

Marcio Renan Hamel*

Universidade de Passo Fundo
Passo Fundo, Rio Grande do Sul, Brasil



Cidadania e emancipação no Brasil contemporâneo: por uma leitura procedimental e não metafísica da Constituição

Recebido em: 30 maio 2024 **Aprovado em:** 06 nov. 2024 **Publicado em:** 01 out. 2025

DOI: <https://doi.org/10.29327/2148384.2025.812>

* Professor Adjunto da Universidade de Passo Fundo, Escola de Ciências Jurídicas. Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense; Mestre em Desenvolvimento pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul; Mestre em Filosofia pela Universidade Federal da Fronteira Sul; graduado em Ciências Jurídicas e Sociais e em Filosofia pela Universidade de Passo Fundo, em Teologia pelo Centro Universitário Uninter, e em Filosofia pelo Centro Universitário Cidade Verde. E-mail: marcio@upf.br

 <http://lattes.cnpq.br/7974769978772276>

 <https://orcid.org/0000-0002-6543-0007>

Resumo

A presente pesquisa aborda o marco dos trinta e cinco anos da Constituição Federal de 1988, a partir de tema da efetividade das normas constitucionais, ou seja, da concretização da Constituição. O estudo trata, principalmente, da possibilidade de uma cidadania participativa e emancipatória, ao mesmo tempo em que oferece uma defesa viável do caráter procedimental da Constituição Federal, por meio da filosofia jurídico-política de Jürgen Habermas juntamente com auxílio de literatura secundária. Para tanto, o texto está dividido em quatro partes, sendo que a primeira seção trata dos limites e possibilidades da concretização da Constituição de 1988; a segunda seção discorre sobre a função da Filosofia do Direito no panorama neoconstitucional; já a terceira seção apresenta a ideia de complementaridade entre moral, direito e política; sendo que, ao fim, a quarta seção reflete sobre a contribuição da democracia deliberativa à teoria da constituição. A conclusão aponta, de forma geral, para o potencial teórico-crítico da teoria discursiva de Habermas, enquanto uma teoria capaz de oferecer legitimidade ao Direito positivo, ao mesmo tempo em que viabiliza a concretização da Constituição por meio da participação dos concernidos, em um modelo de jurisdição constitucional comprometido com a cidadania emancipatória e com o desenvolvimento sócio-político do país.

Palavras-chave: Cidadania Emancipatória. Constituição Federal. Desenvolvimento Sócio-Político. Efetividade Constitucional. Teoria Discursiva do Direito.

Marcio Renan Hamel*

University of Passo Fundo

Passo Fundo, Rio Grande do Sul, Brazil



Citizenship and emancipation in contemporary Brazil: for a procedural, non-metaphysical reading of the Constitution

Received: 30th May 2024

Approved: 06th Nov. 2024

Published: 01st Oct. 2025

DOI: <https://doi.org/10.29327/2148384.2025.812>

* Adjunct Professor at the University of Passo Fundo, School of Legal Sciences. PhD in Legal and Social Sciences from the Fluminense Federal University; Master in Development from the Regional University of the Northwest of the State of Rio Grande do Sul; Master in Philosophy from the Federal University of the Southern Border; graduated in Legal and Social Sciences and in Philosophy from the University of Passo Fundo, in Theology from the Uninter University Center, and in Philosophy from the Cidade Verde University Center. E-mail: marcio@upf.br

 <http://lattes.cnpq.br/7974769978772276>

 <https://orcid.org/0000-0002-6543-0007>

Abstract

This research addresses the thirty-five-year milestone of the 1988 Federal Constitution, based on the theme of the effectiveness of constitutional norms, that is, the implementation of the Constitution. The study deals mainly with the possibility of participatory and emancipatory citizenship, at the same time that it offers a viable defense of the procedural character of the Federal Constitution, through the legal-political philosophy of Jürgen Habermas together with the help of secondary literature. To this end, the text is divided into four parts, with the first section dealing with the limits and possibilities of implementing the 1988 Constitution; the second section discusses the role of Philosophy of Law in the neoconstitutional panorama; the third section presents the idea of complementarity between morals, law and politics; finally, the fourth section reflects on the contribution of deliberative democracy to the theory of the constitution. The conclusion points, in general, to the theoretical-critical potential of Habermas' discursive theory, as a theory capable of offering legitimacy to positive Law, at the same time that it enables the implementation of the Constitution through the participation of those concerned, in a model of constitutional jurisdiction committed to emancipatory citizenship and the country's socio-political development.

Keywords: *Emancipatory Citizenship. Federal Constitution. Socio-Political Development. Constitutional Effectiveness. Discursive Theory of Law.*

1. Introdução

A partir da adoção das Cartas Constitucionais contemporâneas e do pós-guerra, o Estado Democrático de Direito passou a ser visto como aquele agente capaz de assegurar a liberdade, a igualdade e a própria construção da cidadania, em uma sociedade que se imaginava mais justa e, portanto, igualmente solidária.

Tal perspectiva se iniciou principalmente quando da adoção do modelo do Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*), onde, ao menos aparentemente, o Estado Democrático de Direito se aproximaria dos seus cidadãos com intuito de garantir-lhes um mínimo catálogo de direitos básicos, aos quais se atribui a nomenclatura pela dogmática jurídica de direitos fundamentais. Tais direitos nasceram de várias lutas no decorrer dos séculos XVII e XVIII, quando se tem a substituição de um modelo organicista de sociedade, onde o Estado era anterior e superior aos indivíduos, para um modelo individualista de sociedade, onde os indivíduos são anteriores e superiores ao Estado, possibilitando, assim, a inversão da figura deôntica original do dever para o direito.

Inaugura-se, então, aquele momento que Norberto Bobbio chamou de a “era dos direitos” em uma profunda ruptura com o passado com a inserção da temática dos direitos humanos nas discussões políticas e jurídicas do Estado Democrático de Direito. Os direitos fundamentais passaram a ser inseridos progressivamente na perspectiva constitucional, o que se convencionou chamar de “gerações de direitos”, iniciando-se com a primeira geração – os direitos civis, também chamados de direitos negativos porque exercidos contra o Estado. Compreendem os direitos civis as liberdades físicas (vida, locomoção, segurança, inviolabilidade de domicílio, reunião e associação), as liberdades de expressão (imprensa, manifestação do pensamento, sigilo de correspondência), a liberdade de consciência (filosófica, política, religiosa), o direito de propriedade privada, os direitos da pessoa acusada (reserva legal, presunção de inocência, devido processo legal) e as garantias dos direitos (petição, *habeas corpus* e mandado de segurança).

A segunda geração de direitos surge no século XIX sendo denominada de direitos políticos (sufrágio universal, constituição de partidos políticos, plebiscito, referendo e iniciativa popular). A terceira geração de direitos, ao início do século XX, com nomenclatura de direitos econômicos e sociais (liberdade de trabalho, salário mínimo, jornada de trabalho de oito horas, descanso semanal remunerado, férias anuais remuneradas, igualdade de salários para trabalhadores iguais, liberdade de fundação de sindicatos, liberdade de adesão sindical, seguridade social, educação, saúde e habitação). E, também, uma quarta geração de direitos com os chamados direitos de solidariedade (desenvolvimento, meio ambiente, paz e autodeterminação dos povos).

