

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

EDUARDO SEINO WIVIURKA

**A LEGITIMIDADE PROCEDIMENTAL A PARTIR DE JÜRGEN HABERMAS COMO
FORMA DE FORTALECIMENTO DA ESFERA PÚBLICA ATRAVÉS DA
PARTICIPAÇÃO POPULAR**

**CURITIBA
2014**

EDUARDO SEINO WIVIURKA

**A LEGITIMIDADE PROCEDIMENTAL A PARTIR DE JÜRGEN HABERMAS COMO
FORMA DE FORTALECIMENTO DA ESFERA PÚBLICA ATRAVÉS DA
PARTICIPAÇÃO POPULAR**

Dissertação de Mestrado apresentada como requisito para a obtenção do título Mestre em Direito, do Programa de Pós-graduação em Direito, para o curso de Mestrado, da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Manoel Eduardo Alves de Camargo e Gomes.

**Área de concentração: Direito do Estado
Linha de pesquisa: Direito, Poder e Controle.**

**CURITIBA
2014**

TERMO DE APROVAÇÃO

EDUARDO SEINO WIVURKA

A LEGITIMIDADE PROCEDIMENTAL A PARTIR DE JÜRGEN HABERMAS COMO FORMA DE FORTALECIMENTO DA ESFERA PÚBLICA ATRAVÉS DA PARTICIPAÇÃO POPULAR

Dissertação de Mestrado aprovada como requisito para a obtenção do título Mestre em Direito, do Programa de Pós-graduação em Direito, para o curso de Mestrado, da Universidade Federal do Paraná, aprovada pela banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Manoel Eduardo Alves de Camargo e Gomes
Departamento de Direito da UFPR

Prof. Dr.
Departamento de

Prof. Dr.
Departamento de

Curitiba, de 2014

RESUMO

Esta dissertação tem como objeto a legitimidade procedimental, que é analisado inicialmente no plano teórico, seguindo o pensamento de Jürgen Habermas, e na sequência busca investigá-la no plano empírico. O seguinte problema de pesquisa guia o desenvolvimento: em democracias concretas, como aumentar o grau de legitimidade seguindo o paradigma procedimental do direito de Habermas? A hipótese central põe em foco o fortalecimento da esfera pública através da participação popular. Além disso, desenvolver a investigação tendo como referência a democracia brasileira. O capítulo um traz conceitos importantes do pensamento de Habermas, mas sem adentrar nas questões do direito. No segundo capítulo, o foco são as reflexões de “Direito e Democracia”. No terceiro capítulo adentra-se a democracia brasileira, tecendo considerações sobre a sua formação, a cidadania e os espaços de participação popular. No último capítulo, é analisada a participação popular, sob a perspectiva procedimental, no exemplo da Assembleia Nacional Constituinte de 1987. Desta estrutura, destaca-se que o objetivo dos dois primeiros capítulos é promover uma revisão de literatura de Habermas no que concerne aos conceitos pertinentes ao problema de pesquisa, e o objetivo dos últimos dois capítulos é explorar o plano empírico da democracia brasileira para projetar o paradigma procedimental do direito. Esta dissertação segue uma metodologia dedutiva-dialética de investigação, e também traz elementos interdisciplinares — em especial conceitos de filosofia em cotejo com elementos próprios da dogmática jurídica.

Palavras-chave: Habermas; Legitimidade; Paradigma Procedimental do Direito; Participação Popular; Assembleia Nacional Constituinte.

ABSTRACT

This dissertation has as its object the procedural legitimacy, which is initially analyzed theoretically, following the thought of Jürgen Habermas, and in the sequence it looks you investigate it in the empirical plan. The following research problem guide development: in concrete democracies, how increasing the degree of legitimacy following the Habermas's procedural paradigm of law? The central hypothesis brings into focus the strengthening of the public sphere through popular participation. Furthermore, develop this research with reference to Brazilian democracy. The chapter one presents important concepts of thought Habermas, but without entering in the questions of the law. In the second chapter, the focus is the musings of "Between Facts and Norms". In the third chapter enters to Brazilian democracy, with considerations on their education, citizenship and the spaces of popular participation. The last chapter analyzes the popular participation in the procedural perspective, in the example of Brazil's National Constituent Assembly of 1987. The goal of the first two chapters is to promote a literature review of Habermas in relation to relevant concepts to the research problem, and the goal of the last two chapters is to explore the empirical level of Brazilian democracy to design paradigm procedural law. This dissertation follows a deductive-dialectical methodology, and also brings interdisciplinary elements – especially concepts of philosophy in comparison with elements of legal doctrine.

Keywords: Habermas; Legitimacy; Procedural Paradigm of Law;
Popular Participation, The National Constituent Assembly.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 A RECONSTRUÇÃO DA LEGITIMIDADE ATRAVÉS DO DISCURSO	12
2.1 O PARADIGMA DA LINGUAGEM E A TEORIA CRÍTICA	13
2.2 A SOCIEDADE MODERNA E A CRISE DA LEGITIMAÇÃO.....	20
2.2.1 Racionalização e Autonomização das Esferas de Valor	21
2.2.2 A Relação Sistema e Mundo da Vida e o Papel Mediador do Direito.....	23
2.3 O DISCURSO COMO CRITÉRIO DE LEGITIMIDADE	27
2.3.1 A Ação Comunicativa e a Fundamentação da Ética do Discurso.....	28
2.3.2 O Princípio de Universalização e o Princípio do Discurso.....	33
3 DIREITO E DEMOCRACIA EM HABERMAS	39
3.1 A TENSÃO ENTRE FACTICIDADE E VALIDADE	40
3.2 RECONSTRUÇÕES EXTERNAS AO DIREITO	45
3.2.1 A Formação da Esfera Pública.....	45
3.2.2 O Modelo de Circulação de Poder	52
3.3 RECONSTRUÇÕES INTERNAS DO DIREITO.....	55
3.3.1 Direito e Política na Teoria do Discurso	55
3.3.2 A Reconstrução da Autonomia Jurídica	58
3.3.3 A Tensão entre Segurança Jurídica e Correção	61
3.4 PARADIGMAS DO DIREITO.....	64
3.4.1 O Paradigma do Direito Formal e o Paradigma Do Direito Material	65
3.4.2 O Paradigma Procedimental do Direito	67
4. PROCEDIMENTALISMO E PARTICIPAÇÃO POPULAR	73
4.1 DEMOCRACIA E PARTICIPAÇÃO POPULAR NO BRASIL.....	73
4.1.1 Democracia e Cidadania	74
4.1.2 Formas de Participação Popular	82
4.2 O EXEMPLO DO ORÇAMENTO PARTICIPATIVO	90
4.2.1 A Análise da Legitimidade do Orçamento Participativo.....	91
4.2.2 Metodologia.....	94
5. A LEGITIMIDADE PROCEDIMENTAL DA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE DE 1987	99
5.1 A ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE DE 1987.....	99
5.1.1 Antecedentes à Assembleia Nacional Constituinte	100

5.1.2 Os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte.....	103
5.1.3 A participação Popular na Assembleia Nacional Constituinte	108
5.2 ANÁLISE DA LEGITIMIDADE PROCEDIMENTAL	114
6 CONCLUSÃO	122
REFERÊNCIAS.....	126

1 INTRODUÇÃO

Partindo do diagnóstico de Max Weber, as sociedades modernas passaram por um processo de autonomização das esferas de valor — situação na qual cada subsistema realiza sua autodeterminação. Isso se torna problemático na medida em que não existe mais, como nas sociedades tradicionais, uma ordem comum aceita de forma pacífica por todas as esferas de valor. Esta pluralização, própria da modernidade, permite colocar em foco a questão da integração social e problema da legitimidade.

A resposta de Habermas para esta crise de legitimidade própria da modernidade passa pelo desenvolvimento de um modelo procedimental de compreensão do direito. Esse modelo coloca em primeiro plano a observância dos procedimentos democráticos para auferir a validade de normas jurídicas, em uma arquitetura teórica que tem como subjacente o paradigma da linguagem e a orientação crítica.

Habermas teoriza uma legitimidade procedimental, mas para compreendê-la, é necessário uma incursão em alguns tópicos de seu pensamento que foram trabalhados ao longo de suas obras. A legitimidade procedimental é o objeto do presente estudo, e para abordá-lo é necessário considerar seu encadeamento com outros conceitos próprios do pensamento habermasiano.

Se a hipótese de que o paradigma procedimental do direito oferece uma solução adequada para os desafios da sociedade moderna, pode-se questionar sobre como efetivamente verificar este modelo. Além de promover uma revisão do pensamento habermasiano sobre esta questão no plano teórico é igualmente pertinente o questionamento sobre como que tal arranjo pode ser verificado concretamente. Ou seja, indo além da discussão filosófica, pode-se mediar a proposta teórica de Habermas com elementos empíricos.

Destas considerações, formula-se o seguinte problema de pesquisa: como aumentar o grau de legitimidade, tendo como referência a crise de integração social e a necessidade de uma ordem em comum, seguindo o paradigma procedimental do direito de Habermas? A justificação do problema de pesquisa tem natureza filosófica. No entanto, o desenvolvimento do mesmo remete a questões de ordem pragmática, tendo um enfoque empírico voltado para a verificação da possibilidade de aplicação das proposições de ordem filosófica.

Para investigar o problema citado, e tendo em foco o objeto da legitimidade procedimental, esta pesquisa visa nos dois primeiros capítulos definir o percurso habermasiano para desenvolver o paradigma procedimental do direito. O próximo objetivo geral, trabalhado no terceiro e quarto capítulo, é analisar a possibilidade de intensificação do instituto da participação popular no espaço do Estado como forma de intensificação da legitimidade tendo como referente teórico o paradigma procedimental formulado por Jürgen Habermas.

Em um primeiro capítulo o objetivo específico será apresentar os conceitos fundamentais do pensamento de Habermas, que não se destinam a estudar diretamente o direito, mas que integram seu sistema teórico e são indispensáveis para a correta compreensão do pensamento habermasiano direcionado ao direito. Nesta linha, conceitos como o de razão instrumental e razão comunicativa, o surgimento da sociedade moderna, a ética do discurso, mundo da vida e sistema, serão tratados em primeiro plano.

Em um segundo capítulo, as reflexões de Habermas sobre o direito serão diretamente analisadas, principalmente os conceitos trazidos na obra “Direito e Democracia”. O objetivo especial deste capítulo será desenvolver a base teórica necessária para o direito exteriorizar seu potencial de emancipação, no contexto do paradigma da linguagem e nas sociedades modernas, oferecendo uma resposta procedimental para a crise legitimidade na tensão entre a facticidade e a validade. Inicialmente, será esclarecido como que a teoria do direito se vincula com a teoria do agir comunicativo, bem como se comporta a tensão entre facticidade e validade própria do direito, tanto em um âmbito inteiro como externo. As relações entre direito e democracia na sociedade moderna também serão desenvolvidas, o que permitira concluir o capítulo colocando a questão da reconstrução do direito nos termos de um paradigma procedimental do direito.

No que concerne aos dois primeiros capítulos, é importante deixar claro que o objetivo da explanação não é realizar uma apresentação didática ou exaustiva sobre o pensamento de Habermas. Como característica teórica do filósofo alemão, seus conceitos possuem uma carga semântica própria com a devida fundamentação, resultando em conceitos herméticos. Para evitar perder de foco o objetivo principal da pesquisa, somente os conceitos principais serão apresentados de forma suficiente para permitir o desenvolvimento da pesquisa e a articulação dos argumentos.

No terceiro capítulo, esta pesquisa investigará os espaços de participação popular existentes na democracia brasileira. O objetivo será realizar um exame empírico de como suas categorias teóricas se comportam, mediando as contribuições de Habermas com a democracia brasileira. Para tanto, no terceiro capítulo desta pesquisa, serão abordados tópicos sobre a política deliberativa no Brasil, oportunidade na qual serão desenvolvidos temas como, a formação da sociedade civil brasileira, e quais são os espaços institucionais para a participação popular. Na sequência será tratada a pesquisa de Leonardo Avritzer, que segue uma orientação habermasiana, sobre a experiência do Orçamento Participativo, cuja metodologia de análise pode ser emprestada para a análise de outras formas de participação popular.

Além de analisar os institutos existentes, almeja-se estudar concretamente uma experiência de participação popular no Brasil, permitindo o contraponto entre o estudo de um caso com as proposições habermasianas de ordem teórica. No capítulo quatro, será trazido para a análise o exemplo de participação popular que ocorreu na Assembleia Nacional Constituinte de 1987. O procedimento da constituinte foi marcado pela participação popular, e é considerada uma das grandes experiências de participação popular na história do Brasil. Apesar da pretensão de legitimidade engendrada pela participação popular, a Constituinte enfrentou problemas formais de legitimidade, além de ser criticada pela atuação de lobbies e grupos de interesses durante os trabalhos. Nesse cenário, analisa como de fato a participação popular pode ou não agregar legitimidade na tomada de decisão pelo poder público, seguindo os passos metodológicos de Avritzer trabalhados no terceiro capítulo.

Habermas pode ser lido de diferentes perspectivas. Devido ao caráter transversal de seu pensamento, podendo ser analisado na óptica de diferentes disciplinas, como filosofia ou sociologia, justifica-se a escolha de um viés para a presente pesquisa. Habermas será lido no contexto de uma teoria do direito, e é tendo isso em mente que alguns tópicos serão mais aprofundados que outros. Trata-se de um trabalho interdisciplinar, no qual uma questão jurídica é estudada a partir das reflexões de um dos maiores referenciais filosóficos contemporâneos. Isto significa que apenas um aspecto da obra de Habermas será apresentado, cuja compreensão necessita, mesmo que brevemente, o conhecimento de outros conceitos de Filosofia, Direito e Sociologia. E enquanto teoria do direito,

diferentemente de teorias filosóficas da justiça, lida-se com ordens jurídicas concretas, trabalhando diretamente com o direito positivo e com contextos políticos. Isso implica em um enfoque mais pragmático. Deve-se ter em conta que as preocupações filosóficas não recaem em situações concretas. No nível do conhecimento filosófico, o empírico é afastado. Somente no âmbito da teoria do direito, e isso implica em causar um distanciamento com os argumentos filosóficos evocados, é que podem ser aproximadas questões das democracias concretas.

No que concerne ao modelo de sociedade utilizado por Habermas como referência, aparece a experiência norte-americana e a alemã. Para a transferência a realidade brasileira, exigiria uma série de etapas reflexivas — não sendo possível uma subsunção direta.

Os dois primeiros capítulos trazem como marco teórico primário Habermas, e os dois últimos coloca o pensamento de Avritzer em primeiro plano. Apesar de Avritzer ter uma base teórica habermasiana, os pensamentos destes marcos teóricos são diferentes. Não há continuidade entre as reflexões habermasianas com as pesquisas empíricas sobre participação popular de Avritzer. Em Habermas há o predomínio de um modelo de política deliberativa, enquanto que em Avritzer, o foco dos estudos utilizados nessa pesquisa é o aspecto participativo da democracia.

O modelo habermasiano e o modelo política participativa são diferentes. Habermas crítica o modelo da participação direta. Ciente disso, importante deixar claro que a mediação entre a experiência brasileira e conceitos habermasianos, ainda que escorados no pensamento de Avritzer, se distanciam do plano filosófico que Habermas se mantém. Os dois primeiros capítulos da pesquisa realizam uma leitura habermasiana, os dois últimos promovem um distanciamento com Habermas na medida em que sustenta o objetivo de demonstrar uma potencial aplicabilidade.

No que diz respeito às fontes, esta pesquisa será predominantemente bibliográfica, e também se apoiará em textos legislativos e documentos. Além disso, aparecerão estatísticas pertinentes aos exemplos trabalhados nos capítulos finais, entretanto, nestes casos, os dados não serão coletados, mas sim importados de outras pesquisas. Possui elementos interdisciplinares, pois utiliza um marco teórico filosófico para analisar questões empíricas próprias do âmbito jurídico e sociológico. Segue uma metodologia dedutiva nos dois primeiros capítulos, na medida em que analisa o arranjo teórico habermasiano, e nos dois últimos capítulos assume um viés

dialético, na medida em que busca o cotejo do conteúdo teórico dos primeiros capítulos com questões práticas.

2 A RECONSTRUÇÃO DA LEGITIMIDADE ATRAVÉS DO DISCURSO

Com o advento da modernidade a sociedade passou por transições significativas em diferentes setores. Novos fenômenos sociais demandaram a necessidade de realizar novos arranjos teóricos, abrindo um amplo espaço para o desenvolvimento da sociologia. Nesta linha, Karl Marx, Max Weber, Émile Durkheim constituem marcos teóricos obrigatórios para a compreensão da modernidade.

Como imanente à sociedade, o direito não poderia passar despercebido nesta transição da sociedade tradicional para a sociedade moderna. Com isso, é indispensável também novos arranjos teóricos próprios do âmbito jurídico.

Este primeiro capítulo visa responder a seguinte questão: qual é o diagnóstico e a resposta habermasiana para a crise¹ de legitimidade do direito na sociedade moderna? Oportunamente ficará claro como a resposta desta questão passa por uma nova concepção do direito atrelada a uma democracia deliberativa.²

Para estudar a crise de legitimidade do direito nas sociedades modernas, é necessário abordar outras questões em Habermas. A primeira delas é a matriz teórica relacionada com a teoria crítica e a orientação do paradigma da linguagem, que permitem a contextualização da razão comunicativa proposta pelo filósofo alemão. Além disso, outro objetivo é apresentar a ética do discurso, o que é necessário para que no capítulo dois seja feita a descrição do procedimentalismo habermasiano — que oferece um ponto de apoio para a integração social.

Para trabalhar o objetivo indicado, o presente capítulo estrutura-se da seguinte maneira: na seção inicial apresentam-se duas orientações que guiam a leitura de Habermas: o paradigma da linguagem e a sua postura crítica, além de indicar a pretensão reconstrutiva identificável em seu pensamento; em uma segunda parte, tomando como marco teórico Habermas e sua leitura sobre o pensamento de

¹ Sobre a crise de legitimidade, em 1973 Habermas publica estudos sobre esse tópico, mas que ganham maior desenvolvimento na Teoria do Agir Comunicativo. De todo modo, deste estudo extrai-se uma importante noção de *crise*. Na perspectiva sistêmica, *crises* são o diagnóstico de situações nas quais um sistema social possui menos possibilidades de resolver um problema do que é necessário para que haja continuidade dele, ou seja, trata-se de um problema que repercute na integração do sistema. Um estado de crise implica na desintegração das instituições sociais (HABERMAS, 1999-b. p. 12-15). A crise de legitimidade também é diagnosticada a partir do capitalismo na modernidade e, depois, com a crise do Estado de bem-estar social. Porém, tomando como referência o processo de autonomização, além de permitir problematizar a legitimidade em um nível mais abstrato (sem analisar as minúcias do capitalismo tardio), pode-se situar o problema da colonização sistêmica do mundo da vida.

² No âmbito das democracias deliberativas, a participação popular é um elemento a ser observado, mas não possui exclusividade no que concerne as formas deliberativas.

Max Weber, analisa-se o processo de racionalização e o surgimento das sociedades modernas, passando pela autonomização das esferas de valor e os consequentes disto na integração social, e ainda aproxima a discussão do direito; como último tópico antes de adentrar a questões que colocam o direito em um primeiro plano, o agir comunicativo e a ética do discurso são apresentados, permitindo a fundamentação dos princípios de universalização, do discurso e de democracia, indispensáveis para o modelo de legitimidade procedimental.

Antes de adentrar propriamente no desenvolvimento do capítulo, cumpre apresentar o principal marco teórico desta pesquisa. Habermas nasceu em 1929 Düsseldorf, Alemanha, e foi criado em Gummersbach. Em 1949-1954 estudou em Göttingen, Zurique e Bonn, fazendo cursos de Filosofia, História, Psicologia, Literatura Alemã e Economia. Em 1954 doutorou-se em Filosofia na Universidade de Bonn, com a tese *O Absoluto e a história*. Entre 1956 e 1959 foi assistente de Theodor Adorno no Instituto de Pesquisa Social em Frankfurt. Em 1961 obtém habilitação para lecionar em Marburg, mas em seguida é nomeado professor extraordinário de filosofia da Universidade de Heidelberg, onde permanece até 1964, quando tornou-se professor de Filosofia e sociologia de Frankfurt, sucedendo Max Horkheimer. Em 1971 assume a direção do Instituto Max Planck na Baviera, cargo exercido até 1981. Ele retornou para Frankfurt em 1982, onde assume a cátedra de filosofia, e em 1994 torna-se professor emérito.

Habermas é internacionalmente reconhecido, ganhador de vários prêmios acadêmicos e consagrações como professor Emérito de várias universidades e centros de pesquisa. Teóricos frequentemente podem ser vinculados a uma tradição acadêmica, como liberais, positivistas, estruturalistas etc., mas diante da amplitude da produção teórica de Habermas, é impossível classificá-lo como pertencente a uma corrente de pensamento sem incidir em reduções de seu pensamento. A produção teórica de Habermas alcança diferentes áreas do conhecimento. Ele realiza discussões do Direito, da Economia, Filosofia, Sociologia, dentre outros.

2.1 O PARADIGMA DA LINGUAGEM E A TEORIA CRÍTICA

À história da filosofia pode ser aplicado o conceito de *paradigma*, que permite agrupar em uma mesma categoria diferentes filósofos que compartilhavam alguns

aspectos teóricos. Fazendo uso desta categoria teórica, Jürgen Habermas identifica na filosofia três diferentes paradigmas: do *ser*, da *consciência*, e da *linguagem*.³

Por mais que cada filósofo tenha suas particularidades, podem ser situados em um mesmo paradigma quando compartilham uma mesma matriz teórica⁴. No paradigma do *ser*, do qual se destacam Platão e Aristóteles, a razão metafísica assume um papel central. No paradigma do *sujeito*, a individualidade recebe uma determinação fundamental para as reflexões filosóficas, como é característico, por exemplo, em Descartes e Kant. No paradigma da linguagem, que parte de autores como Frege, Russel, Wittgenstein, a linguagem passa a ser considerada em primeiro plano para auferir as condições de possibilidade e validade do conhecimento.⁵

A transição entre de um paradigma para outro ocorre na medida em que o modelo anterior não consegue explicar de forma satisfatória determinados fenômenos, ou quando surge um novo modelo que consegue explicar melhor os mesmos fenômenos — o que é válido tanto para descrever a evolução do conhecimento científico como fez Thomas Kuhn, e também para compreender a história da filosofia.

Questões próprias da filosofia são colocadas de forma diferente por cada paradigma. Por exemplo, reflexões sobre o Estado, sociedade e democracia, são diferentes no paradigma da linguagem em relação aos modelos anteriores.

Pensar a filosofia considerando a intersubjetividade, que é próprio do paradigma da linguagem, é promover uma filosofia diferente a até então desenvolvida. Para isso, em um primeiro ponto é necessário demonstrar o esgotamento do paradigma da consciência, para que na sequência seja compreendida a transição para o paradigma da linguagem.

No paradigma da consciência, o sujeito, com sua racionalidade, é o fundamento para a compreensão da realidade, na medida em que as condições de validade do conhecimento decorrem do sujeito. Em Descartes, a evidência assume critério de validade do conhecimento, e em Kant, a verdade é relativa ao sujeito e se amoldam nas categorias kantianas.

Até o século XIX houve o predomínio das teorias de verdade como correspondência, consubstanciada no axioma de Tomás de Aquino *veritas est*

³ HABERMAS, 1990, p.21-22.

⁴ KUHN, 2000, p. 218.

⁵ LUDWIG, 2006, p. 19-124.

adaequatio intellectus et rei.⁶ A partir do paradigma da linguagem, a busca da verdade na filosofia assume uma perspectiva intersubjetiva, na medida em que é construída consensualmente. Além desta implicação epistêmica, a ação comunicativa repercute em questões próprias da ética e da moral. Além disso, diante da colonização sistêmica do mundo da vida, ocasionando a perda de liberdade e de sentido, o agir comunicativo serve como contramedida, conforme cria oportunidades de entendimento.

George Herbert Mead foi o primeiro a teorizar sobre um modelo intersubjetivo, compreendendo o sujeito como um *Eu* socialmente produzido. Ao contrário da filosofia própria do paradigma da consciência, em Mead o sujeito não aparece como originário de sua racionalidade, mas sim constituído socialmente.⁷ Ocorre uma autodeterminação crescente do sujeito na medida em que o indivíduo se engaja na integração de esquemas de dependência social orientados por uma comunicação. Conforme Habermas: “os sujeitos dotados da capacidade de linguagem e de ação só se constituem, pelo contrário, como indivíduos, na medida em que, enquanto elementos de determinada comunidade linguística, crescem num universo partilhado intersubjetivamente.”⁸

Com o *linguist turn* ocorre uma transição predominantemente epistemológica, na medida em que a linguagem propõe novas condições de validade do conhecimento. A formação intersubjetiva de consensos através de acordos argumentativos marca o exaurimento da filosofia moderna.

Também na *Lógica das ciências sociais*, Habermas trabalha a superação da filosofia da consciência. O objetivo é pensar as ciências sociais a partir da teoria da linguagem. Seguindo Popper, a pretensão é substituir a busca da origem que atribuiria certeza ao conhecimento através de simples verificação, por condições para auferir a validade do conhecimento e que permite afastar as hipóteses definitivamente falsas. Com isso é possível dar um enfoque na *compreensão* dos fenômenos, em contraponto a *observação*, própria do positivismo.⁹

⁶ “Verdade é a adequação ente o intelecto e a coisa”.

⁷ Honneth diz que Mead chega a “uma concepção intersubjetiva da autoconsciência humana: um sujeito só pode adquirir uma consciência de si mesmo na medida em que ele aprender a perceber sua própria ação da perspectiva, simbolicamente representada, de uma segunda pessoa.” (HONNETH, 2009, p. 131).

⁸ HABERMAS, 1999, p. 18.

⁹ POPPER, 2007, p. 27-120.

Além da orientação própria do *linguist turn*, que possibilita realizar análises a partir de uma perspectiva intersubjetiva, Habermas é um teórico crítico. Com isso é possível identificar em seu pensamento uma postura crítica e uma orientação emancipatória.

No artigo *Teoria Tradicional e Teoria Crítica* de Horkheimer publicado, em 1930, são trabalhadas três características da teoria crítica: é esclarecida a importância da história e do diagnóstico de tempo presente; são pontuadas as relações entre esses dois tipos de teorias; e o papel da orientação emancipatória e o comportamento crítico.

O modelo subjacente da teoria¹⁰ tradicional são as ciências naturais, que se refere ao conhecimento acumulado a partir dos postulados racionalistas, com destaque para Descartes. Os principais objetivos da teoria tradicional são: acumular conhecimento; classificar a natureza viva; e descrever os objetos de forma neutra. Também procede de forma neutra, separando o saber da ação e mantendo uma distância em relação ao objeto na observação.¹¹

Destas premissas, a Teoria Tradicional acaba por não trabalhar de forma histórica a dominação e divisão de classes, de forma que considera tal fenômeno de forma acrítica, como um dado ou algo natural. Essa óptica permite, por exemplo, o proletariado não conscientizar o seu potencial emancipatório, como a crítica deduzida inicialmente por Marx.¹²

O mesmo não ocorre na Teoria Crítica, na qual a postura crítica predomina. Isso significa aprender a realidade, com ênfase no modelo econômico vigente, como obra da ação humana, e como tal pode ser orientada para a emancipação. Pela postura crítica, o indivíduo não se resigna diante da realidade que a Teoria Tradicional considera como algo dado. Assim, os indivíduos não são frutos do processo histórico, mas agentes ativos do mesmo.¹³

Outro ponto da Teoria Crítica é o materialismo interdisciplinar. Com o desenvolvimento da Teoria Tradicional, surgiram várias especializações acadêmicas, cada uma compreendendo fragmentos da sociedade. Se por um lado isso permite um aprofundamento em questões específicas, por outro lado prejudica a

¹⁰ *Teoria* é entendida como um encadeamento de proposições, a partir do qual é possível deduzir validade da correspondência entre os fatos e leis de causa efeito, que se confirma pela experimentação.

¹¹ HORKHEIMER, 1980, p. 117-118.

¹² HORKHEIMER, 1980, p. 135.

¹³ HORKHEIMER, 1980, p. 130.

compreensão do todo. A partir de uma orientação interdisciplinar, comunicando conhecimentos de diferentes especializações, torna-se possível realizar outras interpretações dos fenômenos.¹⁴

Quando a orientação emancipatória, Flávio Beno Siebeneichler identifica em Habermas uma crítica ao esclarecimento, ou em suas palavras, há o objetivo de “esclarecer o esclarecimento sobre si mesmo.”¹⁵ O esclarecimento não atinge apenas o homem no uso de sua razão individual, mas também versa sobre um processo emancipatório que atinge as estruturas sociais, dando destaque para o pensamento de Kant¹⁶, Hegel e Marx¹⁷. Para estes três, liberdade, emancipação e história estão encadeadas. O esclarecimento aparece como algo a ser construído através do uso da razão.

Outro modelo de esclarecimento que Siebeneichler lê a partir de Habermas é o de Adorno e Horkheimer, análise da qual se destacam três observações: uma audácia nas críticas feitas às teorias sobre progresso e razão instrumental da década de 40; insistem em um conceito iluminista de emancipação, o qual não pode mais ser deduzido das tradições, aparecendo como uma categoria *a priori* do pensamento crítico; por fim, o esclarecimento mostra-se como paradoxal, diante da absolutização da razão instrumental na sociedade ocidental.¹⁸

Habermas identifica nos filósofos do século 18 e 19 um projeto da modernidade, onde o mote é o esclarecimento. No século 20, entretanto, a visão otimista e humanista é diluída. Habermas quer construir um esclarecimento próprio da modernidade, mas partindo de outras premissas diferentes dos filósofos iluministas. Esclarecimento aparece como um processo de argumentação, através do paradigma da linguagem.

¹⁴ Além de Frankfurt, há teóricos que seguem uma orientação crítica. Nesta linha, é oportuno citar Michel Miaille, um teórico crítico do direito. Ele analisa uma série de tópicos próprios da teoria do direito a partir de uma postura crítica e uma orientação interdisciplinar (MIAILLE, 2005).

¹⁵ SIEBENEICHLER, 1994, p. 12.

¹⁶ Em um opúsculo de Kant sobre esclarecimento, também nominado de *aufklärung*, apresenta seu entendimento sobre o tema. A proposição central consiste que a falta de esclarecimento decorre de uma omissão do próprio sujeito, que permanece em uma posição cômoda ao se servir do entendimento alheio. A partir disso, Kant reflete sobre o uso da razão como via emancipatória (KANT, 2004, p. 11-19).

¹⁷ Crítica Kant e Hegel por terem pensado o esclarecimento no plano abstrato. Marx utiliza a mediação histórica para compreender o esclarecimento.

¹⁸ SIEBENEICHLER, 1994, p. 20.

Seguindo a leitura de Siebeneichler¹⁹, apesar da Escola de Frankfurt fazer parte da formação de Habermas ele se distancia dela nos seguintes pontos: Frankfurt trabalha com um único conceito de razão, que decorre de uma herança hegeliana, e também não dialoga com o falibilismo da pesquisa científica; o Trabalho de Adorno, é o mais consequente dentre os teóricos de Frankfurt, não se apoia em análise empírica ou discursiva; as tradições democráticas são subestimadas, bem como a estrutura da esfera pública, enquanto em Habermas há um otimismo em relação as tais estruturas.

Adorno e Horkheimer têm uma interpretação pessimista do processo de esclarecimento, para eles há uma perda progressiva de autonomia do sujeito que deriva da racionalidade instrumental. Habermas atribui este diagnóstico ao fato de que aqueles filósofos assimilam a racionalidade à dominação e poder, vinculando a pretensão de validade com a pretensão de poder. Na *Dialética do Esclarecimento*, a Razão Instrumental é direcionada ao progresso, mas causa reificação dos indivíduos. Ela deve ser controlada e não excluída, pois é necessária para o desenvolvimento. O progresso antes dilui o esclarecimento do que cria novos horizontes emancipatórios. Em Habermas há uma concepção positiva de esclarecimento, orientada pela racionalidade comunicativa.

Como contraponto, a racionalidade comunicativa trabalhada por Habermas, surge como resposta a insuficiência da racionalidade instrumental desenvolvida por Adorno e Horkheimer. Ela define o sujeito em relação a outros sujeitos, priorizando um enfoque intersubjetivo. É uma racionalidade orientada para o consenso, situada na história e em uma sociedade, não transcendental. A reflexão da razão se dá por meio da linguagem e estruturas em asserções criticáveis a serem dialogadas. Não é fonte de normas do agir, mas possui conteúdo normativo presente nos pressupostos pragmáticos. Conforme Habermas:

A razão comunicativa, ao contrário da figura clássica da razão prática, não é uma fonte de normas do agir. Ela possui um conteúdo normativo, porém somente na medida em que o que age comunicativamente é obrigado a apoiar-se em pressupostos pragmáticos de tipo contrafactual. Ou seja, ele é obrigado a empreender idealizações, por exemplo, a atribuir significado idêntico a enunciados, a levantar uma pretensão de validade em relação aos

¹⁹ Vale citar ainda que a *Mudança estrutural da esfera pública*, tese que Habermas desenvolveu em nível de pós-doutorado, foi a obra responsável por marcar o distanciamento dele com Frankfurt (SIEBENEICHLER, 1994, p. 28).

proferimentos e a considerar os destinatários imputáveis, isto é, autônomos e verazes consigo mesmos e com os outros.²⁰

A ação comunicativa visa o entendimento intersubjetivo. A emancipação almejada resulta de um agir orientado pelo entendimento mútuo. A racionalidade não é pensada individualmente, mas no contexto social. De uma relação monológica entre sujeito e objeto, próprio do paradigma da consciência, passa-se para uma relação dialógica entre sujeitos.

O conceito de “agir comunicativo”, que leva em conta o entendimento lingüístico como mecanismo de coordenação da ação, faz com que as suposições contrafactuais dos atores que orientam seu agir por pretensões e a manutenção de ordens sociais: pois estas *mantêm-se* no modo do reconhecimento de pretensões de validade normativas²¹

Portanto, Habermas possui uma vinculação com Frankfurt, mas ao mesmo tempo um distanciamento. Mesmo assim, ele é um teórico crítico, e é possível trabalhar a postura crítica do pensamento de Habermas de forma reconstrutiva. Além do já citado, esta perspectiva representa um diferencial do pensamento dele, pois é uma constante no pensamento do filósofo alemão desde 1970.

Isso implica em identificar um aspecto *reconstrutivo* no pensamento de Habermas, que na leitura de Marcos Nobre e Luiz Repa significa “identificar os potenciais de emancipação inscritos na realidade social presente, ao mesmo tempo em que critica e incorpora os resultados das teorias sociais não críticas, das teorias tradicionais”.²² Além da simples reprodução do que é factualmente dado, esta orientação busca desvendar processos de emancipação e indicar possibilidades de desenvolvimento (orientação crítica), mas em articulação com as contribuições de teorias tradicionais.

Há um *parasitismo* da teoria crítica em relação a teoria tradicional, de forma que para a teoria crítica poder buscar identificar os potenciais de emancipação, necessita dos diagnósticos da teoria tradicional. O desenvolvimento de reflexões críticas demanda a apresentação do estado da arte da questão a partir da teoria tradicional. Além disso, como já exposto, é próprio da teoria crítica almejar uma

²⁰ HABERMAS, 1994-a. p. 20.

²¹ HABERMAS, 1994-a. p. 35.

²² NOBRE, 2012, p. 7.

posição interdisciplinar, e para tanto precisa definir a situação de cada questão no domínio de cada disciplina na dimensão da teoria tradicional.²³

Não tem por objeto reconstruir o sentido particular de um determina símbolo ou conjunto de símbolos, mas almejam estruturas em outro nível, responsável pela criação dos objetos simbólicos, como regras, estruturas, critérios de avaliação dos processos sociais. Não é simples reprodução, é uma reflexão no nível das regras de produção e reprodução do objeto. Tais potenciais emancipatórios se vinculam, direta ou indiretamente, a ação comunicativa.

