

# A DEMOCRACIA DELIBERATIVA: O MODELO MAIS ADEQUADO PARA O PROCESSO DECISÓRIO

Maria Luiza Scherer Lutz<sup>1</sup>

Octavio Campos Fischer<sup>2</sup>

Sumário: Resumo. 1. Introdução. 2. Princípios e Regras. 3. O Estado de Direito e o Princípio Majoritário. 4. Democracia Deliberativa. 5. Considerações finais. 6. Referências.

Resumo: Este trabalho almeja apresentar um breve panorama sobre a democracia deliberativa. Centralizou-se o estudo sob a forma de reflexão sobre a maturidade das instituições e das práticas democráticas em três partes: 1) Princípios e Regras, 2) O Estado de Direito e o Princípio Majoritário, 3) Democracia Deliberativa. A problemática a ser discutida, refere-se à tensão iminente entre a democracia e o constitucionalismo, que propiciam a gênese da democracia deliberativa. Foram analisados neste desiderato os modelos de Rawls, Habermas, bem como o paradigma cooperativo da democracia deliberativa de Carlos Santiago Nino.

Palavras-Chave: Princípios. Regras. Constituição. Direitos Fundamentais. Democracia Deliberativa

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direitos Fundamentais e Democracia – UNIBRASIL. Pós-Graduada lato sensu em Direito Civil e Processo Civil no Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria – UFSM.

<sup>2</sup> Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Mestre e Doutor pela UFPR. Programa do Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia – UNIBRASIL.

**Abstract:** This work aims to present a brief overview of deliberative democracy. Centered on the study in the form of reflection on the maturity of the institutions and democratic practices in three parts: 1) Principles and Rules, 2) the rule of law and the Majority Principle 3) Deliberative Democracy. The to be discussed relates to the inherent tension between democracy and constitutionalism, which provide the genesis of deliberative democracy. They were analyzed in this desideratum models Rawls, Habermas and the cooperative paradigm of deliberative democracy of Carlos Santiago Nino.

**Keywords:** Principles. Rules. Constitution. Fundamental rights. Deliberative democracy

## 1. INTRODUÇÃO



s princípios e as regras exercem função estrutural dentro do ordenamento jurídico. Ambos podem ser enquadrados conceitualmente como normas jurídicas. Quando se verifica um conflito entre princípios, a solução a ser admitida é a ponderação entre eles durante a aplicação ao caso concreto. No caso de conflito entre regras, uma delas deverá ser declarada inválida.

A democracia surge amparada em princípios e regras com a finalidade de consagrar o poder de decisão dos indivíduos em uma só pessoa. Diferentemente, do que o Estado de Direito prega, uma vez que trata dos indivíduos separadamente. Os direitos fundamentais servem justamente para colocar um freio na atuação do poder estatal. Enquanto, que por um lado, a constituição impõe limites à soberania popular, a democracia exalta o poder exercido pelo povo nas escolhas políticas. Desta tensão surge a Democracia Deliberativa.

A importância do presente estudo reside em observar a democracia deliberativa como um sistema mais adequado para a

sociedade, que evita o poder nas mãos daqueles que se encontram albergados no manto da maioria e, simultaneamente valoriza a opinião da minoria. Abordou-se a forma pela qual a democracia deliberativa nasce e, como ela deve ser adotada por uma sociedade que enaltece uma constituição que impõe limites à soberania popular. A problemática sobre democracia deliberativa advém do conflito existente entre o constitucionalismo, que se autoimpõe como manifestação da soberania popular e do poder constituinte, e a democracia que exalta a decisão do povo sobre questões politicamente relevantes para o seu meio.

Devido ao caráter teórico do objeto de estudo, a metodologia utilizada foi a de pesquisa bibliográfica sobre o tema na literatura brasileira e estrangeira, e análise documental, estudo de casos, utilizando-se do critério aleatório de coleta de dados jurisprudenciais e por amostragem.

Perfectibiliza-se dessa forma uma breve reflexão sobre a maturidade das instituições políticas e das práticas democráticas, em três partes: 1) Princípios e Regras, 2) O Estado de Direito e o Princípio Majoritário, 3) Democracia Deliberativa.

Com o fito propósito de responder assertivamente a pergunta em análise, esta pesquisa pretende contribuir para um melhor esclarecimento sobre a democracia deliberativa e, ainda, defender que é a melhor e mais justa forma de um povo decidir acerca das questões políticas da sua comunidade.

A percepção de democracia deliberativa decorre da necessidade de uma democracia com imposição de discussões e maior comunicação entre os participantes do processo decisório. Habermas funda seu modelo na concepção de soberania e Estado de Direito como razão comunicativa. Rawls se baseia na ideia de razão pública. Nino compara ambos os modelos e defende a aplicação da democracia deliberativa como a melhor forma ao processo decisório.

