

A LEGITIMAÇÃO DO PODER NAS SOCIEDADES COMPLEXAS¹

A POWER COMPANIES IN COMPLEX LEGITIMATION

Resumo

Crítica à Teoria Democrática Hegemônica, em especial, por propiciar, como consequências: crise de representatividade e desequilíbrio na relação entre os Poderes, desencadeando fenômenos nocivos ao Estado Democrático de Direito conhecidos como: judicialização da política e politização da justiça. Neste cenário, a análise da Teoria Democrática Deliberativa, proposta por Jurgen Habermas, apresenta como objetivo estudar uma alternativa no processo que leva à concretização da Democracia nas sociedades hipercomplexas, com especial enfoque no Estado Democrático de Direito Brasileiro e na respectiva crise de representatividade das minorias no Congresso Nacional respaldado no modelo da Teoria Democrática Hegemônica, a partir das condições de comunicação no processo político, incluindo a Teoria da Ação Comunicativa e a instituição de espaços deliberativos, capaz de alcançar resultados racionais, enfrentando o problema da ausência de representação das minorias e da participação dos governados no processo de formação e tomada de decisões.

Palavras chave: Democracia, Representatividade, Crise, Judicialização, Política

Abstract

¹ Maria Lucia Perez Ferres Zakia, mestranda em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, advogada formada pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas-SP e cientista social e política formada pela Universidade Estadual de Campinas.

Critic to the Hegemony Democratic Theory, mainly for its consequences: representative crisis and unbalance between the Powers relationship, triggering harmful phenomena to the Democratic State of Law known as: judicialization of politics and justice politicization. In this scenario, the analysis of Deliberative Democratic Theory proposed by Jurgen Habermas, presents the study of an alternative process that leads to the concretization of democracy in hyper complex societies, with special focus on the Democratic State of Brazilian Law and respective National Congress minority representatives crisis backed by the Hegemonic Democratic Theory, as of the communication conditions in the political process, including the Communicative Action Theory and the establishment of deliberative spaces, capable of achieving rational results, facing the lack of minority's representation problem and the participation of the governed in the establishment and decision making process.

Key Words: Democracy, Representative, Crisis, Judicialization, Politic

Sumário

1. A Teoria Democrática Hegemônica.....	05
1.1. Conceito	05
1.2. O Estado Democrático de Direito Brasileiro	07
1.3. A deficiência quanto à representação das minorias no Estado Democrático Brasileiro	07
2. A Teoria da Democracia Deliberativa.....	12
2.1. Conceito	12
2.2. Teoria da Ação Comunicativa	13
2.3. A Dinâmica na Teoria Democrática Deliberativa: Da efetiva participação das minorias e do processo de formação e tomada de decisões.....	15

2.4. Crítica.....	17
3. A Legitimação do poder nas sociedades complexas.....	18

1. A Teoria Democrática Hegemônica

1.1. Conceito

A partir da Teoria Democrática Hegemônica, vastamente adotada pelas atuais democracias capitalistas, entende-se que o poder político deve ser organizado democraticamente via instituições responsáveis por intermediar as relações entre os interesses privados dos indivíduos e o próprio poder. A legitimidade do governo reside na vontade dos indivíduos organizada pelo princípio da maioria, eleições periódicas e divisão de poderes. Assim, decisões legítimas, são decisões construídas a partir da junção da vontade da maioria (e não de todos).

Este modelo preza não só a legitimidade como também a eficiência na tomada de decisões.

As mais fortes críticas lançadas contra a Teoria Democrática Hegemônica consistem: na falta de representação das minorias, visto que a decisão prevalece pelo princípio da maioria, e na alegação de que a vontade do cidadão é viciada, já que não há um processo de construção da decisão e sim uma decisão pronta, *a priori*, e imposta para votação.

1.2. O Estado Democrático de Direito Brasileiro

No Estado Democrático Brasileiro, organizado democraticamente via instituições responsáveis por intermediar as relações entre os interesses privados dos indivíduos e o próprio poder,

a legitimidade do governo reside na vontade dos indivíduos organizada pelo princípio da maioria, eleições periódicas e divisão de poderes, nos exatos moldes da Teoria Democrática Hegemônica.