A reconstrução possui dois desdobramentos: *horizontal*, que diz respeito à reconstrução do *sistema de regras universais*, que estão na base da ação, como regras linguísticas e a base comunicativa que são seguidas por todos os sujeitos. Trata-se de um saber intuitivo e pré-teórico que pode ser objeto de reconstrução. Já a *vertical* depende da horizontal, na medida em que aquela se ocupa das construções que recaem sobre esta. É no âmbito vertical que se demonstra a possibilidade de mediar questões da *lógica da evolução* (que se ocupa “dos processos de aprendizagem interna que incorporam, sob condições empíricas, as diversas competências do primeiro tipo de reconstrução”²⁴) com os conceitos próprios da reconstrução horizontal (como a pragmática formal, elementos da teoria do agir comunicativo, condições de fala etc.).

Portanto, pesquisas sobre Habermas que visem alguma mediação empírica com seus conceitos, mesmo que de forma implícita, possuem elementos reconstrutivos *horizontais* e *verticais*. Tomar consciência deles e interpretar o objeto a partir de tais categorias ajuda na organização da pesquisa e no propósito que se desdobra a partir de elementos de uma teoria social reconstrutiva.

A legitimidade procedimental de Habermas, objeto desta pesquisa, segue uma linha reconstrutiva. É possível buscar potenciais emancipatórios, ao mesmo tempo em que lança uma nova interpretação sobre as teorias tradicionais da sociedade. Tudo isso em um plano com conteúdo normativo, pois só assim impacta sobre estruturas que repercutem na geração e reprodução de objetos simbólicos.

²³ É possível ainda modelos de teoria crítica cujo principal desenvolvimento é criticar a teoria tradicional, identificando lacunas nas teorias tradicionais que parem serem supridas demandam uma perspectiva crítica. Bem como também é possível o desenvolvimento de pesquisas empíricas orientadas criticamente.

²⁴ NOBRE, 2012, p. 25.

No que concerne a Habermas, como será tratado na próxima seção, há estruturas normativas da modernidade com potenciais emancipatórios que se realizam de forma parcial. Por isso há um sentido determinante em seu pensamento de um contato entre os potenciais emancipatórios decorrentes da ação voltada para o entendimento, possíveis nas sociedades modernas.

2.2 A SOCIEDADE MODERNA E A CRISE DA LEGITIMAÇÃO

As considerações desta seção podem ser lidas tendo como referencial a crise de legitimação que emerge com a modernidade. No começo serão feitas considerações mais gerais sobre o processo de racionalização, e gradativamente a questão do direito vai ser aproximada, até ser colocado o problema da colonização sistêmica do mundo da vida. Vinculando com o objeto desta pesquisa, esta seção é indispensável na medida em que pontua a crise que Habermas procura solucionar com o paradigma procedimental do direito.

2.2.1 Racionalização e Autonomização das Esferas de Valor

Habermas no primeiro volume da Teoria da Agir Comunicativo apresenta uma leitura de Max Weber sobre a modernização e o processo de racionalização²⁵. Neste autor, a racionalização aparece como acessível pela investigação empírica. Enquanto em Karl Marx a racionalização social se limitava nos meios de produção capitalista, Weber, por seu turno, vê um agir racional-teleológico que coexiste dentre outras formas de racionalização²⁶.

Nas sociedades tradicionais o fundamento de uma eticidade, no sentido de uma visão de mundo compartilhada que serve como referência para o agir racional, era a tradição. Esta tinha como subjacente um conjunto de valores, através do qual era possível uma legitimação, pois fundamentos de ordem metafísica mantiveram-se em uma postura incontestável até o processo de secularização. Com o advento da modernidade a sociedade passou a incluir uma pluralidade de eticidades. Weber diagnostica um processo de autonomização das esferas de valor, no qual cada

²⁵ As considerações feitas dizem respeito ao do racionalismo ocidental, não obstante Weber entender que há características que poderiam almejar a universalidade.

²⁶ A racionalização social é identificada como o crescimento da racionalidade instrumental, direcionada ao progresso, o que inclusive acarreta reificação a partir de um olhar crítico.

instância social, ou cada subsistema (como economia, direito, religião etc.), passa a se orientar por valores próprios de sua respectiva esfera. Antes todas as esferas da sociedade estavam subordinadas à tradição, agora ganham autonomia e funcionam seguindo lógicas próprias.²⁷

Assim, na sociedade compostas por diferentes instâncias de valor, cada uma com seus próprios critérios, resulta em uma sociedade que se vê obrigada a lidar com a pluralidade de eticidades. No contexto de sociedades modernas, surge a questão de como é possível indivíduos de eticidades diferentes aceitarem uma ordem comum. Ademais, na modernidade as sociedades devem lidar com o aumento de complexidade, e com a emergência dos subsistemas sociais funcionalmente especializados e autopoieticos. Antes de analisar diretamente esse tópico, faz-se necessário tratar da transição da sociedade tradicional para a moderna para ser possível entender as formas de racionalização imanente a este processo.²⁸

Com a transição entre a sociedade tradicional para a sociedade moderna, três planos recebem novas configurações: *sociedade*, *cultura* e *personalidade*. A *sociedade* é ocupada pela empresa capitalista, pelo poder organizacional do Estado, e pelo direito formal. A administração estatal é regida por normas que são aceitas, ou ao menos não refutadas; já a *Cultura* abarca a ciência, técnica, arte, e ética religiosa — desenvolvimentos que implicam na forma da condução da vida. A ciência moderna tem o poder de atuar sobre o destino da sociedade, e o faz de maneira decisiva com o desencantamento das imagens de mundo. Por fim, a *personalidade*, oferece um fundamento para a adequação metódica da vida, pela racionalização social e cultural.

Na sociedade tradicional, a condução racional da vida seguia um fundamento religioso. As imagens do mundo religiosas promoviam a unidade e o direito tradicional orientava-se por normas de direito natural. Na sociedade moderna há um problema com a integração social. A racionalização do direito ocorre na medida em que há desencantamento das imagens do mundo religiosas, e com isso seu fundamento de liberdade é diluído. Weber vê a modernização como a continuação do desencantamento do mundo e como diferenciação das esferas de valores. Cada esfera tem sua própria pretensão de validade, e isso potencializa conflitos de ação.

²⁷ HABERMAS, 2012-a, p. 335-337.

²⁸ HABERMAS, 2012-a, p. 302.

Sociedade, cultura e personalidade estão em conflito. Cada sistema particular se projeta tendo como pretensão a validade universal, mas não há universalidade. Aspectos objetivos, sociais e subjetivos concorrem entre si. São razões distintas ditadas por esferas distintas, o que resulta em um problema para a coordenação de ações.

Com a autonomização das esferas de valor, os sujeitos agem a partir de cada esfera com pretensões próprias de validade, que conflitam, por seu turno com as pretensões de outras esferas. Esse é um ponto marcante na modernidade e também para explicar a colonização do *mundo da vida* que ocorre com a influência capitalista e o aparato estatal. Como será visto adiante, a forma de superar esta crise de legitimidade é a reconstrução do direito.

2.2.2 A Relação Sistema e Mundo da Vida e o Papel Mediador do Direito

Para Habermas, a sociedade se reproduz em dois âmbitos: *sistema* e *mundo da vida*, cada um deles é guiado por uma racionalidade própria. Nas sociedades tradicionais eles faziam parte de uma mesma tradição, estando imbricados. Mas na modernidade se separaram, pois adquiriram autonomia, e nisso passa a ser possível a colonização de um sobre o outro. A diferenciação entre sistema e mundo da vida torna-se importante para compreender as patologias da modernidade.

Os conflitos das sociedades modernas não decorrem apenas da autonomização das esferas de valor, mas também em virtude da existência de duas racionalidades conflitantes, embate que por vezes acarreta a colonização sistêmica do mundo da vida.²⁹ Esta colonização, causa de reificação, pode ser contramedida por reações próprias.

Na categoria *sistema*, têm-se os subsistemas sociais o *mercado* (guiado pelo seu código próprio que constitui dinheiro) e o *Estado* (que rege o poder). É possível explicá-los pela racionalização – mas estas não se confundem, são autônomas e organizadas pelo direito formal.

A economia capitalista e o aparato estatal são guiados pela racionalidade instrumental, direcionada ao progresso, mas que causa reificação dos indivíduos. Essa racionalidade orienta-se para o êxito, através da reflexão sobre os meios para

²⁹ NOBRE, 2008-b, p. 22-23.

atingir determinados fins. O direito organiza o poder político e o poder econômico, mas ao mesmo tempo precisa de uma justificativa racional independente da racionalização ética. Esse nível de reprodução social, que independe de qualquer conteúdo moral, é causa de reificação. Com o processo de racionalização ocorre uma autonomização cognitiva do direito e da moral pela dissociação das imagens do mundo, sendo que ambos organizam um domínio exercido legalmente.

A razão instrumental visa a persecução de certos objetivos, a razão comunicativa almeja o consenso. Como contraponto, Habermas trabalha com a razão comunicativa, própria do mundo da vida, na qual o sujeito é definido em relação a outros sujeitos em uma perspectiva intersubjetiva. O exercício desta razão se dá por meio da linguagem, e apesar de ser orientada para o entendimento, não é fonte de normas do agir, mas possui conteúdo normativo presente nos pressupostos pragmáticos. O exercício desta racionalidade, em especial no âmbito de uma esfera pública, abre vias para um processo emancipatório e fortalecimento das relações sociais.

Outro âmbito de reprodução da sociedade é o *mundo da vida*, que constitui um pano de fundo consensual. São suposições de fundo intersubjetivamente compartilhadas, no qual o processo de comunicação está previamente inserido de forma incontestável pelos sujeitos, de forma que não pode ser objeto de dissenso. O agir é contextualizado em um espaço social e tempo histórico, marcado com uma cultura, sociedade e personalidade. O mundo da vida é condição para o exercício da ação comunicativa. Nas palavras de Habermas: “O mundo da vida, do qual as instituições são uma parte, manifesta-se como um complexo de tradições entrelaçadas, de ordens legítimas e de identidades pessoais – tudo reproduzido pelo agir comunicativo.”³⁰ Ele é o responsável por articular ações comunicativas, ordenando legitimamente as relações interpessoais.³¹ Sobre os contextos do mundo da vida, é interessante destacar ainda que eles fornecem o pano de fundo consensual para as práticas comunicativas³².

Em cada domínio, há um predomínio de uma racionalidade, mas sem uma exclusividade absoluta. No domínio do sistema, é claro predomínio da racionalidade

³⁰ HABERMAS, 1994-a. p. 42.

³¹ HABERMAS, 1994-b, p. 86.

³² HABERMAS, 1994-a. p. 40.

instrumental, enquanto no mundo da vida há mais ações do tipo comunicativo. Nas palavras de Habermas, o problema e a hipótese são assim apresentados:

Como integrar socialmente mundos da vida em mesmos pluralizados e profanizados, uma vez que cresce simultaneamente o risco de dissenso nos domínios do agir comunicativo desligado de autoridades sagradas e de instituições fortes? [...] Parece haver uma saída através da *regulamentação normativa de interações estratégicas*, sobre as quais os próprios atores entendem.³³

Nessa tensão entre *sistema e mundo da vida*, guiados por racionalidades diferentes, visando lidar com a crise de legitimidade da modernidade, o direito assume a função da tradução dos diferentes códigos de cada subsistema. O direito é o único subsistema que pode transformar o poder em coerção legítima (através do poder do Estado), bem como canalizar a expressão de autodeterminação de uma comunidade (provinda do mundo da vida) e estabilizar as expectativas de comportamento.

Além disso, elementos sistêmicos afetam formas de integração social pautada em formas consensuais de coordenação de ação — que decorrem da reprodução simbólica do mundo da vida. É deste processo que ocorre a colonização do mundo da vida.³⁴

A racionalização unilateral e a reificação da prática comunicativa cotidiana não são frutos da disjunção entre formas de organização dos subsistemas controlados por meios e pelo mundo da vida, mas de penetração de formas da racionalidade econômica e administrativa em esferas de ações que resistem à transferência para os meios *dinheiro* e *poder*, uma vez que se especializam na tradição cultural, na integração e na educação social, ficando na dependência do entendimento como mecanismo de coordenação da ação.³⁵

Para fazer frente a racionalidade instrumental no domínio do mundo da vida, não é suficiente iniciativas para evitar a colonização. É necessário um movimento direcionado a ação comunicativa, no sentido de intensificar a lógica própria do mundo da vida e seguindo uma orientação emancipatória, que repercute na limitação da racionalidade instrumental a um âmbito adequado no domínio do sistema. Com isso a racionalidade comunicativa ganharia um peso determinante nos processos democráticos. Neste sentido:

³³ HABERMAS, 1994-a. p. 46.

³⁴ HABERMAS, 2012-b, p. 352.

³⁵ HABERMAS, 2012-b, p. 597.

Encontra resistência por parte das estruturas comunicativas estabelecidas, que mobilizam recursos para combatê-la e para preservar espaços próprios do mundo da vida. Esses processos de resistência se organizam no mais das vezes de maneira informal, por meio de redes de comunicação, de discussão e de ação que têm por objetivo barrar a interferência instrumental em formas de vida estabelecidas.³⁶

A racionalidade instrumental é indispensável para o desenvolvimento material da sociedade. Da mesma forma que ela não pode ter predominância absoluta na sociedade, ela não pode ser suplantada pela racionalidade comunicativa. A questão que se coloca é saber como é possível o direcionamento do sistema pelo mundo da vida, mas mantendo o equilíbrio entre os diferentes domínios e as diferentes lógicas.

A racionalidade instrumental neutraliza conflitos e dissensos potenciais por antever objetivos que serão perseguidos visando a reprodução material. Dessa forma, possui um aspecto neutralizante dos conflitos potenciais imanentes as sociedades modernas. Esta razão necessária, mas não suficiente, tem do outro lado a racionalidade comunicativa, que tem por objetivo o entendimento entre os participantes, o que é perseguido através de discussões visando a prevalência do melhor argumento. Apesar da possibilidade de dissenso na busca do consenso, essa racionalidade pode produzir, de forma indireta, efeitos neutralizantes dos conflitos.

O direito tem características próprias do sistema e próprias do mundo da vida e é a instância mediadora entre eles. O mercado e o Estado possuem códigos altamente especializados e desprendidos de pretensão de comunicação com outras instâncias sociais, tendo como linguagem própria o dinheiro e o poder administrativo, assumindo o direito o papel de direcioná-los e a função de *transformador*. Direito tem um duplo papel: de um lado é a manifestação do poder estatal, na forma de coerção institucionalizada. De outra medida, é expressão da formação coletiva de vontade.

A partir das características apresentadas, e realizando a mediação entre sistema e mundo da vida, o direito deve orquestrar o conflito entre diferentes valores e interesses de diferentes subsistemas. Todos os subsistemas, as esferas de valor, são permeados por ideias e interesses. Valores são gerais, enquanto interesses são válidos apenas para uma situação determinada. Uma ordem jurídica que só tutelasse interesses seria instável. A validade normativa e a legalidade surgem

³⁶ NOBRE, 2008-b, p. 23.

quando uma ordem é subjetivamente reconhecida como válida — sem isso seria instável. A continuidade repousa sobre um acordo sobre a validade, e tal acordo “próprio do agir comunitário consiste em que os integrantes de um grupo reconheçam a obrigatoriedade de suas normas de ação e saibam, uns sobre os outros, que se sentem mutuamente obrigados a seguir as regras.”³⁷

A ordenação da vida ocorre por um lado pela concretização de ideias, e por outro pela regulação de interesses — ambos são regidos por normas. Interesses só podem ser satisfeitos de forma duradoura se se vincularem as ideias que lhes conferem fundamento. Por seu turno, ideias precisam de poder para ter eficácia.

O direito combina aspectos racionais-valorativos e racionais-teleológicos, orquestrando a pluralidade. É visto como sistema de ordenação da vida segundo a racionalidade moral-prática. E no plano formal, a unidade da racionalidade é assegurada pela solução argumentativa das pretensões de validade.

Não é a legalidade que gera legitimidade, mas sim o acordo racional. A legitimidade da legalidade se apoia no procedimento. Mas isso só é possível, no entender de Habermas, se as ações sociais institucionalizadas se organizarem em torno de uma ordem legítima e fundada em acordos intersubjetivos. Para impulsionar isso, entendimento já presente na Teoria do Agir Comunicativo de 1981, Habermas delinea o paradigma procedimental do direito no Direito e Democracia de 1992 (que será trabalhado no segundo capítulo desta pesquisa).

Por outro lado, há agir estratégicos, interessados, que divergem das convenções. Neste contexto, no qual diferentes sujeitos se orientam para seus próprios interesses, para haver legitimidade de uma ordem normativa comum é preciso regulamentar o agir instrumental. O acordo normativo precisa fazer a transição de um direito que decorre da tradição para um direito fundado em um acordo convencionado, no qual o direito fixará os limites para o agir instrumental. Somente argumentos que tenham motivação racional (que pode ser geral ou no nível de cada esfera de valor, tendo pretensão de verdade, correção, veracidade ou autenticidade) podem ser levados em conta nesse procedimento.

Entretanto, fica aberta a questão de como que a motivação racional decorrente da racionalidade comunicativa é atingida. Passa a ser necessário o

³⁷ HABERMAS, 2012-a, p. 341-2.

desenvolvimento da estrutura do processo argumentativo visando um entendimento intersubjetivo. O objetivo da próxima seção é justamente desenvolver este tópico.

2.3 O DISCURSO COMO CRITÉRIO DE LEGITIMIDADE

As orientações do pensamento de Habermas e o diálogo com Weber para situar a crise de legitimidade moderna são importantes tópicos para o paradigma procedimental do direito. Entretanto, a questão do discurso é o pilar fundamental para a reconstrução do direito.

Ciente da importância da teoria do discurso para a legitimidade procedimental, esta seção, em uma primeira subseção trabalha com a ação comunicativa, a situação de fala ideal, e a estrutura da fundamentação da ética do discurso. São questões necessárias para a introdução do princípio do discurso que é o cerne desta seção. A segunda subseção apresenta o Princípio de Universalização, o Princípio do Discurso, e o Princípio de Democracia. Além disso, aborda a questão do dissenso e como esses princípios possuem uma vinculação com a formação da vontade política no âmbito das democracias modernas — mediação necessária para propor uma teoria discursiva do direito.

2.3.1 A Ação Comunicativa e a Fundamentação da Ética do Discurso

A ação comunicativa tem uma prioridade ontológica em relação a ação instrumental, pois o uso originário da linguagem volta-se para o entendimento. Do contrário não seria possível fundar uma ética se na ação social houvesse uma prevalência da ação instrumental. Nesse âmbito, a ação comunicativa cumpre com o papel de coordenar intersubjetivamente a ação. Quando um sujeito, ao levantar uma pretensão de validade através de um ato de fala, busca o reconhecimento intersubjetivo de sua demanda, ele automaticamente assume um compromisso que vincula obrigações.

A ação comunicativa trabalha com um consenso em dois níveis: com base nas condições formais para a ocorrência de consenso, e só em outro nível que se busca o consenso semântico. Esta construção mantém em aberto a possibilidade de revisão da construção de consensos para comunidades discursivas futuras. Desta forma, o consenso atingido nunca é derradeiro.

Quem age comunicativamente sustenta quatro pretensões de validade: inteligibilidade, verdade, correção e veracidade³⁸, que se manifestam predominantemente em um tipo de ação com referência a um mundo. Interações comunicativas na qual as pessoas envolvidas harmonizam seus planos de ação através do reconhecimento intersubjetivo das pretensões de validade. O Agir comunicativo também incide nas estruturas essenciais do mundo da vida, a saber: cultura, sociedade e personalidade – que figuram como pressuposições não-problemáticas da argumentação. Conforme Habermas:

Sob o aspecto funcional do *entendimento*, o agir comunicativo se presta à transmissão e à renovação de um saber cultural; sob o aspecto da *coordenação da ação*, ele possibilita a integração social e a geração de solidariedade; e, sob o *aspecto da socialização*, o agir comunicativo serve à formação de identidades pessoais.³⁹

Habermas apresenta a seguinte sistematização sobre o exposto:

Tipo de ação	Pretensão de Validade	Referência ao mundo
Agir teleológico	Verdade	Mundo objetivo
Agir normativo	Correção	Mundo social
Agir dramatúrgico	Autenticidade (veracidade)	Mundo subjetivo
Agir Comunicativo	Entendimento	Referência reflexiva aos três mundos

Tais pretensões de validade pertencem ao primeiro nível de consenso. O sujeito que realiza um ato de fala, terá pelo menos umas das pretensões de validade, que repercute na busca do consenso em um segundo nível.

Para atingir o consenso, Habermas idealiza uma situação de fala ideal. Posteriormente Habermas se afasta desta categoria teórica, mas nesse momento é oportuno situá-la. Ela não se refere a condições empíricas para que o consenso seja

³⁸ Em algumas passagens de Habermas, ele anuncia apenas três pretensões de validade, mas nestes contextos a pretensão de inteligibilidade é entendida como pressuposta.

³⁹ HABERMAS, 2012-b, p. 252.

atingido, mas uma categoria teórica que ajuda no desenvolvimento do sistema de consenso, na qual haveria as seguintes condições:⁴⁰

- (1) Todos os potenciais participantes do discurso devem dispor de igual chance de proferir atos de fala, de tal modo que possam colocar questões e oferecer respostas livremente.
- (2) Todos devem possuir igual chance de fazer interpretações, afirmações, sugestões, esclarecimentos e justificações e problematizar as pretensões de validade das mesmas, de um modo que nenhum preconceito permaneça imune a críticas.
- (3) São admitidos no discurso apenas os falantes que, enquanto agentes, possuam igual chance de empregar atos de fala, ou seja, de expressar suas posições, sentimentos e intenções.
- (4) São admitidos no discurso apenas os falantes que, enquanto agentes, possuam igual chance de empregar atos de fala regulativos, ou seja, de dar e recusar ordens, permitir e proibir, prometer e negar promessas etc.

A situação ideal de fala indica os pressupostos pragmáticos necessários para que os participantes exercitem o agir comunicativo, no entendimento de Siebeneichler: “pode ser tomada como critério da argumentação discursiva porque implica uma distribuição simétrica de chances de escolha e de realização de atos de fala. Supomos que nela não existe nenhum elemento de coação a não ser a coação do melhor argumento.”⁴¹

Uma crítica comumente realizada é que a situação de fala ideal é utópica, e com isso tal categoria teórica perderia sua pertinência. A distância entre a situação de fala ideal com as condições verificáveis empiricamente tornaria o paradigma procedimental como insuficiente — em especial por afastar questões da realidade concreta e focar aspectos formais nas reflexões sobre a legitimação.

A situação de fala ideal em um primeiro momento é necessária para a realização de processos argumentativos. Sem isso, é impossível ocorrerem entendimentos intersubjetivos válidos. Porém, em uma avaliação fática, os pressupostos ideais não são verificáveis empiricamente, mas serve como ideia contrafática. Entretanto, Habermas deixa claro que o paradigma procedimental independe uma situação de fala *ideal*. O *ideal* existe enquanto categoria teórica e serve como uma referência a ser buscada o máximo possível pelas instituições. Ou

⁴⁰ A obra de Habermas na qual ele lista as condições de fala ideal é HABERMAS, Jürgen. **Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns**. Frankfurt: Suhrkamp, 1984, p. 177-178.. Esta obra não possui tradução para o português, mas pode ser encontrada em pesquisa sobre o Habermas, como em *apud* SEGATO, In: NOBRE, 2008-b, p. 47.

⁴¹ SIEBENEICHLER, 1994, p. 105.

seja, Habermas reconhece que as condições ideais de fala só podem ser cumpridas de forma aproximada. Também por este motivo, deve-se manter aberta a possibilidade de revisão dos consensos atingidos.⁴²

Enquanto no paradigma da consciência havia o predomínio de outra racionalidade, a razão comunicativa é a chave para pensar a ética no paradigma da linguagem. A partir desta premissa, ocorreram os primeiros desenvolvimentos da ética do discurso, momento no qual Habermas teve como interlocutor Karl-Otto Apel, filósofo que inaugurou a ética do discurso. O objetivo de Apel era fundamentar racionalmente uma ética discursiva, com pretensão de universalidade, de forma a poder ser contraposta a características de uma civilização técnico-científica, a qual secundariza a moral para o âmbito privado, espacialidade na qual decisões subjetivas e irracionais são tomadas.

Apel intenta mostrar a necessidade e a possibilidade de uma fundamentação filosófica última para a ética, o que caminhava contra a postura dominante na filosofia contemporânea que abandonaram tais pretensões. Ele é consequencialista em seu discurso, pois sua ética do discurso engloba uma teleologia moral. Isso ocorre na medida em que é uma ética de responsabilidade tendo como referência a fundamentação última da ética.

Ciente da tensão existente entre situação de fala ideal e real, Apel visualiza o estabelecimento gradual e em longo prazo do princípio moral. Habermas, por seu turno, segue o programa de fundamentação de Apel, mas molda sua ética do discurso a partir da teoria da ação comunicativa — diferentemente de Apel que usa como contexto a crítica e a transformação da filosofia transcendental.

Para Habermas, a ética do discurso toma como referência pressupostos da comunicação que todos usam intuitivamente quando possuem a pretensão de participação de uma argumentação. O argumento pragmático-transcendental de Apel mostra que algumas condições da argumentação são inafastáveis. Habermas renuncia a dedução transcendental em prol de uma reconstrução racional dos elementos pragmáticos da fala — superando assim também o modelo apriorista kantiano.⁴³

⁴² HABERMAS, 1994-a, p. 223.

⁴³ NOBRE, 2012, p. 100-102.

Habermas não apresenta uma fundamentação última para a ética do discurso — como Apel sustenta. Do contrário, incidiria no trilema de Münchhausen⁴⁴. Mas nesse sentido indicado, o conceito de *fundamentação* aparece como um raciocínio dedutivo a partir de um axioma que é anterior a aquilo a ser fundamentado.

A fundamentação da ética do discurso é feita de maneira reflexiva, tomando como base a estrutura dos procedimentos comunicativos e suas pré-condições para que ocorra entendimento. Porém, ciente da impossibilidade de fundamentação última pela via dedutiva, é possível seguir uma via reflexiva que busca outra forma de fundamentação, pautada em regras de argumentação com referências a premissas. Isso ocorre na medida em que são identificados pressupostos incontornáveis da argumentação, regras que todo sujeito que engaja em um processo argumentativo aceita, sob pena de contradição performativa (uma contradição entre o ato de fala com o conteúdo deste ato).

Quem age comunicativamente realizando enunciações ciente de que a validade delas é passível de contestação por outros atores, o que pressupõem o reconhecimento destes outros atores. Quem participa do discurso “faz inevitavelmente pressuposições argumentativas cujo conteúdo proposicional contradiz sua objeção”.⁴⁵ Apel descreve da seguinte maneira:

autocontradição pragmática ou performativa que apareceria no caso de contestação, assim, por exemplo, se alguém quisesse afirmar: Eu contesto com argumentos que eu esteja argumentando e que assim deva reconhecer como incontestáveis as pressuposições de existências e de regras do argumentar válido.⁴⁶

O critério da contradição performativa permite identificar as regras necessárias para a argumentação e demonstrá-las como necessárias.⁴⁷

⁴⁴ Referência a uma estória de Hans Albert, na qual do Barão de Münchhausen, que estava preso em um pântano e a forma que encontrou para se salvar foi puxar seus próprios cabelos. O trilema de Münchhausen aponta os obstáculos que uma fundamentação última incide, pois sempre irá ocorrer em um dos três seguintes problemas: *retorno ao infinito*, retrocedendo constantemente na busca de novos argumentos que na prática não são realizáveis; *círculo lógico* em um processo de dedução que decorre de enunciados que não foram devidamente fundamentados, o que não oferece uma base segura; *recurso dogmático*, ou um argumento de autoridade, na situação em que não é apresentado um argumento válido, ocorrendo a suspensão arbitrária do raciocínio. (HABERMAS, 1989, p. 101-102).

⁴⁵ HABERMAS, 1989, p. 104.

⁴⁶ APEL, Fundamentação última não-metafísica. IN: Ernildo STEIN&Luis A. de BONI. Festschrift em homenagem a Carlos Roberto Cirne Lima. Petrópolis: Vozes, 1993, p. 316.

⁴⁷ Ainda sobre *contradição performativa*, “o exame crítico e cujo conteúdo proposicional contradiz o princípio (f) [falibilismo]. Tal é efetivamente o caso, pois o oponente, ao apresentar sua objeção, pressupõe inevitavelmente a validade pelo menos daquelas regras lógicas que não podem ser

Para verificar a enunciação feita por outra pessoa quando as pretensões de validade deve-se inicialmente pressupor a racionalidade do oponente. Esses pressupostos caracterizam a racionalidade comunicativa, que no entender de Habermas é universal.

Uma vez feitas tais considerações sobre a ação comunicativa e a origem da ética do discurso, é possível apresentar o Princípio de Universalização e o Princípio do Discurso, que para serem sustentados demandam a fundamentação deduzida nesta seção.

2.3.2 O Princípio de Universalização e o Princípio do Discurso

No paradigma da consciência, a filosofia moral de Kant apresenta o Imperativo Categórico na qualidade de um princípio ponte para a universalização de conteúdos normativos. O imperativo “age de tal modo que a máxima da tua vontade possa sempre valer ao mesmo tempo como princípio de uma legislação universal”⁴⁸, consiste em um critério de universalização, formal, deontológico e cognitivista.

Guardadas as proporções, no paradigma da linguagem Habermas introduz o Princípio de universalização (U), foi assim definido:

Todas as normas em vigor têm de cumprir a condição de que as consequências e efeitos secundários, provavelmente decorrentes de um cumprimento geral dessas mesmas normas a favor da satisfação dos interesses de *cada um*, possam ser aceites voluntariamente por *todos* os indivíduos em causa⁴⁹.

Este princípio também possui um caráter *deontológico, cognitivista, formalista e universalista*. *Deontológica* no sentido que tem como problema a questão da validade moral, com justificativa racional, de normas de conduta; é *cognitivista* na medida em que se ocupa de fundamentar afirmações normativas com pretensão de validade análoga a pretensão de verdade; é *formalista* enquanto é tido como critério de justificação, sem prescrever normas de conduta, mas oferece critérios para

substituídas, caso compreenda o argumento apresentado como uma refutação. Mesmo o criticista, ao participar de uma argumentação, já aceitou como válido um acervo mínimo de regras irrecusáveis da crítica. E essa constatação é incompatível com (f)” (HABERMAS, 1989, p. 102-103).

⁴⁸ KANT, 2002, p. 51.

⁴⁹ HABERMAS, 1999, p. 34.

avaliar a validade delas; finalmente é *universalista* por pretender um alcance geral, não se limitando a uma determinada cultura ou lapso temporal, na medida em que quem participa de uma argumentação admite pressupostos pragmáticos de teor normativo — pressupostos estes que são considerados como universais.

O diferencial determinante em relação a Kant é que Habermas exclui a aplicação monológica do princípio de universalização. Ele aplica-se em situação em que há diversos participantes de um discurso prático.⁵⁰ Isso força que cada sujeito participante do discurso considera a perspectiva de todos os demais envolvidos.⁵¹

O princípio de universalização já está presente nos pressupostos pragmáticos da comunicação. Quem participa da argumentação, pelo simples fato de argumentar, já aceita tacitamente condições normativas próprias deste processo. Para demonstrar isso, diferente da pragmática transcendental kantiana, a ética do discurso segue um modelo reflexivo, mantendo um caráter hipotético e realizando comprovações indiretas.

Um objetivo é que os pressupostos da argumentação tornem os discursos imunizados contra a repressão e a desigualdade. Habermas se atém as regras indicadas por Alexy, que são classificados em três planos: *lógico-semântico*, *dialético dos procedimentos* e o *retórico* referente a aspectos processuais. O primeiro plano pressupõe regras lógicas e semânticas próprias da comunicação, sem possuir qualquer conteúdo ético; no plano dialético dos procedimentos, a argumentação aparece como tendo o objetivo de entendimento mútuo referente, em uma busca cooperativa para o entendimento, através de regras que distribuem o ônus da argumentação e regras de coerência entre as pretensões de validade; no último plano, o discurso aparece como processo comunicacional, na medida em que quem participa de uma argumentação assume determinados pressupostos argumentativos.

⁵⁰ Habermas chega a dialogar com Rawls nesse ponto. A Teoria da Justiça de Rawls desenvolve princípios de justiça originados a partir de uma perspectiva subjetiva imparcial. Trata-se de uma reformulação da hipótese contratualista, na qual é suposto que os sujeitos, em uma posição original, estariam envoltos de um véu de ignorância, que impediria o conhecimento de qual posição os sujeitos ocupariam na sociedade. Nesta situação, os sujeitos considerariam que poderiam vir a ocupar as posições menos desfavorecidas da sociedade, bem como as com mais privilégios, de forma que deveriam tomar decisões sobre as instituições políticas considerando a perspectiva de todos os demais. Desta situação Rawls deduz dois princípios de justiça. De todo modo, o importante aqui é a hipótese formulada que forçaria a cada sujeito considerar a perspectiva de todos os demais, apesar de ter uma orientação do paradigma da consciência (RAWLS, 2008, p. 21-26).

⁵¹ HABERMAS, 1989, p. 86.

Tais pressupostos são citados da seguinte forma (sendo que cada item corresponde, na mesma ordem, aos pressupostos citados):

- 1.1 a nenhum falante é lícito contradizer-se
- 1.2 todo falante que aplicar um predicado F a um objeto *a* tem que estar disposto a aplicar F a qualquer outro objeto que se assemelhe a *a* sob todos os aspectos relevantes.
- 1.3 Não é lícito aos diferentes falantes usar a mesma expressão em sentidos diferentes.⁵²

- 2.1 a todo falante só é lícito afirmar aquilo em que ele próprio acredita.
- 2.2 quem atacar um enunciado ou norma que não for objeto da discussão tem que indicar uma razão para fazer isso.⁵³

- 3.1 É lícito a todo sujeito capaz de falar e agir participar de Discursos
- 3.2 a. É lícito a qualquer um problematizar qualquer asserção
 - b. é lícito a qualquer um introduzir qualquer asserção no Discurso
 - c. É lícito a qualquer um manifestar suas atitudes, desejos e necessidades
- 3.3 não é lícito impedir falante algum, por uma coerção exercida dentro ou fora do discurso, de valer-se de seus direitos estabelecidos em 3.1 e 3.2.⁵⁴

Se todos aqueles que adentram em um discurso devem fazer as pressuposições citadas em 3.1 a 3.3, e se for considerado que as normas justificadas dizem respeito ao interesse comum das pessoas concernidas pela norma, então quem pretende resgatar a pretensão de validade da norma reconhece implicitamente o princípio de universalização.

O princípio de universalização é pertinente aos discursos referentes à moral. Além disso, há o princípio do discurso, que possui a seguinte formulação: “são válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais”⁵⁵

No contexto desses princípios, *normas de ação* referem-se a expectativas de comportamento generalizadas. *Atingido* diz respeito àqueles que têm seus interesses afetados pelas consequências da regulamentação exercida pelas normas de ação. *Discurso racional* versa sobre a tentativa de entendimento das pretensões de validade.⁵⁶

Princípio discursivo neutro em relação à moral e ao direito implica em uma abordagem teórica distinta da ética do discurso desenvolvida antes da década de

⁵² HABERMAS, 1989, p. 110.

⁵³ HABERMAS, 1989, p. 111.

⁵⁴ HABERMAS, 1989, p. 112.

⁵⁵ HABERMAS, 1994-a, p. 142.

⁵⁶ HABERMAS, 1994-a, p. 142.

1990. Neste contexto, é importante esclarecer que os discursos jurídicos não constituem parte da argumentação moral⁵⁷, tendo uma relação distinta. Apesar da proximidade, o princípio de universalização deve ser distinguido do princípio do discurso, pois aquele versa sobre ética e expressa a ideia fundamental de uma teoria moral, não fazendo parte dos pressupostos da teoria do discurso.⁵⁸ Apesar da controvérsia que gira em torno da questão, Habermas entende que o discurso moral é um discurso, dentro outras formas de discursos possíveis, nos quais a legislação se apoia: “A legislação política não se apoia somente, e nem em primeira linha, em argumentos *morais*, mas também em argumentos de outras providências”.⁵⁹

O princípio discurso decorre de uma concepção na qual todos os indivíduos podem participar dos processos argumentativos. Trata-se de um princípio formal, no qual, pressupondo certas condições que concedem igual poder de fala a todos os participantes, os próprios sujeitos dialogam para determinar as prescrições normativas que serão seguidas. O fundamento desta ética é um acordo intersubjetivo – e um acordo com esta mesma natureza é o objetivo dos procedimentos democráticos.