## 2. PRINCÍPIOS E REGRAS

Os elementos do sistema jurídico se organizam e se unificam a partir dos princípios jurídicos. Os princípios são a base de todas as regras da Ordem Jurídica, conferindo uma lógica aos seus elementos. Schier<sup>3</sup> afirma que não se pode negar que os princípios têm um maior grau de abstração do que os outros elementos do sistema. Virgílio Afonso da Silva<sup>4</sup> sustenta que a principal diferença entre regras e princípios, segundo a obra intitulada *Direitos Fundamentais*, fundamenta-se na estrutura que essas normas garantem. As regras garantem direitos (ou se impõem deveres definitivos), enquanto que os princípios em contraposição garantem direitos (ou se impõem deveres *prima facie*).

Virgílio Afonso da Silva<sup>5</sup> sustenta que os princípios devem ser compreendidos como mandamentos de otimização, ou seja, normas que garantem direitos ou impõem deveres *prima facie* – significa, por conseguinte, que enquanto os princípios são razões aplicadas desde o início, as regras implicam em razões definitivas (direitos subjetivos).

Dessa forma, princípios e regras detêm funções distintas. Ao se analisar do ponto de vista qualitativo<sup>6</sup>, os princípios teriam maior importância do que as regras. Importante registrar, neste particular, a divergência do renomado autor uma vez que inexistente hierarquia entre regras e princípios.

Para se distinguir princípios de regras é necessário se estabelecer um critério de função. Diferentemente, de objetos materiais (coisas), que podem ser diferenciados de acordo com critérios perceptíveis, palpáveis, os princípios são instrumentos analíticos abstratos. Por isso que se torna mais difícil realizar uma distinção entre princípios e regras, uma vez que variam di-

---

<sup>3</sup> SCHIER, 1999, p. 89.

<sup>4</sup> SILVA, 2009, p. 45.

<sup>5</sup> SILVA, 2010, p. 64.

<sup>6</sup> ÁVILA, 2009, p. 05.

ante do critério estabelecido, do fundamento usado e da finalidade.<sup>7</sup> Ainda, podem-se conceituar princípios como normas imediatamente finalísticas, pois estabelecem o comportamento devido, essa determinação depende de outras normas e de atos que interpretem a conduta devida. As regras são normas imediatamente finalísticas, em virtude da maior determinação sobre o comportamento devido e da menor dependência de outras normas e atos para interpretar a conduta que se pretende<sup>8</sup>.

Para Alexy<sup>9</sup>, tanto regras quanto princípios podem ser denominados normas, uma vez que os dois dizem respeito ao dever-ser. Ambos são razões para juízos concretos de dever-ser. Diferenciá-los é fazer a distinção de duas espécies distintas de normas jurídicas. A forma mais comum de se distinguir regras de princípios, centra-se no critério da generalidade. Princípios são normas de grau de generalidade alto, cita-se a título exemplificativo, a garantia de liberdade de crença ou religiosa (artigo 5º, inciso VI da CF/88). Enquanto que, em contraposição, a regra é considerada uma norma de grau de generalidade baixo, um exemplo, nesta linha de raciocínio é o direito subjetivo do preso em converter os outros à sua crença ou religião.

Registre-se, neste desiderato que o insigne doutrinador Humberto Ávila demonstra três formas de se realizar a distinção entre princípios e regras: a) Critério do caráter hipotético-condicional; b) Critério do modo final de aplicação; c) Critério do conflito normativo.

O critério “hipotético-condicional” na interpretação de Ávila<sup>10</sup> está intimamente ligado às consequências jurídicas, enquanto que os princípios apenas estabelecem uma diretriz a ser seguida, as regras impõem um elemento essencialmente descritivo. Com isso, entende-se que os princípios possuem um conteúdo genérico, podendo ser aplicado a todo e qualquer caso, e as

---

<sup>7</sup> ÁVILA, 1999, p. 154.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 167.

<sup>9</sup> ALEXY, 2015, p. 87.

<sup>10</sup> ALEXY, 2015, p. 61.

regras são mais específicas, por determinarem com mais precisão a finalidade jurídica.

Sobre o “modo final de aplicação”, Àvila<sup>11</sup> indica que este critério também é defendido por Alexy e Dworkin, cuja tese central é de que as regras são aplicadas em caráter absoluto, enquanto que os princípios de modo gradativo. Este critério não está completamente determinado pelo texto objeto de interpretação, cabendo ao intérprete, ao analisar o caso concreto, ponderar as circunstâncias, podendo inclusive modificar o caráter absoluto das regras. Segundo Àvila existe, portanto, a ponderação de regras, assim como de princípios. Pode-se mencionar, a título exemplificativo, o HC 73662-9/MG<sup>12</sup>, como clara aplicação deste critério pelo Supremo Tribunal Federal.

O critério normativo indica que a antinomia de regras é o verdadeiro conflito que somente se resolverá a partir da declaração de invalidade de uma das regras. Há senso contrário no conflito entre princípios, ambos podem ser utilizados através da técnica da ponderação, a fim de garantir a máxima aplicação<sup>13</sup>.

Para Alexy, havendo colisão entre dois princípios, deve-se utilizar a técnica da ponderação, diante das circunstâncias fácticas e jurídicas do caso concreto e fazer prevalecer somente um deles (prevalência de um princípio).

Neste particular, o doutrinador Thomas Bustamante ressalta que “no caso de uma colisão entre uma regra válida e um

---

<sup>11</sup> ÀVILA, 2015, p. 65.