Assim, a Constituição da República Federativa do Brasil prevê, no respectivo art. 1º, parágrafo único que todo o poder emana do povo, que o exercerá por meio de representantes eleitos ou diretamente nos termos da Constituição².

No respectivo artigo 14³, determina que o processo político de escolha dos representantes seja realizado periodicamente, de forma direta, com voto secreto e igual validade para todos, elegendo os representantes do povo segundo sistema proporcional, no caso dos Deputados⁴, e representantes do ente federativo, segundo princípio majoritário, no caso dos Senadores⁵.

Finalmente, o art. 2º da Carta Constitucional prevê a divisão dos Poderes da União, a saber: Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e harmônicos entre si.⁶

Assim, nos moldes da Teoria Democrática Hegemônica, na República Federativa do Brasil decisões legítimas, são decisões construídas a partir da junção da vontade da maioria dos representantes eleitos do povo (e não de todos).

² CF. Art. 1º; Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

³ CF. Art. 14. 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

⁴ CF. Art. 45. A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal.

⁵ CF. Art. 46. O Senado Federal compõe-se de representantes dos Estados e do Distrito Federal, eleitos segundo o princípio majoritário.

⁶ CF. Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

1.3. A crise de representatividade no Estado Democrático Brasileiro e a Judicialização da política

Como vimos, a Teoria Democrática Hegemônica considera que a legitimidade do poder reside na vontade dos indivíduos organizada pelo princípio da maioria, dada a impossibilidade de unanimidade nas sociedades modernas (regra da maioria, eleições periódicas, divisão de poderes).

Esquemáticamente, a visão clássica da Teoria da Separação dos Poderes erige três Poderes em torno da noção de lei, um dita a lei (Legislativo), outro executa a lei (Executivo) e um diz a lei (Judiciário). Este sistema dá à representação popular o comando último: a lei é expressão da vontade geral e rege o Estado, sujeita o Executivo ao seu cumprimento estrito e impõe ao Judiciário vivenciar a lei, sempre num processo dialético (o contencioso).⁷

Ocorre que este sistema acaba por sacrificar a vontade das minorias, que nunca se veem representadas no Congresso Nacional, restando, portanto, completamente negligenciados os seus anseios.

Um caso ilustrativo e emblemático é a situação da parcela da sociedade homossexual que pretendia ver regularizada por lei as uniões homoafetivas e todos os efeitos subjacentes: extensão dos direitos atribuídos à família, sucessórios, patrimoniais, filiação, entre outros.

Muito embora forte pressão da classe, está não se viu suficientemente representada no Congresso Nacional para lograr, sequer um debate, sobre projeto de lei que regulamentasse a situação dos casais homossexuais.

Como mecanismo de controle das atividades do Poder Legislativo e Executivo pelo Poder Judiciário, a Constituição de 1988 (art. 103, §2^o), inspirada na Constituição portuguesa de

⁷ FEEREIRA FILHO. 2003. p. 191.

⁸CF. Art. 103, §2^o. A decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, produzirão eficácia contra

1976, adotou a ação de inconstitucionalidade por omissão, situada bem no espírito da Constituição-dirigente à moda de Canotilho.⁹

A consequência lógica da ação de inconstitucionalidade por omissão seria dar ao Poder Judiciário regular a matéria a qual se omitiu o Poder Legislativo, não fosse o perigo de uma extrema usurpação do poder legiferante por aquele, razão porque apenas se determinou que, após reconhecida a omissão, se desse ciência ao Congresso Nacional, sem a possibilidade de qualquer imposição de sanção¹⁰.

Aproxima-se desta ação o mandado de injunção previsto no art. 5º, inciso LXXI da Constituição Federal¹¹, sem precedente estrangeiro, que visa tornar possível o exercício de “direitos e liberdades constitucionais” inviabilizado por falta de norma regulamentadora, diferindo da ação de inconstitucionalidade por omissão, porque enquanto esta ocorre via controle direto, aquela se dá no controle difuso de constitucionalidade.

A norma que instituiu o mandado de injunção é deficiente por não lhe atribuir uma consequência, razão porque o Supremo Tribunal Federal cuidou de regulamentar o consequente: a comunicação da falta de regulamentação legal à semelhança do que ocorre na ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Ocorre que, exatamente em razão do mandado de injunção localizar-se em sede de controle difuso, o Supremo Tribunal Federal, no caso de omissão do Poder Legislativo, não pode deixar o caso sem solução sob alegação de falta de legislação em razão do previsto no artigo 5º, inciso

todos e efeito vinculante, relativos aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

⁹ FERREIRA FILHO, 2003. p. 203.