A ideia central é que a legitimidade das decisões tomadas no âmbito do sistema estará condicionada à aceitabilidade dos sujeitos concernidos pela decisão. Um acordo, sem a aquiescência dos atingidos, nesta perspectiva, estaria envolto de invalidade. Em um Estado no qual os sujeitos não tem liberdade para tematizar questões, uma formação autônoma de vontade e a possibilidade de se expressarem de forma livre, haveria carência de legitimidade.

Da mesma forma que o princípio de universalização é pensado em relação a moral, há o princípio de democracia que é relacionado ao direito, que é a forma jurídica do princípio do Discurso. Em suas palavras:

⁵⁷ Sobre isto, é interessante realizar o seguinte esclarecimento “Não se trata, com isso, de recusar uma relação entre moral e direito, pois este só pode ter legitimidade se não ferir princípios morais. Porém, daí não se pode derivar uma hierarquia entre normas morais e jurídicas, visto que tal concepção significaria escapar do horizonte de uma sociedade moderna racionalizada. Tal hierarquia é vista por Habermas como pertencente ao ‘mundo do direito pré-moderno’. Em vez de uma hierarquia, a autonomia moral e o direito positivo devem encontrar-se em ‘*uma relação de complementação*’. Tal relação de complementação só pode ser entendida, por sua vez, de um ponto de vista sociológico, isto é, desde o ponto de vista de uma reconstrução da evolução social.” (REPA, 2010, p. 143).

⁵⁸ HABERMAS, 1989, p. 116.

⁵⁹ HABERMAS, 1994-b, p. 290.

O princípio da democracia destina-se a amarrar um procedimento de normatização legítima do direito. Ele significa, com efeito, que somente podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros do direito, num processo jurídico de normatização discursiva. O princípio da democracia explora, noutros termos, o sentido performativo da prática de autodeterminação de membros do direito que se reconhecem mutuamente como membros iguais e livres de uma associação estabelecida livremente.⁶⁰

A aceitação racional da norma está relacionada com a aceitação empírica. Habermas rechaça as normas que para serem aceitas se apoiam em formas de violência. É indispensável a norma apoiar-se em uma validade que seja aceita racionalmente, em suas palavras: “temos que distinguir entre o fato social do reconhecimento intersubjetivo e o fato de uma norma ser digna de reconhecimento.”⁶¹

Seguindo a mediação da teoria do discurso com o direito, o processo argumentativo deverá respeitar as condições de fala para ser válido, sempre visando um auditório universal⁶², no qual prevalecem os melhores argumentos. Para tanto, é preciso assumir uma perspectiva intersubjetiva que é própria do paradigma da linguagem.

Pela natureza pragmática dos argumentos, eles devem ser postos e discutidos (em dado contexto social), para verificar sua aceitabilidade racional. Impor uma posição como correta, sem os procedimentos inerentes à ação comunicativa não é mais possível no pensamento pós-metafísico.

No agir orientado para o entendimento, sempre pode surgir argumentos melhores e/ou dissenso. Habermas afirma que “o consenso é necessário para definir as bases e os limites do dissenso, a fim de que este não se propague a ponto de dissolver o sistema.”⁶³ Isso significa que não há estabilização última das expectativas, mantendo constantemente uma abertura para a revisão do conteúdo normativo já pactuado.

É certo que os espaços para o risco do dissenso embutido em tomadas de posição em termos de sim/ não em relação a pretensões de validade

⁶⁰ HABERMAS, 1994-a, p. 145.

⁶¹ HABERMAS, 1994-a, p. 82.

⁶² Ao citar *auditório universal* faz-se uma alusão à reflexão de Perelman: “É óbvio que o valor dessa unanimidade depende do número e da qualidade dos que a manifestam, sendo o limite atingido, nessa área, pelo *acordo do auditório universal*. Trata-se evidentemente, nesse caso, não de um fato experimentalmente provado, mas de uma universalidade e de uma unanimidade que o orador imagina, do acordo de um auditório que deveria ser universal [...]” (PERELMAN, 2005, p. 35)

⁶³ WILLKE, apud HABERMAS, 1994-b, p. 77.

criticáveis crescem no decorrer da evolução social. Quanto maior for a complexidade da sociedade e quanto mais se ampliar a perspectiva restringida etnocentricamente, tanto maior será a pluralização de formas de vida e a individualização de histórias de vida, as quais inibem as zonas de sobreposição ou de convergência de convicções que se encontrem na base do mundo da vida.⁶⁴

Portanto, considerando a possibilidade de dissenso, da forma jurídica do discurso consubstanciada no princípio de democracia, é possível pensar para as sociedades modernas um modelo procedimental de democracia. Nesta linha, haveria uma formação de vontade política pela via discursiva, bem como a criação do direito que se demandaria uma fundamentação intersubjetiva, e, principalmente, abriria vias para um direito pautado na orientação discursiva. Fazendo a mediação com o próximo capítulo, é esclarecedora a seguinte reflexão de Habermas:

A formação da opinião e da vontade política não se realiza apenas na forma dos compromissos, mas também segundo o modelo dos discursos públicos, que visam a aceitabilidade racional das regras, à luz de interesses generalizados, de orientações de valor compartilhadas e de princípios fundamentados.

[...]

Um processo legislativo e de tomada de decisões políticas, instruído de modo discursivo e sem perder de vista o que acabou de ser dito, tem de respeitar tanto as preferências existentes quanto os valores e as normas. Desse modo, esse processo se qualifica muito bem para a tarefa de assumir o papel de fiador político em caso de inadimplência das funções de integração ocorrida num outro ponto.⁶⁵

Em *Direito e democracia* a teoria do discurso regulamenta todos os âmbitos da sociedade que passam por processos de racionalização. Na reconstrução das instituições sociais o direito assume a função de *transformador*, seguindo uma orientação própria da ação comunicativa, na medida em que, do contrário, somente seria possível uma reconstrução parcial. Diferindo do paradigma do direito liberal e social, que só podem lidar de forma parcial com a pluralização das formas de vida, através da reconstrução do direito, Habermas propõe um modelo procedimental para o direito, o que será devidamente trabalhado no próximo capítulo desta pesquisa.

⁶⁴ HABERMAS, 1994-a. p. 44.

⁶⁵ HABERMAS, 2002, p. 164.

3. DIREITO E DEMOCRACIA EM HABERMAS

Enquanto no capítulo anterior foram desenvolvidos conceitos voltados para a sociedade, tendo o direito aparecido apenas de forma indireta, nesta seção o direito será posto em primeiro plano. Isso não implica em secundarizar a sociedade em relação ao direito, mas sim trazer as discussões referentes a ordem jurídica no contexto da reconstrução proposta pelo filósofo alemão.

O principal marco teórico para este capítulo será a obra “Direito e Democracia”⁶⁶, trazendo elementos teóricos do discurso, democracia, legitimidade, esfera pública e direito, que são encadeados no arranjo teórico proposto por Habermas. Nesta conjuntura, o direito se revela uma condição necessária, mas não única, para a solução da crise de legitimidade das sociedades modernas.

Para o objeto desta pesquisa, a legitimidade procedimental, este capítulo é fundamental para promover o fechamento do percurso realizado. Para tanto, em uma primeira seção, será esclarecido como que o direito pode ser relacionado com o paradigma da linguagem, oferecendo a conjuntura teórica necessária para pensar as reflexões habermasianas sobre o direito, com foco especial para a tensão entre facticidade e validade. Na segunda seção, as relações entre direito e democracia na sociedade moderna serão aprofundadas, tendo como protagonistas os fluxos entre sistema, mundo da vida, sociedade civil e esfera pública. O objetivo é mostrar como ocorre o processo de legitimação nas sociedades modernas, e o papel que o direito desempenha nestes quadros. Na terceira seção, a reconstrução do direito assume o primeiro plano. Questões próprias da reconstrução interna do direito, como a configuração da autonomia jurídica e o problema da validade das decisões judiciais, serão desenvolvidas, o que serve para alicerçar a ideia de um paradigma procedimental do direito. Na quarta seção deste capítulo serão tratados os paradigmas do direito.

⁶⁶ Marcos Nobre apresenta a seguinte divisão do *Direito e Democracia*: “Os dois primeiros capítulos têm por objetivo introduzir o conceito de direito no quadro mais amplo da teoria da ação comunicativa, abrindo espaço para o desenvolvimento de uma teoria política. O primeiro capítulo se ocupa primordialmente de apresentar de maneira genérica a tensão entre facticidade e validade no nível linguístico e no nível interno do direito. O segundo capítulo se ocupa primordialmente da tensão externa entre facticidade e validade, i.e, da consideração mais estritamente sociológica da tensão. Os capítulos III a VI são dedicados à apresentação mais detalhada da tensão interna entre facticidade e validade.” (NOBRE, 2008-b, p. 29.).

3.1 A TENSÃO ENTRE FACTICIDADE E VALIDADE

Tanto o modelo estrutural da linguagem, como o do direito, apresentam a mesma tensão entre facticidade e validade. Por isso, antes de analisar a tensão entre facticidade e validade própria do direito, é válido indicar a base teórica da qual parte Habermas. Na Teoria do Agir Comunicativo são aprofundadas as discussões em torno da linguagem, que servem como pressupostos para o engajamento nas questões próprias do direito, e que é retomada no primeiro capítulo do Direito e Democracia.

No modelo linguístico de Frege, os indivíduos realizam representações subjetivas sobre elementos factuais. Mas para transcender esta relação entre subjetividade e objetividade, Frege necessitaria de um *terceiro mundo* para que os enunciados tenham a pretensão de validade. Já em Pierce, é desenvolvido o conceito de comunidade linguística, que para interpretar o mundo objetivo são sustentadas pretensões construídas de forma intersubjetiva.⁶⁷ A verdade dos enunciados levantados pela comunidade só podem ser alcançados nos limites factuais da própria comunidade de pesquisa. Trata-se da tensão entre linguagem e realidade, que se manifesta na forma de uma tensão entre facticidade e validade. Enquanto Pierce circunscreve esta comunicação no âmbito da comunidade de pesquisa, Habermas pretende explicar as comunicações cotidianas. O entendimento ocorre pela linguagem, premissa que ao ser desdobrada leva ao conceito de ação comunicativa. A teoria da linguagem, portanto, é a base para a aceitação racional do direito na medida em que este, para ter validade, recorre a intersubjetividade⁶⁸.

A integração social é possível pelo entendimento, através do agir comunicativo, vez que é o entendimento linguístico que serve como coordenador de ação. Os sujeitos agem tendo pretensões de validade que repercutem na construção e manutenção de ordens sociais. Seguindo o desenvolvimento teórico da linguística conforme as contribuições de Frege e Pierce, Habermas faz uma mediação dos postulados teóricos destes autores com as comunicações existentes cotidianamente, pois a adequação das ações ocorre através do entendimento atingido

⁶⁷ A Validade, seguindo Frege e Pierce: “[...] tem de ser entendida epistemicamente como ‘validade que se mostra para nós’. A justificada pretensão de verdade de um proponente deve ser defensável, através de argumentos, contra objeções de possíveis oponentes e, no final, deve poder contar com um acordo racional da comunidade de interpretação em geral.” (HABERMAS, 1994-a. p. 32).

⁶⁸ HABERMAS, 1994-a. p. 26-47.

comunicativamente. Neste sentido a linguagem é entendida como fonte de integração social.

De todo modo, permanece uma tensão, ainda que guardadas as diferenças, tanto na linguagem como no direito. Na linguagem a tensão é entre elementos factuais e as representações subjetivas. No direito deve-se realizar a mediação social entre *facticidade* e *validade*. Habermas resume a tensão entre facticidade e validade da seguinte forma: “faticidade (coação de sanções exteriores) e a validade (força ligadora de convicções racionalmente motivadas) são incompatíveis, ao menos fora dos domínios de ação reguladores pela tradição e pelos costumes.⁶⁹” Tal tensão se manifesta em um nível interno e externo: em uma dimensão interna ao direito, ele deve lidar com a facticidade da coerção, mas ao mesmo tempo deve assegurar a validade da norma que regulamenta a coerção. Em uma dimensão externa ao direito, no que concerne a sociedade e aos outros subsistemas, a *facticidade* consiste no direito positivado, que recai sobre os contextos sociais e os regulamentam. Mas ainda deve satisfazer a pretensão de legitimidade do direito para poder assegurar sua *validade*. Nas palavras de Habermas:

A legitimidade do direito apoia-se, em última instância, num arranjo comunicativo: enquanto participantes de discursos racionais, os parceiros do direito devem poder examinar se uma norma controvertida encontra ou poderia encontrar o assentimento de todos os possíveis atingidos.⁷⁰

De outro lado, a positividade do direito, que se manifesta na forma de uma sanção institucionalizada, é aspecto próprio da facticidade:

A positividade do direito significa que, ao se criar conscientemente uma estrutura de norma, surge um fragmento de realidade social produzida artificialmente, a qual só existe até segunda ordem, porque ela pode ser modificada ou colocada fora de ação em qualquer um de seus componentes singulares.⁷¹

Na ordem jurídica compreendida dentro do paradigma procedimental, os sujeitos autorizam as regras as quais são destinatários. Assim o direito promove a integração social sem anular o espaço para a argumentação. A busca de legitimidade do direito (aceitação racional) leva a organização política do poder (que promove a integração social em uma via instrumental, ao lado do mercado). Diante

⁶⁹ HABERMAS, 1994-a. p. 45.

⁷⁰ HABERMAS, 1994-a. p. 138.

⁷¹ HABERMAS, 1994-a. p. 60.

desta dupla atribuição, a questão chave é ligar elementos sistêmicos com a autodeterminação dos cidadãos, ou seja, a mediação entre sistema e mundo da vida, promovida pelo direito, que assume a função de comunicar diferentes códigos dos vários subsistemas.

Como se verá oportunamente, os paradigmas do direito até então desenvolvidos não proporcionam uma mediação satisfatória para esta questão. Para adiante propor uma nova perspectiva para o direito, Habermas promove uma reconstrução interna e externa do mesmo, passando pelo problema da integração social e assumindo a premissa do agir comunicativo, que culmina na elaboração do paradigma procedimental do direito.

A reconstrução é promovida a partir da razão comunicativa. Ele não se guia pela razão prática⁷², pois esta não possui um alcance explicativo suficiente. No entender de Habermas, não é mais possível fundamentar normas através da razão prática, e nisso abre-se espaço para um novo tipo de razão. A razão comunicativa aparece como hábil a legitimar uma ordem racionalmente no contexto de sociedades modernas, mas ao ser projetada para o direito deve engajar-se com outros elementos para justificar-se nas sociedades modernas.

O desafio é explicar a reprodução da sociedade moderna, caracterizada pela autonomização das esferas de valor, sem prejudicar a validade. O que deve ser feito pela reconstrução do direito, tendo como referencia a razão comunicativa. Isso repercute em explicar a integração social através de acordos e discurso orientados pelo entendimento.

Para a integração social, um primeiro passo é o mundo da vida. Através de seus contextos é possível um acordo não violento. (por mais frágil que seja inicialmente). Mas a integração desta natureza só seria possível em grupos muito pequenos. Em sociedades complexas, além do agir comunicativo, é preciso o *medium* do direito. A integração social se transfere para o entendimento entre os atores, na dimensão da validade. É entendida como a coordenação dos planos de

⁷² A razão prática em Kant aparece como faculdade subjetiva do sujeito, desvinculada da cultura e da política, que proporcionava a autonomia moral do indivíduo, e a sociedade aparece como composta destes indivíduos. Já em Hegel e Aristóteles, o sujeito é compreendido na dimensão histórica e política. Nestes modelos, o indivíduo é membro de uma coletividade e só pode ser livre nela e o Estado é a principal categoria para explicar a sociedade. Seja no âmbito do Estado, ou seja enquanto sujeitos autônomos, é realizado um uso da razão prática para a autoafirmação dos subsistemas e dos indivíduos. Isto resulta na diminuição da capacidade explicativa da razão prática. As explicações racionais que fundamentam o agir (pautado em elementos históricos e antropológicos, ou do sujeito desvinculado de influências culturais) perdem a força explicativa.

ação de vários sujeitos. Isso gera padrões de comportamento e de ordem social, possibilitando a diminuição de contingência e de conflitos sociais.⁷³

A integração social, compreendida pelo médium do direito, assume uma conotação diferente das formas comumente tratadas, em especial pelo modelo liberal e social. A hipótese contratualista partia da premissa de que sujeitos autônomos que se associam livremente. Na mesma linha, liberais (Smith e Ricardo) desenvolvessem um sistema econômico a partir de uma interpretação forte da autonomia individual próprio do liberalismo. Modelo econômico ao qual Marx identificou relações de dominação, e aonde a integração social decorria de relações de produção, não de relações jurídicas —, mas que apesar das pertinentes críticas feitas ao modelo liberal, o sistema proposto apresenta incompatibilidades com a sociedade moderna, especialmente no que concerne ao espaço dedicado a autonomia privada.⁷⁴

Depois do realismo de Marx segue o funcionalismo, no qual o direito é um subsistema de ação. Por esta evolução, visando lidar com a crescente complexidade social, gradativamente, a sociedade deixou de recorrer à autocompreensão dos autores. Neste funcionalismo, o sistema jurídico reconquista a autonomia, mas mesmo assim é periférico, pois é um subsistema dentro um universo de subsistemas. O direito, na perspectiva funcionalista, é estabilizador de expectativas de comportamento, solucionando conflitos a partir do código binário lícito/ ilícito. É autônomo, fechado recursivamente, autorreferencial e autopoiético, conforme teorizado por Luhmann.⁷⁵

A linguagem coloquial, própria da comunicação geral, é incapaz de atender a especificidade dos subsistemas, por isso é indispensável o médium do direito, que serve como mantenedor da comunicação entre os subsistemas e dirige todos os meios. Por isso que ele assume o papel de *tradutor*.

Diante de considerações que transpassam diferentes temas, o direito não pode ser entendido de uma forma fechada. Ao mesmo tempo ele canaliza a expressão da autodeterminação de uma comunidade; estabiliza expectativas de comportamento; e deve ser aceito racionalmente. Em um esforço para apresentar um conceito de direito, Habermas não é assertórico, mas apresenta componentes

⁷³ HABERMAS, 1994-a. p. 36.

⁷⁴ HABERMAS, 1994-a. p. 72-73.

⁷⁵ LUHMANN, 1983, p. 45-66.

que não podem ser desvinculados da compreensão deste conceito. O direito moderno intensifica e operacionaliza a tensão entre facticidade e validade, sendo que a legitimidade do direito positivo é construída a partir de direitos subjetivos integrados através de uma vontade coletiva de cidadãos livres e iguais, na esteira do pensamento democrático de Rousseau e Kant.⁷⁶

Por 'direito' eu entendo o moderno direito normatizado, que se apresenta com a pretensão à fundamentação sistemática, à interpretação obrigatória e à imposição. [...]. O direito é um sistema de saber e, ao mesmo tempo, um sistema de ação. Ele tanto pode ser entendido como um texto de proposições e de interpretações normativas, ou como uma instituição, ou seja, como um complexo de reguladores da ação.⁷⁷

O direito moderno, pós-convencional, possui três características necessárias para realizar essa mediação: *positividade*, é instituído por um legislador competente no interior de uma estrutura organizada, ou seja, no interior do sistema, mas que por sua vez busca um fundamento de validade em outras estruturas; *legalidade*, no sentido de desvinculado de juízos morais, seguindo uma orientação conforme a norma legal, o que decorre da autonomia cognitiva entre direito e moral; *formalidade*, no sentido permitir o não proibido, criando um âmbito para o agir orientado para satisfação de interesses, não obstante a pluralidade destes, somente assim é possível regulamentar de forma comunicativa um espaço no qual o agir instrumental é permitido. Mas estas características não dizem respeito sobre um fundamento de validade do direito. Sobre o problema da fundamentação, ele se apoia em uma validade racional.

O direito não representa apenas uma forma do saber cultural, como a moral, pois forma, simultaneamente, um componente importante do sistema de instituições sociais. O principal sentido do direito é o procedimento que instaura a legitimidade. Não é a forma do direito, em sua legalidade, que gera a legitimidade. No nível pós-tradicional, somente atinge a legitimidade o direito que atinge a aceitação racional pelos seus membros, o que é atingido através de uma formação discursiva de opinião e vontade.

Habermas afirma que a partir de Weber é possível situar melhor o problema da coordenação da ação. As ordens sociais só duram se forem legítimas, e para tal deve se apoiar sobre o consenso de valores (reconhecidos intersubjetivamente).

⁷⁶ HABERMAS, 1994-a. p. 53.

⁷⁷ HABERMAS, 1994-a. p. 110-111.

Porém a legitimidade da ordem não repousa sobre o consentimento, é preciso de garantias externas para assegurar as expectativas. Neste contexto o direito surge como uma *instância que obriga*, que só se legitima com uma justificativa racional.

A forma de superar a tensão entre facticidade e validade é a reconstrução do direito *por cima e por baixo*: de baixo, a partir de um participante (prestigiando a validade) que parte de significados incorporados ao conteúdo normativo ao qual é possível conferir legitimidade; e a partir de cima (da facticidade do direito), que explica a validade empírica. Desenvolver elementos desta reconstrução será o objetivo das próximas duas seções.

3.2 RECONSTRUÇÕES EXTERNAS AO DIREITO

Para o paradigma procedimental do direito conseguir lidar de forma adequada com a tensão entre facticidade e validade, depende da reconfiguração do modelo de circulação de poder nas sociedades modernas. Além disso, para se tornar operacional, e assim possibilitar uma legitimidade procedimental, exige uma esfera pública consistente, que permita a formação autônoma de vontade e o exercício da cidadania. Apresentar tais relações do direito é o objetivo desta seção.

3.2.1 A Formação da Esfera Pública

Habermas, em sua cronologia, amadurece suas teorias e aos poucos promoveu alterações em seus conceitos. Ciente destas mudanças, o conceito de *esfera pública* possui notável diferenciação com o passar do tempo. Na década de 60, na obra *Mudança Estrutural da Esfera Pública*, Habermas definiu esfera pública da seguinte maneira:

A esfera pública burguesa pode ser entendida inicialmente como a esfera das pessoas privadas reunidas em um público; elas reivindicam esta esfera pública regulamentada pela autoridade, mas diretamente contra a própria autoridade, a fim de discutir com ela as leis gerais da troca na esfera fundamentalmente privada, mas publicamente relevantes, as leis do intercâmbio de mercadorias e do trabalho social.⁷⁸

⁷⁸ HABERMAS, 2003, p. 42.

Nesta exposição, o modelo social implícito é a sociedade burguesa nos moldes de Hegel, responsável pela circulação de mercadorias e do trabalho. Tradicionalmente a esfera pública aparecia como um espaço privado em oposição à espacialidade pública ocupada pelo Estado. Contudo, quando cidadãos oriundos do espaço privado se reúnem em público, é constituída uma esfera pública. Há portanto três polos: *sociedade burguesa*, composta por pessoas privadas que movimentam a economia, onde também está o setor privado (reservada a esfera mais íntima que é a da família); *esfera pública*, constituída por cidadãos políticos, ocupada por discussões entre um público letrado e a imprensa; e o *Estado*, enquanto organização política. A Esfera pública, portanto, está entre o Estado e a Sociedade civil. Reese-Schäffer diz que “ela é política em sua função, mas privada em sua composição”⁷⁹. Ao mesmo tempo, na esfera pública, há inúmeras arenas de debate que se sobrepõem umas às outras, variando em graus de especialidade.⁸⁰

Habermas narra toda a evolução da formação da opinião pública. De Goethe pela representação pública em obras literárias, a participação na esfera pública ocorre de forma voluntária. Isso desde a sua origem em clubes e cafés, servindo como instância de formação de opinião, chegando à divulgação impressa de informações. Antes das revoluções do século XVIII a esfera pública era considerada própria da esfera do poder político, mas que a partir deste marco, gradualmente se desvinculava desta origem e passava a se dirigir para o público privado, situação na qual o poder político passou a ter que se justificar para a opinião pública.⁸¹

Nesse amadurecimento, a imprensa ocupa uma posição central. Originalmente ela era um sistema de correspondências privadas, limitando-se à organização e circulação de notícias (bem como verificá-las). Mas em dado momento a imprensa de informação evoluiu para a imprensa de opinião, com a inclusão de um jornalismo. Cada grupo partidário tinha seu próprio jornal que tinha o papel de divulgar suas opiniões. E a esfera pública deve muito de sua expansão aos meios de comunicação em massa⁸², pois somente nos anos 30 do Séc. XIX é que a imprensa assumiu um enfoque comercial.

Habermas, na década de 60, via como infra-estrutura comunicacional a liberdade de imprensa (nas mídias de rádio e televisão), canais que deveriam

⁷⁹ REESE-SCHÄFFER, 2009, p. 36.

⁸⁰ HABERMAS, 2003, p. 45.

⁸¹ HABERMAS, 2003, p. 40.

⁸² HABERMAS, 2003, p. 221.

permanecer abertos. Por outro lado, é necessária uma proteção à privacidade, através de garantias política, como tutela à formação de uma consciência autônoma. Essa necessidade fica clara quando se toma por referência uma sociedade totalitária, na qual o Estado intervém diretamente na esfera privada minando o processo de esclarecimento.⁸³

Habermas crítica o consenso fabricado a partir de interesses privados que provocam um maior impacto através da publicidade. Isso não tem relação alguma com o processo de formação de opinião pública, que demanda um processo de esclarecimento através do acordo entre opiniões concorrentes que dialogam com o objetivo de atingir um consenso geral.⁸⁴

A opinião pública não aparece como elemento limitador de poder, nem como fonte de poder. Quando é atingido um consenso na opinião pública, atinge-se uma ordem que dissolve a dominação.

Entretanto, esse modelo de esfera pública burguesa apresenta contradições. As pessoas privadas que participam ou podem participar da esfera pública constituem uma minoria, permanecendo excluída a massa da população. Essa esfera pública da sociedade burguesa tem como fundamento a liberdade de acesso, entretanto, é justamente na inoperância deste princípio que se apoiam as críticas do modelo social.

Com a intervenção estatal própria do século XX, almejando a igualdade, no contexto do estado de bem-estar social, surge uma nova consideração sobre a esfera pública: a colonização do sistema (pelo poder estatal e pela economia) sobre as formas do mundo da vida. Com o Estado de bem-estar social instaura-se um consumo alodeterminado de cultura. A democracia organizada das sociedades de massa substitui a esfera pública liberal, na que ao invés do indivíduo privado alimentar as discussões, estas são organizadas por organizações de massa. A autonomia não tem como ponto de origem a autonomia privada, mas sim decorre do Estado. A família perde a sua função, porque passa a ser responsabilidade do Estado suprir o indivíduo. Neste modelo, a diferença entre Estado e sociedade é diluída na medida em que ocorre a colonização do sistema no mundo da vida.

Já na década de 90, na obra "Direito e Democracia", o conceito de Esfera Pública ganha novos contornos ao ser pensando tendo em vista um paradigma

⁸³ HABERMAS, 1994-b, p. 101.

⁸⁴ HABERMAS, 1994-b, p. 228-229.

procedimental do direito — que visa superar o modelo liberal e social. A esfera pública aparece como uma estrutura responsável por canalizar a estrutura comunicativa da sociedade civil, estando alicerçada no mundo da vida. Habermas fala de uma *caixa de ressonância* no qual ecoam os problemas políticos que são tematizados de forma não-especializada (voltada para o grande público, sem adentrar no código próprio de cada subsistema autônomo. A especialização ocorrerá no âmbito do sistema, e não no mundo da vida). Esse espaço não se limita a identificar problemas e questões sociais que merecem atenção, mas possibilita que as discussões concernentes as questões sociais sejam levadas para o sistema político.⁸⁵

A esfera pública não pode ser entendida como uma instituição, porque não tem uma estrutura normativa, nem como um sistema, já que seus limites externos não são delimitáveis. Habermas entende que os limites internos podem ser limitados, mas não os externos. O potencial pleno da esfera pública que existe em um nível hipotético impede de caracterizá-la como um sistema. Na descrição de Habermas:

A esfera pública pode ser descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomada de posição e *opiniões*; nela fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões *públicas*, enfeixadas em temas específicos. Do mesmo modo que o mundo da vida tomado globalmente, a esfera pública se reproduz através do agir comunicativo, implicando apenas o domínio de uma linguagem natural; ela está em sintonia com a *compreensibilidade geral* da prática comunicativa cotidiana⁸⁶.

Oportuno ainda indicar os elementos estruturais da esfera pública citados por Peters: estruturas jurídicas que garantam a liberdade de expressão; organizações que contribuam para a deliberação pública; heterogenia dos atores sociais; proeminência, no sentido de dar visibilidade e credibilidade dos conteúdos comunicados.⁸⁷

O primeiro delineamento de 1960 de esfera pública concedia maior peso para as relações de troca. A segunda definição apresenta a esfera pública como um importante local para a tomada de decisões públicas e emancipação através das práticas comunicativas — com abertura de espaços para a participação nestas

⁸⁵ HABERMAS, 1994-b, p. 91.

⁸⁶ HABERMAS, 1994-b, p. 92.

⁸⁷ NOBRE, 2008-b, p. 258-262.

decisões aumenta a correção das mesmas e a aceitação por parte dos cidadãos, tendo maior legitimidade perante eles, como decorrência de um processo discursivo.

Antes a esfera pública estava infiltrada pelo poder, na medida em que a propaganda adquiria cada vez mais importância nos meios de comunicação — permitindo o estreitamento entre informação e entretenimento. O mesmo ocorria com o consumo de cultura, o que repercute no desenvolvimento do poder da mídia e no atrofamento do potencial democrático — como ocorre no Estado de bem-estar social.⁸⁸

A esfera pública tematiza problemas da sociedade de forma geral, que se forma a partir de contextos comunicacionais de pessoas virtualmente atingidas. As questões tematizadas aparecem inicialmente na pressão social que é reflexo do sofrimento de experiências da esfera privada. A diferença entre esfera pública e esfera privada não decorre dos temas discutidos, mas sim das condições comunicacionais que são diferentes nestes âmbitos. Enquanto uma visa a intimidade, a outra almeja publicidade. Mas há um fluxo do privado para o público, e para uma demanda pública ganhar força, é preciso ter ressonância nas esferas privadas.

Além do imprescindível fluxo comunicativo, Habermas manifesta uma preocupação com a *qualidade da formação da opinião pública*. Isso seria uma medida empírica, pela qual seria possível dimensionar a eficácia dos procedimentos democráticos no processo de formação de opinião. A influência legítima por via da esfera pública não ocorre com produção em massa de demandas públicas, mas sim pela observância de imperativos procedimentais e a qualidade dos argumentos debatidos. Para Habermas “Não há coincidência entre a legitimidade e a fé na legitimidade.”⁸⁹ Há uma preocupação pragmática com a qualidade da opinião pública formada na esfera pública, o que deve ser priorizado em relação a quantidade de participação, pois é admitido que a esfera pública está sujeita a potenciais influências exercidas por grupos e empresas que agem de forma instrumental. Conscientizar isso permite pesquisar empiricamente a relação entre a influência exercida e a eficácia dos procedimentos que garantem a formação autônoma de opinião.

⁸⁸ NOBRE, 2008-b, p. 250.

⁸⁹ HABERMAS, 1994-b, p. 94-95.

Habermas alerta a possibilidade de surgirem grupos de interesses, que surgem querendo ocupar espaços da esfera pública para se aproveitar dela⁹⁰. Esses grupos visam exercer influência política através da esfera pública. As opiniões públicas podem ser manipuladas, o que constitui um efeito da colonização sistêmica do mundo da vida. Para evitar isso, é necessário que a esfera pública seja constituída por estruturas autônomas.

O próprio diagnóstico de época de Habermas reconhece a existência de processos de reificação, que remonta a herança de Frankfurt. Destarte, não obstante a busca de uma emancipação da sociedade civil como vias para uma legitimação procedimental, deve permanecer em aberto um exame crítico para verificar *in facto* a autonomia da opinião formada na espacialidade pública.

Tendo ainda como linha mestra a busca de legitimidade que recai no mundo da vida, há uma vinculação com o macro problema de pesquisa e a formação de opinião na esfera pública. Não na influência que se manifesta na forma de poder político, mas sim no sentido de influência na formação de opinião pública. Grupos que são conhecidos internacionalmente como Greenpeace e Anistia Internacional, não possuem poder político, mas exercem influência na esfera pública. Pessoas famosas, especialistas, líderes religiosos, também atuam na esfera pública e possuem uma influência inegável. A partir da atuação na esfera pública, é possível atingir certo grau de ressonância na formação de opinião, através do apoio destas estruturas, que pode canalizar o surgimento de influência política.⁹¹

Para possibilitar o desenvolvimento autônomo da opinião pública, o principal elemento da esfera pública é a estrutura comunicativa. O agir orientado para o entendimento, atendendo os pressupostos de validade, a estrutura intersubjetiva, as condições pragmáticas já abordadas, tem como ambiente a esfera pública.⁹²

Tanto mais legítimo é uma sociedade quanto maior o espaço na esfera pública para a participação dos sujeitos concernidos pelas decisões tomadas. Assim sendo, Habermas trabalha de forma a buscar formas de inclusão dos sujeitos, que repercute na emancipação da esfera pública.

A formação da opinião e vontade política ocorre através de discursos públicos que visem a aceitabilidade racional das regras. Para uma política não instrumental, é

⁹⁰ HABERMAS, 1994-b, p. 96.

⁹¹ HABERMAS, 1994-b, p. 95.

⁹² HABERMAS, 1994-b, p. 93.

imprescindível apoiar-se em sujeitos que ajam comunicativamente. Para discussões que versem sobre interesses generalizáveis, é indispensável considerar a intersubjetividade na sociedade civil. O processo legislativo de tomada de decisões políticas, discursivamente orientado, deve se atentar para as preferências dos sujeitos. O sujeito só pode ter seus interesses tutelados nos contextos destes processos de formação de vontade.⁹³

A partir desta perspectiva é que uma ordem jurídica pode almejar a legitimidade perante todos seus indivíduos, e não apenas (ou em maior peso) de alguma classe ou parcela social. Para os indivíduos marginalizados ou que sofrem algum tipo de repressão, não é legítimo um conjunto de regras, ou políticas públicas, que permitam tais exclusões.

Portanto, não basta a abertura na especialidade pública para o exercício da autonomia. Também é preciso condições concretas para o surgimento e desenvolvimento da autonomia no âmbito privado. Do contrário, a liberdade existente em um âmbito seria apenas uma falácia, tornando ilegítima a ordem jurídica, vez que o consentimento por partes dos indivíduos seria apenas fictício. A autonomia privada é condição *sine qua non* para a legitimidade do direito.⁹⁴

Para que as estruturas comunicacionais da esfera pública se mantenham, não basta contar com os direitos e garantias fundamentais. Estes são indispensáveis em um plano interno, mas não consegue proteger a esfera pública contra a colonização sistêmica do mundo da vida — um fluxo externo. Habermas entende como necessário uma atuação marcante de sujeitos privados, de forma que a prática comunicacional da esfera pública tenha como elemento autoreferencial a própria sociedade civil. Trata-se do caráter emancipatório necessário para a continuidade da esfera pública.

Cohen e Arato identificam outra perspectiva sobre o mesmo tópico. Para eles, dois objetivos necessários para a estabilização e ampliação da esfera pública e da sociedade civil. Trata-se de um *ofensivo* e um *defensivo*. Pela *ofensiva*, busca-se a tematização de questões socialmente relevantes, através de procedimentos que

⁹³ HABERMAS, 2002, p. 154.