<sup>12</sup> HC 73662-9/MG – O artigo 224 do Código Penal, atualmente revogado, discorria sobre a presunção de violência no estupro, quando a vítima tinha idade inferior a quatorze anos. Ao julgar este *Habeas Corpus*, o STF levando em consideração as circunstâncias de fato: aquiescência da vítima, aparência física e mental de pessoa mais velha. A Egrégia Corte Constitucional, por ocasião do julgamento, firmou entendimento que mesmo a vítima possuindo 12 anos não configurava o tipo penal de estupro presumido. Desprezando, por conseguinte, neste julgado a presença dos requisitos normativos. Isso prova que até nos casos em que a obrigação é absoluta (decorrente de regra), ela pode ser superada por razões contrárias não previstas.

<sup>13</sup> ÀVILA, 2015, p. 73.

princípio constitucional, pode-se ponderar o princípio que justifica a existência da regra com outros princípios diretamente estatuídos na constituição, mas não se pode por isso descurar da relevância do fato da existência de uma regra”<sup>14</sup>.

Não existe hierarquia entre princípios, cabendo ao julgador analisar o caso concreto para concluir qual irá preponderar<sup>15</sup>. No âmbito de aplicação de regras e princípios, Pietro<sup>16</sup> defende que as regras carecem de uma forma de aplicação fragmentada de acordo com o caso ou com a sua condição de aplicação. Analisando essa concepção, nota-se que os princípios são mais flexíveis quando aplicáveis ao caso concreto. Uma vez que, os princípios podem ser aplicados em uma multiplicidade de situações sem precisar de modificação do suporte fático. O princípio da igualdade, por exemplo, pode ser aplicado sob diferentes concepções, todas elas perfeitamente enquadráveis pela constituição<sup>17</sup>. Ocorre que, dificilmente um princípio não encontre barreira ou óbice em outros princípios. O grau de realização máximo somente pode ocorrer se as condições fáticas e jurídicas forem ideais, o que na prática é extremamente difícil de acontecer. Mesmo se limitando somente às condições jurídicas, é muito provável que no momento de aplicação de um princípio, este encontre barreira em um ou vários princípios.

Para Barroso<sup>18</sup>, regras refletem um comando imediatamente descritivo de condutas, enquanto que os princípios consagram determinados valores ou indicam finalidades a serem alcançadas, utilizando-se diversos meios.

De acordo com Zagrebelsky<sup>19</sup>, se cada princípio e cada valor fossem compreendidos como conceitos absolutos, seria

---

<sup>14</sup> BUSTAMANTE, 2010, p. 159.

<sup>15</sup> BARROSO, 2015, p. 368.

<sup>16</sup> PIETRO, 2003, p. 160.

<sup>17</sup> POZZOLO, 2003, p. 203.

<sup>18</sup> BARROSO, 2015, p. 349.

<sup>19</sup> ZAGREBELSKY, 1995, p. 16.

impossível se admitir a conjugação de princípios e valores. Portanto, não deve haver a prevalência de apenas um valor ou de um princípio, mas a proteção de ambos simultaneamente.

Para Alexy<sup>20</sup>, princípios são normas que determinam que algo seja utilizado o mais próximo das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Por conseguinte, eles podem ser denominados de mandamentos de otimização, pois se satisfazem em graus variados e dependem de possibilidades fático-jurídicas.

O doutrinador alemão Alexy<sup>21</sup> verifica que existem três objeções acerca do conceito de princípio. A primeira das objeções é que existindo colisão entre dois princípios, pode-se declarar a invalidade de um deles. A segunda objeção é que princípios absolutos não podem ganhar preferência em relação aos demais. E, a terceira e última objeção é que o conceito de princípio é muito amplo, podendo abarcar qualquer interesse a ele introduzido.

Sobre regras Alexy<sup>22</sup> esclarece: “regras são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos”. As regras definem exatamente o limite fático e jurídico daquilo que é possível.

Ávila<sup>23</sup> por sua vez leciona: o que caracteriza os princípios e os distingue das regras não é a indeterminação (também as regras são afetadas por essa característica); não é a estrutura lógica (também os princípios podem ser reconstruídos em forma condicional - se); não é a defectibilidade (também as regras são defectíveis); não é nem mesmo o modo de aplicação (também as regras estão sujeitas a técnica da ponderação).

Virgílio<sup>24</sup> por sua vez, sustenta que o fator distintivo en-

---

<sup>20</sup> ALEXY, 2015, p. 90.

<sup>21</sup> ALEXY, 2015, p. 109.

<sup>22</sup> ALEXY, 2015, p. 91.

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 17.

<sup>24</sup> SILVA, 2010, p. 45.



tre regras e princípios seria o grau de importância: princípios seriam as normas mais importantes de um ordenamento jurídico, enquanto as regras seriam aquelas normas que concretizariam esses princípios.

Há também aqueles doutrinadores que distinguem regras e princípios a partir do grau de abstração e generalidade: princípios seriam mais abstratos e gerais do que as regras.

Na obra *Interpretação Constitucional*<sup>25</sup>, Silva descreve as considerações de Alexy, a partir dos conceitos criados por Dworkin: os princípios jurídicos consistem apenas em uma espécie de normas jurídicas por meio da qual são estabelecidos deveres de otimização aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas.

