nos princípios constitucionais que o informam, notadamente os atinentes aos direitos e garantias, não podendo ocupar um lugar que afasta/minimiza o papel da sociedade pela gestão de seu cotidiano, pois forjaria um novo autoritarismo institucional (seja do Executivo, Legislativo ou Judiciário).

Em termos de efetivação dos direitos e garantias constitucionais, não se trata, pois, de escolher entre um Governo de Juizes, de Legisladores ou do Poder Executivo, eis que nenhum detém legitimidade exclusiva ou diferida para tanto, mas de resgatar a dimensão filosófica e política da soberania popular que está na base de tudo isto, aqui entendida sob um enfoque comunitarista, que a todos inclui e a todos garante a oportunidade de existência, manifestação e decisão.¹⁵⁶

No que toca ao Poder Judiciário brasileiro, talvez se possa questionar qual o seu papel neste tipo de Estado e Sociedade que acabo de delimitar (por certo que tomando por base a correição das assertivas forjadas acima). Para tanto, parto do pressuposto canotilhano de que o Estado Constitucional Democrático de Direito é um ponto de partida e nunca um ponto de chegada. Como ponto de partida, constitui uma tecnologia jurídico-política razoável para estruturar uma ordem de segurança e paz jurídicas. Mas os esquemas político-organizacionais, ou seja, as formas de organização política, não chegaram ao “fim da história.” (CANOTILHO, 1999, p. 52).¹⁵⁷

Tenho, assim, que o Judiciário é mais um interlocutor no espaço público da política, *locus* adequado (e não exclusivo) para a formulação, deliberação, execução, avaliação e controle das ações públicas e privadas que se ocupam do desenvolvimento da comunidade, pelo simples fato

¹⁵⁵ O autor aqui faz uma advertência importante, a saber: “Neste novo marco, o Estado, mais que uma materialidade institucional e burocrática, é um campo de luta política muito menos codificada e regulada que a luta política convencional. É neste novo marco que várias formas de fascismo societal buscam articulações que amplificam e consolidam as suas regulações despóticas, transformando o Estado em componente do espaço público não estatal. É esta última transformação do Estado que eu designo por Estado como novíssimo movimento social.” Significa dizer que estas mudanças que atingem o Estado Nacional não são suficientes, por si só, para garantirem maior inclusão e bem-estar social, porque elas podem beneficiar tão-somente as corporações que já estão organizadas e que têm condições de tomar de assalto este espaço político de disputa de governo.

¹⁵⁶ É Bercovici novamente que lembra que “ao reduzir a importância da Teoria do Estado e da política, a Teoria da constituição dirigente, aliada à globalização, facilitou a dessubstancialização da Constituição. Até Canotilho reviu suas posições sobre Constituição Dirigente, alguns autores chegaram a considerá-la morta. Canotilho considera que a Constituição Dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como capaz de, por si só, realizar as transformações sociais.” (BERCOVICI, 2003, p. 82).

¹⁵⁷ Mais adiante (p. 75) ainda lembra o autor que “Dizer que o Estado de direito é um Estado de direitos significa, desde logo, que eles regressam ao estatuto de dimensão essencial da comunidade política. Não admira, por isso, a sua constitucionalização. Estarem os direitos na constituição significa, antes de tudo, que se beneficiam de uma tal dimensão de fundamentalidade para a vida comunitária que não podem deixar de ficar consagrados, na sua globalidade, na lei das leis, ou lei suprema (a constituição). Significa, em segundo lugar, que, valendo como direito constitucional superior, os direitos e liberdades obrigam o legislador a respeitá-los e a observar o seu núcleo essencial, sob pena de nulidade das próprias leis.”

de que possui legitimidade constitutiva para fazê-lo, oportunizando, pela observância de regras e procedimentos que visem efetivamente à participação do maior número possível de interessados, garantir níveis de igualdade e liberdade inclusivos aos diferentes segmentos e atores sociais, assegurando as regras do jogo para que os demais interlocutores possam com eficácia ocupar igualmente seus lugares no cenário societal.