⁹⁴ Neste contexto, é oportuno citar Axel Honneth: “Se uma ordem jurídica pode se considerar justificada e, por conseguinte, contar com a disposição individual para a obediência somente na medida em que ela é capaz de reportar-se, em princípio, ao assentimento livre de todos os indivíduos incluídos nela, então é preciso supor nesses sujeitos de direito a capacidade de decidir racionalmente, com autonomia individual, sobre questões morais; sem uma semelhante atribuição, não seria absolutamente imaginável como os sujeitos devem ter podido alguma vez acordar reciprocamente acerca de uma ordem jurídica” (HONNETH, 2009, p. 188).

vão debater soluções e argumentos, visando repercutir a vontade política, provocar alterações legislativas, e exercer pressão nas instituições estatais. Enquanto objetivo *defensivo*, visa preservar e desenvolver as estruturas comunicativas da esfera pública e sociedade civil necessárias para a persecução do aspecto *ofensivo*.⁹⁵

Além da exposição sobre esfera pública, é necessário localizar o papel da sociedade civil para poder explicar o modelo habermasiano de circulação de poder, conforme será tratada na próxima subseção.

3.2.2 O Modelo de Circulação de Poder

A Sociedade civil está localizada no mundo da vida. Ela é composta por instituições diferentes da que integram o mercado, presente no âmbito do sistema, regulado pelo direito privado. Ela não se confunde com sociedade burguesa, nem com o Estado. É formada por associações e organizações livres, sem influências políticas e econômicas (códigos do sistema), que ancoram no mundo da vida as estruturas comunicacionais da esfera pública. Essas organizações são sensíveis aos problemas sociais.

Os atores sociais na sociedade civil desempenham dois papéis: dirigem-se ao sistema político participando com proposta e reivindicações, e por outro lado buscam criar, reflexivamente, novos espaços para a discussão de temas. Conferem visibilidade e continuidade para as discussões que ganham mais repercussão, sendo alicerçada em uma forma de comunicação livre e igualitária, culminando por transmitir tais questões para a esfera pública política.

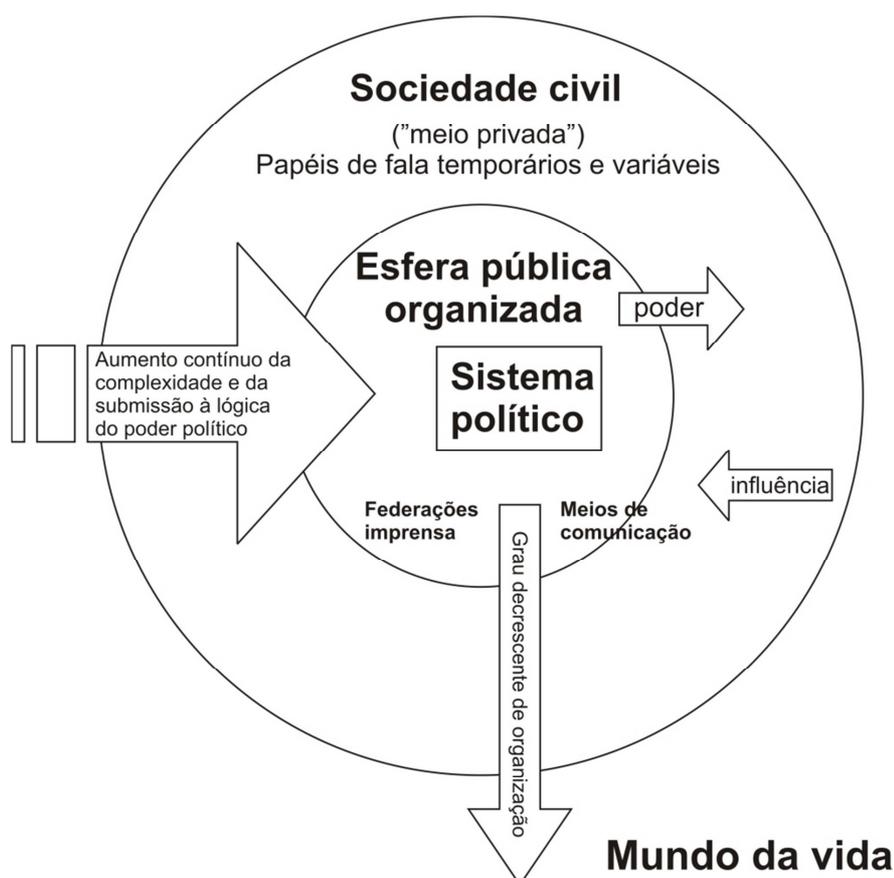
É próprio da sociedade civil poder ter opiniões públicas próprias capazes de influenciar as instituições políticas (parlamento e tribunais), que constituem a esfera pública formal. Como regra, movimentos sociais, iniciativas de sujeitos privados, ou outras formas de atuação não-sistêmicas, apesar de apontarem para problemas socialmente relevantes, costumam ser fracos para que em curto prazo haja algum impacto no sistema político ou uma redefinição dos processos de decisão, no entanto, é aberta tal possibilidade.

Segundo Elster, Habermas explica o porquê a racionalidade instrumental, na qual o sujeito age de maneira individual para a realização de fins, é insuficiente para

⁹⁵ HABERMAS, 1994-b, p. 103.

explicar a integração social. Elster faz uma distinção entre *argumentação* e *barganha*, sendo que naquela é incluída argumentos de justiça e questões ético-políticas, enquanto que nesta, que se limita negociação de interesses, não explica como surgem acordos de forma espontânea pautado diretamente em um bem coletivo. Este raciocínio, para Habermas, abre um espaço para a reconstrução dos padrões de argumentação na dimensão política apoiada nas duas formas de discussão em Elster, *argumentação* e *barganha*, ou na terminologia da Teoria do Agir Comunicativo, *racionalidade comunicativa* e *racionalidade instrumental*.⁹⁶ Isso resulta que a formação da vontade política não é buscada em um nível individual das motivações da ação, mas no nível social de formação de opinião e deliberação. Questões tematizadas pela sociedade podem ganhar forma a ponto de influenciar de forma decisiva a tomada de decisões pelo sistema político.

Reese-Schäfer organiza a circulação de poder no pensamento de Habermas com o seguinte esquema:⁹⁷



Conforme Bernhard Peters, sobre a circulação de poder no Estado de Direito, o sistema político é formado pelas seguintes instituições: administração, judiciário e

⁹⁶ HABERMAS, 1994-b, p 70-71.

⁹⁷ REESE-SCHÄFER, 2009, p.100.

a *formação democrática da opinião e da vontade*. Nesse último estão os partidos e o parlamento, responsáveis por canalizar a vontade da sociedade civil, que por sua vez é responsável por conferir legitimidade às decisões.⁹⁸

No modelo de circulação de poder, o poder comunicativo transforma-se em poder administrativo no Estado de direito. De um lado há o núcleo político, formado pela administração estatal, judiciário e instituições políticas fundamentais. O aparato estatal possui vários níveis de burocracia e repartições com suas especificidades técnicas, mas também possui uma abertura externa e não-burocrática situada no nível do Parlamento. Esse núcleo político legislativo, próprio das democracias modernas, está inserido no âmbito sistêmico. O parlamento é a instância sistêmica mais sensível as tematizações oriundas da sociedade.

De outro lado do núcleo político, existem associações, movimentos sociais e organizações formadoras de opinião que podem, potencialmente, exercer influência pública. Essas organizações são a infra-estrutura da esfera pública. Existem diversas formas de arranjos neste tipo de organização, seja na forma de movimentos sociais, ou que atuam em níveis informais como uma associação de moradores. Em todos os casos, tais organizações atuam sem se valer do poder burocrático ou do dinheiro. A estrutura deles não é própria do sistema, mas sim do mundo da vida.

No âmbito da esfera pública, as práticas deliberativas se atém na formação de opinião sobre as questões tematizadas, sem adentrar na instância de tomada de decisão. Neste nível, o papel do direito é fundamental, na medida em que deve assegurar direitos como o de associação, liberdade (em todos seus aspectos, desde pensamento à comunicação) e outros necessários para o funcionamento de organizações na sociedade civil.

Direito, sistema, e mundo da vida são independentes. Sem dúvida possuem relações, na medida em que um articula o funcionamento de outro. O direito, na qualidade de *médium* entre sistema e mundo da vida, institucionaliza o sistema político. Para que o direito seja legitimamente produzido, é necessário manter a abertura para o fluxo comunicativo que parte do mundo da vida. Tais fluxos surgem da esfera pública por meio de tematizações, assumindo a forma de uma luta por influência no âmbito da esfera política, espaço no qual ocorrem tomada de decisões.

⁹⁸ HABERMAS, 1994-b, p. 87-88.

Com a autonomia da esfera pública passa a ser possível a ressonância no âmbito político de questões problematizadas por organizações sociais.

É nesta conjuntura que a esfera pública deve ser compreendida. Será ela o cenário da argumentação. Cada sistema funcional adquire sua autonomia com a criação de um código próprio, com isso inibe-se a comunicação com outros subsistemas, gerando um *autismo*. Isso atinge de maneira especial o sistema político, cujo fechamento auto-referencial o impede de integrar a sociedade. O sistema político, por si só, é insuficiente para assegurar o fluxo de poder.⁹⁹ No sistema, a esfera pública política (ou esfera pública formal) e o complexo parlamentar integram o lado-*input*, que canaliza para o processo legislativo interesses coletivos originados da sociedade civil (que compõe a esfera pública informal). No lado-*output*, os sistemas funcionais manifestam sua autonomia e apresenta resistência para as demandas. A eficácia desse fluxo de poder comunicativo na formação serve como critério para avaliar o nível da razão procedimentalizada.¹⁰⁰ Por isso, para explicar a integração social e o compreender o papel do direito neste arranjo, é indispensável uma abertura no sistema para a circulação dos fluxos. Desta forma, é possível satisfazer as exigências de facticidade e validade do direito nas sociedades modernas.

3.3 RECONSTRUÇÕES INTERNAS DO DIREITO

Esta seção visa reconstruir a relação entre direito e política, o conceito de autonomia jurídica, e abordar o problema da validade das decisões judiciais – que são outros institutos próprios da teoria do direito que ganham nova concepção no âmbito da teoria do discurso. Discorrer sobre estes tópicos é necessário na medida em que eles compõem o direito na perspectiva procedimental.

3.3.1 Direito e Política na Teoria do Discurso

A legitimidade da teoria procedimental está na racionalidade do processo democrático que institui a legislação. E neste processo, diferentes ordens de discursos interagem na formação de normas jurídicas, dentre elas a do discurso

⁹⁹ HABERMAS, 1994-b, p. 64-65.

¹⁰⁰ HABERMAS, 1994-b, p. 73.

moral. Disto decorrem que no momento da aplicação os mesmos discursos podem ser resgatados e utilizados, permitindo assim compensar em parte a falibilidade do direito.

Colima-se reconstruir parte da ordem jurídica identificando quais direitos os cidadãos devem atribuir uns aos outros para que a convivência possa ser regulada de forma legítima pelo direito positivo. A legitimidade, não vai se apoiar exclusivamente no direito do indivíduo, como ocorre no socialismo, mas sim no princípio do discurso que realiza a mediação comunicativa. Vale ressaltar que o princípio do discurso é anterior a diferenciação entre moral e direito, permanecendo neutra em relação a eles. Não é um princípio do direito positivo, nem um princípio moral que opera em um nível interno.¹⁰¹

No Estado liberal os acordos privados da população, sem forma política, regiam aspectos econômicos da sociedade. No modelo de estado de bem-estar social, próprio do republicanismo, a organização social decorria de forma vertical provindo da figura estatal. O enfoque recai em recursos do poder administrativo, próprios do sistema político organizados pela administração política.

Para Habermas a integração social ocorre com base de um entendimento intersubjetivo alcançado através do discurso, não através de um contrato social. Habermas aborda como os teóricos contratualistas (em especial com Hobbes e Kant) entendiam a relação entre direito e política. Os contratualistas vinculavam o direito positivo, que organizava o poder político, a uma fonte de justiça. Isso implica que, apesar do direito positivo poder ser modificado pela atuação legislativa, ainda tem como constante a questão da fundamentação do direito. Fundamentação que reveste o direito positivo de validade, e é estabelecida de forma racional, na medida em que a legitimidade do direito e das estruturas políticas decorre do livre consentimento dos indivíduos, considerados como iguais. Entretanto, as teorias contratualista, que se apoiam em uma tradição do direito natural, não são adequadas para justificar a dominação política em sociedades pós-tradicionais.

Mesmo assim, a hipótese contratualista possui seus méritos. Nela há a ideia de direitos inalienáveis que precedem a instauração do Estado, direitos estes que devem ser preservados. A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, indica como inalienáveis direitos à liberdade, segurança,

¹⁰¹ A relação entre direito e moral também é analisada por Habermas na sua sequência de exposição. Nesta pesquisa, esta relação já foi abordada (conforme item 2.3).

propriedade e resistência à opressão.¹⁰² O rol pode variar conforme a base legal, mas a constante nesta vertente teórica é a defesa de direitos fundamentais que são condição para a criação dos demais direitos. Eles possuem uma precedência ontológica em relação ao Estado, de forma que a positivação do direito e a instituição da sociedade não teriam o condão de suprimi-los.

Após discorrer sobre os contratualista, Habermas dialoga com Weber para tratar da relação entre direito e política. Para Weber o poder é interpretado como dominação, tendo o Estado o monopólio legítimo da violência, cujo exercício é autorizado pelo reconhecimento subjetivo por parte dos dominados. Trata-se de uma *dominação racional-legal*, que decorre do caráter racional das regras e das qualidades formais do direito. A observância das regras formais, que permitem a legitimação pelo procedimento, estabelece a forma de criação, interpretação e aplicação do direito. Nesta conjuntura, a legitimidade do poder político decorrerá da legalidade do direito que normatiza o poder político.

Entretanto, para Habermas, nem o modelo contratualista, nem a explicação da legitimidade a partir da legalidade são suficientes para explicar a relação entre política e direito no mundo moderno. Para Habermas, há um vínculo entre Estado de Direito e democracia deliberativa. O argumento consiste em reconstruir a relação entre direito e poder político e com isso identifica a relação co-originária entre estas esferas, o que instaura outra faceta da tensão entre facticidade e validade, mas agora em um âmbito interno ao poder político e a ordem jurídica.

A soberania popular é compreendida como um procedimento, e não como um fato histórico ou hipótese. A soberania popular implica em deduzir o poder político do poder comunicativo, porque é da estrutura discursiva dos cidadãos que o poder político deve se orientar e se justificar. Em um modelo democrático, a estrutura comunicativa possibilita que as questões relevantes sejam tematizadas e trabalhadas através de discursos, seguindo a lógica do melhor argumento. Outro aspecto possível é que o princípio da soberania pode ser analisado a partir da perspectiva do poder, na medida em que repassa aos cidadãos a competência legislativa.¹⁰³

A eficácia do princípio da soberania popular condiciona-se a autonomia da esfera pública e do princípio da concorrência entre partidos. Isso implica em uma

¹⁰² FRANCE, 1789.

¹⁰³ HABERMAS, 1994-a, p. 213.

estrutura discursiva nas arenas públicas, nas quais devem ser assegurados os direitos fundamentais concernente a este processo. Habermas não visualiza esse procedimento funcionando caso ocorra influência de corporações.¹⁰⁴

A partir da teoria do discurso, é possível diferenciar *poder comunicativo*, ao qual incube a produção legítima do direito, do *poder político*, responsável pela eficácia das normas jurídicas. O poder político será legítimo se obedecer a forma jurídica, e também, na medida em que o direito possui uma estrutura reflexiva e aberta para a participação dos cidadãos. No nível pós-tradicional somente pode ser legítimo um direito se ele puder ser aceito racionalmente pelos cidadãos.

A vinculação entre direito e poder político é uma necessidade conceitual, vez que o direito “não pode ser perpetuado sem a instituição ou aproveitamento de um poder do Estado”¹⁰⁵. Sem o poder do estado não é possível definir direito fundamentais, que serão interpretados pelo legislador conforme circunstâncias de tempo e lugar.

Nesse contexto, a ideia básica da legitimação é que a formação de vontade política deve possuir um caráter discursivo, de forma que os cidadãos estejam possibilitados e capacitados a fazerem um amplo uso das práticas comunicativas. Nesta linha, surge a questão de como formar tal poder comunicativo, diante da pluralidade própria da modernidade duas hipóteses apresentam-se: a) a lógica dos discursos práticos elucidaria este ponto. A prática comunicativa ocorrida na esfera pública, observando os elementos procedimentais de uma orientação discursiva, proporcionaria uma legitimidade procedimental; b) outro meio de lidar com isso é que o poder administrativo do Estado também deve ser fundado no poder comunicativo, caso contrário perderá a fonte de justiça responsável pela sua legitimação¹⁰⁶

3.3.2 A Reconstrução da Autonomia Jurídica

A filosofia moderna e contemporânea busca lidar com a tensão entre a autonomia pública e privada, mas não atinge um equilíbrio satisfatório. As teorias que se ocupam deste tópico se situam no desenvolvimento do debate entre teóricos

¹⁰⁴ HABERMAS, 1994-a, p. 214.

¹⁰⁵ HABERMAS, 1994-a, p. 169.

¹⁰⁶ HABERMAS, 1994-a, p. 186.

liberais e sociais, isso desde a modernidade até formulações mais contemporâneas. A hipótese de Habermas, para solucionar essa tensão, é demonstrar que ela é um falso problema. Em síntese, o filósofo alemão defende que não há uma oposição entre autonomia pública e privada.

O liberalismo, ao proteger uma série de liberdades individuais, concede maior peso a autonomia privada. Por seu turno, no modelo republicano, com a promoção de medidas voltadas a satisfação dos direitos sociais, contempla em primeiro plano a autonomia pública. Na primeira das formas ocorre um *paternalismo das leis*, e na segunda uma *ditadura da maioria*.¹⁰⁷

Para Habermas, tanto a formação da vontade individual como a coletiva estariam no discurso. Quando esta origem é encoberta, surge a tensão entre a autonomia pública e privada. Considerando a livre formação de opinião, no âmbito dos discursos, a liberdade fundamentaria os dois momentos da autonomia jurídica. Para tanto, é preciso que os discursos atendam ao Princípio do Discurso.

A autonomia jurídica diferencia-se em autonomia pública e autonomia privada. Cada uma possui orientações e tematizações próprias, e devido a suas diferenças ocorrem conflitos. A autonomia privada diz respeito aos direitos subjetivos assegurados pelo direito, permitindo ao sujeito fazer tudo o que não for proibido. Juridicamente, a autonomia privada, é a tutela da privacidade, além de garantias que visem proteger a liberdade e igualdade no âmbito da vida privada. Além disso, retira seu fundamento normativo do Princípio do Discurso, na medida em que este exige liberdades individuais iguais necessárias para a ação comunicativa. No entender de Habermas, a premissa liberal não é passível de concretização com o isolamento do sujeito dos contextos intersubjetivos. Ele não aceita a figura de um sujeito descontextualizado na sociedade, na medida em que o mundo circundante do sujeito afeta a construção de suas faculdades comunicativas.

Para Habermas, os próprios concernidos devem prescrever as normas de ação que irão regular seu comportamento. Inicialmente, ele se limita a apresentar três categorias que devem ser preenchidas pelos sujeitos para que seja viabilizado a estes regulamentarem suas condutas de forma intersubjetiva através do direito positivo: maiores liberdades subjetivas de ação que possam ser distribuídas igualmente, e garantidas pelo emprego de coerção legítima; status de membro de

¹⁰⁷ NOBRE, 2008-b, p. 98.

uma comunidade juridicamente organizada; e direito à postular judicialmente a tutela jurídica individual.¹⁰⁸ Estas categorias não dizem respeito aos direitos positivados passíveis de serem encontrados em um código. Cabe a cada comunidade conferir interpretações específicas afim de instrumentalizar tais categorias.

A autonomia pública nasce de uma ideia republicana de autogoverno, seguindo o princípio de soberania popular. A premissa é que o povo decidiria sobre as instituições políticas que regulariam a sociedade. A crítica de Habermas a esse modelo apoia-se em dois pontos: no multiculturalismo, própria da contemporaneidade, o que impede uma visão homogênea dos valores; e no fato de o modelo republicano não considerar o dissenso entre os membros da coletividade.

A teoria do discurso busca uma compreensão procedimental da autonomia pública, na medida em que não deduz a vontade popular de uma coletividade homogênea, mas deriva de procedimentos deliberativos de construção da vontade popular. Com isso, além das três categorias de direitos citados acima, é preciso incluir uma quarta categoria: direito de igual participação nos procedimentos de formação de opinião e vontade, configurando desta forma a autonomia pública, na medida em que os próprios sujeitos são autores e destinatários das normas jurídicas.

Há uma tutela da cidadania, que garante direitos de participação. Habermas entende a cidadania nos seguintes termos.

A universalização de um *status* de cidadão institucionalizado pública e juridicamente forma o complemento necessário para a juridificação potencial de todas as relações sociais. O núcleo dessa cidadania é formado pelos direitos de participação política, que são defendidos nas novas formas de intercâmbio da sociedade civil, na rede de associações espontâneas protegidas por direitos fundamentais, bem como nas formas de comunicação de uma esfera pública política produzida através da mídia.¹⁰⁹

Pela exposição a partir da teoria do discurso, a autonomia privada necessita das deliberações próprias da autonomia pública para terem os seus conteúdos preenchidos. Por outro lado, a formação da opinião pública deve pressupor que os sujeitos participantes do discurso possam expressar de forma livre suas opiniões. Portanto, uma autonomia pressupõe a outra, compartilhando um nexo conceitual,

¹⁰⁸ HABERMAS, 1994-a, p. 171.

¹⁰⁹ HABERMAS, 1994-a, p. 105.

sendo dois momentos da autonomia jurídica, a qual são referidas como *co-originárias*.

3.3.3 A Tensão entre Segurança Jurídica e Correção

Esta seção trabalha um problema próprio da teoria do direito a partir da perspectiva da teoria discursiva do direito. Como modelo de teoria do direito, é inquestionável o predomínio epistemológico conferido pelo positivismo jurídico, que constrói um saber jurídico seguindo um modelo teórico tradicional. Assim, ao mesmo tempo em que são necessárias referências do modelo da teoria do direito com maior repercussão, é possível transcender seus limites com a abertura do problema para a perspectiva discursiva.¹¹⁰

Este tópico analisa a tensão entre segurança jurídica e correção. Esse problema diz respeito a uma instância especializado do sistema. Nele o agir instrumental é permitido e limitado. O sistema jurídico é criado e desenvolvido pelo legislativo que possui a vinculação com a esfera pública e a sociedade civil, pela via *in-put* devendo buscar a legitimidade no mundo da vida de suas decisões. Ocorre que, o sistema jurídico atua de forma distinta, e neste âmbito instaura-se outra tensão.

O direito tem seus próprios argumentos processuais jurídicos que não devem intervir na argumentação. O direito formal pode instrumentalizar a argumentação, assumindo uma função reguladora: as discussões jurídicas são reguladas por normas formais que instituem lapsos temporais próprios para a prática de determinados atos; e também restrições materiais, como a necessidade de delimitação do fato que está sendo discutido no processo. É apenas sobre a questão levantada que o juízo irá formular juízos e fundamentá-los. Note-se que há um espaço permitindo para as partes, dentro de um processo, agirem de forma estratégica, assumindo o julgador, na posição de um terceiro imparcial, o garantidor da justiça no caso concreto e a uniformidade da aplicação e aperfeiçoamento do direito. Apesar disto, o processo judicial não é orientado pelo discurso. As partes

¹¹⁰ Hans Kelsen, na Teoria Pura do Direito, seguindo uma metodologia própria do positivismo lógico, analisa o ordenamento jurídico com um grau de cientificidade até então inédito na teoria do direito. Não obstante seu mérito, ainda segue uma metodologia própria do paradigma da consciência, o que acaba por resultar em interpretações que devem ser revistas no âmbito do paradigma da linguagem (KELSEN, 2006, 1-119).

nele envolvida querem se favorecer, porém, todos os participantes oferecem argumentos que um juiz imparcial irá sopesar, devendo o resultado ser válido. São nestas questões que reside o discurso propriamente jurídico.

Cada teoria jurídica irá possuir princípios abstratos –, mas estes poderão ser encontrados *in concreto* nas constituições e nos sistemas políticos. Por mais que haja princípios iguais em diversas ordens jurídicas, cada uma irá realizá-los de formas distintas, respeitando o respectivo contexto social de cada ordem jurídica. A concretização do direito depende, portanto, do modelo de sociedade e do paradigma vigente. Há uma relação entre direito e sociedade que deve orientar o processo de concretização do direito.

Em sua atuação, o direito deve assegurar a segurança jurídica que estabiliza as expectativas de comportamento, propiciando consistência e uma coerência com o passado jurídico de dada sociedade, considerando o respectivo contexto social; mas ao mesmo tempo esta deve ser legítima e aceita por seus concernidos, não devendo coerência apenas ao passado, mas sim, para que haja aceitabilidade racional do direito, deve-se emancipar das contingências do contexto de surgimento – só assim uma decisão pode ser considerada correta. Habermas sintetiza o problema da seguinte forma:

O problema da racionalidade da jurisprudência consiste, pois, em saber como a aplicação de um direito contingente pode ser feita internamente e fundamentada racionalmente no plano externo, a fim de garantir simultaneamente a *segurança jurídica* e a *correção*.¹¹¹

Nota-se também que a tensão problematizada surge no momento da *criação* e da *aplicação* do direito. Em ambos os momentos a consistência e a aceitabilidade devem ser observados. E em ambos os momentos pode-se observar a realização de justificativas *internas* (coerência com o direito) e *externas* (em conformidade com a respectiva sociedade), em facetas diferentes da tensão entre facticidade e validade.¹¹²

A coerência com os princípios de justiça de uma sociedade é manifestada primordialmente na criação da norma. Porém, os mesmos princípios válidos em um

¹¹¹ HABERMAS, 1994-b, p. 247.

¹¹² Para o positivismo jurídico, seguindo uma estrutura predominantemente formal, há uma prevalência da segurança jurídica em detrimento da correção normativa (KELSEN, 2006, 395-396). Devido a esta posição, Habermas entende que Kelsen não proporciona um equilíbrio adequado para este caso especial da tensão entre facticidade e validade (HABERMAS, 1994-a, p. 250-251).

primeiro momento, podem colidir com outros princípios no momento da aplicação. Colisão de princípios é um problema próprio da aplicação, de forma que a fundamentação na criação não precisa se preocupar com isto.

Na criação, o interesse de todos está diretamente envolvido, e na aplicação é comum que o interesse de todos figure atrás do interesse das partes diretamente envolvidas. Para mediar esta diferença, o discurso de aplicação deve manter contato com o momento de fundamentação, ou seja, a decisão deve dialogar com a perspectiva social-ontológica que estava presente no momento da fundamentação – podendo assim trabalhar a questão da correção das decisões.

Na aplicação, a validade é indeterminável *prima facie*. Porém, através de um resgate da história, pode-se verificar como que a aplicação é comumente feita. A questão é: este tipo de estrutura pode garantir a segurança jurídica? Para cada caso, analisar-se-ia toda a história e toda a ordem jurídica. Neste tópico Habermas dialoga com Dworkin e analisa a resposta deste jurista para o problema da tensão entre segurança jurídica e validade. Dworkin trabalha em caráter hipotético com o juiz *Hércules*, que seria dotado de capacidades ilimitadas e poderia ter a completa cognição de um caso concreto e de um sistema jurídico (incluindo seus princípios e as relações externas do direito) para chegar a uma resposta correta que traria o melhor equilíbrio para a tensão pontuada. Ocorre que, somente pela suposição ideal de Hércules seria possível realizar tamanha interpretação. Ademais, esta hipótese é incompatível com a concepção intersubjetiva própria do paradigma da linguagem. Desta forma, apesar da inegável contribuição de Dworkin para a discussão do problema, Habermas realiza um uso limitado das contribuições do jurista americano.¹¹³

Sobre a segurança jurídica é oportuna a reflexão de Fuller – que vai além da ordem jurídica para pensar o direito. Para Fuller, na leitura de Habermas, a expectativa de comportamento é um princípio dentre outros. Busca-se de fato a segurança jurídica através das decisões, mas este problema pode ser pensando em outro nível. A segurança jurídica reside na observância das regras processuais que orientam o processo decisório. Ou seja, a segurança reside no procedimento.

Se a decisão esgota da melhor maneira possível o sistema de normas válidas, observando os devidos procedimentos, ocorre a segurança jurídica. Porém,

¹¹³ DWORKIN, 2002, p. 205-233.

de certo modo, tal tarefa resultaria no sobrecarregamento da jurisdição, mas isso poderia ser reduzido pela compreensão paradigmática prevalecente em dado contexto. Ter o paradigma como pano de fundo proporciona um norte – que oferece segurança jurídica – para a aplicação do direito. Entretanto, uma solução assim ocasionaria a formação de ideologias fechadas para novas interpretações, que considerando a constante evolução da ordem jurídica e social, acabaria por valorizar demasiadamente a segurança jurídica em detrimento da correção. Para resolver isto é necessária a abertura dos paradigmas, conforme Habermas: “isso já é razão suficiente para que uma *compreensão procedimentalista do direito* delinear um nível no qual os paradigmas jurídicos, agora reflexivos, se abram *uns aos outros* e se *comprovem* na pluralidade de interpretações da situação”¹¹⁴

Um paradigma do direito, que pode ser utilizado para propiciar uma maior segurança jurídica, só tem valor se for intersubjetivamente partilhado. Isso vale também para uma compreensão procedimental do direito – em especial por trabalhar com a concorrência de diferentes paradigmas.

Todos os elementos apresentados nas duas últimas seções possuem como constante uma orientação discursiva, na medida em que buscam uma validade intersubjetiva. Além disso, reconhecem a facticidade do direito positivo assim constituído. Porém, tal reconstrução só é possível dentro de um paradigma procedimental do direito.

Nem o paradigma formal do direito, nem o material, conseguem realizar a mediação adequada entre a facticidade e a validade, e acabam firmando um entendimento parcial a respeito das questões jurídicas desenvolvidas neste capítulo. Por esta razão, conforme será tratado na próxima seção, é compreensível porque o passo seguinte do percurso habermasiano é a propositura do paradigma procedimental do direito, que ao mesmo tempo promove um fechando do até aqui exposto, mas que já aparecia de maneira implícita nos primeiros desenvolvimentos.

3.4 PARADIGMAS DO DIREITO

A legitimidade procedimental é o ponto de convergência de toda a explicação sobre Habermas realizada até aqui. O paradigma procedimental do direito deve ser

¹¹⁴HABERMAS, 1994-b, p.276.

pensado no contextos das sociedades modernas que sofrem de uma crise de legitimidade, na qual deve-se atentar com a colonização na relação entre sistema e mundo da vida, bem como a reconstrução do direito. Para tanto, antes de verticalizar a análise no modelo procedimental, em um primeiro momento desta seção serão discutidos dois paradigmas do direito e as críticas direcionadas para eles. Na sequência, passa-se a expor o paradigma procedimental do direito, o que encerrará a exposição do pensamento de Habermas sobre o direito.¹¹⁵

3.4.1 O Paradigma do Direito Formal e o Paradigma Do Direito Material

No campo jurídico o século XVIII abarca o período de grandes codificações, seguido pelo desenvolvimento de uma compreensão objetivadora dos textos positivados em um sistema jurídico. Essas codificações, por seu turno, traduziam um *modelo social* sobre o qual o direito era edificado, de forma que a produção e a reprodução do direito vinculavam-se, direta ou indiretamente, ao *modelo social* que servia de base para o direito. Nas palavras de Habermas: “a doutrina e a prática do direito tomaram consciência de que existe uma teoria social que serve como pano de fundo. E o exercício da justiça não pode mais permanecer alheio ao seu modelo social”¹¹⁶. Esses modelos servem como paradigmas para a realização do sistema de direitos, dentre outras funções.¹¹⁷

Habermas identifica um paradigma do direito formal, marcante no Estado liberal e um paradigma do direito material, presente no Estado de bem-estar social. Nenhum destes modelos consegue explicar de forma satisfatória as sociedades complexas em sua pluralidade e consagrando a autonomia e os direitos dos sujeitos, nem oferece uma resposta satisfatória para a tensão entre *facticidade* e *validade*. De

¹¹⁵ *Paradigma* no sentido de *modelo*, não tendo um sentido epistemológico forte. Apesar de não ser a terminologia própria de Thomas Kuhn, a categoria serve para viabilizar uma classificação clara e permite a comparação entre os diferentes paradigmas do direito.

¹¹⁶ HABERMAS, 1994-b. p. 129

¹¹⁷ Um complemento teórico oportuno é a seguinte passagem: “Os paradigmas do direito permitem diagnosticar a situação e servem de guias para a ação. Eles iluminam o horizonte de determinada sociedade, tendo em vista a realização do sistema de direitos. Nesta medida, sua função primordial consiste em abrir portas para o mundo. Paradigmas abrem perspectivas de interpretação nas quais é possível referir os princípios do Estado de direito ao contexto da sociedade como um todo. Eles lançam luz sobre as restrições e as possibilidades para a realização de direitos fundamentais, os quais, enquanto princípios não saturados, necessitam de uma interpretação ulterior.” (HABERMAS, 1994-b. p. 181).

forma que o filósofo alemão se propõe a indicar limitações destes dois paradigmas, para em um segundo momento delinear um paradigma procedimental do direito.

O Estado liberal privilegia o direito privado e assume delineamentos formais, na medida em que as relações sociais são institucionalizadas com enfoque no direito de propriedade e na liberdade contratual. Esta liberdade, que decorre da autonomia da vontade, funciona como elemento equalizador, a partir da suposição de que o equilíbrio de mercado é possível pela liberdade de escolha de diferentes agentes, independente da condição social. Outro traço marcante do paradigma liberal é a forma como o Estado interage com a ordem econômica, na qual o Estado confere a tutela jurídica necessária para o exercício do direito de propriedade e para a liberdade contratual.

A crítica do paradigma material face ao modelo liberal apoia-se nas condições de igualdade de distribuição de liberdades para o exercício dos direitos. A pressuposição liberal era de que a igualdade na livre-iniciativa seria suficiente para equilibrar a economia, entretanto, cada sujeito adentra ao mercado em posições sociais distintas que o modelo liberal não consegue contrabalancear. Adicionalmente, aponta uma crescente desigualdade no poder econômico e nas oportunidades sociais, a qual a postura não intervencionista do Estado antes gera desigualdade do que tutela a igualdade. O Estado de bem-estar social pugna por direitos sociais capazes de concretizar distribuições de riquezas mais igualitárias através da definição do conteúdo material do direito privado. Com a introdução de direitos sociais ocorre uma transição significativa da forma como o direito é compreendido, o que caracteriza um novo paradigma.

O Estado do bem-estar social é caracterizado pelo aumento da regulamentação exercida pelo Estado na vida social, assumindo o papel de provedor de condições materiais básicas para a vida. O poder para o exercício de direitos é centrado no Estado, fazendo isso parte de sua função administrativa. A determinação das condições de exercício de direitos pelo indivíduo concorre com sua autodeterminação, enfraquecendo sua autonomia, e é nesse ponto que reside um paradoxo: ao mesmo tempo em que o Estado de bem-estar social regula as condições de vida com o objetivo de atingir uma condição de fato para o exercício de direito (ponto no qual se apoia as críticas feitas ao modelo liberal), acaba por restringir o espaço de autodeterminação. Este dilema enfraquece o modelo

explicativo do paradigma do direito material.¹¹⁸ Na medida em que não há a eficácia dos efeitos pretendidos, é que a validade do estatuto proposto passa a ser questionável. Neste quadro, o paradigma material perde o poder explicativo. É neste espaço que Habermas visualiza a possibilidade de um novo paradigma com uma abordagem diferente dos modelos anteriores.

Mas em vez de solapar os paradigmas anteriores, o procedimental, busca uma continuidade, em outro nível de reflexão. Objeta ao Estado de bem-estar social que quer continuidade no fortalecimento dos direitos do indivíduo, mas não como uma imposição coletiva, porém, através de uma construção cooperativa de direitos.