¹⁰ De modo diverso, quando a omissão se origina no Poder Executivo, o Poder Judiciário, além de dar ciência da omissão legislativa, determina que o órgão responsável legisle no prazo de trinta dias, sob pena de configuração de crime de responsabilidade. Isto porque, não haveria, nesta hipótese, usurpação de Poder, tendo em vista que não é função precípua do Poder Executivo a de legislar.

¹¹ CF. Art. 5º, inciso LXXI. Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

XXXV da Constituição Federal¹² segundo o qual a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Face ao impeditivo de omissão de julgamento no caso em concreto, o Poder Judiciário, em sede de mandado de injunção, ante a omissão do órgão legiferante responsável, possui dois caminhos: aplicar o Direito contido na previsão constitucional ainda que sem lei regulamentadora, apenas possível nas hipóteses de normas constitucionais auto-executáveis, ou, caso não seja possível, dado que a norma constitucional não é auto-executável; o Poder Judiciário efetivamente atuará como legislador regulando o caso em concreto.

Outro mecanismo de controle das atividades do Poder Legislativo e Executivo pelo Poder Judiciário previsto no artigo 102, §1º da Constituição Federal¹³ é a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, cuja aplicação é subsidiária a qualquer outra forma de controle direto de constitucionalidade, restringindo sua aplicação ao questionamento de recepção constitucional dos atos normativos anteriores à Constituição Federal de 1988, aos atos normativos municipais¹⁴, tendo sido, ainda, aceito pelo Supremo Tribunal Federal para atribuir efeito concreto às ações de inconstitucionalidade por omissão, quando, após a ciência ao órgão legiferante responsável pela regulamentação da previsão constitucional, este permanece inerte.

Pois bem, em 5 de maio de 2011, ao julgarem a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 132, os Ministros do Supremo Tribunal Federal reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo. As ações foram ajuizadas

¹² CF. Art. 5º, inciso XXXV. A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

¹³ CF. Art. 102, §1º. A arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal, na forma da lei.

¹⁴ Na hipótese de arguição de descumprimento de preceito fundamental cujo objeto seja ato normativo municipal não houve ainda manifestação do Supremo Tribunal Federal quanto à respectiva constitucionalidade.

na Corte, respectivamente, pela Procuradoria-Geral da República e pelo governador do estado do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral.

O ministro Ayres Britto argumentou que o artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal¹⁵ veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor e que, nesse sentido, ninguém pode ser diminuído ou discriminado em função de sua preferência sexual. “O sexo das pessoas, salvo disposição contrária, não se presta para desigualação jurídica”¹⁶, observou o ministro, para concluir que qualquer depreciação da união estável homoafetiva colide, portanto, com o inciso IV do artigo 3º da Constituição Federal.

Os ministros Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Cezar Peluso, bem como as ministras Cármen Lúcia Antunes Rocha e Ellen Gracie, acompanharam o entendimento do ministro Ayres Britto, pela procedência das ações e com efeito vinculante, no sentido de dar interpretação conforme a Constituição Federal para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil¹⁷ que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar¹⁸.

Sem adentrar ao mérito sobre a justiça da decisão, certo é que, tanto o artigo 223, §3º da Constituição Federal, quanto o artigo 1.723 do Código Civil, reconhecem como entidade familiar, textualmente, a união estável entre homem e mulher. Parece-nos, portanto, que seria mais correto alterar tanto a Constituição, quanto o Código Civil, para excluir dos respectivos

¹⁵ CF. Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

IV – promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor idade e quaisquer outras formas de discriminação.

¹⁶ STF. ADI 4277. Ayres Britto. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+4277%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+4277%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bftpsyu>. Acesso em 15set2015.

¹⁷ CC. Art. 1.732. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre homem e mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

¹⁸ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>. Acesso em 13set2015.

textos a especificação de gênero. No entanto, para isso, seria, imprescindível a atuação do Congresso Nacional.