Com a adoção de tal catálogo de direitos fundamentais, as Constituições republicanas passam a ser entendidas como o *locus* da própria realização da cidadania. Quanto ao contexto brasileiro, nesses trinta e cinco anos da Constituição Federal de 1988, o que aqui interessa ao debate, é o fato dos direitos fundamentais ainda carecerem de força normativa, isto é, concretização, o que ocorre quer por incapacidade da política, quer por limitação orçamentária, quando a sua efetividade, muitas vezes, depende da interferência direta do Poder Judiciário no âmbito da política, ocorrendo o que cotidianamente se tem convencionado chamar de “judicialização da política”, incorrendo-se, assim, em uma hipertrofia do Judiciário em relação à política, o que pode, de certa forma, converter-se em um sério risco para a democracia contemporânea, considerando-se que quanto maior for a atividade de interferência do Poder Judiciário na sociedade, proporcionalmente menor será a deliberação democrática.

Eis o centro do debate na relação entre o Direito e a Política no Brasil, cujo paradigma demonstra diferentes posturas, tendo-se, por um lado, a defesa de teses substancialistas, ou seja, a defesa da materialidade dos direitos fundamentais, conforme as posições sustentadas por Lênio Luiz Streck, Mauro Cappelletti e Ronald Dworkin, enquanto, de outro lado, encontram-se as defesas das teses procedimentalistas, as quais assegurem de forma sólida o processo democrático para a própria participação definir as prioridades a ser realizadas, segundo os modelos de Jürgen Habermas,

Antoine Garapon e Álvaro Ricardo de Souza Cruz.

Nesse sentido, a presente pesquisa tem o objetivo de oferecer algumas reflexões acerca da viabilidade do procedimentalismo deliberativo como meio de construção da cidadania e emancipação social no Brasil, como requisito necessário para a efetividade das normas constitucionais e, dessa forma, bem como para uma via de desenvolvimento social e político. Trata-se, portanto, de um necessário debate sobre os limites e possibilidades da concretização da Constituição Federal de 1988.

O debate que gira em torno da democracia tem influência direta na teoria constitucional, evidenciando-se a significância da discussão realizada pela filosofia política quanto à definição do caráter da Constituição e da sua interpretação.

A filosofia do direito constitucional passou por profundas modificações ao longo do século XX, com grande destaque no debate pós-positivista. Em uma era denominada de pós-positivista, pós-convencional e pós-tradicional, muito se tem discutido sobre teorias da justiça, sendo que tais debates aparecem sob os mais distintos aspectos, a exemplo dos liberais que têm defendido suas proposições a partir de aspectos, tais como igualitarismo, justiça e imparcialidade.

Pelo lado das teses procedimentais, o filósofo alemão Jürgen Habermas entende que o direito moderno necessita de uma justificação moral, sustentando sua teoria pela ideia de um Estado Constitucional Democrático, não renunciando seu programa emancipatório, mantendo acesa a influência marxiana presente em sua filosofia político-jurídica.

O vazio deixado por Habermas sobre o Direito em sua obra *Teoria da Ação Comunicativa*, da década de 1980, foi preenchido com a publicação de *Facticidade e Validade* no ano de 1990 a mais importante manifestação sobre o Direito entre os representantes da primeira geração da Teoria Crítica, dada a visão extremamente negativa que a tradição da filosofia marxiana sempre demonstrou acerca do direito.

O próprio Habermas já havia manifestado certa visão negativa do Direito enquanto sistema na obra intitulada *Para a Reconstrução do Materialismo Histórico* (1976), onde discute como se dá o problema da

legitimidade, ou seja, quando um ordenamento político é digno de ser reconhecido e uma crítica ao direito ao sustentar que o Estado desenvolve e garante o direito privado burguês, o mecanismo monetário e as premissas para um processo econômico despolitizado, liberto de normas éticas.

Em Para a Reconstrução do Materialismo Histórico, Habermas trata da reconstrução da Teoria da História de Marx, que para ele estava ultrapassada. Neste texto, Habermas aborda a racionalidade do direito moderno em perspectiva marxista, considerando o direito privado como um sistema de normas formado pelas necessidades da atividade econômica capitalista. O Direito, nesta leitura, serve para garantir a racionalidade do sistema que regula a busca individualista dos interesses privados (Pinzani, 2009, p. 139).

Dessa forma, a presente pesquisa está dividida em três seções. A primeira seção analisa o atual espaço da filosofia do direito junto a reconstrução da teoria do direito em âmbito neoconstitucional, onde a filosofia do direito será tratada enquanto filosofia do direito constitucional. A segunda seção aborda a democracia a relação complementar entre moral, direito e política a partir da teoria do discurso, ressaltando o importante papel da democracia na contemporaneidade. Ao fim, a terceira seção oferece a argumentação acerca da contribuição da democracia deliberativa à teoria da constituição, com atenção à defesa de uma teoria crítica da constituição.

2. Trinta e cinco anos da Constituição de 1988: limites e possibilidades de sua concretização

No mês de outubro de 2023, a Constituição Federal de 1988 completou 35 anos. Ao longo desse percurso, pode-se dizer que o Brasil mudou para melhor em muitos aspectos, tais como o econômico, o social e também o político, considerando-se a estabilidade democrática do país mesmo após o *impeachment* de dois Presidentes da República, Fernando Collor em 1992 e Dilma Roussef em 2016. Nesses dois momentos de tensão política do país, a sombra do passado sempre retorna ameaçando a estabilidade institucional,

bem como a estabilidade econômica, sem as quais não há a mínima perspectiva de desenvolvimento, inclusão social e avanço dos direitos fundamentais.

Segundo aponta Luís Roberto Barroso (2018), são pontos positivos da Constituição Federal de 1988 a estabilidade institucional, a estabilidade econômica, a inclusão social e o avanço dos direitos fundamentais, considerando este último o de maior destaque, porquanto, a busca de uma cidadania emancipatória, passa pela efetividade desse catálogo de direitos, afinal a Constituição deve constituir, efetivar, concretizar na prática e, portanto, na vida das pessoas, as normas constitucionais de caráter programático e que, dessa forma, precisam de normas infraconstitucionais para tanto. Nesse aspecto, merece destaque o fato de que:

A pobreza e a desigualdade extrema são marcas indeléveis da formação social brasileira. Apesar de subsistirem indicadores ainda muito insatisfatórios, os avanços obtidos desde a redemocratização são muito significativos. De acordo com o IPEA, de 1985 a 2012, cerca de 24,5 milhões de pessoas saíram da pobreza, e mais 13,5 milhões não estão mais em condições de pobreza extrema. Ainda segundo o IPEA, em 2012 havia cerca de 30 milhões de pessoas pobres no Brasil (15,93% da população), das quais aproximadamente 10 milhões em situação de extrema pobreza (5,29% da população). Infelizmente, a crise econômica dos últimos anos impactou de forma negativa esses números. Entre 2014 e 2015, o desemprego e a queda de renda levaram de volta à pobreza 4,1 milhões de brasileiros, dos quais 1,4 milhão estão em pobreza extrema. A reversão de expectativas é, evidentemente, dramática, mas não elimina o saldo extremamente positivo obtido ao longo de muitos anos. E com a retomada do crescimento econômico em 2018, espera-se a recuperação desses indicadores sociais (Barroso, 2018, p. 11).

A par desses aspectos, Barroso (2018, p. 11) destaca, também, aquilo que denomina de pontos fracos da Constituição, quais sejam: a) o sistema político, evidenciando que o sistema político envolve o sistema de governo (presidencialismo ou parlamentarismo), o sistema eleitoral (proporcional, majoritário ou misto) e o sistema partidário (regras que regem a criação e o funcionamento dos partidos políticos). Para Barroso existem problemas nos três, sendo que no Brasil existe grande dificuldade de reformas das quais o país depende nesta matéria; b) a corrupção sistêmica, que vem em processo acumulativo desde muito longe e se disseminou, nos tempos atuais, em níveis espantosos e endêmicos.