Infelizmente não temos visto esta conformação de forças e posições dos poderes estatais brasileiros nos últimos tempos, eis que o Legislativo pouco legisla e se vê tomado por níveis de corrupção endêmica e estrutural que comprometem sua própria legitimidade representativa; o Executivo, por sua vez, com os mesmos déficits de legitimidade, ainda constituiu-se num voraz legislador de ocasião, tanto por medidas que deveriam ser de exceção (Medida Provisória), como propulsionando o processo legislativo com iniciativas próprias, além do que tem falhado em demasia no atendimento de demandas sociais de base (saúde, segurança, transporte, educação, energia, etc.); o Judiciário, em face de tais configurações, tem sofrido diretamente tudo isto, eis que deságuam às suas portas todas as insatisfações sociais decorrentes da falência dos demais poderes e competências públicas referidas. A questão é como ele, Judiciário, tem e deve responder a estes apelos.

Em meu sentir, muitas demandas de natureza social que chegam ao Judiciário hoje - solicitação de medicamentos, água, luz, transporte, vagas escolares, transplante de órgãos, etc., dizem respeito diretamente com a ausência ou insuficiência de políticas públicas adequadas que envolvam estas necessidades, o que, direta ou indiretamente, implicam previsões e recursos orçamentários afetos às deliberações políticas de outras ambiências institucionais, tais como o Legislativo e o próprio Executivo.

Em face disto, afloram problemas endógenos ao próprio Estado que precisam igualmente de solução ponderada, como a questão afeta as competências constitucionais e infraconstitucionais de cada entidade federativa envolvendo serviços públicos básicos e essenciais, além daquelas atinentes às responsabilidades normativas de cada função estatal (legislativa, executiva e judiciária), previamente demarcada pela dicção constitucional vigente. Quando qualquer das funções estatais ou das entidades federativas se desviam de suas atribuições, está-se diante de ações marcadas, em tese, por vícios de legalidade ou constitucionalidade, passíveis de controles internos e externos.

A partir destas reflexões, um problema de cumprimento ou não de normas de condutas sociais cogentes (públicas ou privadas) não é um problema exclusivamente jurídico, mas político, cultural, econômico, etc., estando em jogo aqui *the conditions which (would) make possible rational discussion of public affairs and democratic decision-making*. (OUTHWAITE, 2004, p. 137).

Quero dizer, com Bercovici, que, se o Brasil hoje possui uma Teoria da Constituição de nível elevado, preocupada com as questões da interpretação constitucional e do controle de constitucionalidade, ela não consegue lidar de maneira satisfatória com os problemas políticos, sociais e econômicos inerentes à nova ordem constitucional no Brasil, isto porque, por vezes, ela opera com a lógica e a crença num Poder Judiciário como *salvador da República*. (BERCOVICI, 2003).

Ao ter de decidir questões complexas como as referidas acima, não tendo noções mínimas de orçamento público e dos impactos que eventuais decisões podem gerar, o Judiciário poderá estar prestando um desserviço social deveras intenso e quiçá fomentando a fragilização ainda

maior dos laços institucionais e representativos que orientam as pautas de interlocução política da sociedade.

Por estas razões que tenho insistido no fato de que tem-se urgentemente que restaurar, de forma racional e republicana, nossa Democracia Representativa (por óbvio que não nos moldes tradicionais de separação radical de poderes, ou centrada na dimensão meramente institucional do poder), a partir da imposição de respeito, a todos os atores sociais, às regras do jogo democrático postas pela própria ordem constitucional, que é fomentadora da participação social (HABERMAS, 1999b).¹⁵⁸

Não estou dizendo aqui que o Judiciário deva submergir na arena social, até pelo fato de que ele tem um papel de garante das regras do jogo (às vezes de forma promovedora de direitos e garantias que são substanciais para viabilizar a participação democrática), mas tão somente que ele deve buscar utilizar os meios disponíveis no âmbito de sua competência para fomentar e permitir que o processo da normatização jurídica se realize sob *condições de política deliberativa*, que se fundem legitimamente, provocando a manifestação dos demais sujeitos de direitos responsáveis pela constituição da história comunitária que se constrói (SUSTEIN, 1999).¹⁵⁹