Dessa forma, a guisa de conclusão, considera-se que o ordenamento jurídico é formado por princípios e regras. Os princípios nada mais são que uma forma abstrata de organizar o sistema, enquanto que ele só funcionará a partir do nascimento das regras.

Deste modo, têm-se inúmeras teses doutrinárias acerca das diferenciações entre princípios e regras, sendo indispensável pontuar que de fato ambos exercem salutar importância no ordenamento jurídico. A ausência de qualquer um deles ensejaria uma desarmonia dentro do sistema de leis. Enquanto que os princípios demandam a direção que o sistema deve tomar, as regras servem para ampará-los.

### 3. O ESTADO DE DIREITO E O PRINCÍPIO MAJORITÁRIO

A doutrina do Estado de Direito se diferencia nitidamente da ideia de democracia. Em caráter geral, o Estado de Direito não se empenha em temas como soberania popular, a efe-

---

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 57.

tiva participação dos cidadãos nas decisões coletivas, e aos valores da representatividade e do pluralismo.

O Estado de Direito considera todos os indivíduos como sujeitos do próprio ordenamento jurídico. Assim, todos os cidadãos devem dispor de meios cognitivos para prever quais tipos de decisões poderão ser tomadas, em particular pelo Executivo e Judiciário<sup>26</sup>. Na concepção Rights, o Estado de Direito no sentido forte, soma aos textos formais, um conteúdo mínimo de justiça<sup>27</sup>.

Anote-se que o Estado de Direito é um ideal que tem como principal enfoque a subordinação do poder político às regras gerais, abstratas e não retroativas e, que tem por finalidade combater a arbitrariedade e o abuso do poder através de uma institucionalização de um “governo das leis e não dos homens”, ou seja, um governo que tenha como pressuposto a razão<sup>28</sup>.

Na atualidade, o Estado de Direito se tornou mais abrangente, chegando ao ponto de quase ser confundido com o constitucionalismo. O constitucionalismo por sua vez, oferece ao poder limitações que, em excesso, podem sufocar a vontade popular e frustrar a autonomia política do cidadão. Já a democracia sem limites pode causar sérios riscos aos direitos fundamentais das minorias, bem como aos valores sociais decorrentes do processo democrático<sup>29</sup>.

A principal característica da democracia deliberativa é a busca pela conciliação da matriz político-liberal com a matriz democrática. Para realizar a análise deste ponto, torna-se imprescindível esclarecer que a democracia necessita de um nexos com o liberalismo político.

É cediço que, a soberania popular já foi vista como uma ameaça à liberdade individual. O Estado de Direito surgiu através do liberalismo político e a democracia, por sua vez, adveio

---

<sup>26</sup> ZOLO, 2006, p. 37.

<sup>27</sup> MENDES, 2008, p. 57.

<sup>28</sup> Ibid., p. 69.

<sup>29</sup> SARMENTO, 2007, p. 16.

da soberania popular.

Novais<sup>30</sup> afirma que um Estado de Direito é um Estado vinculado à observância de uma pauta material de valores entre os quais o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais desempenham um papel essencial.

Para estudar o Estado de Direito, cumpre destacar a importância do jusnaturalismo moderno. Nesta óptica, os cidadãos são titulares de direitos oponíveis contra o estado. Para o jusnaturalismo, a função estatal é garantir aos indivíduos os direitos naturais, esta é a ideia central do pensador John Locke. A concepção de direito natural é um limite à ação do Estado, em que sua validade independe de terem sido efetivamente reconhecidos direitos individuais.

Ao afirmar que direitos fundamentais são uma limitação ao poder estatal, não se pode concluir que o Estado não pode restringi-los. Neste desiderato, soerguem-se os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, com a finalidade de manter somente restrições a direitos fundamentais alicerçadas nos fundamentos de adequação, necessidade e justificação compatíveis com a Constituição. Outra forma decorrente da moderação do poder estatal é a divisão funcional realizada dentre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

É de suma importância que para a construção de um modelo contrário ao absolutismo, o poder não se concentre nas mãos de um só órgão, com o intuito de tomar as decisões unilateralmente. O poder deve ser distribuído de forma que se permita que um controle o outro. A este sistema normativo-constitucional, denominou-se “freios e contrapesos”, no qual a principal ideia é a interpenetração das funções do Estado. Assim, as funções são divididas entre os órgãos existindo uma nítida cooperação entre os poderes.

---

<sup>30</sup> NOVAIS, 2012, p. 17.

Souza Neto<sup>31</sup> menciona como exemplo do diálogo institucional entre os Poderes: para que um projeto de lei ordinária seja aprovado, além de contar com a maioria dos votos no Parlamento<sup>32</sup>, deve também, ser objeto de sanção presidencial<sup>33</sup>, e ainda, sua constitucionalidade ser fiscalizada pelo Supremo Tribunal Federal.

A separação de poderes tem como intuito garantir a liberdade individual. Montesquieu, na obra *De L'esprit des lois*<sup>34</sup>, define liberdade como um direito de fazer tudo aquilo que as leis permitem.