Na leitura de Barroso (2018, p. 21), a cidadania vive um momento de tristeza e angústia, sendo que há uma imensa demanda por integridade, idealismo e patriotismo na sociedade brasileira.

Quanto à efetividade das normas constitucionais, há a obrigatoriedade dos tribunais em torna-las efetivas. Entretanto, tanto as regras como os princípios e programas, são normas imediatamente aplicáveis, sendo os tribunais obrigados a conferi-lhes a máxima efetividade. Em caso de ausência de lei, cabe aos juízes a realização da intermediação necessária, para tornar a norma imediatamente aplicável ao mundo dos fatos.

Em que pese a obrigatoriedade dos tribunais em dar guarida às normas constitucionais, convém salientar, que o problema da não-efetividade das disposições da Constituição, torna-se preocupação, além de um obstáculo à cidadania emancipatória, mormente quando diz respeito a falta de efetividade dos direitos fundamentais. Nesse sentido, Paulo Bonavides demonstra a sua preocupação em relação a não aplicação das normas constitucionais, argumentando que

o problema da natureza e eficácia das normas constitucionais se prende intimamente à determinação do teor doutrinário das Constituições. Concebidas as constituições numa dimensão histórica, como cumpre, somente esta ilumina e revela a essência de seus instintos básicos, bem como a finalidade suprema que buscam (Bonavides, 2002, p. 200).

Segundo Bonavides, então, as Constituições representam a sua época, todavia, o que não pode acontecer é pensar que sempre se estará vivendo a época da sua promulgação, em que os excluídos não representavam um número tão grande quanto nos dias de hoje. O que ocorre contemporaneamente, é que os excluídos são em número bem maior do que os incluídos e, cabe ao Direito e, portanto, à Constituição, oferecer soluções a estas diferenças sociais existentes e tão abrangentes na sociedade atual. Não se deve esquecer o fato de que a Constituição é um projeto jurídico-político, o qual precisa ser concretizado na realidade das pessoas, o que depende, obviamente, de criação de normas infraconstitucionais a fim de imprimir efetividade às normas programáticas, estando aí os direitos fundamentais. Logo, o acesso aos direitos sociais, como a educação, saúde, habitação, segurança, lazer e previdência, por exemplo, depende diretamente de políticas públicas específicas para imprimir efetividade a cada um desses direitos e à Constituição de forma geral.

De acordo com Marcelo Cattoni (2005, p. 9), o constitucionalismo democrático precisa de uma proposta de *jurisdição constitucional* compromissada com a democracia, capaz de garantir as condições processuais para o exercício da cidadania. Dessa forma, a teoria do discurso assume uma função importante no atual estágio do Estado Democrático de Direito, podendo estabelecer, de fato, a emancipação social, atribuindo ao Direito uma nova performance, qual seja, a de garantir os meios procedimentais de participação democrática na gênese democrata das leis, assegurando a legitimidade do Direito moderno.

2.1 Democracia e participação popular na Constituição de 1988: a cidadania retida

A participação popular recebeu atenção especial da Constituição da República de 1988 em seu artigo 1º, parágrafo único, no qual consta expresso que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”, ou seja, a

Constituição de 1988 traz a garantia da participação popular via mecanismos institucionais de participação direta na produção de leis e de políticas públicas, quando no seu artigo 14 expressa que a “soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I – plebiscito; II – referendo; III – iniciativa popular”.

Embora a Constituição de 1988 garanta mecanismos constitucionais de participação popular, esses são ainda pouco utilizados no Brasil, o que, no entendimento de Maria de Mesquita Benevides, é consequência de certa cultura política, a qual entende que o povo não está preparado para a democracia representativa e, sequer, para a democracia semidireta, o que pode explicar a não-utilização dos institutos referidos. Maria Benevides constata em seu estudo acerca da representação política que, apesar de ser legítima e indispensável às democracias modernas,

é uma instituição deficiente para exprimir, com fidelidade, a vontade popular e a realização dos interesses do povo, na multiplicidade de suas manifestações. Esta premissa apoia-se na crescente insatisfação popular com a representação tradicional e na consolidação de vários institutos de democracia semidireta, em sociedades contemporâneas, os quais funcionam como corretivo à democracia representativa (Benevides, 2003, p. 13).

A autora apresenta, então, um estudo voltado para os mecanismos constitucionais, no qual apresenta uma proposta de complementaridade entre formas de representação e de participação, ou seja, a autora vislumbra o aperfeiçoamento da democracia representativa pelo ingresso direto do povo no exercício da função legislativa e na produção de políticas governamentais. Segundo aponta Benevides (2003, p. 15), “o pressuposto básico, que orienta este estudo, repousa na convicção de que os mecanismos de democracia semidireta atuam como corretivos necessários à representação política tradicional”.

A democracia política após o regime militar não atendeu aos anseios

populares e, contemporaneamente, continua não atendendo. Conforme destaca José Murilo de Carvalho (2005), persistem os problemas da área social, principalmente educação, saúde e saneamento, bem como desigualdades sociais e desemprego. Num paralelo aos movimentos sociais e aos procedimentos políticos de participação popular implementados em algumas administrações municipais, como anteriormente abordado, para com os mecanismos institucionais de participação popular que dificilmente saem do plano teórico-constitucional há uma enorme diferença.

A redemocratização do Brasil não resolveu todos os problemas cotidianos dos brasileiros excluídos das tomadas das decisões políticas, mas, tão-somente, os problemas das elites políticas do país, as quais continuam utilizando o Estado para seus interesses particulares em detrimento de uma maioria paupérrima e excluída, que vive a ilusão de uma pseudodemocracia. Os chamados “canais institucionais” – referendo, plebiscito e iniciativa popular – são mecanismos raramente utilizados pelos poderes constituídos a fim de se buscar a consulta ou a vontade popular, até porque se depende de votação e aprovação de projeto no Legislativo, o que acaba freando as intenções de consultas. Na opinião de Maria de Mesquita Benevides (2003, p. 17), a ideia de participação popular permanece vinculada à organização de “conselhos populares” e, principalmente, à mobilização popular em movimentos sociais com graus variados de dinamismo, representatividade, enraizamento e espontaneidade. Evidentemente, que os movimentos sociais e populares – dos mais conjunturais aos mais duradouros – constituem formas importantes e necessárias de participação popular numa perspectiva democrática. No entanto, é também evidente que não se deve restringir a participação política aos movimentos, sobretudo quando se abrem possibilidades para canais institucionais.

A proposta de Maria de Mesquita Benevides é cristalina quando restringe sua opção por submeter a participação popular aos mecanismos constitucionais de participação na atividade legislativa e na definição de políticas públicas, o que, de certo modo, pode não ser benéfico à maioria da população brasileira. Assim, mais uma vez se fica à espera da boa vontade da classe política dominante para que os referidos mecanismos

constitucionais possam, efetivamente, ser utilizados em proveito das classes inferiores, as quais se encontram desprovidas de representatividade política suficiente para serem ouvidas. Nota-se, entretanto, que Benevides não desconsidera a participação popular vinculada aos movimentos sociais ou aos conselhos populares (embora veja este instrumento com certa restrição), mas defende a tese de que é necessária a utilização dos canais institucionais de participação popular, garantidos pela Constituição de 1988.