Mas afinal, qual seria então a função pragmática do Judiciário neste contexto comunitarista? Como já referi em oportunidade anterior, penso que quando qualquer ator político (público ou privado) viola as regras do jogo democrático substancialmente estabelecidos pelo plexo axiológico constitucional, o próprio sistema jurídico nacional tem mecanismos de *check and balances*, autorizando que as instituições oficiais realizem auto-correções ou correções externas nos atos violadores das normas que os vinculam (LEAL, 2001).

A medida e a intensidade desta falha capaz de chamar o controle externo corretivo vai ser dada pelo caso concreto, observando a real necessidade da intervenção perquirida de um no outro, da sua intensidade em face do caso, e da proporcionalidade empírica do seu resultado atinente ao todo envolvido, visando sempre garantir o mínimo existencial consubstanciador da dignidade da pessoa humana, ao mesmo tempo que visualizando o impacto da decisão em face do universo de direitos e garantias alcançados por ela (direta e indiretamente), atingindo o menos possível as estruturas republicanas democráticas e representativas, eis que veiculadoras de institutos igualmente constitucionais.¹⁶⁰

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. *La justicia social em el Estado Liberal*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

¹⁵⁸ “Da compreensão republicana resulta, finalmente, uma clarificação das condições processuais que conferem força legitimadora à formação institucionalizada da opinião e da vontade. São precisamente estas as condições sob as quais o processo político tem a seu favor a suposição de que produz resultados racionais.” (HABERMAS, 1999, p. 339).

¹⁵⁹ Neste ponto, Sunstein sustenta que “*Courts should develop interpretative strategies to promote deliberation in government -by, for example, remanding issues involving constitutionally sensitive interests or groups for reconsideration by the legislature or by regulatory agencies when deliberation appears to have been absent.*” Ainda Habermas, aqui - o que concordo -, adverte para o fato de que a Jurisdição não pode avocar o papel de crítico ou revisor ideológico do plexo normativo e dos comportamentos legislativos e administrativos do Estado, pelo simples fato dele mesmo estar exposto à mesma suspeita ideológica, já que não se pode admitir que se encontre em um lugar neutro ou fora do processo político (HABERMAS, 1999b).

¹⁶⁰ Numa perspectiva integrada do sistema jurídico, estou a dizer, ainda com Hesse, que, na resolução dos problemas jurídico-constitucionais, deve-se dar prioridade às interpretações ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social e possibilitem o reforço da unidade política que visa o sistema como um todo, porquanto essas são as finalidades precípuas da Norma Fundamental. Ver o texto de Hesse (2001).