Da separação dos poderes também nasce o princípio da legalidade, o qual determina que todos os atos se limitem à aplicação da lei. Ainda, a lei deve ser aplicada de maneira indistinta, não podendo beneficiar ou prejudicar determinados grupos. O conteúdo material do princípio da legalidade se baseia na ideia de abstratividade, generalidade e irretroatividade.

Desta forma, os direitos fundamentais e a separação de poderes têm como função garantir que o poder não seja exercido de forma arbitrária.

O conceito de Estado de Direito está intimamente atrelado a corrente do positivismo jurídico, que atualmente ganha efeitos decorrentes das variadas gerações de direitos fundamentais, exaltando um conteúdo social e ambiental, sem abandonar a sua origem política-liberal.

Uma das principais bases do pensamento político moderno é a democracia. Neste aspecto, o Judiciário e em especial o STF, como guardião constitucional deve fiscalizar a participação popular e reprimir qualquer tipo de discriminação, proteger direitos políticos, além de observar o funcionamento e manutenção do processo decisório. Esta função do Poder Judiciário tem

---

<sup>31</sup> SOUZA NETO, 2006, p.32.

<sup>32</sup> CF/88, art. 47: “

<sup>33</sup> CF/88, art. 66: “

<sup>34</sup> MONTESQUIEU, 1748, p. 16.

por finalidade garantir a liberdade de expressão, o direito de reunião, de associação partidária e até mesmo o direito ao voto<sup>35</sup>. A democracia protege a minoria impondo limites à maioria.

A democracia tem como principal fundamento a preocupação com a participação do indivíduo no processo decisório sobre a política. Uma norma só é legítima quando os seus destinatários participam do processo de elaboração, ou seja, deve haver uma harmonia, um equilíbrio, entre governantes e governados. E, por conseguinte, uma isonomia entre os governados. É imprescindível que a democracia seja uma forma de governo para que a soberania popular seja efetiva, além disso, é necessário que ela seja aplicada também fora do âmbito eleitoral.

A vontade popular não está no consenso sobre as decisões a serem tomadas. Dentro do processo democrático há uma discrepância de opiniões, de forma que a vontade popular seja entendida como vontade comunitária qualificada pelo interesse público.

#### 4. DA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

Nas duas últimas décadas do século XX, predominavam teorias da democracia que se restringiam ao processo de agregação de interesses particulares, modelos agregativo e elitista, cujo intuito era a escolha de elites governantes. Neste período, nasce a democracia deliberativa: “o processo democrático não pode ser reduzido ao momento decisório; inclui também a possibilidade de se debater acerca dos assuntos a serem decididos; envolve um momento tipicamente deliberativo”<sup>36</sup>.

A democracia deliberativa é um sistema que deve ser influenciada por argumentos, temas e discussões de justificação

---

<sup>35</sup> MENDES, 2011, p. 66.

<sup>36</sup> SOUZA NETO, 2006, p. 71.

com base na comunicação dos indivíduos envolvidos no processo decisório<sup>37</sup>.

O constitucionalismo neste desiderato é visto como limitação do poder, enquanto que a democracia é o governo do povo. Em que pese seus objetivos serem evidentemente distintos, o constitucionalismo e a democracia integram o Estado Moderno<sup>38</sup>.

Nesse contexto, surgem três modelos de democracia deliberativa, os quais são modelo substantivo de democracia deliberativa de Rawls, modelo procedimental de democracia deliberativa de Habermas e o modelo cooperativo.

Na década de 70, John Rawls<sup>39</sup> elabora este modelo de democracia deliberativa a partir da análise do termo “razão pública”. Para ele, razão pública abrange princípios substantivos de justiça, além de regras de argumentação.

Rawls busca justificar de forma mais esclarecedora a aplicação dos princípios, ou ainda, solucionar eventual colisão entre eles. Os princípios de justiça devem ser submetidos a dois procedimentos: posição original e equilíbrio reflexivo.

A partir deles, surgem dois princípios. O primeiro princípio se baseia na igualdade de direitos entre os indivíduos, para que, ao final, o sistema de liberdade se equipare a todos. O segundo princípio reside na ideia de que as desigualdades sociais

---

<sup>37</sup> MACHADO, 2015, p. 236.

<sup>38</sup> GONÇALVES, 2012, p.29.

<sup>39</sup> Para Rawls, a razão pública tem justamente a função de permitir que os princípios possam ser justificados perante todos e aplicados corretamente. Para isso, formula “diretrizes de indagação” cujo o escopo é garantir que a argumentação política, pelo menos quando estão em jogo questões constitucionais básicas, mostre-se não apenas “persuasiva” mas “racional”. A razão pública prescreve que argumentação política apele “unicamente para crenças gerais e para as formas de argumentação aceitas no momento presente e encontradas no senso comum, e para os métodos e conclusões da ciência, quando estes não são controvertidos.” A contrário senso, ela proíbe que, “ao discutir sobre elementos constitucionais essenciais e sobre questões de justiça básica”, apelemos para “doutrinas religiosas e filosóficas abrangentes” ou, p. ex., para “teorias econômicas complicadas de equilíbrio geral, quando controvertidas” (SOUZA NETO, 2006, p. 115.) .

e econômicas devem ser organizadas de modo que sejam benéficas aos menos favorecidos, respeitando as restrições principiológicas e, além disso, sejam dadas oportunidades de modo igual a todos<sup>40</sup>.