3.4.2 O Paradigma Procedimental do Direito

Habermas apresenta outro paradigma para o direito que seria hábil para garantir legitimidade e fazer a adequada mediação entre facticidade e validade. Construído com o intuito de superar as limitações do estado liberal (chamado por ele de paradigma formal) e evitar os perigos do estado social (paradigma material), a proposta habermasiana nesta orientação é o desenvolvimento de um paradigma procedimental do direito que asseguraria a observância das regras de argumentação. Conforme Habermas:

Todavia, divergindo do paradigma liberal e do Estado social, este paradigma do direito não antecipa mais um determinado ideal de sociedade, nem uma determinada visão de vida boa ou de uma determinada opção política. Pois ele é formal no sentido de que apenas formula as condições necessárias segundo as quais os sujeitos do direito podem, enquanto cidadãos, entender-se entre si para descobrir os seus problemas e o modo de solucioná-los. Evidentemente, o paradigma procedimental do direito nutre a expectativa de poder influenciar, não somente a autocompreensão das elites que operam o direito na qualidade de especialistas, mas também a *de todos os atingidos*.¹¹⁹

O paradigma procedimental do direito não visa um caráter propositivo, e sim uma construção teórica que tenha em si potencial explicativo suficiente. Ele propõe uma compreensão procedimental do direito centrada nas condições do processo democrático. O papel do direito é um papel procedimental, porque é através dos *procedimentos* jurídicos formais que será possível assegurar a legitimidade do

¹¹⁸ HABERMAS, 1994-b. p. 162-163.

¹¹⁹ HABERMAS, 1994-b, p. 190.

conteúdo material das decisões oriundas de tematizações na esfera pública. A observância das regras procedimentais implica na legitimidade: “a legitimidade da legalidade resulta do entrelaçamento entre processos jurídicos e uma argumentação moral que obedece à sua própria racionalidade procedimental”.¹²⁰ Essa forma de criação do direito, pautada em procedimentos democráticos, é uma forma de legitimação pós-metafísica. O modelo discursivo substitui a hipótese contratualista, na medida em que explica a constituição de uma comunidade jurídica pelo entendimento intersubjetivo entre os sujeitos.¹²¹

Para explicar a proposta de pensar o direito de forma procedimental, que garantiria a observação das regras do processo democrático, Habermas tematiza o exemplo do movimento social feminista desenvolvido nos Estados Unidos, que promoveu diversas discussões na esfera pública. Pela afirmação da autonomia do grupo, foi levada uma questão à esfera pública na qual foram debatidas as reivindicações. Os critérios utilizados para justificar um tratamento desigual entre os sexos, visando a igualdade material, passa pela formação da autonomia privada (para a definição dos critérios) para que possa ser exercida pelas mulheres a autonomia pública. Trata-se de uma questão originalmente privada que ao ser tematizada ganhou uma dimensão na esfera pública.

O movimento feminista surgiu no interior do paradigma material do direito, e buscou direitos sociais que garantissem igualdade de oportunidades entre os gêneros, o que foi feito através da positivação de direitos que reconheceram diferenças entre homens e mulheres. Diante desta reivindicação o Estado regulamentou a questão com normas especiais no direito social, do trabalho e da família. Mas além da diferença entre homens e mulheres, com a segunda demanda feminista, surgiu o pleito pelo reconhecimento de diferenças entre mulheres, trazendo para debate questões de classe social, idade, etnia etc. Nestas situações houve uma produção de direito que não pode ser explicada satisfatoriamente a partir de um paradigma eminentemente formal e nem do material.

Para o modelo procedimental, como já esclarecido na seção anterior, a autonomia pública e a privada são co-originárias, em uma relação determinada pelos cidadãos. Cabe a estes decidir quando existe uma situação fática que justifica um

¹²⁰ HABERMAS, 1994-b, p. 203.

¹²¹ HABERMAS, 1994-b, p. 309.

tratamento jurídico desigual — colimando a equidade.¹²² O direito apresenta duas faces em seu papel integrador: por um lado assume uma perspectiva *sistemática*, que regulamenta o direito de participação (e com isso restringe a autonomia privada), e a face *comunicativa*, que permite processos discursivos e tematizações na esfera pública promovidos por diferentes segmentos da sociedade civil.

No contexto de uma sociedade complexa, na qual a pluralidade é uma constante, destaca-se a dificuldade de atingir consensos a respeito das questões materiais discutidas. Uma sociedade na qual a diversidade tenha espaço enfrentará inevitáveis dificuldades para considerar e conjugar pretensões distintas dos diferentes segmentos sociais. Sobre esta questão a resposta de Habermas é que antes da discussão sobre o conteúdo material das decisões a serem deliberadas na esfera pública, é necessário um consenso prévio sob aspectos formais que guiarão a discussão, consenso que se apoia no mundo da vida. Trata-se de deliberar sobre o *modus* procedimental para a criação e legitimação do direito, em outras palavras, definir as regras formais para a criação de regras materiais¹²³.

Essa forma de legitimação mantém em primeiro plano o procedimento, e apenas em segundo plano as discussões concernentes ao conteúdo. Conforme Repa: “o que é importante para Habermas agora não é tanto o resultado desses processo, isto é, o consenso ou o dissenso, mas justamente as condições e as regras, nesses procedimentos da argumentação, que está o cerne da racionalidade comunicativa.”¹²⁴ Entretanto, não se pode ignorar que Habermas mantém um canal aberto para a revisão do conteúdo dos consensos atingidos. Em nenhum momento ele ignora a possibilidade de falha do procedimento, ou de mudança das condições sociais que ensejem a revisão da materialidade normativa convencionada.

Tais procedimentos possuem uma natureza discursiva, aos quais cabe o encargo da legitimação. Para tanto, precisam cumprir da forma mais intensa possível as condições de fala ideal, possibilitando a livre circulação de fluxos comunicativos. Não obstante vise assegurar a observância de regras procedimentais, estas possuem aspectos atinentes à realidade, de forma que o procedimentalismo não se restringe a um plano formal.

¹²² HABERMAS, 1994-b, p. 153-154.

¹²³ HABERMAS, 2002, p. 340.

¹²⁴ NOBRE, 2008-a, p. 172.

Mesmo após o consenso, o procedimentalismo admite a possibilidade de uma revisão posterior do resultado da argumentação. Razões pautadas em questões materiais e particulares podem ser levantadas para questionar o produto dos processos discursivos. Esta hipótese funda-se na falibilidade fundamental do conhecimento, de forma que é necessário admitir a possibilidade de revisão.

Esta observação torna-se ainda mais pertinente quando se considera a pluralidade própria das sociedades modernas, que necessita de uma moral pós-tradicional para substituir as bases metafísicas presentes nas sociedades tradicionais. É preciso uma base discursiva para a criação de regras e para a alteração delas.¹²⁵

O modelo procedimental cumpre o papel de assegurar a validade dos processos discursivos, mas os resultados obtidos através destes procedimentos não podem ser cristalizados.¹²⁶ O direito assume uma nova função, nas palavras de Habermas, o direito será como um “*médium* de regulamentações vinculativas, bem como o princípio discursivo como instrução para os aconselhamentos ou decisões racionais.”¹²⁷

Tudo isso converge na criação da *Lei*, que no entender de Habermas:

Constitui o elemento básico nas construções jurídicas do Estado de direito burguês. Quando se entende a lei como uma norma geral que obtém validade através do assentimento da representação popular, num procedimento caracterizado pela discussão e pela esfera pública, nela se unem dois momentos: o do poder de uma vontade formada intersubjetivamente e o da razão do processo legitimador. [...] O que garante a justiça da lei é a gênese democrática e não os princípios jurídicos *a priori*, aos quais o direito deveria corresponder.¹²⁸

A legitimidade não se limita na eficiência do Estado em cumprir certas regulações, é algo que permeia a gênese do Estado democrático. O paradigma procedimental do direito, enquanto teoria do direito com um fundamento discursivo, encara o Estado democrático como a institucionalização de pressupostos e procedimentos comunicativos, o que possibilita a autonomia política e a criação legítima do direito. De outro lado, a teoria da sociedade, a partir do mesmo fundamento discursivo, tem o direito como um sistema de ação dentre outros sistemas, mas com o diferencial de ter a função de promover a integração social. O

¹²⁵ HABERMAS, 1994-b, p. 308.

¹²⁶ HABERMAS, 2002, p. 342.

¹²⁷ HABERMAS, 2002, p. 339.

¹²⁸ HABERMAS, 1994-a, p. 235.

direito deve mediar a relação entre uma abordagem normativa e empírica, por estar inserido no mundo da vida e através da esfera pública da sociedade civil. É por esta transição que “a comunicação jurídica pode ser entendida como um *médium* através do qual as estruturas de reconhecimento concretizadas no agir comunicativo passam do nível das simples interações para o nível abstrato das relações organizadas”¹²⁹.

A legitimidade das decisões da administração pública podem ser medidas por *filtros de legitimação* cedidos pelo procedimentalismo. Em vez de apenas dar ciência de suas decisões, a administração, no contexto da democratização, necessita da interação com os cidadãos, através de abertura de espaços para a tomada de decisões. Tal *fantasia institucional*, para utilizar a expressão de Habermas, implica na necessidade de cuidadosas experimentações de interação entre a esfera política e a esfera pública.

A base normativa legal tem legitimidade, conforme em seu procedimento de criação são asseguradas a autonomia privada consubstanciada nos direitos subjetivos, e a autonomia pública, manifestada em direitos políticos de participação nas deliberações concernentes a formação de vontade política.¹³⁰ Nas palavras de Habermas: “a legalidade só pode produzir legitimidade, na medida em que a ordem jurídica reagir à necessidade de fundamentação resultante da positivação do direito.”¹³¹

Esse é o núcleo do paradigma procedimental, no qual formas institucionalizadas juridicamente e não-institucionalizadas convergem. A esfera política é parte da esfera pública, sendo aquela uma instância especial desta “como a periferia que *inclui* o centro político”¹³². Assim delinea-se o Estado democrático de direito que organiza a si mesmo através da soberania popular organizada pelo procedimentalismo.

Esfera pública, legitimidade, democracia, ação comunicativa, princípio de democracia, são conceitos que podem ser pensados e discutidos em abstrato. No entanto, se o objetivo for promover uma análise mais pragmática, estes conceitos devem ser mediados com o direito, pois é por esta diretriz que os conceitos discutidos nestes dois primeiros capítulos ganham significação.

¹²⁹ HABERMAS, 1994-b, p. 181.

¹³⁰ REPA, 2010, p. 141.

¹³¹ HABERMAS, 1994-b, p. 216.

¹³² HABERMAS, 1994-b, p. 187.

Do exposto neste capítulo, a proposta de um paradigma procedimental do direito permite resolver o problema da crise de legitimidade das sociedades modernas.

Destas premissas, surge a questão de como tal arranjo teórico pode ser verificado empiricamente (ao menos em certo grau) pela identificação de aberturas existentes na esfera pública para participação popular, visando intensificar a legitimidade das decisões do Poder Público. É nesta linha de raciocínio que o próximo capítulo será desenvolvido, colocando o paradigma procedimental como perspectiva teórica para analisar elementos da participação popular no Brasil.

4. PROCEDIMENTALISMO E PARTICIPAÇÃO POPULAR

Visando uma mediação empírica com os conceitos de Habermas, é necessário focar os elementos reconstitutivos *horizontais* e *verticais* — que se fazem presentes, ainda que de forma implícita. Tomar consciência deles e interpretar o objeto a partir de tais categorias ajuda na organização da pesquisa e no propósito que se desdobra a partir de elementos de uma teoria social reconstitutiva. Vencidos os conceitos *horizontais* próprios do pensamento habermasiano apresentados nos capítulos anteriores, é possível lançar uma reconstrução *vertical*, pondo em foco a lógica da evolução das regras.

É neste intuito que a pesquisa prossegue buscando criar uma mediação entre o empírico com o filosófico para poder refletir fenômenos sociais. Este capítulo tem o objetivo de demonstrar o nexo entre participação popular e legitimidade, próprio da democracia moderna. Ademais, indica os espaços de participação popular existentes, aprofundando a hipótese de que a ocupação deles permite um melhor fluxo comunicativo do mundo da vida em direção ao sistema. Para isso, em uma primeira seção a democracia e as formas de participação popular no Brasil, vistas como formas de ocupação da esfera pública brasileira, serão apresentadas tendo em vista a relação entre cidadania e democracia participativa. Na sequência, a forma de participação popular no orçamento participativo será analisada de forma mais detida, tendo como marco teórico a fórmula de estudo de Avritzer¹³³. A partir do estudo da metodologia de Avritzer, é possível projetar os passos metodológicos para outros exemplos, além do Orçamento Participativo, e não obstante a diferenças entre as formas de participação, há constantes macro-metodológicas que podem ser seguidas.

4.1 DEMOCRACIA E PARTICIPAÇÃO POPULAR NO BRASIL

Nos procedimentos discursivos e negociações deve ter como orientação primária cumprir os pressupostos pragmáticos da comunicação, como forma de

¹³³ Existem outros pesquisadores brasileiros com importantes estudos sobre participação popular e democracia. Entretanto, a eleição de Avritzer como marco teórico neste quesito metodológico deve-se a sua base habermasiana, conforme as referências AVRITZER, 2003; AVRITZER, 2009; e AVRITZER, 2012.

assegurar a autonomia das manifestações de opinião e o andamento dos debates, abrindo espaço para a prevalência do melhor argumento na tomada de decisão.¹³⁴

Nisso, é indispensável que a sociedade civil ocupe os espaços de participação existentes na esfera pública, realizando tematizações e articulando demandas em relação ao Estado. No arranjo teórico habermasiano, isso seria mais efetivo se fossem concretizadas algumas condições relacionadas na situação ideal de fala, mas quando projetadas para uma ordem jurídica concreta, o procedimentalismo esbarra em limitações materiais de uma sociedade específica.

Ao se distanciar da categoria *situação de fala ideal*, esta vai servir apenas como uma referência contrafática, ainda que não necessária, para a busca de acordos válidos. Por outro lado, é certo que no contexto do paradigma procedimental, e diante da orientação crítica de Habermas, o fortalecimento das condições de fala podem ser implementadas de forma gradativa, impulsionando a emancipação social, e com isso buscando uma legitimidade crescente.

Há muitos contrastes entre a situação ideal de fala e as condições concretas do discurso. É possível questionar até que ponto pode-se falar em legitimidade em um contexto que comporta exclusão. Os procedimentos democráticos podem ser mais eficazes que as formas excludentes, e por mais que haja consenso entre as prioridades de um Estado, permanece a margem de dissenso em relação a estratégia de efetivação da política do estado. Existe essa zona cinzenta, mas isso não impede o avanço das teorias democráticas e os esforços visando uma maior inclusão social.

4.1.1 Democracia e Cidadania

Avritzer apresenta um resumo das teóricas democráticas que ajudam a compreender a democracia em Habermas. A partir de Tocqueville e Ling Ch'ao, Avritzer afirma que a democracia é a única forma de governo justificável. De Tocqueville apoia-se na ideia da inevitabilidade da democracia enquanto forma de relação entre sociedade civil e Estado, e de Ling Ch'ao a força da soberania popular que transcende oriente e ocidente.¹³⁵

¹³⁴ HABERMAS, 2002, p.341.

¹³⁵ AVRITZER, 2012, p. 100.

No século XIX, há duas ideias marcantes sobre democracia: a soberania absoluta do povo (Rousseau) e a democracia como autodeterminação moral de um povo (defendida por liberais como Stuart Mill). Nestes modelos teóricos, a justificativa da forma de governo apoia-se no bem comum que seria definido pela discussão racional.

No século XX duas questões ocuparam os desenvolvimentos teóricos sobre a democracia: a primeira é explicar o surgimento da democracia a partir de bases não-democráticas, e a partir de Weber a democracia é sustentada pelo seu caráter formal, na igualdade formal de direitos políticos; e a segunda questão é a forma de organização do estado moderno e como ele se relaciona com os indivíduos. Novamente Weber destaca-se ao afirmar que a forma burocrática de organização é a responsável por essa mediação, o que implica no afastamento do indivíduo no processo de tomada de decisão política (ideia presente em Stuart Mill e Rousseau).¹³⁶

O próximo teórico que se destaca é Schumpeter, para o qual a democracia se apoia em duas ficções: a primeira delas é que o arranjo institucional permitiria aos indivíduos atingirem um consenso sobre o que consiste o bem comum, orientada por uma racionalidade; a segunda ficção é a racionalidade do indivíduo, pois eles frequentemente não agem de forma racional, tendo o comportamento e o consumo passíveis de influências, de forma que suas preferências não decorrem de sua autonomia.¹³⁷ Além destas características serem apontadas como ficções, são criticadas por teorias que trabalham com o pluralismo. Isso leva a Schumpeter propor a democracia enquanto método, substituindo a ideia de democracia enquanto soberania. A democracia é vista por ele como um arranjo institucional voltado a tomada de decisões políticas e administrativas, sobre o qual deve haver um consenso, não obstante o pluralismo de valores. O método de tomada de decisões substitui a legitimidade decorrente da soberania popular.

Pelo exposto, verifica-se que a partir de Weber e Schumpeter, o fundamento da democracia na soberania popular conflita com as formas burocráticas da administração estatal e com a pluralidade de valores, além de atentarem para aspectos formais da estrutura democrática.¹³⁸

¹³⁶ AVRITZER, 2012, p. 101-102.

¹³⁷ AVRITZER, 2012, p. 105-106.

¹³⁸ AVRITZER, 2012, p. 108.

O próximo teórico que para Avritzer contribui para a discussão é Anthony Downs, que entende que o indivíduo racional visa maximizar os benefícios que ele pode obter do governo. A racionalidade do governo reside no seu objetivo de permanecer no poder, e por isso maximizam os benefícios para os cidadãos. Com isso Downs visa compatibilizar a racionalidade dos indivíduos com a racionalidade do Estado. Entretanto, para Avritzer, o modelo de Downs não lida bem com as elites políticas que conseguem espaços ocupados pelo agir instrumental que coexiste com a democracia, e também Downs é criticado por ter uma concepção utilitarista da racionalidade.¹³⁹

Robert Dahl é o último a ser citado. Ele coloca a questão da qualidade da prática democrática pela avaliação da participação. Além de um sistema de governo, Dahl também vê na democracia um processo coletivo de tomada de decisões. Para ele, não são as democracias ideais que devem ser criticadas, mas sim as democracias reais nos aspectos que não conseguem se projetar tendo um ideal como referência.¹⁴⁰ A democracia sempre terá prevalência quando comparado com outras formas de governo — devido as suas vantagens inerentes. A democracia sempre terá destaque, mas isso não é o suficiente para justificar a prevalência deste regime. Para tanto, seguindo Dahl, é preciso que os indivíduos se guiem com um princípio de autonomia moral, tornando os indivíduos capazes de escolher a legislação sob a qual querem viver.¹⁴¹ Com isso, os indivíduos são tidos como capazes de participar das decisões que vão afetar seus interesses desta via, e nisso ocorre o rompimento com o elitismo político presente em Schumpeter e Downs.

A democracia ao longo do século XX enfrenta dois problemas teóricos: a expansão da burocracia estatal, pela sua complexificação, que limita a autonomia individual, e a relação entre democracia e racionalidade, em especial nos debates em torno do bem comum. Em Habermas, a existência de dois tipos de racionalidade, comunicativa e instrumental, tendo cada uma um domínio de prevalência, permite enfrentar as questões má resolvidas pelos teóricos citados. Adicionalmente, a impossibilidade de definir bem comum diante da pluralidade própria da modernidade, implica na necessidade de trabalhar com éticas formais da perspectiva discursiva, associando a democracia com processos de argumentação, no qual ocorre o

¹³⁹ AVRITZER, 2012, p. 112-113.

¹⁴⁰ AVRITZER, 2012, p. 116.

¹⁴¹ AVRITZER, 2012, p. 117.

reconhecimento intersubjetivo dos sujeitos pela mediação da linguagem. Nesta linha, conforme já desenvolvido nos capítulos anteriores, a democracia em Habermas é definida em função de procedimentos de comunicação institucionalizados, tornando o sistema político dependente das práticas comunicativas existentes na esfera pública. Habermas consegue compatibilizar democracia, racionalidade e participação.¹⁴²

As discussões sobre democracia evoluíram muito nos últimos séculos. Foi um tema constante para teóricos de diferentes áreas. Isto decorre da natureza multifacetária da democracia, afinal, ela não pode ser compreendida apenas sob a perspectiva jurídica, social ou política – por isso filósofos, cientistas políticos, juristas e intelectuais de outras áreas se debruçaram sobre o mesmo objeto.

Sem entrar nas peculiaridades dos debates e nas diferentes posições, é certo que algumas proposições sobre a democracia ficaram consolidadas. É aceito a importância de promover a democracia e seus princípios, buscar a liberdade, igualdade e solidariedade, bem como reconhecer e incorporar a diversidade. As maiores dificuldades e divergências residem nas estratégias para intensificar e tornar eficaz tais proposições da democracia.

Cada democracia possui especificidades próprias que implica na adoção de estratégias próprias. Realidades complexas diferentes exigem estratégias diferentes. Deste modo, pensar a democracia brasileira é diferente de pensar qualquer outra democracia – apesar das constantes proposições que figuram como pano de fundo em maior ou menor grau.

No Brasil, o parágrafo único do art. 1º da Constituição da República incorpora a premissa fundamental da democracia: *todo poder emana do povo*. Os cidadãos constituem o estado, sendo buscada neles a legitimidade de todas as instituições. Na doutrina do direito, a democracia aparece como princípio normativo. Em termos procedimentais, Canotilho, um constitucionalista de renome, “a constituição condicionou a *legitimidade* do domínio político à prossecução de determinados fins e à realização de determinados valores e princípios (soberania popular, garantia dos direitos fundamentais, pluralismo de expressão e organização política democrática)”¹⁴³

¹⁴² AVRITZER, 2012, p. 121-123.

¹⁴³ CANOTILHO, 2003, p. 417.

Sob a égide da democracia, estão incluídos importantes postulados das teorias democráticas. Órgãos representativos, eleições periódicas, pluralismo partidário, separação de poderes, bem como assegurar efetivas possibilidades de participação pelo cidadão.¹⁴⁴

Canotilho fala sobre a *concretização constitucional do princípio democrático*, que se apoia em cinco princípios: 1. princípio da soberania popular, conforme o qual a legitimidade do poder político só pode derivar do próprio povo. Desta titularidade, implica em negar o poder de uma origem divina, natural, ou real, sendo imperativo a legitimação pela população; 2. Princípio da representação popular, exercício de funções políticas desempenhadas em nome do povo, cuja legitimidade decorre da representação dos seus interesses em homenagem ao princípio da soberania popular; 3. Princípio da democracia semidireta, como referencia a manutenção de canais que permitem o fluxo entre sociedade civil e Estado, assegurando vias de participação de forma que a sociedade possa impactar na atuação do Estado (como iniciativas dos cidadãos), ou que este possa buscar legitimidade de atos junto a população (como referendo); 4. princípio da participação, como necessidade de intensificar a participação das pessoas nos processo de decisão, o que ocorre através da acentuação do *input*¹⁴⁵; 5. Princípio democrático e os direitos fundamentais, na medida em que os direitos fundamentais têm uma função democrática, pois existem de forma pressuposta na: igualdade de participação na vida política, participação livre, na criação de direitos sociais, econômicos e culturais.¹⁴⁶

Ainda no contexto de discussões sobre a relação entre sociedade civil e democracia participativa, tal questão repercute no debate sobre novos modelos de democracia. Boaventura de Souza Santos fala sobre uma concepção distributiva de democracia, na qual todos os cidadãos tem o direito de participar de um processo regido por elementos de democracia direta e representativa, o que permite um empoderamento da sociedade civil.¹⁴⁷ Ainda conforme o autor, a política democrática não se limita ao momento deliberativo, deve-se considerar uma

¹⁴⁴ CANOTILHO, 2003, p. 417-418.

¹⁴⁵ Podem ser identificados graus de participação: o primeiro deles é a *participação não-vinculante*, que funciona em caráter eminentemente informativo, como a submissão de propostas ou demandas vias manifestações; a segunda é a *participação vinculante*, que ocorre na tomada de decisão, como ocorre, por exemplo, em conselhos de gestão e no Orçamento Participativo; por fim, há a *participação vinculante e autônoma*, quando ocorre a substituição do poder político tradicionalmente vinculado ao processo de decisão, por uma forma de participação (CANOTILHO, 2003, p. 426-427).

¹⁴⁶ CANOTILHO, 2003, p. 418-431.

¹⁴⁷ AVRITZER, 2003, p. 19.

educação política adequada, organização social e institucional, igualdade de possibilidade de participar de atividades públicas, mas com foco na prática deliberativa.

Igualmente, a legitimidade ocorre não apenas em um momento originário hipotético no qual o Poder Constituinte Originário inauguraria uma ordem jurídica e deixaria de atuar. Pelo contrário, a premissa fundamental da democracia deve ser algo construído e verificado socialmente. A participação popular na democracia é um exercício constante, sem o qual se descaracterizaria este regime político. Para haver legitimidade, é indispensável a abertura do sistema político para os fluxos comunicativos provindos do mundo da vida, e também deve haver o controle da racionalidade comunicativa e a instrumental, cada uma em seu domínio, tudo isso mediado pelos procedimentos discursivos que devem ser garantidos pelo direito. Se ocorrer prevalência do poder administrativo sobre as estruturas do mundo da vida, haveria a perda de autonomia privada e a cidadania ficaria em uma posição de minoridade em relação a emancipação, do contrário, se houvesse um enfraquecimento do sistema, haveria uma crise na medida em que comprometeria a função instrumental do sistema político, o que é necessário para a sociedade moderna.¹⁴⁸

Portanto, buscar a eficácia e legitimidade da democracia, considerando as potencialidades da participação popular é um imperativo condizente com o aspecto fundamental da democracia: o exercício da cidadania. Isto não apenas através do sufrágio que ocorre periodicamente, mas com uma participação constante.

Quando se fala a partir de Habermas sobre o fortalecimento da esfera pública, objetiva-se justamente fomentar a participação popular em suas diversas formas. Quanto mais consciente e frequente for a participação dos cidadãos nas tomadas de decisão pelo Estado de forma direta, maior será o grau de legitimidade da democracia.

Deste modo, cumpre investigar os espaços de participação existentes na esfera pública brasileira. Espaços nos quais há tomada de decisões públicas e espaços a serem ocupados, mediante as possibilidades de participação popular

¹⁴⁸ Sobre isso, é oportuna a reflexão de Edgar Morin: “A democracia serve-se de dois circuitos recursivos: 1) os governos dependem dos cidadãos que dependem dos governos; 2) a democracia produz cidadãos que produzem a democracia. Se os cidadãos tornam-se subprodutivos, a democracia também se torna subprodutiva; se a democracia fica subprodutiva, os cidadãos passam a ser subprodutivos. Assim, as crises/ enfraquecimentos de civismo são também crises/ enfraquecimentos de democracia, logo de complexidade política e social”. (MORIN, 2007, p.150).

existentes no Brasil: ouvidorias, associações na sociedade civil, audiências públicas, *amicus curiae*, exercício do voto, movimentos sociais, são apenas alguns exemplos das formas existentes de participação.

Apesar das diferentes formas, seja para reivindicar um direito ou para auxiliar a tomada de uma decisão, a constante e o objetivo é que uma decisão na qual ocorreu efetiva participação popular, dando-se voz e considerando o que foi trazido, enseja maior legitimidade e o fortalecimento da democracia. Além da atuação exclusiva das instituições nas definições de políticas de estado e políticas públicas, a voz da população deve ser ouvida.

Hamel realiza uma leitura restrita acerca da participação popular, mas isso não invalida a conclusão dele que, ao longo da história do Brasil¹⁴⁹, as elites sociais e políticas sempre estiveram em uma posição privilegiada no que concerne a atenção que seus interesses recebem: “a simples (re)democratização do Brasil não resolveu todos os problemas cotidianos dos brasileiros excluídos, mas, tão-somente, os das elites políticas, as quais continuam utilizando o Estado para seus interesses particulares em detrimento de uma maioria.”¹⁵⁰

A democratização é um fenômeno recente na América Latina e no Leste Europeu. A partir de 1980 desenvolveram-se *teorias da transição* que apontam que as novas democracias surgiram do rompimento com o autoritarismo. No Brasil, com a redemocratização, persistiram as seguintes características: continuidade da existência de elites políticas que agem de forma instrumental; no nível macro existem práticas políticas democráticas que não são reproduzidas no nível micro; não aceitação material da cidadania civil e social, que se manifesta na criação de

¹⁴⁹ No período colonial, a estrutura social e política suportava a monopolização dos recursos, além da presença da escravidão e uma passiva massa popular. Apesar de nesse período haver organizações administrativas em nível municipal, havia predomínio de influência de grandes proprietários rurais, sendo os procedimentos de participação reservados pessoas com certo status social. A partir da Independência, com a centralização do poder no Brasil, não houve participação da população. O poder que antes emanava da Metrópole, foi incorporado pelas classes dominantes já presentes no período colonial, levando Prado Junior a afirmar que a independência ocorreu *à revelia do povo* (PRADO JUNIOR, 2006, p. 52-53). A Primeira República é marcada por um período de manipulações eleitorais, bem como marcado pelo coronelismo e a relação de clientelismo. No governo Vargas, marcado pelo caráter populista, sustenta uma centralização de poder através da estrutura patrimonial que serviu como forma de domínio. Em 1964, com o golpe militar, práticas democráticas foram suprimidas, não suportando instâncias de participação. Somente no final do regime militar, com eleições diretas, o Brasil abre vias para a democracia participativa. Mas ainda conforme Hamel, o Brasil, até hoje, ainda não conseguiu implementar verdadeiros procedimentos democráticos, na medida em que suporta graus de exclusão social (HAMEL, 2007, p. 102-104).

¹⁵⁰ HAMEL, 2007, p.101.

obstáculos para seu exercício através da burocratização ou baixa valorização.¹⁵¹ Isso sugere uma cultura política presente no autoritarismo que persiste na democratização, período em que ocorre a transformação da cultura política.

Wolkmer realiza algumas ressalvas sobre a mediação do pensamento do filósofo alemão com a realidade latino-americana. A primeira é que a racionalidade comunicativa teria sido elaborada tendo em vista sociedades capitalistas que atingiram determinado nível de desenvolvimento e satisfação das necessidades básicas dos indivíduos — o que não ocorre na América Latina no mesmo nível em que nos países europeus. A segunda ressalva, que decorre da primeira, é que para o exercício da ação comunicativa seriam precisos atores livres, autônomos e iguais — o que não se verifica em países do terceiro mundo.

Outra objeção aponta para a persecução do consenso atingido de forma autônoma, espontânea e livre de preconceitos, sem que seja um consenso fabricado. Wolkmer entende como difícil a tarefa de descobrir se um consenso é realmente válido. Questiona o caráter utópico da situação de fala ideal e no que concerne a busca da institucionalização delas, porque teriam como referência elementos artificiais. Crítica também a supervalorização da razão humana como meio de emancipação, sem levar em conta condicionamentos, diferenças e irracionalidades inerentes às pessoas.¹⁵²

Teorias da transição definem a democracia como ausência de autoritarismo. Tal definição é limitada por não considerar a forma que os agentes políticos e sujeitos sociais atuam. Ao se ater na análise de elementos formais, como um rol constitucional de direitos e a existência de eleições periódicas, uma gama de elementos materiais não são considerados. Charles Taylor fala da importância de se ater a realidade social nos estudos desta natureza, o que permite ver a relação entre as instituições formalmente existentes e às práticas cotidianas da democracia. No contexto do Brasil, Avritzer crítica que atores políticos não atuam orientados pela normatividade vigente, mas sim por uma cultura política não-democrática.¹⁵³ Para ele, a democratização necessita de atividades dos atores sociais que agem em face a colonização sistêmica do mundo da vida. A democratização seria o resultado desta

¹⁵¹ AVRITZER, 2012, p. 127.

¹⁵² WOLKMER, 2001, p. 277.

¹⁵³ AVRITZER, 2012, p. 136.

atuação que permite a sociedade civil compensar a extensão da atuação estatal na vida cotidiana com a limitação do Estado e do mercado.¹⁵⁴

Avritzer aborda a democratização além da perspectiva das instituições políticas, pondo em foco a ação social ao considerar: a ação coletiva, a cultura política dominante, o impacto do mercado e do Estado em um País, e a reação da sociedade em relação ao sistema. A visão habermasiana de democratização considera tais aspectos, mas as teorias da democratização, assim como as da modernização, não distinguem o processo de complexificação estatal e a racionalização da sociedade.

Em países de desenvolvimento tardio, como o Brasil, deve-se atentar para algumas características: a modernização é predominantemente sistêmica, e são mais facilmente transferíveis do que conteúdos éticos próprios do mundo da vida. No Brasil ocorre que as estruturas do Estado moderno são anteriores aos movimentos sociais, para Avritzer, isso implica em:

A democratização teria de ser pensada enquanto o processo de longo prazo de incorporação dos princípios democráticos pela própria sociedade, um processo que certamente ainda não chegou ao seu final, na medida em que podemos claramente perceber que uma série de órgãos do Estado ainda não incorporaram à sua estrutura ou ao seu funcionamento os princípios da ordem democrática. A adoção de uma tal perspectiva tem a vantagem de estabelecer uma continuidade entre o processo de negociação para a retirada de atores autoritários do sistema político e o processo de democratização das relações Estado-sociedade.¹⁵⁵

Como regra, apenas o aspecto funcional dos direitos (civis, políticos e sociais) são introduzidos em países de modernização tardia, com o objetivo de institucionalizar o mercado e o estado mais facilmente. O processo de organização social ocorre posteriormente à vigência do Estado moderno. Nessa situação, é insuficiente a simples democratização do sistema político, é necessário a limitação do Estado por uma sociedade civil atuante.

4.1.2 Formas de Participação Popular

A estrutura e a função da democracia brasileira tem o potencial de suportar a racionalidade comunicativa. Há diversos espaços para a participação popular, bem

¹⁵⁴ AVRITZER, 2012, p. 130.

¹⁵⁵ AVRITZER, 2012, p. 146.

como garantias constitucionais e direitos fundamentais que visam assegurar a liberdade e a autonomia das tematizações realizadas na espacialidade pública.¹⁵⁶

Possibilitando a legitimação da democracia deliberativa pela participação da população no processo de tomada de decisão, esta seção apresenta as formas de participação popular utilizadas no Brasil. Constituem formas diretas de interação entre Estado e sociedade civil e articulam a democracia participativa com a democracia representativa. Não é uma relação exaustiva, pois as formas de interação entre sistema e mundo da vida não podem ser encerradas em um rol. Entretanto, os principais espaços de participação popular aberto pelo Estado são relacionados aqui, bem como as formas de participação originadas a partir da sociedade civil são descritas.¹⁵⁷ Inicialmente serão arrolados os espaços de participação previstos constitucionalmente, e na sequência no nível infraconstitucional.

Na Constituição Federal de 1988, há as seguintes formas de participação popular:

- a) Formas próprias da democracia direta, como plebiscito, referendo e iniciativa popular (art. 14, I, II e III), além de eleições periódicas;
- b) Direito de trabalhadores e empregadores participar de colegiados de órgãos públicos em seus interesses sejam objeto da discussão (art. 10);
- c) Qualquer pessoa pode enviar petições, reclamações, representações ou queixas face atos ou omissões de autoridades e entidades públicas (art. 58, §2º, IV);
- d) Qualquer cidadão tem legitimidade para denunciar irregularidades para o Tribunal de Contas da União (art. 74, §2º);
- e) Direito de participar de política agrícola no planejamento e execução (art. 187, *caput*);
- f) Participação na gestão administrativa da saúde pública (art. 198, III);

¹⁵⁶ GOMES, 2000, p. 51-55:

¹⁵⁷ A participação popular pode ser verificada em diferentes níveis: em um nível micro, por exemplo, estaria a participação em audiências públicas locais, ou a utilização de ouvidorias e até propositura de uma ação popular para um interesse local; em um nível macro, estariam eleições, referendos, projetos de lei de iniciativa popular, em níveis municipais, estadual e nacional, e também, no exemplo que será tratado nesta pesquisa, a participação popular realizada no bojo da Assembleia Nacional Constituinte. Apesar da distinção de níveis, todas interessam e são indispensáveis para a teorização da democracia, apesar da variação da complexidade.