- ACKERMAN, Bruce. *La política del diálogo liberal*. Madrid: Gedisa, 2000.
- ACKERMAN, Bruce. *Social Justice in the Liberal State*. New Haven: P. Bestly, 1980.
- ACKERMAN, Bruce. *The Failure of the founding fathers*. Cambridge: Harvard University Press, 2005.
- ACKERMAN, Bruce. *We the people: foundations*. Cambridge: Harvard University Press, 2002.
- ALEINIKOFF, Alexander. *Semblances of sovereignty*. Cambridge: Harvard University Press, 2006.
- ARISTOTÉLES. *De la moral a Nicómaco*. Madrid: Espasa-Calape, 1999.
- ARNAUD, André-Jean. *O direito entre modernidade e globalização*. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 1999.
- BARKER, Ernest. *The Politics of Aristotle*. London: Oxford University Press, 1993.
- BARRET JR., Edward L.; COHEN, Wiliam; VARAT, Johnathan D. *Constitutional Law Cases and Materials*. New York: The Foudation Press Inc., 1989.
- BAUMAN, Zygmunt. *A globalização: as conseqüências humanas*. São Paulo: Lumaré, 1999.
- BENHABIB, Seyla (Ed.). *Democratic Moment and the Problem of Difference*. In: Democracy and Difference - Contesting the Boundaries of the Political. New Jersey: Princeton University Press, 1996.
- BENHABIB, Seyla. *Democracy and Difference - contesting the Boundaries of the Politics*. New Jersey: Princeton University Press, 1996.
- BERCOVICI, Gilberto. *A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- BERGER, Raoul. *Government by judiciary: the transformation of the fourteenth amendment*. Massachussts: Harvard University Press, 2004.
- BESSETTE, Joseph. *The Mild Voice of Reason: Deliberative Democracy & American National Government*. Chicago: The University of Chicago Press, 1994.
- BICKEL, Alexander. *The morality of consent*. New York: New Haven, 1995.
- BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics*. 1986. op.cit., p.20 e seguintes
- BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. *Grundrechte als Grundstatznormen. Zur gegenwärtige Lage der Grundrechtsdogmatik*. In: Ernest-Wolfgang Böckenförde, "Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht". Frankfurt: F. s/Meno, 1991, p. 174.
- BONGIOVANNI, Giorgio. *Costituzionalismo e teoria del diritto*. Roma: Laterza, 2005.
- BORK, Robert H. *Coercing virtue: the worldwide rule of judges*. Washington: AEI Press, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim. Gomes. *Estado de Direito*. Lisboa: Gradiva, 1999.

- CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*. Rio de Janeiro. Ed. Lumen Juris, 2000.
- COHEN, Joshua. *Deliberation and Democratic Legitimacy*. In Alan Hamlin e Philip Pettit (Org.). *The Good Polity - Normative analysis of the State*. Oxford: Blackwell, 1989.
- DUARTE, Fernanda. *Teoria da Mudança Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- DWORKIN, Ronald. The judge's new role: should personal convictions count. *Journal of International Criminal Justice*, v. 1, p. 04, março de 2003. New York: Damos, 2003.
- DWORKIN, Ronald. *Justice in Robes*. Cambridge: Harvard&Belknap, 2006.
- BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics*. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1992.
- BICKEL, Alexander. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.
- ELSTER, John; HYLLAND, Anaund. *The market and the forum: three varieties of political theory*. New York: Cambridge University Press, 1990.
- ELY, John Hart. *Democracy and Distrust*. Cambridge: Massuchets: Harvard University Press, 1994.
- ESKRIDGE, Paul. *Public values in statutory interpretation*. In University of Pennsylvania Law Review. v. 137. Pennsylvania: University of Pennsylvania Press, 1989.
- FAFIAN, Manoel Maceiras. *La hermenéutica contemporánea*. Bogotá: Editorial Presencia, 2001.
- FERAJOLLI, Luigi. El Estado Constitucional de Derecho hoy: el modelo y su diferencia con la realidad. In: IBÁÑEZ, Andrés. *Corrupción y Estado de Derecho: el papel de la jurisdicción*. Madrid: Civitas, 1996.
- FITZPATRICK, Paul. Constellations of the Law: Jurisprudence and the Constitution of Deliberative Politics. *Ratio Juris*, v. 1, n. 3. New York: Pertness. 2001.
- GRIFFIN, Stephen. *American Constitutionalism: from theory to politics*. Princeton: Princeton University Press, 1996.
- GRIFFIN, Stephen. *Judicial Supremacy and Equal Protection in a Democracy of Rights*. *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, Pennsylvania: Pennsylvania University Press, v. 281, 2002.
- GRIFFIN, Stephen. The age of Marbury: judicial review in a democracy of rights. In *New York Law Revue*, v. 87. New York: New York University Press, 2004.
- HABERMAS, Jürgen; RAWLS, John. *Debate sobre el liberalismo político*. Barcelona: Paidós, 2000.
- HABERMAS, Jürgen. *Faticidade e Validade*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999,
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Moral*. 1999a.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. v. 1. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999b.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The Federalist*. New York: Hackett Publishing Company, 2005.