A discussão dos problemas populares na esfera pública é meio de inclusão social, de direcionamento da administração pública e de efetiva participação popular, traduzida pela democracia participativa. Segundo observa Carvalho (2005, p. 207-208), “as maiores dificuldades na área social têm a ver com a persistência das grandes desigualdades sociais que caracterizam o país desde a independência, para não mencionar o período colonial”. Carvalho chama a atenção, para a escandalosa desigualdade que concentra nas mãos de poucos a riqueza nacional tem como consequência níveis dolorosos de pobreza e miséria.

O estudo acerca da história política do Brasil mostrou que nunca houve na vida política do país deliberação política via discurso que envolvesse a sociedade civil e os poderes públicos instituídos, conforme proposto pelo modelo teórico habermasiano. A estrutura social e política da sociedade do período colonial mostrou a monopolização da riqueza, o monopólio da terra e domínio sobre índios, mestiços e escravos, os quais iniciaram a composição de uma imensa massa popular. Na sua organização administrativa também evidenciou que por meio das Câmaras Municipais havia grande domínio dos proprietários rurais, de modo que nas eleições votavam apenas os “homens bons”, a nobreza, como se chamavam tais proprietários, com exclusão de toda a população urbana da participação política.

Com a independência transferiram-se os poderes da Metrópole para o governo do Brasil, porém, na falta da participação direta das massas nesse processo, o poder foi todo absorvido pelas classes superiores da antiga Colônia. Conforme afirmado por Prado Júnior (2006, p. 52-53), “fez-se a Independência praticamente à revelia do povo”, fato que afastou completamente a sua participação na nova ordem política. Iniciou-se uma

nova fase de exclusão de uma grande parte da população dos dispositivos constitucionais: os escravos. Contudo, a massa popular livre ainda dependia dos grandes proprietários, pois tinham pouca instrução, não havendo, sequer, entre as camadas médias e inferiores uma articulação e atuação política eficiente, pela própria falta de coesão social.

O período compreendido pela Primeira República mostrou um quadro de manipulações eleitorais, em que os resultados não traduziam a realidade, iniciando-se, ainda, o controle político pelos coronéis, fase conhecida como “coronelismo”, na qual existiu uma relação sociopolítica de “clientelismo”. Nesta fase, foi mantido o regime capacitário para a participação política, o que excluiu definitivamente os analfabetos, em notório movimento restritivo à participação popular.

Posteriormente ao período da Primeira República, o governo Vargas, embora marcado por políticas populistas, sempre manteve a centralização do poder, além das relações clientelistas, como abordado anteriormente. Também durante o chamado Estado Novo, Vargas continuou a implementar políticas iniciadas em 1930, bem como manteve a estrutura patrimonial como forma de domínio.

Com o golpe militar de 1964, fechou-se o Congresso Nacional, suspendeu-se as imunidades parlamentares, dissolveu-se a União Nacional dos Estudantes (UNE), num verdadeiro sufocamento às aspirações democráticas, imprimindo a todas as manifestações populares violentas repressões. Quanto a sua estrutura política, o regime militar não assinala a participação popular, inclusive perseguindo, os movimentos sociais iniciados na era trabalhista de Vargas e Jango. Efetivamente, não houve no período qualquer implementação de democracia participativa e deliberação política entre sociedade civil e Estado, pela própria característica do regime implementado com o golpe.

A partir da promulgação da Constituição de 1988 e com as eleições diretas para presidente da República em 1989, o país retomou o caminho da democracia, a qual alcançou uma certa maturidade no ano de 1994, quando da eleição que atribuiu vitória a Fernando Henrique Cardoso para a chefia do Executivo nacional. Mesmo com o fortalecimento da democracia

representativa, iniciando no governo de José Sarney em 1985 até os dias atuais, o Brasil jamais conseguiu implementar verdadeiros procedimentos democráticos de participação popular.

Em toda a história política do Brasil jamais se obteve deliberação política em nível do discurso e do consenso como idealizado teoricamente por Habermas. Se houve em algum momento deliberação política, tal ocorreu tão-somente entre as classes políticas dominantes, nunca numa relação direta com as classes excluídas da participação política. Nesse contexto, pode-se dizer que no período militar até existiu deliberação política, mas de forma restrita às juntas militares, nas quais se tomavam as decisões e os rumos políticos do regime. Evidentemente, não é esse o tipo de deliberação política proposta por Habermas, que defende a igual participação de todos os cidadãos, ou seja, de todos aqueles que serão afetados pelas decisões políticas públicas.

Liszt Vieira (2001), em estudo apresentado sobre o papel da sociedade civil em meio à globalização, aponta o modelo de espaço público discursivo, desenvolvido por Habermas, como o único compatível com as aspirações das sociedades modernas. Vieira aduz como aspecto essencial da teoria habermasiana a ênfase dada pelo filósofo alemão à participação pública, em que o espaço público é visto, democraticamente, como criação de procedimentos pelos quais todos os afetados por normas sociais gerais e decisões políticas coletivas possam participar de sua formulação e adoção.

A defesa da possibilidade do modelo discursivo habermasiano para sociedades modernas é apresentada por Liszt Vieira, que vê, com propriedade, a importância da participação popular por meio de discursos públicos voltados às necessidades sociais. Na opinião do sociólogo brasileiro,

O modelo discursivo é o único compatível com as inclinações sociais gerais de nossas sociedades e com as aspirações emancipatórias dos novos movimentos sociais, como, por exemplo, o movimento das mulheres. O procedimentalismo radical deste modelo constitui poderoso critério para desmitificar os discursos de poder e suas agendas implícitas (Vieira, 2001, p. 63).

A perspectiva emancipatória almejada pelos representantes da teoria crítica volta a ser objeto da teoria política habermasiana, porém, por meio de um aspecto discursivo de práticas democráticas participativas e inclusivas, compatíveis, portanto, com sociedades do século XXI, complexas e tomadas de aspectos multiculturais.

De acordo com Roque Callage Neto (2002), numa sociedade de Modernidade tardia, os espaços para se agenciar uma transição que vá além da subordinação devem combinar aspectos de reflexo externo e emergentes, ampliar direitos e perspectivas emancipatórias se aumentarem a competência social. Callage Neto interpreta que, no caso brasileiro, a situação social e política se agravou pela articulação interna da uma chamada “globalização oligárquica”, fato que acabou por reviver o modelo de castas sociais beneficiadas pela privatização do Estado, prestadores de serviços e novos estamentos. Nesse sentido, conforme aponta Callage Neto (2002, p. 323),

no caso do Brasil, os desafios são ainda maiores, por que o País constitui dentro de si pelo menos quatro macro-regiões fundamentais e específicas com características bastante diferenciadas por sua formação, necessitando recuperar espaços e tempos para aproximarem-se. O federalismo esteve bastante comprometido com a supremacia do cartorialismo e coronelismo nordestinos no Parlamento pela frente “*patrimonialista-oligárquica*” que predominou até pouco tempo no governo Fernando Henrique.

Para Callage Neto (2002, p. 306), essa é a situação da sociedade brasileira, visto que, a partir do governo de Fernando Henrique Cardoso, as políticas sociais tornaram-se objetos de mercado, ficando subordinadas às prioridades financeiras da administração da dívida interna, bem como se constituíram em potencial para o mercado de investimento privado subsidiado pelo Estado, com a renúncia fiscal.

Em *A cidadania sempre adiada*, Roque Callage Neto apresenta um estudo empírico acerca do pensamento das elites brasileiras sobre as funções

sociais. A elite política transfere a responsabilidade ao Estado, o qual por sua vez, não tem vontade política nem planeja bem suas ações, achando pacífico que em um tal contexto se pode mudar a realidade: “Mesmo a elite política – no caso, os parlamentares no Congresso – e a elite burocrática – que ocupa as posições superiores da burocracia pública – não se veem como Estado. Parecem ter uma atitude de clientes diante do Estado (do qual elas não parecem fazer parte)” (Callage Neto, 2002, p. 311).

