

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

**TEORIAS DA DEMOCRACIA E DIREITOS
POLÍTICOS**

ADRIANA CAMPOS SILVA

ARMANDO ALBUQUERQUE DE OLIVEIRA

JOSÉ FILOMENO DE MORAES FILHO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

T314

Teorias da democracia e direitos políticos [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Adriana Campos Silva, Armando Albuquerque de Oliveira, José Filomeno de Moraes Filho – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-141-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Democracia. 3. Direitos políticos. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

TEORIAS DA DEMOCRACIA E DIREITOS POLÍTICOS

Apresentação

É com satisfação que apresentamos à comunidade acadêmica o livro Teorias da Democracia e Direitos Políticos I, resultado da seleção de artigos para o Grupo de Trabalho homônimo que constou da programação do XXIV CONGRESSO DO CONPEDI, ocorrido na cidade de Belo Horizonte, entre os dias 11 e 14 de novembro de 2015.

A democracia como regime de governo remonta ao século V a.C. Contudo, existem muitas nuances que distinguem as suas primeiras configurações daquelas que ressurgem nas democracias modernas e, principalmente, nas contemporâneas. Destarte, a democracia se apresenta de várias formas em diferentes lugares e em momentos diversos.

Após a terceira onda de expansão global da democracia ocorrida no último quarto do século XX, os diversos processos de transição democrática tiveram um comportamento sinuoso em direção à sua consolidação. Em vários países da América Latina e do leste europeu, os processos de transição e consolidação da democracia ocorreram diversamente. Tanto nos primeiros, resultantes de um processo de esgotamento das ditaduras militares que se instauraram nos anos 60 e 70, quanto nos últimos, oriundos da débâcle comunista iniciada nos anos 80.

O Grupo de Trabalho Teorias da Democracia e Direitos Políticos I contou com a apresentação de 29 artigos que passam agora a constituir este livro. São artigos que tratam, de forma crítica, as mais variadas questões relativas à democracia bem como àquelas concernentes às garantias e expansão dos direitos políticos.

Desejamos a todos uma boa leitura.

Prof. Dr Armando Albuquerque de Oliveira

Professor Dr. José Filomeno de Moraes Filho

Profa. Dra. Adriana Campos Silva

**DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA À DEMOCRACIA DELIBERATIVA.
APONTAMENTOS SOBRE A IMPORTÂNCIA DE UMA FUNDAMENTAÇÃO
PROCEDIMENTALISTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PERSPECTIVA
DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 (CF).**

**FROM A REPRESENTATIVE DEMOCRACY TO A DELIBERATIVE
DEMOCRACY. SOME NOTES ABOUT THE IMPORTANCE OF A PROCEDURAL
BASEMENT OF FUNDAMENTAL RIGHTS OF THE FEDERAL CONSTITUTION
OF 1988.**

**Flademir Jeronimo Belinati Martins
Paulo Roberto Iotti Vecchiatti**

Resumo

A positivação de direitos humanos nas Constituições contemporâneas, sob a forma de direitos fundamentais, levou os sistemas constitucionais positivos a incorporar conteúdos éticos, morais e valorativos, com evidentes repercussões em sua eficácia normativa. Tal fato, bem como a mudança do contexto social, econômico e cultural do último quarto do século XX, propiciou o surgimento de uma nova modalidade de democracia: a chamada democracia deliberativa (ou participativa). A relação entre democracia deliberativa e direitos fundamentais resta evidenciada pela circunstância de que nas democracias contemporâneas a deliberação pública se presta não somente a permitir que a sociedade, de forma democrática, possa definir quais são os direitos que são tidos por fundamentais, mas também estabelecer os contornos, os limites e o alcance destes direitos fundamentais. Além disso, a crise do constitucionalismo social deslocou para o Poder Judiciário o monopólio da última palavra na interpretação constitucional, provocando a perda de nitidez entre a política e o direito. Apesar da Constituição Federal de 1988 (CF) ter feito escolhas substanciais com maior intensidade que as relativas aos mecanismos procedimentais da democracia, o aumento da nossa complexidade social, a insuficiência do sistema político institucional para atender as demandas sociais e coletivas e a emergência de um novo espaço público virtual, permite-nos identificar que também no Brasil o debate contemporâneo sobre a democracia deliberativa tem importância para o direito.