Cientes os Ministros de que a classe homossexual corresponde a uma minoria que não logrou valer seus direitos pela via legislativa por ausência de representatividade necessária junto ao Congresso Nacional, entenderam que o único caminho viável para se fazer cumprir os direitos fundamentais da classe seria via Poder Judiciário, ainda que, para tanto, tivessem que, a partir de suposta interpretação conforme, enfrentar o grande obstáculo relativo a especificidade dos gêneros expressamente contido na legislação, por força da previsão literal “entre homem e mulher”, criando uma regra que, ultrapassa os limites da interpretação, adentrando na atividade criativa eminentemente legiferante.

Particularmente nos casos em que se trata de direitos de minorias é que incumbe à Corte Constitucional operar como instância contramajoritária, na guarda dos direitos fundamentais plasmados na Carta Magna em face da ação da maioria ou, como no caso em testilha, para impor a ação do Poder Público na promoção desses direitos¹⁹.

Efetivamente, numa visão pós-positivista e, inclusive, decorrente do modelo democrático hegemônico que não é capaz de absorver e sintetizar os anseios das minorias, surge no cenário jurídico um novo princípio: princípio do reconhecimento, principalmente em relação as minorias que não gozam de uma posição majoritária socialmente. O Estado deve empreender o reconhecimento a essas minorias, no afã, exatamente, de propiciar-lhes jurisdição na situação fática em que elas se encontram para que possam ser atendidas nas suas pretensões.

¹⁹ STF. ADI 4277. Luiz Fux. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+4277%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+4277%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bftpsyu>. Acesso em 15set2015, p. 668.

O processo jurisdicional é, por excelência, o locus da proteção dos direitos fundamentais. A jurisdição, como função primordial do Estado, precisa estar dirigida à consagração dos direitos fundamentais, como, de resto, a atividade estatal como um todo – do contrário, perde-se a própria razão de ser do Estado. Quando o processo resulta em flagrante e disseminada violação dos direitos fundamentais – sobretudo aqueles que dizem com os direitos da personalidade, como os de que ora se cuida –, o Estado tem o dever de operar os instrumentos de fiscalização de constitucionalidade aptos a derrotar o abuso. Acolha-se, destarte, a proposta de FELIPE DERBLI (O papel do Estadomembro no controle abstrato de constitucionalidade das leis em matéria de direitos fundamentais. In: VENTURA, Zênio; FAGÚNDEZ, Paulo (Org.). *As Perspectivas da Advocacia Pública e a Nova Ordem Econômica*. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006, v. , p. 133-154), para reconhecer que é missão do Estado-membro atuar comissivamente na defesa dos direitos fundamentais e, nesse mister, provocar o controle concentrado de constitucionalidade dos atos do Poder Público – in casu, do Poder Judiciário – mediante o ajuizamento, por seu Governador, da ação direta de inconstitucionalidade.²⁰

Deste modo, a crise de representatividade das minorias resta não só reconhecida, como institucionalizada no Estado Democrático de Direito Brasileiro que, como forma de lograr controlar e equilibrar a omissão legislativa, acabou por atribuir ao Poder Judiciário a função de representar as minorias nos seus direitos, ainda que, para tanto, seja necessário recorrer à atividade legislativa, à criação de novas regras, à interpretação que ultrapassa os limites lógicos e racionais estabelecidos pela própria lei.

Sem adentrar a qualquer avaliação do mérito destas decisões judiciais, fato é que tal dinâmica adotada pela ordem Constitucional de 1988 acabou por desequilibrar sobremaneira a harmonia entre os Poderes da União, atribuindo ao Poder Judiciário, Poder não representativo por essência, papel de acentuado caráter político, fenômeno que se denomina politização da justiça,

²⁰ STF. ADI 4277. Luiz Fux. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+4277%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+4277%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bftpsyu>. Acesso em 15set2015, p. 664.

tornando-se, nas hipóteses de ação de inconstitucionalidade por omissão, ação de descumprimento de preceito fundamental e mandado de injunção, um legislador ativo.