Essa elite política e a elite burocrática, as quais não se veem como Estado e, tampouco, parecem fazer parte dele é que caracterizam o interesse individualista e não coletivo; para elas os pobres e excluídos devem permanecer resignados em suas posições sociais, à mercê de políticas paternalistas e não emancipatórias. De acordo com Callage Neto “falta noção de responsabilidade social a estas elites, que não se sentem parte da vontade faltante do Estado, desta *omissão* política. Aparentemente, não se veem como parte de uma coletividade, e o Estado não é parte da sociedade” (*Idem*). Dessa forma, a erradicação da pobreza e redução das desigualdades não está entre os interesses de fato.

Ante a tal quadro social e político brasileiro, a esfera pública deve ser o palco das discussões políticas e das necessidades das classes populares, uma vez que, de um lado, tem-se um Estado descomprometido com políticas públicas necessárias, devendo destacar-se quando estão no poder algumas siglas partidárias conservadoras ou que representam o interesse neoliberal privatista e individualista, descompromissado com as políticas sociais, e, de outro, uma casta social elitista, oriunda dos quadros políticos coloniais do Brasil, dominante e não filiada ao clientelismo ou ao paternalismo, porque deles não precisam.

3. A era do neconstitucionalismo e a função da filosofia do direito neste novo panorama

Antes de se proceder à análise de alguns conceitos potenciais da teoria do discurso, especificamente ao que interessa ao direito constitucional contemporâneo, necessário se fazem alguns esclarecimentos acerca do atual debate em torno da ideia presente no termo neoconstitucionalismo. Afirmar que o direito constitucional é novo ou renovado, implica justificar em que sentido tal renovação atinge a dogmática constitucional e de que forma o direito positivo interno adota referido expediente.

O direito constitucional percorreu uma trajetória nas últimas duas décadas tanto na Europa quanto no Brasil, a partir de três marcos fundamentais, quais sejam: o histórico, o teórico e o filosófico. Aí reside a nova percepção da constituição e de seu papel na interpretação jurídica em geral. O marco histórico da nova ideia de direito constitucional na Europa está no constitucionalismo do pós-guerra, de maneira especial na Alemanha e na Itália, enquanto que no Brasil foi a Constituição de 1988 aliada ao processo de redemocratização do país. O fato importante aqui reside na aproximação entre as ideias de constitucionalismo e democracia, que acabou por produzir uma nova forma de organização política, atendendo pelos nomes de Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático (Barroso, 2007, p. 3).

No que diz respeito ao marco filosófico, Barroso afirma que o novo marco filosófico do novo direito constitucional é o pós-positivismo. A era atual é marcada pela superação (ou sublimação) tanto do jusnaturalismo quanto do positivismo jurídico. "O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas". Há aqui uma reaproximação entre o direito e a moral, entre o direito e a filosofia (*Ibidem*, p. 6).

O último marco assinalado dessa nova ideia de direito constitucional é o denominado marco teórico, o qual é marcado pela premissa do estudo da

constituição e de sua força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições; pelo aumento do controle de constitucionalidade, o qual é trabalhado de forma concentrada e difusa; e pela nova interpretação constitucional, onde ganha destaque os princípios instrumentais da interpretação constitucional, a força normativa dos princípios constitucionais, a textura aberta das denominadas cláusulas gerais, culminando numa nova dogmática da interpretação constitucional (Barroso, 2007, p. 10-14).

A ideia do *neoconstitucionalismo* ou novo direito constitucional se identifica, de acordo com Barroso, com este conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional explicadas acima. Em outro sentido, também merece destaque a reflexão de que a revolução implementada pelo implemento do Estado constitucional, abriu-se caminhar junto a outros saberes, de maneira especial a filosofia do direito. Será por meio desse atrelamento entre a filosofia do direito e o direito constitucional que reside na ideia do neoconstitucionalismo, uma teoria do direito que se apresente integradora e útil (Moreira, 2010, p. 216).

Nesse quadro, a proposta do neoconstitucionalismo se apresenta como

uma teoria de direito lida a partir do direito constitucional, e que é maximizada por elementos de filosofia do direito e de filosofia política, que permitem repensar os alicerces jurídicos: a teoria da norma, a teoria da interpretação, a teoria das fontes e, por fim, as transformações ocorridas nos diversos campos jurídicos (constitucionalização do direito) (Moreira, 2010, p. 217).

À filosofia do direito cabe, então, fundamentalmente o papel de clarificação e justificação pós-metafísica da reconstrução da autocompreensão normativa do Estado Democrático de Direito, envolvendo a reflexão sobre a tensão interna ao direito moderno entre facticidade e validade (Oliveira, 2014, p. 25-26). Isto é, a reconstrução e a justificação dos direitos e obrigações jurídicas, da autonomia jurídica pública e privada, de uma teoria da interpretação adequada e aplicação imparcial do direito, do estatuto científico da ciência do direito, são temas centrais da filosofia do

direito na atualidade. Pode-se, então, segundo Oliveira, colocar-se a questão acerca de como considerar a relação entre Estado de Direito e Democracia, onde as questões jurídicas se apresentam de maneira fundamental como questões constitucionais. Nisso reside a afirmação de que a filosofia do direito é uma filosofia do direito constitucional, considerando que

a centralidade filosófico-jurídica do Direito Constitucional pode ser muito bem explicitada, e de forma privilegiada, através da reconstrução das condições de legitimidade ou de justificação democrática de um controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e de processo legislativo (Oliveira, 2014, p. 27).

Em *Facticidade e validade*, Habermas parte de um conceito neutro de dominação social e garante que não há Estado de Direito sem democracia radical. Habermas agora tenta resgatar o potencial emancipatório de ordenamentos jurídicos democráticos. Neste texto, Habermas não chega a desenvolver uma teoria sistemática do direito, pois somente ao terceiro capítulo ele oferece uma “reconstrução do direito”, sendo que o resto da obra se faz de observações sobre diversos aspectos do fenômeno direito.

Do conceito de direito desenvolvido por Rawls, Habermas mostra que o discurso filosófico sobre a Justiça tem dificuldades num nível puramente normativo. O diagnóstico apresentado é o de que a reprodução da vida social é por demais complexa, não se prestando a uma apreensão por parte das figuras normativas rígidas do direito racional, começando-se a pensar que os próprios mecanismos de integração social são de natureza não-normativa. O direito faz parte da superestrutura da base econômica de uma sociedade.

Em uma sociedade descentrada, o direito consegue apenas uma posição periférica, formando um sistema ou um discurso em meio a uma variedade de sistemas e de discursos. Algumas das críticas apontadas por Habermas é a de que o direito é reduzido à função da sua aplicação jurídica; o sistema jurídico não consegue mais manter a troca direta com os mundos que o circundam; tendo como consequência o fato de que o direito marginalizado só pode reagir a problemas próprios que podem ser provocados

a partir de fora, não podendo levar a sério nem elaborar problemas que oneram o sistema da sociedade como um todo.

Pergunta: Habermas está preocupado em sustentar somente uma filosofia do direito? De fato, não. Sua intenção é maior do que um possível mero discurso sobre a justiça: “O discurso filosófico sobre a justiça não faz jus à dimensão institucional, que constitui o objeto primordial do discurso jurídico. E, sem visão do direito como sistema empírico de ações, os conceitos filosóficos ficam vazios” (Habermas, 1992, p. 90).