Do modelo substantivo de democracia deliberativa, também decorrem regras, as quais têm como função orientar a aplicação dos princípios. A primeira regra da prioridade, na qual as liberdades básicas só podem ser restringidas em favor da liberdade. E a segunda regra, funda-se na ideia de que uma liberdade desigual pode ser aceita por aqueles que têm menos liberdades<sup>41</sup>.

Na segunda metade da década de 80, Habermas cria o modelo de democracia deliberativa constituído pela conciliação da soberania popular e do Estado de Direito. A opinião e a vontade dependem da existência dos direitos fundamentais. A liberdade e a igualdade são os pilares da democracia e do Estado de Direito. Isso garante a participação das minorias nos debates sobre as decisões políticas<sup>42</sup>.

Claudia Feres ensina “Habermas vem oferecendo através de sua obra, uma oportunidade ímpar de compatibilizar o ideal da participação com os problemas colocados à sociedade moderna pela complexidade e pelo pluralismo”<sup>43</sup>. Isso significa que a legitimação da democracia se dá através de meios comunicativos advindos da vontade e da opinião que, servem de canal para decisões sobre o governo e a administração.

A deliberação se perfectibiliza da seguinte forma: diversos participantes expõem suas ideias, criticam as ideias dos demais e o Estado de Direito garante a liberdade e igualdade entre eles.

---

<sup>40</sup> SOUZA NETO, 2006, p. 101

<sup>41</sup> *Ibid.*, p. 102.

<sup>42</sup> SOUZA NETO, 2006, p. 128.

<sup>43</sup> FARIAS, 2000, p. 48.

O modelo de Habermas se baseia na “razão comunicativa”<sup>44</sup> que se traduz na atitude realizada pelos indivíduos através de sua concepção sobre algo no mundo. Para que haja este conhecimento, é importante que cada indivíduo compreenda os demais e os tenha como iguais dentro da mesma sociedade. Por conseguinte, surgem os princípios incorporados no modelo. O primeiro deles é denominado de princípio da universalização: “Toda norma tem que preencher a condição de que as consequências e efeitos colaterais que previsivelmente resultem de sua observância universal, para a satisfação dos interesses de todo indivíduo, possam ser aceitos sem coação por todos os concernidos”<sup>45</sup>.

Ainda, tem-se o segundo princípio do modelo de Habermas, denominado princípio “D”, ou princípio da ética do discurso. Este princípio indica que todos devem consentir com a participação de cada um do grupo no discurso prático, cujo objetivo principal é estabelecer qual o critério para admitir os argumentos dentro do discurso deliberativo.

A partir do princípio “D”, Alexy consagra algumas regras do discurso prático que se baseiam na ideia de que qualquer falante pode participar; todos podem questionar, fazer qualquer declaração, exprimir vontades, opiniões ou dificuldades; ninguém pode ser coagido no momento em que está exercendo seus direitos durante o discurso<sup>46</sup>.

A ilação a partir deste modelo é de que Habermas tinha o intuito de proporcionar aos cidadãos uma maior interação dentro da democracia deliberativa, produzindo, assim, resultados legítimos e reais decorrentes da decisão pautada nos direitos fundamentais da liberdade e da igualdade.

A possibilidade da participação de todos institucionalizada pelo paradigma procedimentalista corresponde a uma ideia

---

<sup>44</sup> SOUZA NETO, 2006, p. 136.

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 139.

<sup>46</sup> *Ibid.*, p. 141



de uma democracia radical. A soberania deixa de se relacionar com qualquer tipo de conteúdo, vinculando-se ao que será produzido nos processos comunicativos<sup>47</sup>.

Faria<sup>48</sup> aponta o conteúdo a ser deliberado no processo de democracia de Habermas: “inclui tudo aquilo que é de preocupação aos cidadãos”.

O modelo cooperativo surge com a finalidade de harmonizar a relação existente entre o Estado de Direito e a Democracia. Enquanto que no modelo de democracia deliberativa de Habermas preponderava a democracia, o modelo de Rawls exaltava o Estado de Direito. Ou seja, Habermas e Rawls divergem quanto ao objeto de suas teorias.

Para que o modelo de cooperação seja de fato efetivo, é de extrema imprescindibilidade que haja liberdade. Sem liberdade não há que se falar em exercício da soberania popular. Neste contexto, ressalta-se a importância da liberdade como condição para o exercício da soberania popular<sup>49</sup>.

Da mesma forma, a igualdade também é necessária para a instauração da interação cooperativa. A igualdade pressupõe uma distribuição justa de recursos sociais.

Deste modelo, pode-se concluir que participação popular no sistema democrático deliberativo tem fundamento na liberdade, no momento em que o indivíduo exerce suas escolhas perante os demais, escolhas essas tanto de expressão como religiosa, e na igualdade, o que pressupõe que cada indivíduo terá uma carga equitativa no que tange às decisões a serem tomadas dentro do sistema deliberativo, ou seja, do resultado final, todos serão responsabilizados de igual forma.