Tal funcionamento do sistema é perverso, pois mina a própria democracia. Os juízes não são eleitos pelo povo, constituem uma aristocracia e devem ser controlados pelos representantes do povo. “Mas a verdade é que o juiz deve servir à justiça, sob pena de desaparecer o Estado de Direito. Como, todavia, a servirá melhor? Adstrito à lei e, portanto, limitando-se a um controle de legalidade ou, concretizando princípios de justiça operando um controle de legitimidade?”²¹

2. A Teoria da Democracia Deliberativa

2.1. Conceito

Face ao contexto já descrito, a Teoria de Democracia Deliberativa trata de traçar de forma descritiva uma possibilidade de justificar e operacionalizar um ideal de soberania popular, partindo do pressuposto de decisões coletivas sobre o exercício do poder, mesmo nas sociedades hipercomplexas e plurais.

Assim, sem abrir mão dos procedimentos próprios de organização do poder dessas sociedades (regra da maioria, eleições periódicas e divisão de poderes), tal teoria afirma que o processo democrático deve-se sustentar nas deliberações racionais dos indivíduos em fóruns amplos de debate e de negociação. Afasta-se da ideia de decisões agregativas de preferências fixas e individuais, dando lugar a um processo de comunicação em espaços públicos, que auxilia e mesmo antecede a própria formação de vontade do cidadão.

²¹ FERREIRA FILHO, 2003. p. 216.

A Teoria da Democracia Deliberativa, preocupa-se com o modo de como os cidadãos fundamentam racionalmente as regras do jogo democrático, afirma que o simples voto não é suficiente para legitimar a democracia, sugerindo um procedimento para deliberação e tomada de decisão que represente um avanço em termos de fundamentação e legitimação das regras democráticas.

Referido procedimento democrático conjuga considerações pragmáticas, compromissos, discursos de autocompreensão e de justiça.

A operacionalização deste procedimento de deliberação e tomada de decisões depende basicamente de três pilares: condições de comunicação, institucionalização dos procedimentos de comunicação e inter-relação dos processos deliberativos institucionalizados com as opiniões públicas informalmente construídas.

Com relação às condições de comunicação no processo de deliberação, necessário se faz recorrer à Teoria da Ação Comunicativa de Jürgen Habermas como premissa.

2.2. Teoria da Ação Comunicativa

Segundo a Teoria da Ação Comunicativa é preciso transcender o paradigma da consciência para atingir o paradigma da comunicação.

...uma mudança de paradigma para o da teoria da comunicação tornará possível um retorno à tarefa que foi interrompida com a crítica da razão instrumental; e isto nos permitirá retomar as tarefas, desde então negligenciadas, de uma teoria crítica da sociedade.

Enquanto o primeiro modelo apoia-se na ideia de um pensador solitário, tentando compreender o mundo a sua volta a partir da realidade aparente e através dos seus sentidos, numa

relação sujeito-objeto; o segundo modelo, proposto por Jurgen Habermas, centra-se numa relação inter-subjetiva (relação sujeito-sujeito), construindo um novo conceito de racionalidade que encontra seus fundamentos nos processos de comunicação intersubjetivos com vistas a alcançar o entendimento.

...não é a relação de um sujeito solitário com algo no mundo objetivo que pode ser representado e manipulado mas a relação intersubjetiva, que sujeitos que falam e atuam, assumem quando buscam o entendimento entre si, sobre algo. Ao fazer isto, os atores comunicativos movem-se por meio de uma linguagem natural, valendo-se de interpretações culturalmente transmitidas e referem-se a algo simultaneamente em um mundo objetivo, em seu mundo social comum e em seu próprio mundo subjetivo.²²

Ação Comunicativa emerge da interação de, no mínimo, dois sujeitos, capazes de estabelecer relações interpessoais com o objeto de alcançar uma compreensão sobre determinada situação, com vistas a coordenar suas ações pela via do entendimento. Nesta medida, é possível afirmar que a mudança de paradigma de consciência para o da comunicação é fruto do abandono na visão egocêntrica do mundo.

Neste processo de comunicação, é possível submeter as pretensões de validade quanto à sua veracidade (mundo dos fatos – empirismo), quanto à correção normativa (mundo social das normas) e quanto à autenticidade (mundo das experiências subjetivas). Há, portanto, nova racionalidade comunicativa, com a possibilidade de crítica às pretensões de validade do ponto de vista factual, normativo e pessoal, permitindo, assim, que as pretensões de validade variem de acordo com a realidade social e natural e que as crenças variem de acordo com o mundo dos fatos e normativo.