- g) Participação no sistema nacional de educação, na medida em que a educação necessita da colaboração da sociedade através de uma gestão democrática (art. 205, VI);
- h) Colaboração da comunidade na gestão do patrimônio cultural (art. 216, §1º);
- i) Participação em políticas públicas que versem sobre meio ambiente (art. 225)¹⁵⁸;
- j) Assegura a participação popular no processo legislativo em nível estadual (art. 27, §4º), e em nível municipal, nas respectivas Leis Orgânicas (art. 29, XII e XIII);
- k) É assegurada a possibilidade de iniciativa popular das leis complementares e ordinárias ao cidadão, subscrito por 1% do eleitorado nacional distribuído em pelo menos três Estados, tendo pelo menos três décimos por cento em cada Estado (art. 61);
- l) A seguridade social é regida através da gestão com participação dos trabalhadores (art. 194, parágrafo único, VII), bem como a assistência social (art. 204, II), estipula a participação da população via organizações representativas, e também no toando a família, criança, adolescente e idoso, que incluem nos respectivos programas de assistência a participação de entidades, (art. 227, §1º).

Vale lembrar que essas formas de participação previstas na Constituição Federal são também previstas, guardadas as proporções e quando aplicável, em nível Estadual. Como, por exemplo, o direito de denunciar ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União, é reproduzido no art. 78, §2º, da Constituição do Estado do Paraná, assegurando o direito de qualquer cidadão denunciar irregularidades para o Tribunal de Contas do Estado do Paraná.

No nível infraconstitucional existem outras hipóteses legais de participação popular. Avritzer ainda cita a proposta de realizar consulta popular na elaboração do Plano Plurianual (PPA), reforço e a criação de novos conselhos de políticas e a realização de um conjunto de conferências para auxiliar na definição das prioridades dos ministérios.¹⁵⁹ Além destes canais de participação que gradativamente se fortalecem, é possível destacar outras vias de participação popular.

¹⁵⁸ Rol elaborado a partir de GOMES, 2000, p. 230, e AVRITZER, 2010, p. 30.

¹⁵⁹ AVRITZER, 2010, p. 41.

a) A *Ouvidoria* realiza a mediação entre cidadão e instituição, pela apreciação de reclamações, denúncias, críticas e contato de outras naturezas. Uma vez submetida uma demanda, o ouvidor atuará na apuração dela e representará os interesses legítimos do cidadão. Além de órgãos e repartições estatais que adotam a ouvidoria, atualmente empresas privadas possuem ouvidores, com o intuito de melhorar a relação com os consumidores e as relações internas. A Associação Brasileira de Ouvidores e Ombudsman afirma existirem mais de 300 ouvidorias no país.¹⁶⁰

Convergências doutrinárias apontam as seguintes características: localizado na espacialidade estatal, atua com independência em relação a administração, além de gozar de independência financeira, administrativa, funcional e política, não tem poder de coerção e pode atuar de ofício. Atuando na defesa do cidadão, pode, por exemplo, realizar a revisão de uma decisão discricionário do poder público.

O instituto não foi adotado pela Constituição de 1988, apesar de aparecer no projeto apresentado pela Comissão provisória de Afonso Arinos, que antecedeu a Constituinte, com o nome *Defensoria do Povo*. A primeira experiência foi em Curitiba, regulado por uma previsão na Lei Orgânica de Curitiba de 1990.¹⁶¹ Em nível nacional, a Lei 8.490, art. 19, I, j, fala de Ouvidora-geral da República. Em nível Estadual, no Paraná, é prevista no Decreto 22/1991. Ademais, as agências reguladoras possuem ouvidorias, como a ANVISA, ANEEL, ANEP.

b) *Conselhos Gestores* possuem uma composição plural de membros do Estado e da sociedade civil, tendo natureza deliberativa e consultiva no que concerne ao controle e execução de políticas públicas. Atua em nível municipal, estadual e federal, mas são mais numerosos no plano municipal, possuindo um tema de atuação definido. São previstos em legislações específicas, voltadas para setores específicos, que regulamentam artigos da Constituição sobre saúde, assistência social, criança e adolescente e políticas urbanas.¹⁶² Desde a previsão normativa dos conselhos criada em 1988, até 2011, ocorreu o crescimento contínuo do número de Conselhos Municipais nas diversas áreas.¹⁶³ Atualmente, existem

¹⁶⁰ ASSOCIAÇÃO Brasileira de Ouvidores e Ombudsman, 2011, p.9

¹⁶¹ GOMES, 2010, p. 214-218.

¹⁶² AVRITZER, 2010, p34. Lei Orgânica da Saúde (Lei 8.080 de 19 de setembro de 1990), Lei Orgânica da Assistência Social (Lei 8.742 de 7 de dezembro de 1993), Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069 de 13 de julho de 1990), Estatuto da Cidade (Lei 10.257 de 10 de julho de 2001), sendo que cada lei disciplina formas diferentes de participação.

¹⁶³ AVRITZER, 2010, p 99.

Conselhos Municipais de Educação em 4718 municípios¹⁶⁴, outros 5242 Conselhos Municipais de Saúde¹⁶⁵, 123 Conselhos Municipal de Direitos Humanos, 2868 municípios com Conselhos Municipais do Direito do Idoso¹⁶⁶, 791 com Conselhos Municipais dos Direitos da Pessoa com Deficiência¹⁶⁷, 872 Conselhos Municipais dos Direitos da Mulher¹⁶⁸. Existem em alguns municípios outros conselhos que não decorrem de previsão em lei Federal. É o que ocorre, por exemplo, com temáticas como Promoção de Igualdade Racial, meio ambiente, desenvolvimento da cidade. Todos os municípios com mais de 50 mil habitantes devem ter um conselho tutelar, o que é efetivo.¹⁶⁹

c) A *Ação Popular* tem origem no Direito Romano, foi prevista pela primeira vez na Constituição de 1934, não apareceu na Constituição de 1937 e na Carta de 1946 foi novamente prevista. Em 1965, existiu no nível infraconstitucional pela Lei de Ação Popular – Lei 4.717/65. Em 1988, volta a ser prevista em nível constitucional, conforme o art. 5º, LXXIII, que assegura que qualquer cidadão tem legitimidade ativa para ajuizar ação popular em face de “ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural [...]”, tutelando interesses difusos.¹⁷⁰ Ela dispensa o acionamento prévio de uma instancia administrativa e caso seja julgada improcedente por insuficiência probatória, não terá eficácia de coisa julgada *erga omnes*, sendo assegurada a possibilidade de ajuizamento de nova ação popular com o mesmo objeto¹⁷¹. Também é isenta de custas e sucumbência, salvo comprovada má-fé.

A participação popular é fundamental para consagrar eficácia às leis. O Código de Defesa do Consumidor, por exemplo, em um momento inicial ensejou diversos debates e era pouco utilizado, mas gradativamente teve seu conteúdo divulgado à população – por meio de cartilhas, reportagens e mais recentemente a obrigatoriedade de exibir uma cópia do código nos estabelecimentos comerciais –

¹⁶⁴ IBGE, 2012, p. 60.

¹⁶⁵ IBGE, 2012, p. 66.

¹⁶⁶ IBGE, 2012, p. 102.

¹⁶⁷ IBGE, 2012, p. 104.

¹⁶⁸ IBGE, 2012, p. 105.

¹⁶⁹ IBGE, 2012, p. 101.

¹⁷⁰ RAMOS, 1991, p. 256-258.

¹⁷¹ MORAIS, 2007, p. 283.

que passou a utilizá-lo com frequência.¹⁷² A ação popular é uma via pouco utilizada, apesar das facilidades próprias da ação. De todo modo, tornar mais acessível o uso desta ação contribuiria para o aumento da propositura dela.

d) *Amicus Curiae*, instituto jurídico em que um terceiro com interesse em uma demanda judicial se habilita no processo na qualidade de *amigo da corte*, contribuindo com informações para o processo. Na decisão da demanda judicial, os magistrados devem considerar os argumentos sustentados pelo *amicus curiae*, com a mesma fundamentação necessária em relação aos argumentos trazidos pelas partes diretamente envolvidas. No controle concentrado de constitucionalidade, só é possível a habilitação de organizações civis e órgãos que tenham comprovada pertinência temática com a questão discutida judicialmente. Pessoas naturais, na qualidade de cidadãos, não são aceitos como *amici curiae*.

O instituto é previsto no art. 543-A, §6º, do Código de Processo Civil, no art. 7º, §2º da Lei nº. 9.868/1999, que regulamenta a Ação Direta de Inconstitucionalidade, também regulamentado pelo art. 131 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. No incidente de uniformização de jurisprudência, nos termos do art. 14, § 7º da Lei nº. 10.259/2001, é possível a habilitação de *amicus curiae* interessados na demanda.

e) *Audiência pública* é uma forma de participação popular em que um poder público coloca em pauta um tema e debate com a população. Geralmente define um projeto de lei, política públicas realizações de empreendimentos cuja execução produz impactos mais incidentes na vida dos cidadãos. Durante uma audiência, sendo que cada uma tem procedimento definido pelo órgão que convocou, é realizada uma apresentação do tema e em seguida é oportunizado aos cidadãos fazerem uso da palavra e apresentarem suas posições em relação ao tema.

Tem por finalidade: dar publicidade a questão em pauta; ceder a comunidade maior controle em relação a questão; possui um papel informativo; coletar informações que ajudem na tomada de decisões. Exige prévia convocação através de publicação na mídia local e diário oficial, deve ser realizada em local que suporte a quantidade de pessoas esperadas e tenha acesso via transporte público local. A

¹⁷² A possibilidade da mediação proposta é justificada por esta comparação com o Código de Defesa do Consumidor. Entretanto, a diferença entre a natureza das legislações deve ser considerada. Enquanto o combate à corrupção tutela um patrimônio coletivo, aquela tem uma aplicabilidade, de regra, em situações individualizadas. Em situações em que há uma lesão no patrimônio individual é mais recorrente a busca dos meios legais para sanar o problema, em se tratando de uma lesão coletiva, ainda há um longo caminho a ser percorrido.

obrigatoriedade de realizar audiência pública de alguns temas decorre de Lei Ordinária.¹⁷³ Outras hipóteses de audiências públicas, decorrem de previsões no Regimento Interno de Órgãos Legislativos.

Também é possível na espacialidade judicial, conforme art. 9º e art. 20 da Lei nº 9.868/99 que regulamenta a Ação Direta de Inconstitucionalidade. Em 2007, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510, que tratava sobre a constitucionalidade do art. 5º da Lei de Biosegurança, foi realizada a primeira audiência pública no Judiciário.

Cada forma uma dessas formas de participação popular citadas possuem uma legislação específica a regulamentando. Por exemplo, existe uma regulamentação própria para cada órgão sobre a disciplina das audiências públicas, bem como existe uma base legal para cada município que trabalha com o Orçamento Participativo. Entretanto, como constante nesses espaços para o exercício da cidadania, nota-se que são espaços criados pelo Estado. Em termos habermasiano, implica dizer que são aberturas do sistema para percepção de questões da sociedade civil.

Porém, além das formas de participação que decorrem do Estado, a sociedade civil possui suas próprias formas de exercer a cidadania. Evidentemente que essas outras formas se apoiam na legislação vigente para se organizarem, mas o diferencial reside no ponto de origem. Assim como as formas institucionais, não existe um rol exaustivo de hipóteses de participação popular originadas na sociedade civil, entretanto, algumas merecem destaque.

f) A partir da sociedade civil nascem as ONGs. Abrangem vários tipos de organizações: filantrópicas, fundações, associações, e tematizam diversas questões. Há uma pluralidade delas, cada uma com seus fins específicos, podendo ser associadas a instituições públicas, empresas, redes internacionais, dependendo de pessoas que atuam de forma voluntária ou profissional. São movimentos sociais que

¹⁷³ São estas as hipóteses: Lei nº 8.666/93, relativa às licitações e aos contratos da Administração Pública a partir de determinado valor; Lei nº 9.784/99, relativa ao processo administrativo no âmbito da Administração Pública; Lei nº 8.625/93, a Lei Orgânica do Ministério Público; Lei nº 8.987/95, regulamenta a participação dos usuários na execução da prestação de serviços públicos por concessionárias e permissionárias; Lei nº 9.427/96, que regulamenta o setor elétrico, obrigando a audiência pública nas decisões que afetem consumidores; Lei nº 9.472/97, serviço de Telecomunicações, que obriga realizar consulta pública para definir seus regulamentos ; Lei ; nº 9.472/97, Agência Nacional do Petróleo, que deve ouvir a população antes de tomar decisões que atinjam consumidores; Lei nº 10.257/2001, Estatuto da Cidade, criando, que obriga a audiência pública para discutir o plano diretor. Na Constituição Federal, no art. 204, II e no art. 206§1º, também há outras hipóteses de audiência pública.

podem promover e articular formas autênticas de reconstrução social. Constituem o terceiro setor, que tem origem privada e utilidade pública.¹⁷⁴ O estado é considerado o primeiro setor, e o mercado o segundo. Mesmo assim, o terceiro setor atua em áreas próprias do sistema.

Em 2010 foram contabilizados 290.692 instituições sem fins lucrativos, atuando nas áreas de habitação, saúde, cultura, educação, assistência social, religião, meio ambiente, proteção aos animais, defesa de direitos, associações patronais e outras.¹⁷⁵

g) O *protesto* é uma forma não institucional de participação popular. Nessa temática, o jurista Roberto Gargarella constitui importante marco teórico. Ele defende os protestos como forma legítima de manifestação da sociedade civil realizar demandas. Para o jurista argentino, a legitimidade de uma ordem jurídica funda-se em uma promessa de tratar a todos igualmente (e aqui está implícita uma série de compromissos constitucionais democráticos). Se essa promessa originária não é cumprida, o direito deve dar especial proteção para aqueles que reclamam um tratamento igualitário, vale dizer, assegurar o direito de protestar (seja na forma de passeatas, coleta de assinaturas, e outras manifestações). Nas palavras do autor: “o direito a protestar aparece assim, em um sentido pelo menos importante, como o *primeiro direito*: o direito de exigir a recuperação dos demais direitos”.¹⁷⁶ É através do exercício deste direito que os cidadãos podem buscar a eficácia da promessa democrática originária.

Dentro dessa forma de manifestação da sociedade civil, há uma valorização da liberdade de expressão, que é um direito fundamental na estrutura democrática, na medida em que repercute na deliberação dos demais direitos.¹⁷⁷ A questão não é apenas levar ao conhecimento do Estado a existência de alguma demanda ou necessidade de algum grupo, mas sim atrair atenção para ela. A relação não se limita entre manifestantes e Estado, mas visa dar visibilidade para a sociedade civil, o que possibilitará o fortalecimento da demanda através de uma maior repercussão.

¹⁷⁴ MORAIS, p. 7-15.

¹⁷⁵ IBGE, 2012-b, p.3.

¹⁷⁶ GARGARELLA, 2007. p. 19.

¹⁷⁷ GARGARELLA, 2007. p. 26.

O meio mais eficaz para isso acaba sendo a adoção de medidas que chamam a atenção não apenas do Estado, mas também da coletividade.¹⁷⁸

A defesa do direito de protestar, bem como a busca de um debate público robusto¹⁷⁹, como componentes de um Estado Democrático de Direito, possui uma ampla fundamentação. Gargarella analisa algumas premissas da democracia radical e do liberalismo a fim de sustentar tal entendimento. O autor propõe uma abordagem da democracia radical,¹⁸⁰ que possui uma ideia radical de liberdade. Nesta concepção, a democracia é entendida como um *autogoverno coletivo*, que necessita de cidadãos comprometidos com a vida pública, dotada de uma organização socioeconômica e política comprometida com o mesmo objetivo. O mérito dos radicais foi tornar explícito o valor da adesão no autogoverno, a partir de uma ideia de que todos os indivíduos nascem livres e iguais. Além disso, os teóricos da democracia radical fundam questões como o direito do povo de ditar instruções obrigatórias, renovação periódica dos representantes, bem como combater os privilégios econômicos que transformam o autogoverno em um regime no qual poucos decidem em nome de todos os demais.

Formalmente, há diversos espaços para a participação popular. Entretanto, a simples previsão legal não garante a eficácia destes mecanismos. Seguindo uma orientação crítica, é indispensável a reflexão sobre o funcionamento das formas de participação popular. A próxima seção justamente investigará como é possível tal mediação.

4.2 O EXEMPLO DO ORÇAMENTO PARTICIPATIVO

O Orçamento Participativo também é uma forma de participação popular e possui um sucesso superior comparado as outras formas de relação entre sociedade civil e Estado — em especial no município de Porto Alegre.

¹⁷⁸ Gargarella entende que os atos de protestos não podem ser restringidos previamente. É possível o acompanhamento de autoridades estatais das manifestações, bem como os atos ilegais devem ser punidos (GARGARELLA, 2007, p.30).

¹⁷⁹ Gargarella fala de um *debate público robusto*, que significa um compromisso de tomada de decisões a partir de procedimentos democráticos, assegurando a participação de todos, em equilíbrio entre a autonomia individual e a um autogoverno coletivo, no qual o próprio Estado fundamenta sua legitimidade.

¹⁸⁰ Autores como James Harrington, Joseph Priestley, Thomas Paine, Jean Jacques Rousseau, Richard Henry Lee, Thomas Jefferson, José Gervasio Artigas, Santiago Arcos, Manuel Murillo Toro.

Avritzer realiza estudos mais verticais sobre esse instituto, e além de ser possível obter mais informações sobre o mesmo, é possível auferir por indução a metodologia utilizada para a análise, que pode ser projetada para a análise de outras formas de participação popular, possibilitando a inferência de outras perspectivas.

4.2.1 A Análise da Legitimidade do Orçamento Participativo

Habermas é escasso em oferecer exemplos, e mesmo quando analisa o movimento feminista nos Estados Unidos, é econômico nas descrições. Mas isso não diminui o potencial de seu pensamento ser utilizado para analisar questões empíricas, e serve para demonstrar como o poder comunicativo transforma-se em poder administrativo.

O feminismo havia sido indicado como um movimento social que impactou na criação de novos direitos que nem o paradigma do direito formal, nem o material, conseguiam explicar de forma satisfatória. Da mesma forma, o Orçamento Participativo, é um mecanismo de definição de prioridades sociais e participação popular que o modelo formal e o material não conseguem abarcar.¹⁸¹

A partir dos estudos de Avritzer, é possível analisar a experiência do orçamento participativo.¹⁸² O orçamento participativo é uma forma de participação popular local presente, na época dos estudos que servem como base teórica, em 103 municípios no Brasil. Em 2004, esse número foi para 170 municípios. Também foi copiado por outras cidades de outros países. Sua primeira experiência foi em Porto Alegre. É uma forma de fortalecimento da democracia internacionalmente considerada como bem sucedida. Permite a população participar, geralmente por meio de assembleias ou audiências realizadas pelo poder público, das decisões que recaem sobre a distribuição de recursos. Avritzer apresenta a seguinte definição “orçamento participativo é uma forma de rebalancear a articulação entre a

¹⁸¹ Tomando como referência o Orçamento Participativo de Porto Alegre. Outras formas mais restritas, poderiam ser justificadas nos paradigmas formais e materiais. Em Porto Alegre, a população realiza 100% da alocação orçamentária através do Orçamento Participativo, mediante debates entre políticos, cidadãos, representantes de movimentos sociais e categorias profissionais. É o diálogo que movimenta a tomada de decisões — o que se afasta das prioridades do modelo formal e material.

¹⁸² Toma-se como marco teórico para as próximas considerações a coletânea de artigos de diversos autores que foi publicada como “A inovação democrática no Brasil”.

democracia representativa e a democracia participativa [...]”.¹⁸³ O Orçamento Participativo baseia-se em quatro elementos: 1- cessão da soberania por aqueles eleitos como representantes, tornando os cidadãos como membros das assembleias locais dotando-os com igual poder de deliberação; 2-reintrodução de formas de participação popular em nível local; 3- o Orçamento Participativo possuía autonomia para se autorregular, na medida em que os próprios participantes são dotados da faculdade de definir as regras que instrumentalizarão o processo de tomada de decisão; 4 – torna a definição de prioridades de investimento sensíveis as demandas da sociedade civil. Avritzer analisa quatro experiências distintas de funcionamento do Orçamento Participativo.¹⁸⁴

Porto Alegre implantou tal modalidade em 1989. A capital gaúcha possui antecedentes de movimentos sociais, o que constitui um diferencial em relação às outras capitais brasileiras. Possui uma consistente tradição associativa que precede a instalação do orçamento participativo e possui mais atividades associativas que as outras cidades brasileiras.¹⁸⁵ Se a prévia tradição associativa é uma condição, além disso deve-se atentar para a incorporação de práticas deliberativas no desenho institucional. O orçamento participativo funciona relativamente bem em Porto Alegre, nos quais os participantes podem votar e escolher, por exemplo, quais setores da cidade receberão maiores investimentos e em quais áreas. O sucesso da experiência de Porto Alegre é sustentado em quatro pilares: 1- democracia, consubstanciado no crescimento de número de participantes do Orçamento Participativo; 2- associativo-deliberativo, concretizado pela constante presença de associações nos Orçamentos Participativos; 3- desenho institucional, adequação institucional as demandas da sociedade civil voltadas para o aperfeiçoamento da deliberação; 4- capacidade distributiva do Orçamento Participativo, Em Porto Alegre, ocorre uma melhor distribuição dos recursos, na medida em que regiões mais desfavorecidas da cidade recebem maiores investimentos. Isso porque na participação nos procedimentos públicos do orçamento participativo ocorre quase uma simetria entre os participantes e a configuração socioeconômica da cidade.

¹⁸³ AVRITZER, 2012, p. 14.

¹⁸⁴ O Orçamento Participativo também foi aplicado em nível estadual. Nessa dimensão possui os maiores potenciais e obstáculos, devido aos conflitos políticos.

¹⁸⁵ Um segundo fator é que a cidade possui um histórico ligado à administração exercida pela esquerda política, entre 1947 e 1964, e com a redemocratização daquela época houve um forte movimento centro-esquerda. Quanto a participação popular, mais de 70% dos participantes são vinculados a associações civis.

Além do exemplo de Porto Alegre, uma segunda categoria para a análise do orçamento participativo diz respeito a sua implementação em cidades pequenas (até 20 mil habitantes) e médias (de 20 mil a 100 mil habitantes). Nessas cidades, não há tanta infra-estrutura associativa. Enquanto em Porto Alegre a maioria dos participantes possui algum vínculo com alguma associação, isso não ocorre nas cidades com estas populações. Ademais, em termos proporcionais, uma maior porcentagem da população participa do orçamento participativo, mas isso não significa que um impacto significativo seja atingido. Enquanto que nas cidades grandes, dificilmente o número atinge 1,5% da população, em cidades pequenas, o percentual por vezes supera a margem de 10%.¹⁸⁶ Outrossim, os processos do orçamento participativo são mais simples nestes municípios. Enquanto grandes capitais lançam mãos de complexos regulamentos e sistemas de rodadas, devido a características iminentes à pequenas e médias cidades, é possível uma simplificação do procedimento — e com os mesmos resultados.

Ainda no contexto de cidades pequenas e média, nota-se que, mesmo sem tradição associativa, é possível implementar com sucesso o OP através de uma vontade política que seja intensa o suficiente para superar a variável da tradição associativa.¹⁸⁷ No entanto, o Orçamento participativo é incapaz, por si só, de criar uma infra-estrutura associativa.

Outro caso analisado nos estudos de Avritzer é a experiência do Orçamento Participativo em Recife. É uma cidade com histórico de mobilização social e expressava uma tendência associativa ainda no regime ditatorial. É um caso interessante porque não houve vontade política para a implementação do orçamento participativo. No modelo de Recife há uma exclusão marcante: um cidadão que não está afiliado a alguma associação, não tem o poder de eleger um delegado e se vê excluído do orçamento participativo. Ademais, os temas a serem deliberados são previamente definidos pelo poder público, sem ter uma abertura discursiva. Os problemas de Recife decorrem da ausência de vontade da administração de implementar políticas de participação, ou quando o objetivo é incorporar no sistema político as lideranças comunitárias.

Nesta linha, Zander Navarro indica o fato de o orçamento participativo ficar refém de uma agenda política e partidária. Os cidadãos encontram um rol de opções

¹⁸⁶ AVRITZER, 2003, p. 32.

¹⁸⁷ AVRITZER, 2003, p. 33.

para exercer o direito de voto que uma vez consumado encerra tal prática democrática. Não há um espaço efetivo para formas discursivas e um ambiente de argumentação.

Ademais, o montante de recursos a serem distribuídos no Orçamento Participativo é decidido pelo secretariado.¹⁸⁸ A definição das prioridades da população não ocorre pela população. O orçamento participativo possui um desenho institucional que enfraquece a dimensão deliberativa.¹⁸⁹ Em Porto Alegre, 100% dos gastos com investimentos são discutidos no Orçamento Participativo. Em Recife, 10% dos investimentos são deliberados.¹⁹⁰

Até agora, os modelos estudados são de cidades urbanizadas. Por fim, o último exemplo trazido por Avritzer é a cidade de Chapeco, com economia predominantemente rural, no qual a agropecuária e indústrias agroalimentares predominam. Outra peculiaridade de Chapeco é que frequentemente sofre tensões com o Movimento Sem Terra. Apesar destas características, em Chapeco, como nas cidades exclusivamente urbanas, apresenta um índice de que mais de 70% dos participantes do orçamento participativo se vinculam a algum movimento ou organização civil. Desta análise, conclui-se que o orçamento participativo pode funcionar no meio rural.¹⁹¹

Nos estudos de Avritzer verificam-se vários exemplos que guardam proximidade com o paradigma procedimental do direito. Em um exame empírico, nenhuma das experiências citadas satisfaz os pressupostos pragmáticos comunicativos. No entanto, isso não impede de algumas experiências do Orçamento Participativo promoverem uma legitimidade intensificada em virtude da participação popular.

4.2.2 Metodologia

Como ponto inicial ocorre a apresentação geral do instituto ou forma de participação a ser estudada. Orçamento participativo, movimentos sociais em determinada região do Brasil, Conselhos nos diversos âmbitos da federação, etc., independente da forma de participação popular, ela precisa ser situada. O contexto

¹⁸⁸ AVRITZER, 2003, p. 39-40.

¹⁸⁹ AVRITZER, 2003, p. 49.

¹⁹⁰ AVRITZER, 2003, p. 69.

¹⁹¹ AVRITZER, 2012, p. 20-44.

de surgimento e os antecedentes são indispensáveis para a compreensão do instituto — o que não deve ser feita de forma linear, mas sim em diversas perspectivas para dar uma dimensão maior da questão. Por exemplo, para estudar a busca de inclusão de um movimento social, este não pode ser feita apenas de uma perspectiva disciplinar, mas sim deve recorrer a diferentes ópticas para possibilitar uma melhor compreensão da complexidade do objeto. No caso do orçamento participativo, Avritzer realiza pesquisas conjuntas e conta com colaboradores de diferentes áreas para refletir sobre as mesmas situações.

Após a apresentação, é recorrente indicar a forma de realização de determinada forma de participação popular seguindo uma estrutura procedimental, ou seja, como ela se concretiza. Uma sessão de orçamento participativo, por exemplo, é previamente agendada pelo Poder Público e, conforme a cidade ocorre a convocação de movimentos sociais para participarem, através de editais e chamadas direcionadas para a população. Depois segue a descrição do procedimento, com disposições normativas sobre o uso da palavra e da votação.

Outro ponto comum, mas não constante, é a apresentação de estatísticas com dados quantitativos sobre diferentes formas de participação popular. No caso do orçamento participativo, as pesquisas realizadas são bem ricas e precisas nas coletas de dados realizadas. Tendo com apoio a documentação oficial dos órgãos públicos promotores, é possível ter uma boa base empírica para o desenvolvimento de pesquisas.

Como ponto fundamental, segue sempre um balanço crítico referente ao material empírico tomado como base. A abertura de novos espaços para participação em geral é vista com bons olhos, mas isso não pode ilidir um exame mais profundo a ponto de averiguar o alcance da eficácia do instituto. Se a população não dialoga efetivamente, podendo suas diferentes vozes repercutir na tomada de decisão, não há participação efetiva — apenas uma ilusão para conferir uma roupagem de legitimidade.

Esses passos também se verificam também em um breve artigo publicado por Virgílio Afonso da Silva e Conrado Hübner Mendes,¹⁹² que tematizaram, a partir de Habermas, o Referendo sobre o desarmamento que ocorreu em outubro de 2005 e a possibilidade de revisão do resultado pela Corte Constitucional. Os autores não

¹⁹² SILVA, MENDES, *in* NOBRE, 2008.

tomam partido de uma posição na questão, mas atem-se a analisar o objeto de forma procedimental e a carga simbólica do episódio para a democracia brasileira. Conforme os autores, o proceder metodológico desta análise passou por três etapas: “entender o problema; apontar sua óbvia relevância prática no contexto brasileiro; identificar alguns dos interlocutores com os quais qualquer abordagem contemporânea deste problema deveria dialogar.”¹⁹³

Ainda na mesma estratégia metodológica, destaca-se o trabalho de Soraia de Rosa Mendes e sua pesquisa intitulada “Esfera Pública e direitos fundamentais: um estudo das rádios comunitárias, segundo Habermas”¹⁹⁴, e a dissertação de Marcio Renan Hamel, “A política deliberativa em Habermas: uma perspectiva para o desenvolvimento do Brasil”.¹⁹⁵ Apesar de cada trabalho utilizar a base teórica habermasiana para objetos empíricos diferentes, ambos utilizam uma estratégia metodológica semelhante. Em um primeiro momento realizam uma apresentação sobre os conceitos de Habermas que guardam uma maior pertinência com o objeto a ser analisado — Habermas é um filósofo muito produtivo, de forma que não é interessante, e nem cientificamente relevante, o pleito de sintetizar seu pensamento de forma geral em algum trabalho acadêmico; razão pela qual, é plenamente justificável realizar uma seleção das proposições mais relevantes para a pesquisa proposta, sem ter a pretensão de esgotar o autor. Na sequência, apresenta o objeto empírico a ser estudado (seja rádios comunitárias ou a política deliberativa ao longo da história do Brasil), apresentando suas características relevantes e, o que é o mais importante, realizando um cotejo dialético com os conceitos trabalhados no primeiro momento. Importante ressaltar que para o estudo do objeto empírico específico utilizou-se nos exemplos citados, referências próprias da área de estudo que concerne ao objeto. A mesma estratégia, tendo o mesmo marco teórico, pode ser repetida para diferentes objetos.¹⁹⁶

Além destes aspectos estruturais, outra questão que surge é como medir a eficácia de uma forma de participação popular. Brian Wampler questiona “como

¹⁹³ In NOBRE, 2008, p. 215.

¹⁹⁴ MENDES, 2007.

¹⁹⁵ HAMEL, 2007.

¹⁹⁶ Nem tudo o que é concretizado em estudos coletivos está ao alcance de pesquisas de pós-graduação. Neste nível, uma estratégia também usada é dividir uma tese ou dissertação em duas seções. Uma primeira parte dedica a apresentar elementos do pensamento de Habermas, realizando o encadeamento das proposições teóricas buscando construir uma base teórica para posteriormente analisar uma situação empírica.

caracterizar empiricamente o sucesso do Orçamento Participativo?”¹⁹⁷ A hipótese subjacente é que a metodologia própria de caracterizar o sucesso do Orçamento Participativo pode ser adaptada para auferir o sucesso/fracasso de outras formas de participação popular.

Wampler, no contexto dos estudos organizados por Avritzer, utiliza três categorias para dimensionar a eficácia: *democracia*, *racionalização da administração local* e *justiça redistributiva*. As experiências analisadas podem ter graus de sucessos diferentes em cada um destes três critérios.

Primeiro deles, *democracia*, é assim formulado “O Orçamento Participativo produz efeitos democratizantes nas políticas locais? Ele representa um molde real de tomada de decisão que permite a deliberação e a negociação?”¹⁹⁸ Questiona sobre os impactos produzidos acerca da interação entre cidadãos e a administração. As experiências estudadas sugerem que há impactos democratizantes na relação entre sociedade civil e Estado, repercutindo na forma como que os indivíduos demandam face ao Estado. Isso também implica em um aumento de controle social da atuação do Estado, na medida em que os cidadãos conseguem influenciar as decisões políticas.

O segundo, *racionalização da administração local*, versa sobre a possibilidade de “ter como uma de suas consequências uma administração municipal financeiramente sadia e mais transparente. As chances de isto acontecer estão diretamente relacionadas ao Orçamento Participativo?”¹⁹⁹ Questão é, em que medida essa forma de participação popular colabora para um melhoramento da gestão administrativa, através otimização da distribuição e na definição de prioridades. Nas experiências estudadas, o orçamento participativo atinge um melhoramento na transparência e na gestão dos recursos, bem como as demandas excessivas são dimensionadas, pois é conscientizado por todos os participantes o caráter limitado dos recursos.

Por fim, o critério da *justiça redistributiva*, “como o Orçamento Participativo afeta a distribuição de recursos?”²⁰⁰ Trada da dimensão empírica, na medida em que a política implementada, corresponde proporcionalmente a realidade. Porto Alegre

¹⁹⁷ AVRITZER, 2003, p. 24.

¹⁹⁸ AVRITZER, 2003, p. 67.

¹⁹⁹ AVRITZER, 2003, p. 71.

²⁰⁰ AVRITZER, 2003, p. 72.

gasta mais em regiões menos favorecidas, e tal análise só foi possível depois de comparar, de forma longitudinal, dados coletados ao longo de 10 anos.

Ademais, o Orçamento participativo canaliza a interação entre os sujeitos, o que é uma diretriz emancipatória. O sucesso das experiências de participação popular demandam um compromisso político da administração e um compromisso social da sociedade civil. Para Wampler, o compromisso político é necessário para a eficácia da participação popular na medida em que esta exige tempo e recursos e não produz necessariamente benefícios eleitorais. A inclusão dos cidadãos nos processos de tomada de decisão necessita de uma reforma das relações políticas voltadas a objetivos instrumentais.²⁰¹

Pelo turno da sociedade civil, os cidadãos devem participar de forma ativa, mantendo regularidade e comprometimento em sua atuação. Com a participação alta, a transparência da administração e o controle social serão mais efetivos, e gradativamente diminuindo os obstáculos políticos para o engajamento dos cidadãos no processo de tomada de decisão. Neste aspecto, o fator tradição associativa é determinante, algo que é construído ao longo do tempo e caracteriza o processo de emancipação da sociedade civil.²⁰²

Com o objetivo de visualizar melhor a hipótese da legitimação através do paradigma procedimental do direito, que asseguraria as regras procedimentais – promovendo assim uma racionalidade comunicativa –, o próximo capítulo apresentará uma análise da experiência de abertura de espaços promovida pela Assembleia Nacional Constituinte de 1987.

²⁰¹ AVRITZER, 2003, p. 77.

²⁰² AVRITZER, 2003, p. 79.

5. A LEGITIMIDADE PROCEDIMENTAL DA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE DE 1987

Na dogmática constitucional, a soberania popular tem como marco teórico os escritos de Emmanuel Joseph Sieyès, publicados às vésperas da Revolução Francesa. Para Sieyès, ao lado do Clero e da Nobreza (tendo como referência o século XVIII na França), havia um *terceiro estado* constituído pela *nação*, que pode ser entendida como povo, pois é formado pelo conjunto de cidadãos. A legitimidade do poder estatal deveria se apoiar no mencionado *terceiro estado*, não nas elites de uma sociedade. Sem adentrar em detalhes da Revolução Francesa, chama-se a atenção para a Constituição Francesa de 1791, que marcou uma descentralização do poder, repercutindo na questão da legitimidade.²⁰³

A legitimidade da nova Constituição não se apoia, de forma alguma, na legalidade. A Constituição é anterior à legalidade. A legalidade é um atributo formal que uma norma jurídica é dotada se estiver em conformidade com a Constituição. A legitimidade, por sua vez, decorre do povo.²⁰⁴

A doutrina constitucionalista se desenvolveu tendo como ponto de partida a busca de legitimidade no povo, sendo este o detentor, na terminologia contemporânea, do *Poder Constituinte Originário*. A validade da Constituição de um Estado decorre deste poder, sendo essa uma disposição recorrente nas constituições de diversos países, no Brasil, por exemplo, o art. 1º, Parágrafo único diz: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

Desta premissa, e seguindo a perspectiva procedimental que guia esta pesquisa, objetiva-se neste capítulo analisar a Assembleia Nacional Constituinte de 1987 no tocante sua legitimidade.