Palavras-chave: Direitos humanos, Direitos fundamentais, Democracia representativa, Democracia deliberativa

Abstract/Resumen/Résumé

The recognition of human rights by the contemporary Constitutions, in fundamental rights form, took the positive constitutional systems to incorporate ethical, moral and evaluative contents, with evident repercussions on its normative effectiveness. This fact, as well as the change of the social, economic and cultural context of the last quarter of the 20th century, led to emerge a new modality of democracy: the so-called deliberative democracy (or

participative). The relationship between "deliberative democracy" and "fundamental rights" remains evident by the circumstance that in contemporary democracies the public deliberation lends itself not only to allow the society, in a democratic way, could define which are the rights that are considered as fundamental, but also to establish the contours, the limits and the scope of these fundamental rights. In addition, the crisis of social constitutionalism shifted to the Judiciary the monopoly of the last word in constitutional interpretation, provoking the loss of distinctness between politics and law. Although the Federal Constitution of 1988 (CF) have made substantial choices with greater intensity than those related to procedural mechanisms of democracy, the increase of our social complexity, the insufficiency of the institutional political system to attend the social and collective demands and the emergence of a new virtual public space, allows us to identify that also in Brazil the contemporary debate on deliberative democracy has importance to the law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Human rights, Fundamental rights, Representative democracy, Deliberative democracy

1. Introdução

A positivação de direitos humanos sob a forma de direitos fundamentais nas Constituições contemporâneas representa uma significativa mudança de enfoque na efetiva realização dos direitos humanos por meio dos sistemas jurídicos positivos. Mais do que dotar direitos humanos de eficácia normativa¹, a incorporação destes nas Constituições, sob a forma de direitos fundamentais, trouxe para o sistema jurídico outras perspectivas metodológicas, já que os sistemas normativos constitucionais passaram a incorporar conteúdos éticos, morais e valorativos.

De fato, também a Constituição Federal de 1988 (CF), elaborada em reação ao período autoritário que então findava, buscou instaurar um Estado Democrático e Social de Direito, marcado pelo reconhecimento de amplo rol de direitos fundamentais à pessoa humana, tendo a pretensão de não apenas restaurar o Estado de Direito, mas de “reencantar o mundo”, voltando-se contra o positivismo na busca de um fundamento ético para ordem jurídica e contra o privatismo na busca da efetividade do amplo sistema de direitos assegurado (CITTADINO, 2000, p. 14).

Não por acaso, a mudança do contexto social, econômico e cultural do último quarto do século XX, aliada a uma nova postura dogmática sobre os direitos fundamentais previstos nas Constituições, propiciou o surgimento de uma nova modalidade de democracia: a chamada democracia deliberativa (ou participativa), na qual a argumentação pública passa a ter um lugar de destaque e as instâncias da concretização constitucional são deslocadas, em grande medida, para o Poder Judiciário, com evidente perda de nitidez entre a política e o direito. Esse processo de transição da democracia representativa para a democracia deliberativa produziu inúmeras repercussões teórico-dogmáticas – e práticas – na teoria do direito e fez surgir inúmeras questões, ainda não inteiramente respondidas, que interessam diretamente ao direito constitucional.

Assim, a título de exemplo: qual seria a relação dos direitos fundamentais com os direitos humanos? Qual seria a relação dos direitos fundamentais com a democracia deliberativa? Quais seriam as mudanças políticas e sociais que permitiram a transformação da democracia representativa em democracia deliberativa? Quais seriam os modelos teóricos explicativos

¹ Não é objeto deste trabalho analisar as distintas técnicas de positivação dos direitos humanos na Constituição Federal para fins de eficácia e efetividade das normas constitucionais. Para tanto, vide NUNES JÚNIOR, 2009, pp. 97-167.

dominantes sobre os contornos e nuances da democracia deliberativa? Qual seria o papel da política e do direito nesta nova realidade social emergente? Qual seria o papel reservado ao Poder Judiciário no contexto da democracia deliberativa? Mas dado os limites deste artigo, não há como responder perguntas tão complexas de forma abrangente. Assim, optamos por eleger a visão procedimentalista dos direitos fundamentais, na perspectiva da Constituição Federal de 1988 (CF), como objeto de estudo.

De fato, apesar da Constituição Federal de 1988 ter sido pródiga em inúmeras escolhas substanciais, não deixou de institucionalizar também mecanismos procedimentais de democracia. Além disso, o visível aumento da complexidade social brasileira, conjugado com a insuficiência do sistema político institucional para atender as demandas sociais e coletivas da sociedade, e com a emergência de um novo espaço público virtual, permite-nos antever que também o Brasil se encontra inserido no debate contemporâneo sobre a democracia deliberativa.

Este artigo se propõe, portanto, a estudar, em breves linhas, o longo caminho da transformação dos direitos humanos em direitos fundamentais, e da transformação democracia representativa em democracia deliberativa, com especial atenção às repercussões destas transformações na realidade constitucional brasileira a partir de uma visão procedimentalista dos direitos fundamentais.