Assim, considerando, por um lado, o abandono da visão egocêntrica do mundo (superação da visão solitária do mundo, relação sujeito-objeto) e, por outro, a possibilidade de críticas

²² HABERMAS, Jurgen. **The theory of communicative action, Vol 1, Reason and the rationalization of society**, Boston: Beacon Press, 1984, p. 392.

às pretensões de validade sob diferentes esferas (factual, normativo e pessoal), temos, como resultado, a necessidade dos atores em comunicação travarem um processo de entendimento quanto as posições de validade criticáveis (ação comunicativa X ação voltada para determinado resultado), trata-se de uma nova racionalidade comunicativa.

A racionalidade comunicativa fica caracterizada:

...sempre que as ações dos agentes envolvidos são coordenadas, não através de cálculos egocêntricos de sucesso, mas através de atos de alcançar o entendimento. Na ação comunicativa, os participantes não estão orientados primeiramente para o seu próprio sucesso individual, eles buscam seus objetivos individuais respeitando a condição de que podem harmonizar seus planos de ação sobre as bases de uma definição comum de situação. Assim, a negociação da definição de situação é um elemento essencial do complemento interpretativo requerido pela ação comunicativa²³

2.3. Dinâmica da Teoria Democrática Deliberativa: Da representação das minorias e do processo de tomada de decisões

Superado o entendimento da premissa relativa a Ação Comunicativa, imprescindível para entendimento das condições de comunicação, passamos a análise propriamente da Teoria Deliberativa de Jurgen Habermas, também conhecida como Teoria do Discurso ou Teoria da Política Deliberativa; e de seus outros dois pilares: i) a institucionalização dos procedimentos de comunicação e ii) a inter-relação dos processos deliberativos institucionalizados com as opiniões públicas informalmente construídas.

²³ HABERMAS, 1984, p. 285/286.

A Teoria do Discurso emerge da visão crítica da Teoria Liberal Pluralista, Republicanismo Cívico, Democracia Participativa e Multiculturalismo; e se baseia nas condições de comunicação sob as quais o processo político se apoia, visando obter resultados racionais (modo deliberativo).

A Teoria deliberativa unifica elementos da Teoria Liberal (democracia é resultado de processos de arranjos de interesses, fundamentando a legitimidade do resultado (justiça) através de direitos iguais e universais ao voto e da composição representativa das corporações parlamentares (constituição jurídico-estatal como elemento essencial) e da Teoria Republicana - democracia é o resultado da formação da vontade a partir de auto entendimento ético dos participantes, após deliberação e chegada de um consenso entre cidadãos – constituição jurídico-estatal como elemento secundário) de processo democrático.

Tal como no Republicanismo, a Teoria do Discurso reserva um papel proeminente à formação da vontade e à opinião no processo democrático, entendendo, contudo, a constituição jurídico-estatal como essencial, tal como os liberais. É que o processo de formação de opiniões e entendimento ocorrem na forma institucionalizada de aconselhamentos em corporações parlamentares e na rede de comunicação formada pela opinião pública de cunho político.

A política deliberativa ocorre por duas vias: pela formação da vontade democraticamente constituída em espaços institucionais e pela construção da opinião informal em espaços extra-institucionais. A inter-relação entre os dois espaços conferiria legitimidade ao governo.

Assim, o processo de comunicação e de decisão do sistema político é aquela que retrata uma relação do tipo centro-periferia. No núcleo do sistema político encontra-se: a administração, o poder judiciário e a formação democrática da opinião e da vontade (parlamento, eleições periódicas, partidos políticos). Na periferia localiza-se a esfera pública composta por associações formadoras de

opinião, especializadas em temas e em exercer influência pública (igrejas, sindicatos, associações culturais, etc).

Enquanto a Teoria Democrática Hegemônica considera que a legitimidade do poder reside na vontade dos indivíduos organizada pelo princípio da maioria, dada a impossibilidade de unanimidade nas sociedades modernas (*regra da maioria, eleições periódicas, divisão de poderes*); a Teoria Deliberativa sustenta a legitimidade das decisões governamentais no exercício de deliberação dos indivíduos racionais em fóruns amplos de debate e de negociação.