HARRINGTON, Austin. *Hermeneutic dialogue and social science: a critique of gadamer and habermas*. New York: Routledge, 2001.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 2001.

JACKSON, Robert H. *The Struggle for Judicial Supremacy: a study of a crisis in American Power Politics*. Cambridge: Free Press, 2001.

KUKATHAS, Chandran; PETIT, Philip. *Rawls: uma teoria da justiça e seus críticos*. Lisboa: Gradiva, 1995.

LEAL, Rogério Gesta. *As potencialidades lesivas à democracia de uma jurisdição constitucional interventiva*. In Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, n. 4. Porto Alegre: IHJ, 2006.

LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e Sociedade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LEAL, Rogério Gesta. *Hermenêutica e Direito: considerações sobre a teoria do direito e os operadores jurídicos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2002.

LEAL, Rogério Gesta. *Sociedade, Estado e Administração Pública no Brasil: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LEAL, Rogério Gesta. *Teoria do Estado: cidadania e poder político na modernidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *La Universalidad de los Derechos Humanos y el Estado Constitucional*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2002.

MACINTYRE, Alisdair. *After Virtue*. Notre Dame: Notre Dame University Press, 1982.

MACINTYRE, Alisdair. *Whose Justice? Which Rationality?* Notre Dame: Notre Dame University Press, 1988.

MARTINS, Lúcio. *Reforma da administração pública e cultura política no Brasil: uma visão geral*. Brasília: Enap, 1997.

MORAES, José Luis Bolzan de. *Crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do Direito Constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

OFFE, Claus. *Estado e Capitalismo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1980.

OUTHWAITE, William. *Habermas: a critical introduction*. New York: Polity Press, 2004.

QUINTANA, Oscar Mejía. *Justicia y Democracia Consensual*. Madrid: Siglo del Hombre Editores, 2005.

RAMONET, Ignácio. O pensamento único e os regimes globalitários. In: *Globalização: o fato e o mito*. São Paulo: Paz e Terra, 1998.

RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Oxford: Oxford University Press, 1994.

SANDEL, Michael J. *Liberalism an the limits of justice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

SANTOS, Boaventura de Souza. Reivindicar a democracia: Entre o pré-contratualismo e o pós-contratualismo. In OLIVEIRA, Francisco; PAOLI, Maria Célia. *Os sentidos da democracia*. Petrópolis, RJ: Vozes, 1999.

SARLET. Ingo W. *A Eficacia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET. Ingo W. *Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SMEND, Rudolf. *Filosofia del Derecho*. Madrid: Civitas, 1990.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004a.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004b.

SUNSTEIN, Cass R. *Disigning Democracy: what constitutions do*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

SUNSTEIN, Cass R. *Legal Reasoning and Political Conflict*. Oxford: Oxford University Press, 1996.

SUNSTEIN, Cass R. *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

SUNSTEIN, Cass R. *Radical in Robles: why extreme right-wing courts are wrong for America*. Chicago: Basic books, 2005.

SUNSTEIN, Cass R. *The Costs of Rights*. Cambridge: Basic Books, 2003.

TARUFFO, Michele. *Ley y juez en el "rule of law" inglés y en el constitucionalismo americano*. In: La experiencia jurisdiccional: del estado legislativo de derecho al estado constitucional de derecho. Madrid: Mateu Cromo, 2003.

TAYLOR, Charles. *Sources of the Self: the making of modern identity*. Cambridge: Harvard University Press, 1993.

THIEBAUT, Carlos. Neoristolismos contemporâneos. In *Concepciones de la ética*. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999.

TUSHNET, Mark. *The new constitutional order*. Princeton: Princeton University Press, 2003.

VILLA, Giordano. *I confini del diritto*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2004.

WALZER, Michael. *Spheres of Justice: a defense of pluralism and equality*. New York: Basic Books, 1998.

WEBER, Max. *Estado y Sociedad*. México: Fondo de Cultura Economica, 1969.