Habermas está preocupado em aliar um discurso filosófico sobre a justiça a um sistema empírico de direito possível. Então, Habermas quer em primeiro lugar definir o papel do direito dentro da sociedade moderna e sua perspectiva não é meramente filosófica, mas sócio-teórica. Por isso, Habermas recusa uma perspectiva meramente filosófica, baseado em circunstâncias políticas concretas.

Assim, o filósofo alemão entende que as análises sociológicas do direito têm de unir a intervenção externa com uma reconstrução interna, isto é, o engate da teoria normativa na realidade não precisa passar sem mediação por sobre a consciência política de um público de cidadãos. A reconstrução do desenvolvimento do Estado de Direito pode encontrar êxito em processos políticos.

4. A democracia e a complementaridade entre moral, direito e política

Em sociedades complexas e plurais, cabe frisar a observação feita por Galuppo (2002. p.194) de que uma participação atual e irrestrita no discurso é impossível, mesmo ante os limites de uma comunidade ideal de comunicação. Daí que as democracias contemporâneas se salvaguardam na regra da maioria como mecanismo para a formação de consensos.

Bem observado por Souza Neto (2006. p. 168), é o fato de que as democracias contemporâneas são marcadas pelo desinteresse generalizado

pela política, pela grande influência do poder econômico sobre os processos eleitorais, pela manipulação da opinião pública pelos meios de comunicação, pela corrupção generalizada dos governos, bem como pela ausência de fidelidade dos governantes aos princípios de seu partido e às propostas de campanha.

O modelo de democracia defendido por Habermas (1992, p. 362) não está atrelado a um conceito de sociedade centrada no Estado, de maneira que a teoria do discurso conta com a intersubjetividade de processos de entendimento, os quais se realizam por meio de procedimentos democráticos ou rede comunicacional de esferas públicas políticas.

Nessa configuração, a teoria do discurso conta com a política, de um lado, e com o direito, de outro, ao passo que a ideia de comunicação aqui deverá se dar por meio da intermediação discursiva do direito. A proposta de uma democracia procedimental não pode ser pensada sem a participação do direito, cujo papel se reveste de extrema importância na mediação e na institucionalização de procedimentos democráticos.

O conceito de democracia, “elaborado pela teoria do discurso, em que pese seu distanciamento a ideias tradicionais sobre a constituição de uma sociedade política, não é incompatível com a forma e o modo de organização de sociedades diferenciadas funcionalmente” (Habermas, 1992, p. 367).

O direito assume uma nova proposta na teoria do discurso, aparecendo como categoria responsável por mediar procedimentos discursivos, ao lado da democracia. A moral e o direito se encontram em relação de complementação recíproca. Agora o direito passa a ser compreendido igualmente originário à moral, ambos com a mesma participação na razão prática. Sobre a referida mudança, Nobre destaca que “se no quadro da Teoria da ação comunicativa, o modelo de sociedade em dois níveis era pensado por meio da metáfora do *sitiamento*, a relação entre sistema e mundo da vida será pensada, no quadro de Direito e democracia, segundo a metáfora das *eclusas*” (1991, p.389).

Neste ponto, Habermas busca dar conta da questão da legitimidade do direito. Conforme Felipe Gonçalves Silva e Rurion Melo (2012, p. 144), “a legitimidade do direito será ancorada em um processo democrático

institucionalizado, que sustenta a suposição de produzir resultados racionais por possibilitar uma gênese deliberativa da opinião e da vontade". A moral passa a ser orientada pelo direito, não sendo mais uma figura central como na Teoria da ação comunicativa. Por isso o direito passa a ter uma função cooriginária, não havendo mais subordinação do direito à moral, mas cooriginariedade.

Ainda na arquitetura apresentada por Habermas (2003) de uma ética do discurso, o filósofo designa de comunicativas às interações a partir das quais as pessoas envolvidas se põem de acordo para ordenar seus planos de ação, onde o acordo alcançado em cada caso pode ser medido pelo reconhecimento intersubjetivo das pretensões de validade. As pessoas ao entrarem numa argumentação (moral) a partir do seu agir comunicativo numa clara atitude reflexiva, têm o objetivo de restaurar um consenso perturbado (*Ibidem*, p. 79-83). De acordo com Habermas, a ética do discurso pode ser reduzida ao princípio 'D' – princípio ético-discursivo – segundo o qual só podem reclamar validade as normas que encontrem o assentimento de todos os concernidos enquanto participantes de um discurso prático (*Ibidem*, p. 116). Em *Verdade e justificação*, Habermas distingue dois tipos de agir comunicativo: um num sentido fraco e outro num sentido forte, de maneira que há um agir comunicativo

num sentido fraco, quando o entendimento mútuo se estende a fatos e razões dos agentes para suas expressões de vontade unilaterais; falo do agir comunicativo num sentido forte ao momento em que o entendimento mútuo se estende às próprias razões normativas que baseiam a escolha dos fins. Pois então os envolvidos fazem referência a orientações axiológicas intersubjetivamente partilhadas que determinam sua vontade para além de suas preferências. No agir comunicativo em sentido fraco os agentes se orientam apenas pelas pretensões de verdade e veracidade; no sentido forte, eles também se orientam por pretensões de correção intersubjetivamente reconhecidas. Nesse caso, pressupõe-se não só livre-arbítrio, mas também autonomia no sentido de liberdade

de determinar a vontade própria com base em discernimentos normativos (Habermas, 2004, p.118).

Habermas irá mostrar que não se pode estabelecer uma conexão precipitada entre racionalidade comunicativa e linguagem, de forma que nem todo o uso da linguagem é comunicativo.

Quadro 1 – Tipos de uso linguístico

Proferimentos	Modo de utilização
Proposições enunciativas e intencionais (representação “pura” e planejamento “monológico” da ação)	não-comunicativo
Expressões de vontade não incrustadas em contexto normativo (imperativos simples, anúncios)	orientado ao entendimento mútuo
Atos ilocucionários completos (normativos, constatativos, expressivos)	orientado ao acordo
Perlocuções	Orientado às consequências (entendimento mútuo indireto)

Fonte: Habermas (2004. p. 125).

Quadro 2 – Tipos de ação

Uso da linguagem	Atitude do agente		
	Objetivante	Performativa	
Não-comunicativo	Intervenção dirigida	-	Ação não-social
Orientado ao entendimento mútuo	-	Ação comunicativa no sentido fraco	} Interações sociais
Orientado ao acordo	-	Ação comunicativa no sentido forte	
Orientado às consequências	Interações estratégicas	-	

Fonte: Habermas (2004. p. 126).

De acordo com Habermas, as modalidades do uso linguístico determinam, a partir das diferentes atitudes dos agentes, quatro tipos de ação linguisticamente estruturada, entre as quais somente dois tipos perfazem uma racionalidade comunicativa. Os atos de fala podem ser distinguidos em três classes, quais sejam: a) locucionários: cujo sentido e referência são determinados; b) ilocucionários: permitem realizar uma ação quando se afirma algo; e, c) perlocucionários: efeitos. Habermas transforma os atos ilocucionários em pretensões de validade. Para que seja possível a

fundamentação de uma ética do discurso,¹ Habermas lança mão de regras de argumentação para a validade de um discurso, quais sejam:

- (1.1) A nenhum falante é lícito contradizer-se.
- (1.2) Todo o 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 sob todos os aspectos relevantes.
- (1.3) Não é lícito aos diferentes falantes usar a mesma expressão em sentidos diferentes.
- (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 isso.
- (3.1) É lícito a todo sujeito capaz de falar e agir participar de Discursos.
- (3.2) a. É lícito a qualquer um introduzir 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) (2003, p. 110-112).