5.1 A ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE DE 1987

Ulysses Guimarães, no discurso de promulgação da Nova Constituição do Brasil, afirmou que “será a Constituição cidadã. Porque recuperará como cidadão milhões de brasileiros”. A cidadania ficou sublinhada, tendo sido projetada a

²⁰³ SIEYÈS, 1988, p. 63 ss.

²⁰⁴ GRAU, 1985, p.26.

expectativa de que após a promulgação esta fosse intensificada, da mesma forma que ocorreu antes da constituinte e durante os trabalhos desta.

A Constituinte é considerada uma das grandes experiências de participação popular no Brasil²⁰⁵, por isso, além da cidadania projetada para depois da promulgação, deve-se atentar para a participação popular antes da convocação da Constituinte e durante seus trabalhos.

Esta seção, em um primeiro momento, trata os antecedentes da Assembleia Nacional Constituinte. Na sequência, um relato de como foram desenvolvidos os trabalhos no âmbito da Constituinte, e por fim, uma seção dedicada para analisar a experiência da participação popular na Constituinte.

5.1.1 Antecedentes à Assembleia Nacional Constituinte

Para a Assembleia Nacional Constituinte ter sido convocada, citam-se comumente duas causas complementares: de uma perspectiva eminentemente jurídico-formal, a Constituinte decorre do Ato Convocatório, com o objetivo de organizar processos e procedimentos para promulgar uma nova Carta Constitucional; e de outro lado movimentos sociais e organizações fizeram oposição ao regime instalado no Brasil em 1964²⁰⁶, constituindo uma faceta sociológica e política da convocação da constituinte.²⁰⁷

Entre os anos 50 e 60, o *movimento estudantil* ganhou espaço como ator nacional. Na sequência surge Movimento Sem Terra, movimentos sindicais, primeiros movimentos feministas brasileiros,²⁰⁸ nesse período também houve o crescimento das associações comunitárias. Todos esses movimentos, sejam comunitários ou sindicais, são marcados pela ação voluntária. O auge dessas mobilizações foi o processo constituinte.²⁰⁹ Nessa linha merecem destaque: a atuação do Movimento Democrático Brasileiro, que em 1971 lançou a *Carta Política*

²⁰⁵ Os três grandes momentos de mobilização nacional, no entender de Juarez Rocha Guimarães, foram: Diretas Já, a campanha na Assembleia Nacional Constituinte, e o movimento pelo *impeachment* do Presidente Collor (AVRITZER, 2010, p. 16.).

²⁰⁶ Em 1964 teve início um período da ditadura no Brasil, quando ocorreu o afastamento da administração pública da sociedade civil, passando a inexistir forma de controle sobre o Estado (GOMES, p.198.).

²⁰⁷ Dentre um universo de movimento surgem a Diretas-Já e o movimento pela Constituinte. Além disso, pesquisadores citam diversos outros movimentos dos mais variados segmentos da sociedade civil (GOMES, 2000, p.202.).

²⁰⁸ AVRITZER, 2010, p. 14-16.

²⁰⁹ AVRITZER, 2010, p. 29.

pela Constituinte em seu encontro nacional; e em 1977, organizou uma manifesto pela convocação da Constituinte; a 8ª Conferência Nacional da OAB, de 1980, oportunidade na qual a convocação da Assembleia Nacional Constituinte foi colocada em pauta; manifesto da Aliança Democrática pela convocação da Constituinte, em 1984; em março de 1986, abaixo assinado com milhares de assinaturas em prol da Constituinte foi entregue.

A OAB também realizou duas edições do Congresso Nacional de Advogados Pró-Constituinte, sendo a primeira edição em São Paulo em 1983, e a segunda em Brasília, no ano de 1985. O conteúdo das atividades foram transcritas e divulgadas por mídia impressa²¹⁰, levando o debate aos juristas. Em ambas edições, temas constitucionais e questões atinentes ao Brasil, tanto no que concerne ao Estado como a sociedade civil integraram a pauta. Ainda a OAB, em 1977, publicou o breve manuscrito intitulado “Carta aos brasileiros”, defendendo a restauração da legitimidade das instituições através de uma Constituinte.

Sobre os movimentos sociais deste período, Maria da Glória Gonh faz um paralelo, na perspectiva sociológica, com a ação comunicativa de Habermas. Nisso “vê nessas ações possibilidades de geração de novas formas de relações de produção, contribuindo para resolver problemas de produtividade ou de impasses em áreas econômicas em crise”.²¹¹ A sociedade civil demanda novas formas de relação com o Estado, na medida em que a forma então vigente não era sensível a tematizações e crises sociais e econômicas. O massivo associativismo da época, com o consenso de necessidade de mudanças políticas, vetoriza a demanda da sociedade civil.

Além destas causas, João Gilberto Lucas Coelho destaca os seguintes fatos: a Emenda nº 26 à Constituição de 1967, de 27 de novembro de 1985, convocando a Constituinte; Carta do Recife, em 1971, outro manifesto pela Constituinte, o Pacote de Abril e as reações em relação a ele, no qual ficou em pauta a prioridade de convocação da Constituinte pelo Movimento Democrático Brasileiro; o surgimento de organizações em favor da constituinte que depois repercutiram no surgimento do

²¹⁰ CONGRESSO NACIONAL DE ADVOGADOS PRÓ-CONSTITUINTE, 1983; CONGRESSO NACIONAL DE ADVOGADOS PRÓ-CONSTITUINTE, II 1985.

²¹¹ GONH, 2004, p.290.

Movimento Nacional pela Constituinte e, já no curso da Constituinte, a Articulação Nacional de Entidades para Mobilização Popular na Constituinte.²¹²

A Constituinte de 1987 não se originou de uma ruptura com uma constituição. Para Paulo Bonavides, se originou através da ruptura com a *revolução permanente* do golpe de estado de 1964, situação na qual a pressão social foi determinante.²¹³

Outra causa da Constituinte que não pode deixar de ser citada, e tem como origem a pressão social exercida, é o movimento civil *Diretas Já*, que tinha por objetivo convocar eleições diretas para a ocupação do cargo presidencial. Ocorrido entre 1983 e 1984, realizou vários atos públicos reunindo milhares de pessoas em diversas cidades brasileiras, entre eles o episódio que mais reuniu manifestantes na história do Brasil, ocorrido em 16 de abril de 1984, em São Paulo, com o número estimado de um milhão e meio de manifestantes. Ainda no mês de abril de 1984, foi proposta uma emenda constitucional para a convocação de eleições diretas, mas a votação não atingiu o quórum necessário. Entretanto, em janeiro de 1985 ocorreram eleições indiretas, realizada pelos membros da Câmara Federal e do Senado, resultando na eleição de Tancredo Neves, que faleceu antes de tomar posse do cargo, assumindo o vice José Sarney.

Após ser eleito e antes da posse, Tancredo Neves havia falado sobre a convocação da constituinte, a qual deveria ser discutida pelo povo. Em seu discurso:

A Constituição não é assunto restrito aos juristas, aos sábios ou aos políticos. Não pode ser ato de algumas elites. É responsabilidade de todo o povo. [...] Deveis, nos próximos meses, discutir, em todos os auditórios, na imprensa e nas ruas, nos partidos e nos parlamentos, nas universidades e nos sindicatos, os grandes problemas nacionais e os legítimos interesses de cada grupo social. É nessa discussão ampla que ireis identificar os vossos delegados ao poder constituinte e lhes atribuir o mandato de redigir a lei fundamental do País.²¹⁴

Em 25 de junho de 1985 José Sarney envia ao Congresso Nacional Proposta de convocação de Assembleia Nacional Constituinte. Além disso, pelo Decreto nº 91.450 de 18 de junho de 1985, foi instituída a Comissão Provisório de Estudos Constitucionais, que também ficou conhecida como *Comissão Afonso Arinos*. O objetivo da comissão era a preparação de um esboço de um anteprojeto constitucional. Dentre a Comissão, Afonso Arinos de Melo Franco, elaborou um

²¹² COELHO *in*. ARAÚJO, 2009, p. 23

²¹³ BONAVIDES, 2004, p. 455.

²¹⁴ NEVES, *loc. cit.*

anteprojeto constitucional, com caráter apenas informativo. Dentre os 50 membros, apesar dos juristas predominarem, havia jornalistas, sociólogos, empresários, religiosos, economistas, escritores e um médico.²¹⁵

Nesse momento, a Constituinte já estava em debate. A Comissão formada encarava a Constituinte como um processo político de reestruturação do País, um pacto político e de convivência.

Os trabalhos desta comissão tiveram três fases. Primeira fase deu ênfase a sociedade. Teve uma divisão regional (São Paulo, Rio de Janeiro, Brasília, Nordeste e Minas Gerais) e buscou contato com variados setores da sociedade civil divulgando seus trabalhos. Nisso recebeu várias sugestões, desde cartas individuais até documentos de movimentos sociais. Essa fase inicial durou cerca de quatro meses. A segunda fase dividiu a comissão em dez subcomissões. Cada uma tinha uma matéria de sua competência e a tarefa de sistematizar e redigir, já na forma jurídica de um documento normativo, uma parte de um esboço de um anteprojeto constitucional. Na terceira fase, os membros da comissão votaram os textos elaborados pelas subcomissões, e o produto das votações constituiu o relatório final da comissão.²¹⁶ Anteprojeto foi entregue 18 de setembro de 1986, e não impactou nos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte instalada de 1987, mas cumpriu o papel de colocar ainda mais em pauta o tematizações concernentes a Constituinte. O projeto apresentado possuía 436 artigos e mais 32 *disposições gerais e transitórias*.

No dia 15 de novembro de 1986 ocorreu votação popular para a eleição de membros da constituinte, elegendo 487 deputados e 72 senadores.²¹⁷

5.1.2 Os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte

Dia 1º de fevereiro de 1987 é instalada a Assembleia Nacional Constituinte, através de ato solene presidido pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Moreira Alves. No dia seguinte, Ulysses Guimarães é eleito presidente da Assembleia Nacional Constituinte.

²¹⁵ OSNY, 1987, p.18-21.

²¹⁶ LAMOUNIER, 1987, p. 91-92.

²¹⁷ Ao total 26 mulheres foram eleitas em 1986, passando a compor a Constituinte, o que era uma novidade histórica. Até a eleição dos constituintes, apenas 15 mulheres tinham ocupado o cargo de Deputado Federal e houve apenas uma mulher na Constituinte de 1934, sendo que na de 1946 não havia nenhuma (BACKES, 2008, p. 38.)

Logo após a instalação da Constituinte começaram os esforços para definir como ela procederia para cumprir sua finalidade. Ulysses Guimarães já tinha uma minuta de um Regimento Interno para a Constituinte, tendo como base o Regimento da Constituinte de 1946. A ideia foi criticada pelos constituintes integrantes do PMDB, especialmente através de Fernando Lyra que travou uma disputa com Ulysses pela presidência da Constituinte. O modelo do Regimento Interno de 1946 mostrou-se inadequado para a Constituinte de 1987, devido a diferença entre o número de constituintes.

Na discussão do Regimento Interno, foi feito um anteprojeto que depois recebeu 949 propostas de emendas. O relator apresentou nova versão e outras 687 foram apresentadas antes da aprovação do Regimento Interno. As discussões que protagonizavam o debate em torno do Regimento versavam sobre: soberania da Assembleia Nacional Constituinte, compatibilização das atividades da Constituinte com atividades parlamentares ordinárias, procedimentos de votação e forma de participação popular no processo de elaboração da Carta.²¹⁸

Em 24 de março de 1987 foi promulgado o Regimento Interno da Assembleia Nacional Constituinte. Ele definia a criação de 8 comissões, cada uma subdivida em três subcomissões. Além disso, havia uma 9ª comissão central, a Comissão de Sistematização presidida por Afonso Arinos de Melo Franco, com a função de organizar, articular e fazer o anteprojeto.

Caberia as 24 subcomissões temáticas elaborar dispositivos constitucionais dentro de cada subtema. Depois, as Comissões Temáticas atuariam na elaboração de capítulos estruturados por temas. Na sequência, a Comissão de Sistematização elaboraria Títulos a partir dos trabalhos das Comissões Temáticas. O Plenário votaria e discutiria toda a matéria trabalhada nas etapas anteriores e, por fim, seria enviada a Comissão de Redação para a elaboração do texto final.²¹⁹

As Comissões Temáticas deram início às suas atividades no dia 1º de abril de 1987, e as Subcomissões Temáticas foram instaladas no dia 7 de abril de 1987.

²¹⁸ ARAÚJO, 214, p. 26.

²¹⁹ BRUSCO, 1992, v. 2, p. 22-25. Apresenta um cronograma completo. Nesta seção serão descritos os momentos essenciais do trâmite. Dilsson Emílio Brusco e Ernani Valter Ribeiro apresentam uma sistematização dos textos votados e alterados ao longo dos trabalhos da Constituinte. Trata de uma organização dos documentos submetidos a debate ao longo dos trabalhos da Constituinte, o que permite compreender a história de cada matéria. Esse estudo foi finalizado antes das emendas de revisão, para poderem reviver os debates.

No dia 11 de maio de 1987, as Subcomissões apresentaram seus relatórios, que foram publicados dois dias depois. Ao fim do trabalho, foi aberto prazo de uma semana para a apresentação de emendas, e as subcomissões tiveram outra semana para discutir e enviarem novo relatório.

No dia 25 de maio de 1987, as 24 subcomissões entregam seus relatórios finais para as 8 Comissões. Na sequência, as Comissões temáticas apresentaram 7.728 emendas aos anteprojetos das Subcomissões. Depois seguiu-se votações e discussões no âmbito das Comissões Temáticas, até o dia 14 de junho de 1987, quando as Comissões Temáticas enviaram seus trabalhos à Comissão de Sistematização.

O Relator da Comissão de Sistematização, no dia 26 de junho de 1987, apresenta um primeiro projeto constitucional, contando com 501 artigos.

O então Presidente da República José Sarney, criticou em rede nacional o texto aprovado em primeiro turno pela Constituinte, além de criticar o atraso dos trabalhos e o dissenso entre os Constituintes que indicaria, em tese, pouco avanço nas discussões. No dia seguinte, 27 de junho de 1987, Ulysses fez um pronunciamento, também em rede nacional, respondendo ao Presidente.²²⁰

De todo modo, essa tensão entre Presidente da República e Presidente da Constituinte gerou uma crise. Falou-se sobre o risco de *buraco negro*, caso houvesse um forte dissenso entre os constituintes e caso os trabalhos da Constituinte se estendessem muito. A tensão entre Legislativo e Executivo, por fim, implicou no apressamento dos trabalhos. Ainda no dia 27 de junho de 1987, a Constituinte aprovou em segundo turno o texto apresentado com 403 votos a favor, ou seja, 123 votos acima dos 280 necessários para aprovação. Isso deu credibilidade aos trabalhos realizados.

Não obstante a aceitação em relação a versão apresentada, até dia 02 de junho foram apresentadas 5.624 emendas, das quais algumas foram transferidas para serem votadas posteriormente, e outras avaliadas. No dia 10 de julho de 1987, o Relator entregou seu projeto a Comissão de Sistematização, com 496 artigos, sendo que o mesmo foi aprovado, sem discussão, no dia seguinte.

O passo seguinte foi a apresentação de emendas que foram recebidas durante trinta dias. Até o dia 12 de agosto de 1987, prazo final para o envio de

²²⁰ BONAVIDES, 2003, p. 469-470.

emendas ao projeto, mais de vinte mil emendas foram submetidas, sendo que 122 delas foram emendas populares, e mais de 5000 delas eram da fase anterior. A Comissão de Sistematização reduziu o texto para 334 artigos, sendo que 471 emendas foram aceitas.

Na sequência, por 40 dias, o projeto foi discutido em plenário. O processo foi permeado por debates e negociações.²²¹ Um dos temas mais polêmicos levados à plenário foi a questão sobre o sistema de governo, se presidencialismo ou parlamentarismo, sendo que o parlamentarismo venceu na votação na Comissão de Sistematização e perdeu em Plenário, em uma votação na qual todos os 559 constituintes estavam presentes.²²² Outras questões que se destacaram pela polêmica: votação sobre o Regimento Interno, duração do mandato do então Presidente Sarney, definição de empresa nacional, a reforma agrária.²²³

Foi aberto prazo de 25 dias para a Comissão de Sistematização apresentar parecer sobre os trabalhos realizados. Uma nova versão com 374 artigos foi apresentada. As alterações não apreciaram as emendas populares, que foram defendidas em plenário antes da votação na Comissão de Sistematização.

Para a segunda fase, além da defesa das emendas populares, foram apresentadas 14.320 emendas. A próxima versão, com 336 artigos, foi concluída dia 19 de setembro de 1987.

Seguiram-se novos debates e requerimentos pelos Constituintes. Foram 8.377 requerimentos. De 24 de setembro até 18 de novembro de 1987, foram realizadas 535 votações. Dia 24 de novembro de 1987 foi entregue o *Projeto A* da Constituição, com 335 artigos.

A Comissão de Sistematização protagonizava o desenvolvimento dos trabalhos da Constituinte, porém, durante os trabalhos, os poderes da Comissão de Sistematização foram objeto de questionamentos pelo grupo que ficou conhecido como *Centrão*. No dia 05 de janeiro de 1988, após mais de dois meses de debates, foi aprovada uma reforma no Regimento Interno, pela Resolução nº3/88, que altera

²²¹ Deputado Amaral Netto defendeu a pena de morte por setes vezes, em oportunidades distintas ao longo dos trabalhos da Constituinte (BACKES, 2008, p. 58). Outra história de convencimento. Havia em pauta a proposta de 5 dias de licença paternidade. Ulysses Guimarães se referiu a proposta como uma “homenagem ao homem gestante.” Diante desse comentário, muitos Parlamentares riram. Nisso o Deputado Alceni Guerra, autor do projeto, fez um eloquente discurso que obrigou Ulysses Guimarães a se desculpar do comentário irônico proferido. Ademais, o projeto foi aprovado com 78% dos votos dos presentes (BACKES, 2008, p. 57).

²²² BACKES, 2008, p. 161.

²²³ BACKES, 2008, p. 162-169.

as regras de aprovação de substitutivos na Comissão de Sistematização. Com a vitória do *Centrão*, foi aberto prazo para a apresentação de emendas individuais ou coletivas, tendo sido apresentadas 2.045, as quais foram objeto de parecer. Feita uma tiragem, várias emendas não foram colocadas em pauta, mas poderiam caso tivessem um pedido subscrito por um número mínimo de Constituintes. Após a Reforma do Regimento Interno o *Centrão* perdeu força quando uma proposta submetida com o objetivo de reforma da Ordem econômica foi vencida.

Em 27 de janeiro de 1988, o preâmbulo e os cinco primeiros artigos do texto constitucional foram votados em primeiro turno. As votações seguiram pelos meses seguintes.

Antes mesmo dos fins dos trabalhos, em abril de 1988, foi instalada Comissão de Redação, com a função de organizar o conteúdo já votado e colocá-lo na forma jurídica. Além dos Constituintes, Celso Ferreira Cunha, filólogo e gramático, e José Afonso da Silva, jurista de renome, auxiliaram neste processo.

Ulysses Guimarães tentou apresentar uma primeira versão para votação em 7 de setembro de 1987. Mas devido as necessidades de dilatar prazos e aprofundar debates, bem como o volume de emendas submetidas, o prazo não foi atendido. O segundo prazo foi 21 de abril de 1988, que também não foi possível atender. Até maio foram votados os dispositivos permanentes da Constituição. Em junho de 1988 foram votadas as Disposições Transitórias, significando o encerramento das votações do Projeto A. Mesmo assim, para o segundo turno, cerca de 1800 emendas foram submetidas pelos constituintes. Dia 05 de julho de 1988, foi apresentado o Projeto B, com 322 artigos. Foram apresentadas 1.844 emendas com o intuito de aprimorar o projeto. O Projeto B e as emendas foram votados entre 25 de julho a 01 de setembro de 1988. Para o projeto C, foram apresentadas 833 propostas. Na sequência, ainda, dia 22 de setembro de 1988 é votada e aprovada a quarta versão do texto constitucional, Projeto D, que ainda veio a receber emendas até que ocorreu a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil

No dia 22 de setembro de 1988, último dia de votação do 2º turno, o texto foi aprovado com 474 votos a favor, 15 contra e 6 abstenções. O texto aprovado ainda recebeu 212 alterações de redação (sem alterar o conteúdo votado), propostas e aprovadas pelos constituintes e outras 205 submetidas pelo filólogo Celso Ferreira Cunha. Após estas últimas mudanças, foi realizada sessão de promulgação que ocorreu dia 22 de outubro de 1988.

Os trabalhos duraram 584 dias. Os Constituintes se reuniram em 330 sessões plenárias, tiveram quatro versões do texto, cada uma recebendo diversas emendas, e ao longo dos processos, 65.809 emendas foram apresentadas, sem contabilizar as sugestões iniciais.²²⁴

5.1.3 A participação Popular na Assembleia Nacional Constituinte

Foi a Constituinte com maior participação Popular. No discurso de promulgação da Carta, Ulysses Guimarães fala dos 30 milhões de analfabetos que o Brasil tinha em 1988. Tal estatística não leva em conta o analfabetismo funcional. Mesmo assim, discursou sobre a Constituição Cidadã, chamada assim por causa da massiva participação popular.

Antes do início dos trabalhos da Constituinte, houve grande repercussão social de temas concernentes. A emergência e a pressão dos movimentos sociais constitui um antecedente da convocação da própria Constituinte, de forma que não poderiam ficar de fora da elaboração da nova Constituição. Antes mesmo do início dos trabalhos da Constituinte, o Senado organizou a distribuição pelo Brasil de formulários de sugestões pela população. Foram retornados 72.719 cartas²²⁵, que foram organizados pelo SAIC (Sistema de Apoio Informático à Constituinte), um banco de dados no qual as sugestões enviadas para a Constituinte foram organizadas. Os primeiros usuários do SAIC foram os parlamentares, em especial os senadores. Não teve repercussão midiática.²²⁶

As mobilizações populares começaram a se intensificar já em 1985, e uma das organizações mais atuantes foi o Comitê Pró-Participação, que assim que a Constituinte foi instalada, representantes deste movimento foram à Brasília reivindicar formas de participação popular que foram adicionadas ao Regimento Interno.²²⁷

Deste modo, no Regimento Interno da Assembleia Nacional Constituinte, foram criadas quatro meios para a participação popular:

[1] *Sugestões iniciais*, conforme art. 13, § 11, do Regimento da Assembleia Nacional Constituinte, às Assembleias Legislativas, Câmara de Vereadores,

²²⁴ ARAÚJO, 2009, p. 29.

²²⁵ BACKES, 2008, p. 73.

²²⁶ MONCLAIRE, 1991.

²²⁷ BACKES, 2008, p. 34-35

Tribunais e entidades representativas de segmentos da sociedade tiveram espaço para oferecer sugestões iniciais para as Comissões.

Até o dia 06 de maio de 1987, último dia de prazo para sugestões para os Constituintes, foram enviadas 9.653 sugestões. Ao total dos trabalhos, foram enviadas cerca de 12 mil sugestões, já que as entidades não se limitavam ao prazo indicado. Essa foi a primeira forma de participação popular regimental, que foi aberta antes mesmo da conclusão do Regimento Interno que previu outras hipóteses de participação.

[2] *Audiências públicas* promovidas nas Subcomissões Temáticas, art. 14 do Regimento, onde efetivamente a sociedade teve voz. Representantes de diversos movimentos, organizações, sindicatos, puderam participar; Concentrado no período de 3 semanas foram realizadas cerca de 200 reuniões, sendo que quase 900 pessoas da sociedade civil foram ouvidas para discutir os relatórios das 24 subcomissões. Qualitativamente rica, foram ouvidos representantes de movimentos sociais, acadêmicos de renome, representantes de órgãos e categorias, tendo como diretriz ajudar a construir o futuro texto constitucional.²²⁸

Araújo também relata certa informalidade no âmbito de algumas audiências públicas. Por exemplo, ausência de preparação para receber cidadãos, e representantes que seriam ouvidos nas subcomissões. Além disso, como as 24 subcomissões realizavam trabalhos simultâneos, cada uma em seu espaço, nem todos estes estavam preparados para receber a população, ocasionando dificuldades ou até encontro de grupos da própria sociedade civil que defendiam interesses opostos (como foi o caso de defensores e opositores da reforma agrária).²²⁹

Não foi dado apenas voz para a sociedade, neste episódio da história do Brasil, a sociedade foi realmente ouvida. Parte disto é evidente quando se compara o conteúdo dos registros das subcomissões com o texto constitucional promulgado. As subcomissões ouviram elites do Brasil, mas não apenas isso. Movimentos sociais e demais reivindicações tiveram voz.²³⁰

²²⁸ ARAÚJO, 2009, p. 13.

²²⁹ Araújo, 33.

²³⁰ Por exemplo, a seguinte participação sobre discussão de garantias e direitos fundamentais: “Jacqueline Pitanguy: Cidadania feminina. Numa abordagem bastante geral, iniciou sua exposição com a denúncia da discriminação social e política da mulher ao longo da história [...] Acrescentou que o conceito de direitos e garantias individuais tem variado ao longo da história. A definição desses direitos tem estreita relação com a característica do Estado. Esse processo de estabelecimento de

[3] *emendas populares*, previstas no art. 24 do Regimento Interno, que poderiam ser propostas por no mínimo trinta mil eleitores distribuídos em três entidades associativas, e submetidas ao Projeto de Constituição formulado pela Comissão de Sistematização; foi quantitativamente relevante. Sem dúvida foi a mais utilizada, mas não há dados precisos sobre o quanto foi usada. Isto decorre porque muitas propostas não chegaram a contar com o mínimo de assinaturas, mas mesmo assim foram recolhidas (mas sem o direito de defesa em plenário), e também por causa da variedade das mesmas que por vezes possuíam o mesmo conteúdo material. O Centro de Estudos e Acompanhamento da Constituinte da Universidade Nacional de Brasília indicou o número de 9.770 emendas. Já outra fonte, o *Jornal da Constituinte*, nº 63, na edição do dia a promulgação da Constituição, informou terem sido cerca de 12.000 propostas provenientes de 32.337 diferentes emendas subscritas pela população.²³¹

Porém, 122 emendas com 12.265.854 assinaturas (algumas com mais de um milhão de assinaturas), preencheram os requisitos e foram defendidas em plenário por representantes da sociedade civil. Na época, havia aproximadamente 70 milhões de eleitores, e cada um pode subscrever, no máximo, 3 emendas. Ademais, ao final do primeiro turno de votação, estudo comparativo revelou que 18 emendas foram totalmente aprovadas e 49 parcialmente aprovadas, e 55 rejeitas.²³²

[4] *defesa das emendas populares* por um dos cidadãos que a subscreveu diante da Comissão de Sistematização. Foi dada a voz em plenário para representantes da sociedade civil fizessem a defesa das emendas populares. Em agosto e setembro de 1987, 83 representantes foram ouvidos em plenário.²³³

Paulo Bonavides e Paes de Andrade indicam algumas propostas de origem popular que foram incorporadas no texto constitucional, total ou parcialmente, ou que tiveram maior repercussão.²³⁴

novas relações entre Estado e sociedade [realizado pela Assembléia Constituinte] 'passa necessariamente pela redefinição dos conceitos de cidadania e dos conceitos de liberdade [...] sabemos que a liberdade já não se resume a garantir frente ao poder do Estado, mas incorpora a idéia de participação nas decisões públicas, bem como das garantias para o exercício de direitos civis e direitos sociais. De fato, ao atribuir também à liberdade o sentido político de participação, estamos distinguindo as condições necessárias para a realização da prática política, como direito de reunião, o direito de petição'(ARAÚJO, 2009, p. 93)."

²³¹ ARAÚJO, 2009, p.26.

²³² ARAÚJO, 2009, p.45-46.

²³³ BACKES, 2008, p. 87.

²³⁴ BONAVIDES, 482-487.

- a) Foi formulada emenda que fixava prazo de seis meses para cada Estado elaborar sua Constituição Estadual conforme a nova constituição, e outros seis meses para os municípios elaborarem a respectiva Lei Orgânica. No final o prazo foi de um ano para os Estados, conforme art. 11 das disposições transitórias;
- b) Estabilidade dos funcionários públicos que na data da promulgação da nova Carta Constitucional já tivessem 5 anos de serviço, consoante art. 19 das Disposições Transitórias;
- c) Pleito de que a União terminasse em 5 anos a demarcação das terras indígenas, que ficou previsto no art. 67 das disposições transitórias;
- d) Foi proposto, mas sem sucesso, emenda para a *execução do plano de defesa contra os efeitos da seca*, tendo como foco na região nordeste;
- e) Emenda popular que versava sobre previdência social para trabalhadores rurais objetivou a equivalência dos benefícios para todos os segurados de forma indistinta, conforme art. 7º, IV;
- f) Isenção da Previdência Social para entidades beneficentes, art.195, §7º;
- g) Reajustamento dos benefícios destinados aos aposentados, conforme art. 7º, IV;
- h) Aposentadoria para professores após 30 anos de exercício da profissão para homens, e 25 anos para mulheres (do contrário seriam 35 e 30 anos, respectivamente), previstos na antiga redação do art. 202, que recebeu nova redação pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998,²³⁵
- i) Foi feita emenda no sentido de destinar 20% da receita tributária para ser a educação, o texto adotou o valor de 18%, conforme disposto no art. 212 da Lei Maior;
- j) Nos direitos de comunicação, vários artigos receberam emendas de iniciativa popular, tutelando a livre manifestação de pensamento através de veículos de comunicação em massa, bem como liberdade de informação, direito a informação dos órgãos públicos e direito à crítica. A censura foi delimitada por faixa etária, conforme art. 5º, IX; 202, §2º.

²³⁵ Com a Emenda Constitucional nº 20, professores do ensino superior aposentam-se com 35 anos, e as professoras com 30 anos. As antigas idades, apesar da alteração do texto constitucional, ainda é válida para os profissionais atuantes no ensino básico e médio.

- k) Sobre a Ordem Econômica, foi feita emenda para que em grandes concentrações urbanas ocorresse um melhor aproveitamento do solo, emenda que foi incorporada e diluída em diversos pontos do texto;
- l) Emenda no sentido de assistência creditária prioritária para média, pequenas e micro empresas, embora que tal tópico dependesse de Lei Complementar, art. 146, III, d);
- m) Sobre desapropriação de propriedade rural, foi feita emenda no sentido de que a União tivesse em vista terras improdutivas, como zonas prioritárias;
- n) Ó meio ambiente foi tratado por várias emendas submetidas. As sugestões decorrentes da população, apesar de equivalentes as realizadas por outros atores, auxiliaram na elaboração das disposições constitucionais sobre o meio ambiente, constantes no art. 225;
- o) No tocante a reforma agrária, foi incluída a necessidade de considerar a função social da propriedade, art. 185, II;
- p) Não tributação de templos religiosos, empresas jornalísticas e sobre o papel utilizado em livros, revistas e jornais, no final, a redação do art. 150, VI, incluiu ainda outras hipóteses;
- q) O imposto sobre grandes fortunas, a ser regulamentando por Lei Complementar, conforme art. 153, VII;
- r) Contribuições sobre *estado de defesa* e o *estado de sítio*, ciente da necessidade de um acompanhamento adequado da política criminal, distribuída em vários dispositivos ao longo do texto constitucional;
- s) Eleição dos membros do Executivo em dois turnos, pela regulamentação do art. 28, e art. 77;
- t) Fim do decurso do prazo no Legislativo, no sentido de que um projeto de lei seria automaticamente aprovado caso não fosse votado;
- u) Direitos individuais e coletivos, censurou o crime de tortura, tornando-o inafiançável e impassível de graça ou anistia, conforme art. 5º, XLIII. Ampla defesa, proibição de pena de morte e banimento foram direitos reivindicados pelas emendas populares e aceitos. O texto final, além das pretensões populares, incluiu no mesmo contexto a proibição de trabalhos forçados;
- v) Liberdade de pensamento e convicção religiosa, prescrito no art. 5º, VIII;
- w) Sem sucesso, mas que teve repercussão, foi a emenda que pretendia a retenção pelo município de 60% da receita oriunda de tributos municipais;

- x) *Política nacional de emprego*, pela valorização do mercado de trabalho, políticas de pleno emprego, redução do índice de desemprego e subemprego, proposta que teve quase unanimidade, apenas dois votos contra e que foi diluída ao longo do texto, mas com destaque ao art. 7º.

Alguns temas, antes mesmo de ser objeto de emenda popular, já constava no projeto, como por exemplo, a proibição da pena de morte. Mesmo assim a propositura de emenda popular neste sentido vem agregar legitimidade ao dispositivo.

Além das hipóteses regimentais de participação popular, havia livre trânsito nas dependências da Câmara e do Senado. Estima-se que 5,4 milhões de pessoas ingressaram no Congresso durante os meses de trabalho da Constituinte, sendo cerca de dez mil pessoas por dia, ocupando principalmente as galerias do plenário e acompanhando as votações. Há registros reduzidos em atas de protestos nas galerias que implicaram na suspensão temporária das sessões.²³⁶ Sobre a questão indígena, ao longo dos 19 meses de trabalho, sempre houve uma delegação indígena presente em Brasília. Nas oportunidades, ocupavam as galerias e dialogavam com os constituintes. Ao final, tiveram o texto constitucional mais avançado na matéria que o Brasil já teve, conforme artigos 231 e 232 da Constituição Federal.²³⁷

A Constituinte teve seus trabalhos divulgados com um alcance muito maior que as constituintes anteriores. O Presidente da Constituinte requeria transmissões diárias na mídia (via rádio, pelo programa *Voz do Brasil* e via televisão, com o programa *Voz da Constituinte*) por até 60 minutos²³⁸, transmissões que duraram 16 meses, atualizando a sociedade do progresso dos trabalhos desenvolvidos.²³⁹

A imprensa na época apresentou os seguintes números da Constituinte: 200 mil emendas e pareceres, 21 mil discursos, 712 programas *Diário da Constituinte*, veiculados por 170 estações de televisão, 700 programas *Voz da Constituinte*, transmitidos por 2000 emissoras de rádio. Os oito jornais de maior circulação no

²³⁶ BACKES, 2008, p. 92-94.

²³⁷ BACKES, 2008, p. 111.

²³⁸ As transmissões eram diárias e costumavam ser curtas, apresentando a ementa dos trabalhos realizados durante o dia.

²³⁹ BONAVIDES, 2003, p. 463.

Brasil na época, somaram juntos 28 mil notícias sobre a Constituinte.²⁴⁰ Na época também o *Jornal da Constituinte*, um jornal semanal, com tiragem de 100 mil exemplares, era distribuído em todos os Estados, com o intuito de levar os debates parlamentares para toda a população.²⁴¹

Fora os números próprios da Constituinte, há de se considerar que pelo País vários debates, manifestações, fóruns e outras formas de tematizações foram realizados, nos mais diversos segmentos da sociedade civil.²⁴² Muitos movimentos sociais e partidos políticos divulgavam seus próprios informativos e cartilhas colocando informações sobre a Constituinte e orientando a participação.²⁴³ Por exemplo, o jurista João Baptista Herkenhoff chegou a editar seu próprio manuscrito que “se destina, prioritariamente, à pessoa comum, ao leigo em direito, que deseje ter à mãos elementos de informação e reflexão para posicionar-se em face do tema *Constituinte*”²⁴⁴.

Além dos eloquentes discursos proferidos ao longo das sessões solenes, das calorosas discussões ocorridas em plenário e da intensa participação popular, é necessário realizar uma análise imparcial acerca do fato apresentado, conforme desenvolvido na próxima seção.