Habermas acredita, diferente de Jonh Rawls e Jean Jaques Rousseau, que os indivíduos na sociedade (em particular aqueles que precisam tomar decisões políticas) não possuem uma vontade já formada ou já sabem exatamente o que querem (paradigma da consciência; ação orientada para o sucesso), mas, nos termos da Teoria Deliberativa, o processo de deliberação e a confrontação de vários pontos de vista ajudam a esclarecer a informação e a refinar as preferências (paradigma da comunicação; nova racionalidade comunicativa), é exatamente o que se explica na sua Teoria da Ação Comunicativa. Assim, a vontade legítima representa a deliberação de todos, e não necessariamente a vontade de todos ou de apenas uma maioria, afastando a ideia de ação orientada para o sucesso.

Assim, nos termos da Teoria Deliberativa de Habermas, deliberação pode ser entendida como processo de argumentação e avaliação no qual diferentes aspectos de uma determinada proposta são considerados. Há, por outro lado, a concepção de deliberação como sendo a própria decisão obtida.

A Teoria Deliberativa de Jurgen Habermas rompe com a tradição de democracia como simples método de agregação de preferências individuais pré-existentes e pressupõe que as preferências são construídas e reconstruídas via interações em esferas públicas, enfatizando a igualdade de participação. Poder-se-ia afirmar que a democracia, para Habermas, não reside exatamente no ponto de chegada (resultado obtido a partir da contagem da maioria de decisões iguais),

mas no caminho a ser percorrido (no processo de construção dessa decisão (meio pelo qual se obtém determinada decisão, segundo processo de deliberação.

2.4. Crítica

A principal crítica à Teoria Deliberativa de Jurgen Habermas reside na dificuldade de concretude, pois, se por um lado, a teoria da Democracia Deliberativa descreve o processo de deliberação dos sistemas políticos contemporâneos a partir da Teoria da Ação Comunicativa, por outro, não se mostrou hábil em descrever os arranjos institucionais capazes de materializar, no caso em concreto, referida deliberação (*processo de argumentação entre cidadãos*). Habermas se desobriga a pensar em elementos institucionais ou, ao menos sugerir, na prática, como implementar sua teoria, deixando de dar formato institucional para sua teoria, ou seja, de descrever os arranjos institucionais e sua localização para operacionalização.

De toda sorte, ante a crise de representação averiguada em quase que a totalidade dos Estados Democráticos de Direito em sociedades hipercomplexas, acompanha-se, no bojo das Teorias Democráticas contemporâneas, tentativas de legitimar o poder. Neste cenário, destaca-se certa tendência em reavaliar o peso da argumentação no processo deliberativo, ou seja: repensar o momento decisório no processo de deliberação e a atenção ao momento argumentativo, como formas de legitimar o processo democrático.

3. A legitimação do poder nas sociedades hiper complexas

A crise de representatividade, bem como a conseqüente e acentuada ascensão do Poder Judiciário no cenário de importância e funções nos Estados Democráticos de Direito constituem

fenômeno mundial. “Reflete, na verdade, um fenômeno mundial, mas com peculiaridades decorrentes da Carta de 1988: a judicialização da política que tende a trazer a politização da justiça”²⁴.

“Com efeito, pelo mundo afora registra-se essa judicialização da política, conforme comprova número da *International Political Science Review* intitulado exatamente “the judicialization of politics”²⁵

Bem verdade que, no Brasil, a judicialização da política não se deve apenas à ineficiência de representação das minorias no âmbito do Poder Legislativo, mas a Carta Constitucional de 1988 é grande responsável também por atribuir ao Poder Judiciário, além o seu papel tradicional de fiscal da legalidade, o de fiscal da legitimidade, com intuito de aprimorar o controle judicial dos demais Poderes públicos. Acarretou, no entanto, um perverso efeito: o de judicializar o tratamento das questões políticas ou politico-administrativas e, conseqüentemente, dar uma dimensão política a esse Poder.

Para Manuel Gonçalves Ferreira Filho, há motivos para supor que a judicialização da política tenha sido desejada pelo Constituinte de 1988. Segundo relata o autor, à época da redação da Carta de 1988, o Judiciário gozava de confiabilidade que os Poderes políticos não dispunham, ao contrário, Executivo e Legislativo eram olhados com desconfiança pela opinião pública. Assim, a presunção de que os atos destes dois Poderes fossem legítimos mantinham-se no plano jurídico-formal, pois, na prática, sob o crivo da opinião pública, havia uma sensação geral de descredito quanto aos políticos, sempre mais interessados em satisfazer seus próprios interesses a cumprir com o interesse geral. Já o Judiciário aparecia como uma elite instruída e não corrompida, portanto,

²⁴ FERREIRA FILHO, 2003. p. 189.