1 Cabe observar dessa forma, que o presente texto não irá abordar o debate existente acerca da fundamentação do princípio moral, quando Habermas abandona à pretensão de uma fundamentação última, entendendo que a fundamentação se dá na própria linguagem, diferentemente de Karl-Otto Apel, que irá trabalhar a ideia de uma fundamentação última, portanto transcendental, a partir de outra arquitetônica da ética do discurso a partir da denominada pragmática universal. Nesse sentido ver: Cenci (2001).

O discurso, na forma defendida por Habermas, garante a liberdade e os direitos de todos os participantes, logo, respeita a sua dignidade. Os princípios morais deverão ser reconhecidos por aqueles que participam do discurso prático antes do procedimento de busca para o entendimento de onde gera o consenso. A ética do discurso é uma teoria capaz de sustentar um processo de comunicação entre partes, de forma imparcial, neutra, com respeito às regras de argumentação expostas por Habermas, no sentido de se buscar consenso.

Segundo Souza Neto (2006, p. 155),

essa valorização da esfera pública não significa, ademais, que a perspectiva democrático deliberativa também não atribua um papel importante às instituições legais, especialmente à constituição e à jurisdição constitucional. A constituição exerce, para esse modelo procedimental, a função precípua de positivar o estado de direito; e a jurisdição constitucional, a de garanti-lo.

Souza Neto chama a atenção para o fato de que o tribunal constitucional é o verdadeiro guardião da democracia deliberativa. A tese de Habermas é a de que a Constituição determina procedimentos políticos, por meio dos quais os cidadãos assumindo seu direito de autodeterminação, podem perseguir cooperativamente o projeto de produzir condições justas de vida.

Dessa forma, somente as condições processuais da gênese democrática das leis podem assegurar a legitimidade do direito. Os tribunais constitucionais atuam como defensores da soberania popular, garantindo a preservação dos pressupostos da democracia deliberativa, pois

partindo dessa compreensão democrática, é possível encontrar um sentido para as competências do tribunal constitucional, que corresponde à interação da divisão de poderes no interior do Estado de direito: o tribunal constitucional deve proteger o sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos

(Habermas, 1992, p. 320).

O tribunal constitucional deve examinar os conteúdos de normas comunicativas no contexto dos pressupostos comunicativos e condições procedimentais do processo de legislação democrático. De acordo com Souza Neto, o modelo de Habermas aponta para o fato de que a legitimidade das decisões estatais depende de dois fatores: a) a institucionalização jurídica dos procedimentos de legiferação e a abertura do sistema estatal aos influxos comunicativos que advém do espaço público (*Ibidem*, p. 155).

5. A contribuição da democracia deliberativa à teoria da constituição

Atualmente a teoria da constituição não se limita mais a somente dizer “o que é uma constituição”, mas avança no sentido de dizer o que a constituição “deve ser”, incorporando dimensões racionais-normativas em uma filosofia constitucional. Nesse quadro, o desafio importante da teoria constitucional ou de uma filosofia do direito constitucional é reabilitar os esforços de justificação dos preceitos constitucionais, de forma não metafísica (Souza Neto, 2001, p.191).

Na atualidade, vive-se um processo de extrema atuação do Poder Judiciário na vida social e política dos cidadãos, consubstanciando-se numa intervenção exagerada e que custará alto à democracia nacional. Por certo, tem-se claro que a atuação do Poder Judiciário é importante para a sociedade, no entanto tal atuação deve ser compatível com o constitucionalismo democrático, sob pena do progresso incontrolável do fenômeno da judicialização da política.

Conforme observa Gisele Cittadino (2002, p. 27), o próprio pensamento jurídico brasileiro é marcado pelo positivismo e pelo comprometimento com a defesa de um sistema de direitos voltado à garantia da autonomia privada dos cidadãos. Há que se buscar, entretanto, um fundamento ético para a

ordem jurídica, contra o positivismo e o privatismo, junto à efetividade do amplo sistema de direitos garantidos pela Constituição de 1988.

A perspectiva levantada pela teoria democrático-deliberativa trabalha o conceito de constituição a partir do conteúdo normativo, e não apenas da supremacia formal, como queria o positivismo jurídico (Souza Netto, 2001, p. 203). A democracia deliberativa aposta na racionalização normativa, concebendo de modo dinâmico, democrático, discursivo e reconstrutivo os dualismos da teoria constitucional, tais como: descrição versus prescrição; normatividade *versus* realidade, estática *versus* dinâmica, estabelecendo, no dizer de Souza Neto, o seguinte conceito de constituição:

a constituição da democracia deliberativa é um sistema aberto cujo núcleo substantivo é o repositório das tradições políticas que dão fundamento ao estado democrático de direito, reconstruídas democrática, discursiva e coerentemente, de modo a permitir a cooperação livre e igualitária de todos os cidadãos na deliberação democrática (*Ibidem*, p. 225).

No dizer de Oliveira (2017), a busca por uma teoria crítica da constituição deve conseguir confluir a legalidade, a legitimidade e a efetividade implicadas no próprio conceito de constitucionalidade, o que é defendido a partir de uma teoria da sociedade em termos de uma teoria da comunicação de Habermas, em que a constituição é legítima e efetiva enquanto o “próprio sentido *de* e *da* constituição for objeto de disputas imperativas e, portanto políticas na esfera pública, e não em função de uma suposta correspondência, em maior ou menor medida, entre um dado conteúdo constitucional e a realidade dos processos político-sociais” (p. 109).

O procedimentalismo não pode, dessa forma, ser reduzido à significação funcional. O sentido normativo exige, conforme Oliveira (2017, p. 115), não só a igualdade formal de todos os destinatários da lei, perante a lei, mas uma distribuição equânime do ônus argumentativo entre os participantes do discurso em deliberações jurídico-políticas. Nesse sentido, conforme esclarece Gisele Cittadino (2020, p. 216),

Habermas está convencido de que as desigualdades sociais decorrentes de uma “sociedade de direito privado” simplesmente revelam que assegurar aos sujeitos de direito um âmbito de ação imune a interferências indevidas não garante – como pressupunha o paradigma do direito liberal – o direito universal a iguais liberdades individuais. Entretanto, o paradigma do direito ao bem-estar, ao “materializar o direito privado” e introduzir novos direitos básicos, vem apenas justificar, ainda que de outra maneira, o mesmo ponto de vista normativo do paradigma do direito liberal, ou seja, a garantia da autonomia privada. O objetivo agora é dar aos indivíduos uma possibilidade real de escolha entre as alternativas permitidas, configurando uma base material que assegure o princípio da igual oportunidade para o exercício das liberdades individuais.

A busca da efetividade das normas constitucionais não torna a existência dos Tribunais Constitucionais auto-evidente, sendo que, conforme observa Habermas, mesmo nos Estados de Direito em que eles existem há grandes controvérsias sobre o seu lugar na estrutura de competências da ordem constitucional, bem como acerca da legitimidade de suas decisões.

A teoria do discurso descobre o caráter derivativo de defesa conferido ao Estado, quando tão-somente a constituição de um poder estatal pode fazer com que o direito a iguais liberdades subjetivas se transmita também à relação que os parceiros do direito, inicialmente socializados de modo horizontal, mantêm com o executivo do Estado.

6. Considerações finais

A partir do presente estudo, pode-se enumerar algumas notas conclusivas derivadas, no sentido de oferecer uma possibilidade potencial para o constitucionalismo contemporâneo e para a própria Teoria da

Constituição.