O poder político se subordina a uma constituição obedecida por todos. Além de evitar atos arbitrários, a constituição busca também propiciar certeza, previsibilidade e capacidade de

---

<sup>47</sup> FERREIRA, 2015, p. 53.

<sup>48</sup> FARIA, 2000, p. 58.

<sup>49</sup> SOUZA NETO, 2006, p.162.

planejamento, condições necessárias para o gozo da liberdade. A constituição é suprema, o legislador não pode editar leis que sejam contrárias ao seu ordenamento<sup>50</sup>.

A Constituição Federal de 1988, segundo leciona Schier, ao ser promulgada, ficou conhecida como “Constituição Cidadã”, pois trouxe uma série de inovações ao ordenamento jurídico, em especial a consagração da democracia, valorou os princípios fundamentais baseados na dignidade humana, no pluralismo político, na cidadania, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Daniel Sarmiento<sup>51</sup> afirma que do “ponto de vista simbólico, ela quis representar a superação de um modelo autoritário e excludente de Estado e sociedade e selar um novo começo na trajetória político-institucional do país”.

Carlos Santiago Nino faz um estudo comparativo acerca das teorias de democracia de Rawls e Habermas. Buscando superar a proposta individualista de Rawls e a de Habermas que conduz a um populismo moral<sup>52</sup>.

Nino acredita na democracia deliberativa como método mais confiável para modificar os interesses das pessoas. O valor epistêmico da democracia está voltado à aceitação da decisão democrática, sendo de grande valia a opinião individual ou de grupos minoritários acerca de uma objeção. Nino demonstra que decisões tomadas sob influência de negociações ou emoções podem ser negativas, porém, podem também ser responsáveis por grandes mudanças no quadro de governo representativo<sup>53</sup>.

Democracia deliberativa diverge de ativismo. A postura do ativista não é razoável. O que seria razoável na visão deliberativa seria ouvir também os que estão errados, para através da comunicação, convence-los a mudar seus ideais. O ativista se afasta de indivíduos de quem discorda. Não se funda na razão e

---

<sup>50</sup> MENDES, 2011, p. 69.

<sup>51</sup> SARMENTO, 2007, p. 11.

<sup>52</sup> GODOY, 2011, p. 64.

<sup>53</sup> GODOY, 2011, p. 72.

sim em apelos emocionais, palavras de ordem e táticas para protestar e reivindicar. Por este motivo, em uma sociedade democrática é comum julgar práticas ativistas como sendo irracionais ou até mesmo extremistas<sup>54</sup>.

Para Dworkin os juízes podem anular uma decisão política sem prejudicar a democracia, apenas aperfeiçoando-a<sup>55</sup>.

Nino defende que a verdade moral é constituída pela satisfação de pressupostos formais inerentes ao raciocínio de qualquer indivíduo. Para Rawls, o que mais vale dentro da democracia são as regras que definem a validade dos princípios, já para Habermas, a verdade moral resulta do consenso. Nino se utiliza das duas teses, e ressalta os aspectos positivos de ambas, o que se encontra de novo na sua teoria é o denominado “construtivismo epistemológico.” A partir deste termo, Nino procura demonstrar que a partir das discussões coletivas e individuais, não se tem um consenso, tem-se o surgimento de um estado de conflito.

De qualquer forma, a democracia deliberativa deve ser vista como o melhor caminho a ser seguido para chegar ao resultado correto, com fundamento na escolha das pessoas.

Para Nino, a tensão entre a democracia e o constitucionalismo decorre justamente da ideia da preocupação com as minorias e a busca e proteção de determinados valores. A democracia deve ser vislumbrada como um procedimento e experimentação da ação comunicativa e argumentativa, com a finalidade de que todas as decisões sejam moralmente corretas<sup>56</sup>. Para isso, não se pode violar direitos e garantias presentes na Constituição. Aí reside a diferença entre a teoria de Nino e as de Rawls e Habermas, o que se pretende não é ignorar ou superar essa tensão, e sim aprender a conviver com ela.

---

<sup>54</sup> MACHADO, 2014, p. 194.

<sup>55</sup> MENDES, 2008, p. 56.

<sup>56</sup> CHUEIRI, 2010, p. 170.

Diante disso, tem-se que a tensão entre o constitucionalismo e a democracia não pode ser observada como prejudicial ao sistema jurídico-político, devendo a mesma ser utilizada de forma a valorar os direitos e expandir o rol democrático.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A democracia deliberativa surge com a finalidade de conciliar a tensão existente entre o Estado de Direito e a soberania popular. Carlos Santiago Nino defende justamente o fato de que se deve aprender a conviver com esse conflito, pois é na democracia deliberativa que se encontra o mais adequado processo decisório.

A democracia deliberativa exalta as discussões de grupo e dá ênfase a um processo baseado na comunicação entre os indivíduos, não desprezando a ideia de que os indivíduos envolvidos são tratados de igual forma. Além disso, os grupos em minoria são protegidos pelo sistema, que impõe limites aos grupos majoritários.