²⁵ FERREIRA FILHO, 2003. p. 189.

confiável²⁶. “Na verdade, era clara a posição do próprio legislador constituinte: traduzia nítida descrença nos “políticos”.²⁷

Este descrédito não colhia o juiz. No fundo era ele encarado como uma personalidade mais próxima dos bem pensantes que fazem a opinião pública. E mais aceitável para essa burguesia “esclarecida”. É formado em nível superior, selecionado por meio de concurso, adstrito a independência e a imparcialidade, por isso – entende essa faixa da sociedade -, é melhor que a ele seja dada a decisão em matérias importantes – como as grandes decisões politico-administrativas – do que aos “políticos” – vistos como ignorantes, corruptos, interesseiros, demagógicos...²⁸

Referida dinâmica desconfigura o Sistema de tripartição dos Poderes, mina o equilíbrio necessário e o relacionamento entre eles e, pior, concede ao Poder Judiciário um papel político sem que tenha qualquer legitimidade atribuída pelo povo para tanto, visto ser um Poder cujos integrantes são providos por um sistema de concurso e títulos e não via sufrágio.

A crise de representatividade deforma completamente o sistema, colocando em ameaça tanto a própria democracia, ao judicializar a política, como o Estado de Direito, vez que o Poder Judiciário torna-se Poder cada vez mais politizado, afastando-se da norma e assumindo o papel de legislador.

Assim, antes de se reestruturar todo o sistema estatal em função da crise de representatividade e da descrença na classe política, mais salutar seria repensar o modelo de democracia adotado, construindo um sistema que, a uma só vez, incluísse na pauta política os anseios das minorias e conseguisse efetivamente regulamentar a forma da participação do povo no processo de tomada de decisões, tal como pretende a Teoria Deliberativa.

²⁶ FERREIRA FILHO, 2003. p. 213.

²⁷ FERREIRA FILHO, 2003. p. 213.

²⁸ FERREIRA FILHO, 2003. p. 214.

Ante a crise de representação averiguada em quase que a totalidade dos Estados Democráticos de Direito em sociedades hipercomplexas, dando especial enfoque ao Estado Democrático Brasileiro, é preciso buscar, no bojo das Teorias Democráticas contemporâneas, tentativas de legitimar o poder. Neste cenário, ganham relevo Teorias que reavaliam o peso da argumentação no processo deliberativo, ou seja, que enfatizam o momento decisório no processo de deliberação e a atenção ao momento argumentativo, como formas de legitimar o processo democrático com a efetiva participação popular não só no processo de tomada de decisões, mas na própria construção dessa decisão.

Bibliografia:

COSTA, Denise Resende. **Democracia Deliberativa: Potencialidades e Limitações**. Brasília. Edição Universidade de Brasília. Disponível em <http://www.portalconscienciapolitica.com.br/ciber-democracia/democracia-deliberativa>. Acesso em 02ago2015

FERREIRA, Manuel Gonçalves Filho. **Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo:Saraiva. 2003.

HABERMAS, Jurgen. **A Inclusão do Outro. Estudo de Teoria Política**. São Paulo: Edição Loyola. 2004.

HABERMAS, Jurgen. **The theory of communicative action. Vol 1. Reason and the rationalization of society**. Boston: Beacon Press. 1984.

LUBENOW, Adriano Jorge. **Esfera Pública e Democracia Deliberativa em Habermas. Modelo teórico e discursos críticos**. Revista da Faculdade de Filosofia da Universidade de Minas Gerais-MG. On-line version *ISSN 1981-5336*. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100-512X2010000100012&script=sci_arttext. Acesso em 04set2015.

NEVES, Marcelo. **Do Consenso ao Dissenso: O Estado Democrático de Direito a partir e Além de Habermas em Democracia Hoje: Novos Desafios para a Teoria Democrática Contemporânea**. SOUZA, Jessé (Org). Brasília: Edição Universidade de Brasília. 2001.