Como primeira nota conclusiva, pode-se afirmar a nova função da filosofia do direito, de refletir sobre a tensão interna do direito moderno entre facticidade e validade. Cabe, então, à filosofia do direito analisar a relação entre Estado de Direito e democracia. Por isso, a Filosofia do Direito é Filosofia do Direito Constitucional.

Habermas formula uma teoria reconstrutiva da sociedade, e nessa nova proposta o direito tem um papel meritório, qual seja o de protagonista da integração social, conseguindo operar uma mediação entre sistema e mundo da vida. O aspecto emancipatório está na potencialidade maior ou menor das democracias contemporâneas, ao passo que uma teoria da justiça precisa de uma teoria do direito (jurídica) capaz de levar a cabo as abstrações de conceitos filosóficos, tais como a própria ideia de justiça.

A segunda nota conclusiva se refere ao potencial teórico-crítico da teoria discursiva de Habermas, enquanto uma teoria crítica da Constituição. A democracia deliberativa aposta na racionalização normativa, concebendo de modo dinâmico, democrático, discursivo e reconstrutivo os dualismos da Teoria Constitucional. Os procedimentos democrático-discursivos encontram assento nos próprios direitos fundamentais, garantindo assim a legitimidade ao Direito, em clara substituição da ideia do tribunal da razão (metafísico e solipsista), por discursos acerca do próprio sentido da Constituição.

Habermas identifica os direitos fundamentais em cinco categorias: direito a iguais liberdades subjetivas de ação; direito ao status de membro numa associação voluntária de parceiros do direito; direito à possibilidade de postulação judicial de direitos e configuração da proteção jurídica individual; direito à participação em igualdade de chances em processos de formação da opinião e da vontade (autonomia política); e direito à condição de vida digna na esfera social, técnica e ecológica.

Com isso, Habermas aponta para a legitimidade do Direito, da democracia e do processo legislativo, levando-se em consideração que a partir de tal proposição o processo legislativo passa a emanar da composição entre a soberania do povo (autonomia política através dos direitos de participação e de comunicação) e direitos fundamentais. Os direitos

fundamentais aparecem como condições formais para a institucionalização jurídica de uma formação discursiva da opinião e da vontade.

A resolução das demandas, em Habermas, desliga-se da esfera moral e passa a ser enfrentada a partir de procedimentos discursivos, em que os direitos humanos e a soberania do povo exercem um papel fundamental. Há que se questionar, entretanto, se a democracia deliberativa e o direito discursivo dão conta da problemática dos direitos humanos, conforme sustenta a Filosofia do Direito de Habermas, uma vez que, segundo o autor, o Direito assume o papel importante na resolução dos problemas do mundo da vida, buscando ofertar respostas satisfatórias às aspirações, vontades, opiniões e necessidades da esfera pública. E, por outro lado, é de se questionar, também, se, nesse caso, tal condição não significa deixar a democracia prisioneira do Direito, na medida em que há uma atribuição muito grande à esfera jurídica como integração social, conforme proposto por Habermas.

Para dar resposta às inquietações colocadas, pode-se buscar no próprio Habermas as fundamentações necessárias. Nesse sentido, vê-se que a matriz habermasiana aponta deficiências do modelo democrático representativo, posto que tal modelo apresenta limitações estruturais, como, por exemplo, não contemplar as aspirações populares e a não oferecer respostas satisfatórias às demandas sociais de grande parte da população.

Para tanto, Habermas oferece o modelo discursivo de Direito, com vistas à produção de uma política humanitária que atenda a todos os cidadãos e, principalmente, que respeite os direitos humanos. Assim, a Teoria Discursiva do Direito deve, necessariamente, enfrentar as questões a ela opostas, mas, sem dúvida, remete à necessidade de garantia de iguais liberdades subjetivas, de iguais chances de participação dos cidadãos na discussão de normas que lhes dizem respeito, legitimando-se, dessa forma, o direito positivo vigente, cuja legitimidade é definida pelo melhor argumento a partir da problematização dos anseios populares na esfera pública.

Por fim, a terceira nota conclusiva aponta para a possibilidade de que a Teoria da Constituição, por meio da Teoria do Discurso, garanta ao Direito Constitucional a sua própria base de fundamentação democrática,

essencialmente no que diz respeito à gênese das leis positivas do Estado Democrático de Direito, bem como a uma proposta de jurisdição constitucional arejada, compromissada com a cidadania e com o desenvolvimento social e político da sociedade, permitindo a participação de todos os concernidos tanto na elaboração normativa quanto na medida e alcance da norma constitucional.

Referências

- BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2022.
- BARROSO, L. R. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista de direito constitucional e internacional – IBDC*, São Paulo, RT, ano 15, n. 58, jan.-mar. 2007.
- BARROSO, L. R. Trinta anos da Constituição: a República que ainda não foi. *Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, set.-dez. 2018.
- BENEVIDES, M. V. M. *A cidadania ativa: referendo, plebiscito e iniciativa popular*. São Paulo: Ática, 2003.
- BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- CALLAGE NETTO, R. *A cidadania sempre adiada: da crise de Vargas em 54 à era Fernando Henrique*. Ijuí, RS: Ed. Unijuí, 2002.
- CARVALHO, J. M. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.
- CITTADINO, G. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e

separação de poderes. In: VIANNA, L. W. *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte; Rio de Janeiro: Ed. UFMG; IUPERJ; FAPERJ, 2002.

CITTADINO, G. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*: elementos de filosofia constitucional contemporânea. Andradina, SP: Meraki, 2020.

HABERMAS, J. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, J. *Faktizität und Geltung*. Beiträg zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. Frankfurt: Suhrkamp Verlag, 1992.

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

GALUPPO, M. C. *Igualdade e diferença*: Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MOREIRA, E. R. Neoconstitucionalismo e teoria da interpretação. In: BETTINI, L. H. P.; GONÇALVES JÚNIOR, J. C.; MOREIRA, E. R. *Hermenêutica constitucional*. homenagem aos 22 anos do grupo de estudo Maria Garcia. Florianópolis: Conceito, 2010.

NOBRE, M. Habermas e a teoria crítica sociedade: sobre o sentido da introdução da categoria do direito no quadro da teoria da ação comunicativa. In: HÖFFE, Otfried. *Justiça política*: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do Estado. Petrópolis, RJ: Vozes, 1991.

OLIVEIRA, M. A. C. A teoria discursiva no debate constitucional brasileiro: para além de uma pretensa dicotomia entre um ideal transcendental de Constituição e uma cruel e intransponível realidade político-social. *Mundo Jurídico*, 2005. Disponível em www.mundojuridico.adv.br. Acesso em: 10 dez. 2005.

OLIVEIRA, M. A. C. *Contribuições para uma teoria crítica da constituição*. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

OLIVEIRA, M. A. C. *Teoria da Constituição*. Belo Horizonte: Initia Via, 2014.

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

SILVA, F. G.; MELO, R. Crítica e reconstrução em direito e democracia. In: NOBRE, Marcos; REPA, Luiz. *Habermas e a reconstrução*. Campinas, SP:

Papirus, 2012.

SOUZA NETO, C. P. *Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

VALLESPÍN, F. ¿Reconciliación a través del derecho? Apostillas a facticidad y validez de Jürgen Habermas. In: GIMBERNAT, J. A. (Org.). *La filosofía moral y política de Jürgen Habermas*. Madrid: Biblioteca Nueva, 1997.

VIEIRA, L. *Os argonautas da cidadania: a sociedade civil na globalização*. Rio de Janeiro: Record, 2001.