Por derradeiro, no que tange à aplicação de princípios e regras no processo decisório, só é possível se estabelecer um critério ao se analisar o caso concreto. Sendo que, em se tratando de colisão entre princípios, utiliza-se da técnica da ponderação para que se torne eficaz a maximização dos princípios. Já nos casos em que se visualizem conflitos entre regras (antinomia), é imprescindível se proceder à decretação da invalidade de uma delas.

O estudo de princípios e regras é basilar ao processo decisório, pois da própria Constituição nascem, regras, princípios e direitos fundamentais que inserem ao poder estatal uma limitação no que se refere à sua atuação.

Desta forma, a democracia tem um papel de grande importância que se funda em tratar os indivíduos como um só, quando da decisão sobre questões políticas de uma comunidade.

Neste contexto, existindo o conflito entre o constitucionalismo e a democracia, exsurge a democracia deliberativa que exalta o conflito, como modo prevalente da tomada de decisões.



## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Malheiros. 2<sup>o</sup> edição. São Paulo: 2015.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo. (Orgs.). Vinte Anos da Constituição Federal de 1988. Lúmen Juris Rio de Janeiro: 2009, p. 187-202.
- \_\_\_\_\_. Teoria dos princípios. Editora Malheiros. 16<sup>o</sup> edição revista e atualizada. São Paulo: 2015.
- BARROSO. Luis Roberto. Curso de direito constitucional. Editora Saraiva. 5<sup>o</sup> edição. São Paulo: 2015.
- CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel G. Constitucionalismo e democracia: soberania e poder constituinte. Rev. direito GV, v. 6, n. 1, p. 159-174, São Paulo: 2010. Disponível em [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322010000100009](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322010000100009). Acesso em: 05 set. 2016.
- FARIA, Cláudia Feres. Democracia deliberativa: Habermas, Cohen e Bohman. In Lua Nova, n. 50, 2000a, p. 47-68. Disponível em [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64452000000200004](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452000000200004). Acesso em: 05 set. 2016.

- FERREIRA. Rafael Alem Ferreira. Jurisdição constitucional agressiva o STF e a Democracia Deliberativa de Jurger Habermas. Editora Juruá. Curitiba: 2015.
- GODOY. Miguel Gualano. A democracia deliberativa como guia para a tomada de decisões legítimas. Revista co-herencia. Medellin, Colombia: 2011p. 63-91. Disponível em <http://www.scielo.org.co/pdf/cohe/v8n14/v8n14a03.pdf>. Acesso em: 05 set. 2016.
- GONÇALVES. Nicole P. S. Mader. Jurisdição constitucional na perspectiva da democracia deliberativa. Editora Juruá. Curitiba: 2012.
- MACHADO, Francisco Mata. O Estado na democracia deliberativa: as raízes de uma antinomia. Lua Nova: São Paulo, 95: 225-257, 2015. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010264452015000200225&script=sci\\_abstract&tlng=PT](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010264452015000200225&script=sci_abstract&tlng=PT). Acesso em: 05 set. 2016.
- MENDES. Conrado Hunber. Controle de constitucionalidade e democracia. Elsevier: Rio de Janeiro, 2008.
- \_\_\_\_\_, Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação, Saraiva: São Paulo, 2011.
- NOVAIS, Jorge Reis. Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado de direito democrático. Coimbra: Coimbra, 2012.
- POZZOLLO, Susanna. Um constitucionalismo ambíguo. In: CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Trotta: Madrid, 2003.
- SANCHÍS, Luis Prieto. Justicia constitucional y derechos fundamentales. Trotta: Madrid, 2003.
- SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda. In NETO, Cláudio Pereira de Souza; \_\_\_\_\_, A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Coordenadores.

- Lumen Júris. Rio de Janeiro: 2007. p. 113-148.
- \_\_\_\_\_, Interpretação Constitucional, Pré-Compreensão e Capacidades Institucionais do Intérprete. In FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Interpretação Constitucional: reflexões Sobre (A Nova) Hermenêutica. Salvador. Editora Juspodivm. Cap. III, p. 141-160.
- SCHIER, Paulo Ricardo. A constitucionalização do direito no contexto da Constituição de 1988. In: CLÈVE, Clémerson Merlin (ORG). Direito constitucional brasileiro – teoria da constituição e direitos fundamentais. Revista dos Tribunais: São Paulo, Volume 1, 2014, p. 45-60).
- \_\_\_\_\_, Filtragem constitucional: Construindo uma nova dogmática jurídica. Editora Sergio Fabris. Porto Alegre: 1999.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais. Editora Malheiros. São Paulo: 2009.
- \_\_\_\_\_, Interpretação constitucional. Editora Malheiros. São Paulo: 2010.
- SOUZA NETO, Claudio Pereira de. Teoria constitucional e democracia Deliberativa. Editora Renovar. Rio de Janeiro: 2006.
- VIEIRA, Mónica Brito, Silva, F. C. da. Democracia deliberativa hoje: desafios e perspectivas. Revista Brasileira de Ciência Política, Brasília: 2013, p. 151-194. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbcpol/n10/05.pdf>. Acesso em: 05 set. 2016.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Trotta. Madrid: 2007.
- ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do estado de direito. In: COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo (ORGS). O estado de direito – história, teoria e crítica. Martins Fontes. São Paulo: 2006, p. 03-94.