5.2 ANÁLISE DA LEGITIMIDADE PROCEDIMENTAL

Para que o processo de deliberação, que enseja a tomada de decisão, tenha legitimidade a partir do paradigma procedimental do direito, é preciso que os potenciais atingidos pelas normas possam consentir com o conteúdo da decisão tomada de forma racional, na qualidade de participantes de uma prática discursiva. Para tanto, conforme foi desenvolvido nos primeiros capítulos, é necessário se observar certos pressupostos da argumentação. De todo modo, mesmo que as condições ideais de fala citadas por Habermas não sejam verificadas empiricamente, ainda é possível tomá-las como categoria teórica e usar como referência contrafática para auferir o grau de legitimidade dos procedimentos.

²⁴⁰ BONAVIDES, 2003, p. 502.

²⁴¹ BACKES, 2008, p. 18.

²⁴² MICHILES, 1989, p.37-44.

²⁴³ BACKES, 2008, p. 130.

²⁴⁴ HERKENHOFF, 1986, p. 7.

Nesta avaliação, deve-se ponderar sobre diversos elementos que permeiam o procedimento de deliberação. No caso da Assembleia Nacional Constituinte, houve intensa participação popular, que se organizou e realizou demandas para o Estado, conforme descrito na seção anterior. Não obstante a participação popular existente, deve-se realizar uma ponderação mais ampla ao se ter em vista a legitimidade procedimental.

Um primeiro aprofundamento possível é realizar o paralelo com os critérios definidos por Wampler para dimensionar a eficácia do orçamento participativo. Com isso, projeta-se para a Constituinte o critério de *democracia, racionalização da administração e justiça redistributiva*.²⁴⁵

A *democracia* diz respeito aos efeitos democratizantes produzidos, bem como a real deliberação e o controle social na tomada de decisão pelo Estado. Na Constituinte houve um forte aspecto democratizante, mas ainda limitado se comparado com formas democráticas mais diretas. A população pode submeter sugestões e emendas populares, até fazendo uso de voz na Constituinte na defesa de propostas, mas não houve tomada de decisão pela população (como ocorre no Orçamento Participativo em Porto Alegre), poder exclusivo de seus representantes.

A *Racionalização da administração* versa sobre a transparência e publicidade da gestão. Na constituinte, além da divulgação do procedimento, com transmissões diárias das atividades, houve várias formas de convocação da população, de forma que o sistema criou aberturas para receber os fluxos comunicativos próprios da sociedade civil. Com isso desenvolveu-se uma forma sadia de interação entre Estado e Sociedade, que persistiu durante a Constituinte.

*Justiça redistributiva*²⁴⁶ consiste no real impacto produzido na sociedade, de forma que o resultado da deliberação é o espelho das necessidades da sociedade. Na racionalização da forma administrativa, o resultado da decisão deve guardar proporção, de forma mais clara e transparente possível, com a realidade social. Se há mais necessidade e demandas em determinado setor, é esperado que a decisão fosse sensível a esse fluxo. Por outro lado, se há fluxos minoritários e até contrários

²⁴⁵ Esses critérios não dizem respeito ao pensamento de Habermas. Eles surgem no contexto das pesquisas de Avritzer, e só podem ser mediados com o procedimentalismo, ainda que de forma desautorizada, na medida em que permitem dimensionar o grau de legitimidade agregado.

²⁴⁶ A percepção a partir da justiça redistributiva é coerente com a finalidade da prática de participação popular do orçamento participativo. Entretanto, com a mediação realizada, deve-se focar mais o objetivo do critério do que a nomenclatura. O objetivo é dimensionar a adequação da deliberação com a sociedade, e não propriamente privilegiar uma concepção distributiva como critério de justiça.

a outras propostas, a derrota em uma votação é compreensível diante da transparência do processo. Por exemplo, ocorreu na Constituinte de emendas populares com propostas conflitantes serem submetidas. Os defensores da proposta vencida são forçados a encarar e compreender racionalidade administrativa subjacente ao procedimento. A partir deste critério a Constituinte enquanto ato normativo de fundação de uma nova ordem jurídica é eficaz, pois contempla em seu bojo a complexidade da sociedade brasileira, e foram sensíveis as questões tematizadas durante a Constituinte. Entretanto, enquanto persecução desta visão de futuro prescrita em seu texto original possui uma eficácia limitada e é passível de críticas.

Apesar do sucesso atingido devido a participação popular, constitucionalistas apontam algumas irregularidades no procedimento da Constituinte, o que impacta na legitimidade do procedimento.

Algumas críticas formais são feitas em relação a legitimidade da Constituinte. Dentre as mais citadas pela doutrina, é que a Constituinte foi convocada pela Emenda Constitucional nº26 de 27 de novembro de 1985. Em 1986, foram feitas eleições diretas para eleger os constituintes, entretanto, uma parcela de senadores eleitos em 1982 ainda cumpriam o mandato que duraria até 1990. Isso significa que parte dos senadores constituintes não foram eleitos para compor a Constituinte.

Ainda no plano das críticas formais, é a conversão do Congresso Nacional em Constituinte. Goffredo Tales Junior crítica a falta de clareza de como ocorreu o processo, em especial consubstanciado pela Emenda Constitucional nº 26. Este doutrinador chama atenção para a competência exclusiva do povo para compor a Constituinte, sendo ilegítimo o fato de a Constituinte ser criada a partir de órgãos *constituídos*²⁴⁷, não tendo origem no Poder Constituinte Originário. Não obstante isso, é criticado o fato de que os constituintes, representantes do poder constituinte originário, passaram a ocupar o poder legislativo ordinário.²⁴⁸

Uma corrente mais conservadora de doutrinadores do Direito Constitucional entendem que a Constituição de 1988 foi obra do poder constituinte derivado, apoiando-se no aspecto de que os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal foram investidos do cargo de constituinte, enquanto que, antes da

²⁴⁷ GOFFREDO, 1986, p. 52-64.

²⁴⁸ Luís Roberto Barroso defende que a Constituinte foi obra do Poder Constituinte Originário em virtude da participação popular, já Manoel Gonçalves Ferreira Filho opina no sentido de que ocorreu uma reforma constitucional (BESTER, 2005, p.214-215).

elaboração da Carta Constitucional, tais órgãos do Poder Legislativo constituído não deveriam considerar-se existentes.²⁴⁹

Outra ordem de críticas aponta a existência de lobbies na Constituinte. Além do poder popular que marcou os trabalhos, o *poder corporativo* teve uma constante presença na Constituinte. Ocorreu uma prática permanente de lobbies em relação aos constituintes. Isso abre espaço para crítica, devido a temores e suspeitas sobre o procedimento, vez que *lobbies* foram realizados mascarando-se com a faceta de uma legítima participação social²⁵⁰.

Nas constituintes anteriores não houve a mesma presença de lobbies. Durante os trabalhos, grupos de pressão do meio empresarial, certas classes, representantes sindicais, tiveram atuação ativa.²⁵¹ Se por um lado grupos de interesses se organizavam para realizar demandas de seu interesse, na espacialidade pública destinada ao agir comunicativo, outros grupos exerciam influência dentro do sistema e se orientavam pelo agir instrumental. Durante a Constituinte houveram acusações de lobbies de interesses, e além da divisão partidária, havia grupos suprapartidários, como o *Centrão*, constituintes representantes de religião, tutela de interesses de multinacionais multinacionais, prefeitos, governadores.²⁵² Entretanto, Habermas entende que o domínio para o exercício do agir instrumental pode ser delimitado em termos procedimentais. Através de uma regulamentação desta natureza seria possível ter um resultado legítimo apesar do agir instrumental. Mesmo assim, tal ressalva não afasta as críticas realizadas em relação a constituinte, pois os *lobbies* foram acusados de utilizar de meios não institucionais para ganhar influencia entre os constituintes.

Os lobbies, incidentes e dissensos através do processo comprovam a insuficiência da observância dos pressupostos comunicativos, já que interesses instrumentais também permearam as discussões. Apesar disso afetar a legitimidade, o texto final conjuga a convergência de argumentos deduzidos orientados pelo agir comunicativo, mostrando que, mesmo aquém do ideal, o agir comunicativo obteve êxito.

Em relação aos lobbies, é oportuna a reflexão de Marcelo Neves:

²⁴⁹ SILVA, 2002, p. 78.

²⁵⁰ ARAÚJO, 2009, p.32.

²⁵¹ BONAVIDES, 2003, p. 495.

²⁵² BONAVIDES, 2003, p. 476.

Habermas não desconhece, porém, o papel do jogo de interesses no processo de formação da vontade estatal. Não se trata aqui de sujeitos orientados na busca do consenso, mas sim de negociações que visam à satisfação de interesses. Mas se sustenta que, no processo discursivo do Estado Democrático de Direito, essas negociações são suscetíveis de regulação procedimental. Dessa maneira, asseguram-se chances iguais de participação, de influência recíproca e de imposição dos interesses divergentes nas negociações. Fala-se, então, de formação de compromissos com base em negociações equitativas. Nessa hipótese, embora os agentes estejam orientados para o êxito, o procedimento torna-se racional. O processo de formação racional da vontade política implica uma conexão complexa entre o discurso pragmático, o ético-político, o moral, o jurídico e as negociações reguladas procedimentalmente. Esse processo complexo explica a aceitabilidade racional dos resultados alcançados conforme o procedimento. Porém, como já observado acima, Habermas não se afasta totalmente de suas posições anteriores: a questão moral (da justiça), que implica a pretensão de universalidade, tem prevalência sobre as questões jurídicas, ético-políticas e pragmáticas. Ele insiste em um universalismo consensual que lhe dificulta uma consideração adequada da problemática do pluralismo em uma sociedade altamente complexa.²⁵³

De todo modo, José Afonso da Silva afirma que “a verdade é que, enquanto as propostas populares receberam, quando receberam, formulações de eficácia limitada, as corporações conseguiram assegurar seus interesses de maneira concreta.”²⁵⁴

Sem dúvida isso afeta a autonomia das decisões tomadas pelos constituintes, o que também serve como critério de eficácia do procedimento — regrado de forma a também permitir o agir instrumental —, o que também recai na legitimidade. Nas palavras de Habermas: “convém saber até que ponto as tomadas de posição em termos de sim/não do público são autônomas — se elas refletem apenas um processo de convencimento, ou antes, um processo de poder, mais ou menos camuflado”²⁵⁵.

Outra crítica pertinente recai sobre o encerramento da participação popular na democracia brasileira após o encerramento dos trabalhos da Constituinte. Habermas vê a legitimidade como algo construído continuamente. A Constituinte atingiu um alto índice de legitimidade em sua origem, mas uma constituição não pode ser definida apenas por sua fundação. Sobre constituição, Habermas:

Toda constituição história desenvolve uma dupla relação com o tempo: enquanto documento histórico, ela relembra o ato de fundação que interpreta (ela marca um início no tempo e, simultaneamente, enuncia o seu caráter normativo, ou seja, relembra que a tarefa de interpretação e de

²⁵³ NEVES, 2006, p. 120-121.

²⁵⁴ SILVA, 2002, p.110.

²⁵⁵ HABERMAS, 1994-b, p. 108.

configuração do sistema de direitos se coloca para cada geração, como uma nova tarefa); enquanto projeto de uma sociedade justa, a constituição articula o horizonte de expectativas de um futuro antecipado no presente. E sob a ótica desse processo constituinte, duradouro e *contínuo*, o processo democrático da legislação legítima adquire um estatuto privilegiado.²⁵⁶

A partir desta consideração de Habermas, pode-se analisar a fundação da Constituição e o aspecto da projeção de futuro. No que concerne ao exemplo da criação da nova Constituição, tem-se que no momento histórico da criação há alto grau de legitimidade. Entretanto, analisando da perspectiva da construção, o grau de legitimidade não passa do espectro de uma legitimidade atingida no momento originário. A participação popular não deve ocorrer apenas em um momento originário, em analogia às teorias contratualistas eivadas de metafísica, mas sim como uma constante construção.

Bonavides atribui um alto índice de legitimação conquistado pela Constituinte: “Foi a ação participativa popular, vivida com toda a intensidade ao transcurso dos vinte meses de reunião da Assembleia que em verdade legitimou a Constituinte.”²⁵⁷ E ainda adiciona que a Constituição só se acha completa do ponto de vista formal, porque se analisarmos sua eficácia, em uma perspectiva Lassalliana, que define a Constituição atendendo para elementos empíricos, haverá lacunas.²⁵⁸

Não obstante as objeções, o diferencial de que neste modelo houve convocação da participação com amplo alcance. Ao contrário de algumas experiências de participação popular, que ocorrem por vezes apenas em editais com alcance limitado ao público especializado, na Constituinte a convocação ocorreu em veículos de comunicação em massa, além de ocupar a pauta de movimentos sociais que buscaram mobilizar a população para a participação. Como episódio ímpar da história do Brasil, o Estado e a sociedade civil comprometeram-se em convocar a população para participar e debater o tema pelo país. Devido a grande cobertura e divulgação, foi possível atingir um alcance paradigmático de índices de tematização pelos cidadãos.

Para Inocêncio de Oliveira, Presidente da Câmara dos Deputados, o texto final teve êxito em convergir a pluralidade de opiniões e com isso não constitui “o

²⁵⁶ HABERMAS, 1994-b, 119.

²⁵⁷ BONAVIDES, 2003, p. 496.

²⁵⁸ Lassalle diz “a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país regem, e as Constituições escritas não tem valor nem são duráveis a não ser que exprimam fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social.” (LASSALLE, 1969, p.117).

consenso amplo de uma identidade inerte, mas antes o pulsar dinâmico de relações sociais complexas e contraditórias, de ideias e mentes diferenciadas, cujo embate as fez convergir, num grande acordo nacional.”²⁵⁹

No mesmo sentido, Bonavides afirma que, apesar dos jogos de interesses, o texto final acaba “representando a Sociedade no seu conjunto, com todas as suas intraquilidades, preocupações, instabilidade e deficiências de formação e de prática política.”²⁶⁰

Não é possível o consenso pleno diante da pluralidade. Nenhuma votação foi unanime durante os trabalhos. Nem a votação do Regimento Interno, que definia como os trabalhos seriam desenvolvidos, nem no texto final. Não obstante, havia um consenso no que concerne ao procedimento, que lidava com o dissenso através de votação. O consenso fundamental reside no fato dos constituintes, na qualidade de representantes do povo, tinha como pano de fundo consensual a tarefa de elaborar o texto constitucional — bem como pressupostos implícitos da linguagem.

Em uma análise geral, a mobilização da população constante nos trabalhos da Constituinte, pode ser vista como um processo de amadurecimento da esfera pública. Apenas pelo fato de a população se organizar para atuar nos canais destinados a participação levando suas reivindicações, a partir de iniciativas originadas na sociedade civil, já constitui elementos de um processo de emancipação. Nesta linha, é oportuna a seguinte reflexão de Habermas: “emancipação tem a ver com intersubjetividade: Portanto, a expressão *emancipação* tem o seu lugar no âmbito do intercâmbio dos sujeitos consigo mesmos”²⁶¹

De forma específica, podem-se listar alguns tópicos desencadeados pelos pela experiência de participação popular ocorrida no exemplo desenvolvido. Um primeiro ponto é o fortalecimento da sociedade civil foi impulsionado pelo descobrimento do potencial comunicativo. Tanto durante os trabalhos como nos antecedentes da convocação da Constituinte, marcada por forte mobilização popular.

A população também intensificou a conscientização da possibilidade de questionar a legitimidade das decisões tomadas pelo sistema político. A legitimidade para Habermas passa por um modelo procedimental do direito que instrumentaliza o

²⁵⁹ BRUSCO, 1993, p. 14.

²⁶⁰ BONAVIDES, 2003, p. 478.

²⁶¹ HABERMAS, 1993, p. 100.

princípio do discurso, que em sua forma jurídica, consubstanciando pelo princípio de democracia, necessita da aceitação racional de todos os possíveis afetados para que uma norma jurídica possa ser considerada válida. Disto chama-se atenção para o fato de que a não aceitação dos afetados põe em xeque a legitimidade dos atos normativos, abrindo uma margem para o debate em torno dos argumentos concernentes a uma decisão política. De certa forma, a população percebe o potencial inerente a ela para questionar a legitimidade dos atos do governo. A conscientização deste potencial ocorreu na reação contra a ditadura, na participação exercida durante a Constituinte de 1987, no *impeachment* do Presidente Collor em 1992, e também nos protestos em 2013.

Desse modo, apesar dos pontos em que se apoiam as críticas, houve um alto índice de legitimidade procedimental na Assembleia Nacional Constituinte. No que concerne aos elementos fáticos correspondentes as exigências procedimentais, houve espaço para o desenvolvimento de uma prática comunicativa orientada para o entendimento — consubstanciado no texto final. Para que o grau de sucesso atingido tornar-se possível, foi necessária a organização da sociedade civil, para tematizar as questões relevantes e demandar perante o Estado, bem como o sistema teve que se tornar sensível às demandas sociais, através da criação de espaços para a participação popular organizada. Aliado a isso, houve uma ampla divulgação e busca para ouvir as vozes da sociedade civil — isso tanto pelo Estado como por instâncias da Sociedade Civil.

Se por um lado a participação popular na Assembleia Nacional Constituinte ainda é distante das condições ideais, é a melhor experiência de participação que o Brasil já teve.

6 CONCLUSÃO

Com a modernidade e a racionalização das formas do mundo da vida emergiu uma série de novas questões que a sociedade tradicional não precisava lidar. Tomando com base o diagnóstico weberiano, a integração social e a legitimação do direito entraram em crises.

A partir de Habermas, viu-se que há dois tipos de racionalidade: instrumental (própria do sistema) e comunicativa (própria do mundo da vida). Há um conflito de lógicas diferentes, o que enseja uma colonização sistêmica do mundo da vida. A partir deste diagnóstico é que entra o problema da legitimação na perspectiva teoria de Habermas. A legitimidade se apoia no consenso, e depende da validade dos processos argumentativos, o que repercute na questão do direito.

A concepção procedimental do direito também permite um contra-fluxo com a colonização sistêmica do mundo da vida, promovida com a dispersão da racionalidade comunicativa nas esferas do mundo da vida. O paradigma procedimental do direito, e ciente da orientação emancipatória presente no pensamento de Habermas, possibilita a democracia participativa de forma mais efetiva e com isso fortalece a esfera pública. Desta via, é possível ter uma esfera política com uma maior legitimidade.

Através da reconstrução do direito é possível aumentar a legitimidade atingida na tomada de decisões no âmbito de uma democracia deliberativa. Isso ocorre na medida em que o sistema normativo assegura que os fluxos comunicativos originados do mundo da vida, observadas as condições de fala, sejam recepcionados no sistema. Após os devidos processos políticos, haveria a produção legítima de direito. Ademais, a ordem jurídica pode tutelar os espaços na esfera pública para que os cidadãos possam realizar tematizações. Com isso, o direito asseguraria a validade dos procedimentos discursivos, exercendo uma importante função em prol da emancipação social. O procedimentalismo, desta forma, ao atentar constantemente para elementos materiais que repercutem na formação de vontade, vai além do plano formal que engessa a dogmática jurídica e possibilita a recolocação do papel do direito nas sociedades modernas.

Paralelo a tal espaço, a adoção de estratégias de iniciativa pública voltadas para promover uma maior participação orientada pelo paradigma procedimental do

direito podem ser intensificadas – não obstante haja espaços para a participação e iniciativas populares, vez que tais possibilidades não manifestam toda sua potencialidade. Destarte, além de a esfera privada demandar questões na esfera pública, há espaço para que a própria esfera pública promova a emancipação de segmentos privados.

Fazendo a transição para a dimensão empírica, verificou-se que na experiência da Assembleia Nacional Constituinte ocorreu intensa participação e com resultados visíveis. Também se deve considerar que a Assembleia Nacional Constituinte não foi o espelho empírico da aplicação de um paradigma procedimental, porém, deste enfoque, as reflexões de Habermas sobre a democracia podem ser valorizadas e consideradas para buscar aprimorar a democracia brasileira – como uma diretriz que pode indicar novas possibilidades. Este exemplo histórico foi em nível nacional, mas iniciativas locais e em menores escalas podem ser implementadas, como o também o estudo do exemplo do Orçamento Participativo.

É certo que a democracia brasileira não deve se orientar e buscar um fundamento de validade no pensamento de um filósofo. Mesmo assim, a partir de Habermas é possível lançar uma reflexão sobre a legitimidade considerando como critério a promoção de uma racionalidade comunicativa, que em tese se fortalece com a participação popular, e a eficácia de um procedimentalismo.

Nem todos os espaços existentes para a participação popular enseja um aumento de legitimidade. Como modelo alicerçado em uma racionalidade comunicativa, tendo como característica imanente a persecução de entendimentos intersubjetivos, e ainda no contexto de uma tradição crítica, deve-se examinar situação por situação e verificar se a abertura existente condiz com o Estado democrático de direito pretendido. Somente assim é possível evitar situações eivadas com uma racionalidade instrumental que almejem atingir um status de legitimidade maior através de uma falaciosa abertura democrática. Por vezes são criados espaços para participação, como consultas públicas, audiências públicas, *amicus curiae*, mas sem o efetivo diálogo com os argumentos sustentados nestas oportunidades. Estas situações proporcionam uma fachada de legitimidade, havendo uma tomada de decisão política subjacente a esse procedimento, que busca se mascarar com uma aura de legitimidade decorrente da abertura de participação popular. Ademais, sob a bandeira democrática, são selecionadas questões as quais

a população deve opinar, mas há uma prévia seletividade sobre a definição destas questões. Portanto, a partir de Habermas também é possível denunciar fachadas de legitimidade.

A experiência da Assembleia Nacional Constituinte analisada no último capítulo desta pesquisa pode servir como referência de um episódio complexo (se comparada com outros episódios de participação popular) e que obteve um nível de sucesso que se destaca na história do Brasil. Apesar das críticas formais, dos lobbies presentes, dos dissensos, a Constituinte atingiu um status de ser uma das grandes experiências de participação popular do Brasil. Amplas chamadas de participação, organização da sociedade civil, o compromisso do Estado em ouvir e convocar a população, são elementos necessário para o equilíbrio entre sistema e mundo da vida e a coexistência entre a racionalidade instrumental e comunicativa. Sem dúvida ainda há um longo caminho a ser percorrido para que haja, de fato, uma sociedade civil capacitada para dar efetividade ao princípio do discurso — ainda que enquanto categoria teórica. E nesse percurso, devem ser destacados os exemplos nos quais a população demonstra um maior grau de emancipação.

A partir da experiência da Constituinte, como o Orçamento Participativo da Cidade de Porto Alegre, têm-se experiências de participação popular que logram atingir um grau mais elevado de legitimidade procedimental da atuação do Estado. Tais experiências servem como paradigma para outras formas de participação popular, na medida em que valorizam e incentivam a cidadania e buscam criar políticas de governo em conjunto com os governados — o que é essencial para haver legitimidade. Além disso, devem-se conscientizar os pontos falhos e evitá-los em experiências futuras. Nestas experiências de participação popular, ocorrem deliberações, regras procedimentais são utilizadas, há espaço para o agir comunicativo, além da percepção do Estado de demandas da sociedade civil. Ainda que não seja o reflexo do modelo habermasiano, há elementos que guardam proximidade com os postulados teóricos do filósofo alemão.

Quanto a questão se o procedimentalismo é um modelo válido para a experiência nacional, há uma zona cinzenta a ser considerada que impossibilita responder a questão com um simples *sim* ou *não*. Seguindo uma orientação programática, é possível buscar desenvolver no Brasil elementos próprios do procedimentalismo, como fomentar um fortalecimento da esfera pública pela emancipação popular e a abertura e o preenchimento de espaços para a

participação popular. Há uma eficácia potencial do uso do procedimentalismo habermasiano como critério de legitimidade. Esse potencial já foi manifestado em alguns episódios da história do Brasil. Por outro lado, deve-se ter em conta que o Brasil não tem uma democracia deliberativa que espelhe o modelo procedimental de Habermas. Conforme foi pontuado no desenvolvimento, a América Latina possui suas peculiaridades, dentre elas a permanência de elites políticas e sociais que agem de forma instrumental em descompasso com os discursos. O Brasil não possui um modelo procedimental como o arquitetado por Habermas. Nenhum Estado é reflexo de um arranjo teórico proposto por um filósofo. Além disso, nem todos os espaços para a participação popular são efetivos, e por vezes apenas são abertos para dar uma aura de legitimidade para a decisão tomada pelo poder público. Por isso, durante a busca de manifestar as potencialidades da democracia brasileira, a orientação crítica deve ser uma constante na avaliação de cada situação.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008.

ARAGÃO, Lucia Maria de Carvalho. **Razão comunicativa e teoria social crítica em Jürgen Habermas**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1992.

ARAÚJO, José Cordeiro de; AZEVEDO, Débora Bithiah de; BACKES, Ana Luiza (organizadores). **Audiências públicas na Assembléia Nacional Constituinte: a sociedade na tribuna**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2009.

AVRITZER, Leonardo. **A moralidade democrática: ensaios em teoria habermasiana e teoria democrática**. São Paulo: Perspectiva, 2012.

_____ (org.). **Experiências nacionais de participação social**. São Paulo: Cortez, 2009.

AVRITZER, Leonardo; Navarro, ZANDER (orgs.). **A inovação democrática no Brasil: o orçamento participativo**. São Paulo: Cortez, 2003.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

BACKES, Ana Luiza. **A sociedade no parlamento: imagens da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2008.

BESTER, Gisela Maria. **Direito constitucional: fundamentos teóricos**. v. 1. São Paulo: Manole, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. Porto: Universidade Portucalense Infante D. Henrique, 2003.

BRASIL, Câmara dos deputados. **Constituição Federal 25 anos: Antecedentes à Assembleia Nacional Constituinte**. Brasília, 2013. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/assembleia-nacional-constituente/linha-do-tempo/linha-do-tempo-da-constituente/>. Acesso: 19 nov. 2013.

_____. Ministério da Justiça. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 01 abr. 2013.

_____. Câmara dos Deputados. **Regimento Interno da Assembleia Nacional Constituinte**. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/atividadelegislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/regimento_interno_anc>. Acesso em: 01 abr. 2012.

BRUSCO, Dilson Emílio; RIBEIRO, Ernani Valter. **O processo histórico da elaboração do texto constitucional**. v.1. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 1993. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituente/volumel.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2013.

_____. **O processo histórico da elaboração do texto constitucional**. v.2. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 1992. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituente/volumell.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2013.

_____. **O processo histórico da elaboração do texto constitucional**. v.3. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 1993. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituente/volumelll.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2013.

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 2. Ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COELHO, Vera Schattan P.; NOBRE, Marcos (orgs.). **Participação e deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo**. São Paulo, Ed. 34. 2004.

CONGRESSO NACIONAL DE ADVOGADOS PRÓ-CONSTITUINTE. 1983. São Paulo. Anais do Congresso Nacional de Advogados Pró-constituente. Rio de Janeiro: Folha Carioca, 1983. 659 p.

CONGRESSO NACIONAL DE ADVOGADOS PRÓ-CONSTITUINTE, II. 1985. Brasília. Anais do II Congresso Nacional de Advogados Pró-constituente. Rio de Janeiro: Folha Carioca, 1983. 437 p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

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

_____. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Uma questão de princípio**. Trad. Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FRANCE. Assemblée Nationale. **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789**. Disponível Em: <[Http://Www.Assemblee-Nationale.Fr/Histoire/Dudh/1789.Asp](http://www.Assemblee-Nationale.Fr/Histoire/Dudh/1789.Asp)>. Acesso Em: 10 Out. 2012.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**: um breve manual de filosofia política. Trad. Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. **El derecho a la protesta**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2007.

_____. **El nuevo constitucionalismo latinoamericano**: Promesas e interrogantes. 2009. Disponível em: <http://www.palermo.edu/Archivos_content/derecho/pdf/Constitucionalismo_atinoamericano.pdf>. Acesso em 27 ago. 2012.

GOFFREDO, Tales Junior. **A Constituição, a Assembleia Constituinte e o Congresso Nacional**. São Paulo: Saraiva, 1986.

GOMES, Manoel Eduardo Alves de Camargo e. **O regime jurídico das ouvidorias públicas brasileiras**: causalidade de sentido e adequação estruturo-funcional. 511 f. Tese (Doutorado em Direito). Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2000.

GOHN, Maria da Glória. **Teoria dos movimento sociais**: paradigmas clássicos e contemporâneos. 4. Ed. São Paulo: Loyola, 2004.

GRAU, Eros Roberto. **A constituinte e a constituição que teremos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

HABERMAS, Jürgen. **A crise de legitimidade no capitalismo tardio**. Trad. Vamireh Chacon. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1999-b.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2002.

_____. **Comentários à ética do discurso**. Trad. Gilda Lopes Encarnação. Lisboa: Instituto Piaget, 1999-a.

_____. **Consciência moral e agir comunicativo**. Trad. Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

_____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Seibeneichler. vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1994-a.

_____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Seibeneichler. vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1994-b.

_____. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Trad. Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **Passado como futuro**. Trad. Flávio Beno Seibeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993.

_____. **Pensamento pós-metafísico**. Trad. Flávio Beno Seibeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

_____. **Teoria do agir comunicativo**, 1 racionalidade da ação e racionalização social. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012-a.

_____. **Teoria do agir comunicativo**, 2 Sobre a crítica da razão funcionalista. Trad. Flávio Beno Seibeneichler. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012-b.

HAMEL, Marcio Renan. **A política deliberativa em Habermas**: uma perspectiva para o desenvolvimento da democracia brasileira. Dissertação de Mestrado. Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. Mestrado Multidisciplinar, 2007. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&c_o_obra=85709>. Acesso em: 01 jan. 2013.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

HERKENHOFF, João Baptista. **Como participar da Constituinte**. Petrópolis: Vozes, 1986.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luis Afonso Heck. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1998.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. Trad. Luiz Repa. 2 ed. São Paulo: Editora 34, 2009.

HOKHEIMER, Max. **Teoria Tradicional e Teoria Crítica**. Trad. Zeljko Loparic e Andréia Maria A. C.. Loparic. Os Pensadores. São Paulo, Abril Cultural, 1980.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. **Mapeamento das fundações privadas e associações sem fins lucrativos** – FASFIL (2010). Rio de Janeiro: IBGE, 2012. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/imprensa/ppts/00000011164912102012492305590017.pdf>>. Acesso em: 02 jan. 2014.

_____. **Perfil dos municípios brasileiros**: pesquisa de informações básicas municipais. Rio de Janeiro: IBGE, 2012. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Perfil_Municipios/2011/munic2011.pdf>. Acesso em: 31 nov. 2013.

KANT, Immanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2004.

_____. **Crítica da razão prática**. Trad. Valério Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João B. Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KODAMA, Caroline; LOPES, Lopes. **Guia de ouvidorias brasil**. São Paulo: Padrão Editorial, 2011. Disponível em: < <http://www.abonacional.org.br/docs/guiaouvidorias.pdf> >. Acesso em: 07 jul. 2013.

KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea**: uma introdução. Trad. Luís Carlos Borges. Revisão Marylene Pinto Michael. São Paulo: Martins Fontes, 2006. (Justiça e Direito).

LAMOUNIER, Bolivar. Os trabalhos da Comissão Afonso Arinos. In.: _____.
FORTES, Luiz Roberto Salinas; NASCIMENTO, Milton Meiro do (Orgs.). **A constituinte em debate**: colóquio realizado de 12 a 16/05/86 por iniciativa do depto. de filosofia da USP. São Paulo: SOFIA Editora SAEF, 1987.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Galouste Gulbenkian, 1997.

LOSANO, Mario G. Introdução. In: KELSEN, Hans. **O Problema da Justiça**. Trad. João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma constituição?** Trad. Walter Stöner. Rio de Janeiro: Laemmert, 1969.

LUDWIG, Celso Luiz. **Para uma filosofia jurídica da libertação**: paradigmas da filosofia da libertação e direito alternativo. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MENDES, Soraia da Rosa. **Esfera pública e direitos humanos fundamentais**: um estudo das rádios comunitárias, segundo J. Habermas. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Mestrado em Ciência Política, 2007. Disponível em:
<http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalleObraForm.do?select_action=&o_obra=87838>. Acesso em 01 jan. 2013.

MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. Trad. Ana Prata. 3. ed. Lisboa: Estampa, 2005.

MICHILES, Carlos *et al.* **Cidadão constituinte**: a saga das emendas populares. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional administrativo**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAIS, Ana Carolina Bittencourt *et al.* **Manual do terceiro setor**. São Paulo: Instituto Pro Bono. Disponível em:
<<http://www.abong.org.br/final/download/manualdoterceirosetor.pdf>>. Acesso em 8 fev. 2013.

MORIN, Edgar. **O Método 6: Ética**. Trad. Juremir Machado da Silva. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 2007.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito**: dos gregos ao pós-modernismo. Trad. Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MONCLAIRE, Stéphane (coord.). **A Constituição desejada**: SAIC: as 72.719 sugestões enviadas pelos cidadãos brasileiros à Assembleia Nacional Constituinte. Brasília: Senado Federal, 1991.

NEVES, Marcelo. **Entre têmis e leviatã: uma relação difícil**: o estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

NEVES, Tancredo. **Discurso de Tancredo Neves** – 1985. Disponível em: <http://www.historiadorbrasil.net/documentos/tancredo_neves.htm>. Acesso em: 15 set. 2013.

NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (orgs.). **Direito e democracia**: um guia para a leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros, 2008-b.

NOBRE, Marcos; REPA, Luiz (orgs.) **Habermas e a reconstrução**. Campinas: Papyrus, 2012.

NOBRE, Marcos (org.). **Curso livre de teoria crítica**. Campinas: Papyrus, 2008-a.

OST, François. **O tempo do direito**. Trad. Élcio Fernandes. Revisão técnica Carlos Aurélio Mota de Souza. Bauru: Edusc, 2005.

PEREIRA, Osny Duarte. **Constituinte**: anteprojeto da Comissão Afonso Arinos. Brasília, Universidade de Brasília, 1987.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**: a nova retórica. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. (justiça e direito).

PINZANI, Alessandro. **Habermas**. Porto Alegre: Artmed, 2009.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa**: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

POPPER, Karl. **A lógica da pesquisa científica**. Trad. Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira Da mota. São Paulo: Cultrix, 2007.

PRADO JÚNIOR, Caio. **Evolução política do Brasil**: Colônia e Império. São Paulo: Brasiliense, 2006.

RAMOS, Elival da Silva. **A ação popular como instrumento de participação política**. São Paulo: RT, 1991.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Jussara Simões. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

REPA, Luiz. A teoria reconstrutiva do direito. Notas sobre a gênese lógica do sistema de direitos fundamentais em Habermas. **Dois pontos**: justiça, virtude e democracia: da amizade ao reconhecimento, Curitiba, São Carlos. v. 7, n. 2, p. 141-156, out. 2010.

REESE-SCHÄFER, Walter. **Compreender Habermas**. Trad. Vilma Schneider. Petrópolis: Vozes, 2009.

SANTOS, Boaventura de Souza. Poderá o direito ser emancipatório? **Revista crítica de ciências sociais**. Coimbra. n. 65. p. 3-76, maio 2003.

SCHERER-WARREN, Ilse; LÜCHMANN, Lígia Helena Hajn (orgs.). **Movimentos sociais e participação**: abordagens e experiências no Brasil e América Latina. Florianópolis: UFSC, 2011.

SIEBENEICHLER, F. B. **Jürgen Habermas: razão comunicativa e emancipação**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1994.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa**: o que é o Terceiro Estado? Trad. Norma Azeredo. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988.

SILVA, Alessandra Obara Soares da. **Participação popular da administração pública**: as audiências públicas. 157.f. Dissertação (Mestrado em Direito). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009.

SILVA, Filipe Carreira da. Habermas e a esfera pública: reconstruindo a história de uma ideia. **Sociologia**. abr. 2001, n.º.35. p.117-138. Disponível em: <http://www.scielo.oces.mctes.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0873-65292001000100006&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 15 de set. 2011.

SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e poder popular**. São Paulo: Malheiros, 2002.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002.

TAYLOR, Charles. **Multiculturalismo**. Trad. Marta Machado. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. (Epistemologia e Sociedade).

WALZER, Michael. **Política e paixão**: rumo a um liberalismo mais igualitário. Trad. Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2001.