2. Dos direitos humanos aos direitos fundamentais

Uma Constituição pode ser entendida como um projeto histórico que os cidadãos procuram cumprir a cada geração. As Constituições modernas devem-se a uma ideia advinda do direito racional, segundo a qual os cidadãos, por decisão própria, são capazes de se ligar a uma comunidade de livres e iguais e escolher os direitos que eles precisam se reconhecer mutuamente para regular de maneira legítima seu convívio por meio do direito positivo (HABERMAS, 2002, p. 229). A própria evolução do conceito moderno de Constituição está diretamente relacionada ao desenvolvimento de conceitos como o de “direitos humanos” e de “direitos fundamentais”, pois é justamente no contexto das constituições positivas que a diferenciação entre o conceito de “direitos humanos” e de “direitos fundamentais” ganha importância teórica.

Ainda que nenhuma expressão seja perfeita (ROTHENBURG, 2014, p. 54) e que a própria expressão “direitos fundamentais” possa ser equívoca (MARMELSTEIN, 2014 p. 14-15),

à luz da realidade constitucional brasileira, parece-nos mais adequado adotá-la, já que Constituição Federal 1988 (CF) dedica aos direitos fundamentais o Título II, referindo-se expressamente aos “Direitos e Garantias Fundamentais”. As normas que estabelecem o estatuto dos direitos fundamentais, junto àquelas que consagram a forma do Estado e as que estabelecem o sistema econômico são decisivas para definir o modelo constitucional de sociedade, pois há um estreito nexos de interdependência entre o Estado de Direito e os direitos fundamentais, só podendo se falar em Estado de Direito quando se garantem os direitos fundamentais (LUÑO, 2013, p. 15). A fundamentalidade destes direitos revela-se tanto pelo seu conteúdo material (critério material), ou seja, *o que é dito: referência aos valores essenciais do ser humano em sociedade e a promoção da dignidade*, quanto pela sua qualidade normativa (critério formal), ou seja, *onde e como é dito: expressão no ordenamento jurídico como normas da mais elevada estatura: na Constituição ou em norma fundamental de direito internacional* (ROTHEMBURG, 2014, p. 3). Pelo critério formal, os direitos fundamentais estão consagrados, em rol não exaustivo (art. 5º, §2º), no Título II da Constituição Federal – Dos Direitos e Garantias Fundamentais (em seus capítulos I a V). Ademais, Rothemburg (2014, p. 3) menciona a existência de *direitos fundamentais internacionais*, pois o art. 5º, § 2º, da CF, expressamente reconhece a existência de direitos decorrentes de tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte.

Pelo critério material, são direitos fundamentais todos os direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 32). Na dimensão material dos direitos fundamentais estes consagram, a partir de um amplo consenso social, valores definidos na Constituição ou em normas de direito fundamental internacional (ROTHEMBURG, 2014, p. 4), desde que, com base no critério material apontado, (os direitos internacionais) assumam o caráter essencial na corporificação dos valores constitucionais (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 33). Nunes Júnior (2009, p. 35) sublinha que o critério material estaria representado em três valores da dignidade humana: a liberdade, a democracia política e a democracia econômica e social. Na perspectiva material podemos dizer que são direitos fundamentais todo e qualquer direito que seja essencial à concretização destes valores. Quando a Constituição consagrou o princípio da dignidade humana como fundamento ético do Estado brasileiro buscou conferir unidade valorativa ao sistema de direitos fundamentais (MARMELSTEIN, 2014, p. 15-16; MARTINS, 2012).

No constitucionalismo atual os direitos fundamentais desempenham uma dupla função: a) no plano subjetivo atuam como garantias da liberdade individual e de aspectos sociais e coletivos da subjetividade; b) no plano objetivo assumem uma dimensão institucional a partir da qual seu conteúdo deve funcionalizar-se à consecução de fins e valores constitucionalmente proclamados (LUÑO, 2013, p. 21). Já os direitos humanos possuem uma *função normogenética*, enquanto fundamento para a consagração de direitos fundamentais nas respectivas ordens internas, e *função translativa*, relativa à deslocação da questão (de sua violação) da ordem interna para o cenário internacional quando verificada a insuficiência de um Estado no seu reconhecimento e proteção (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 24). Isto significa que numa reconstrução histórica dos conceitos, dimensionar a relevância atual dos direitos fundamentais para a democracia deliberativa pressupõe, antes de tudo, identificar o longo caminho que vai do reconhecimento dos direitos naturais do homem até sua consagração em declarações, sob a forma de direitos humanos, para finalmente chegarmos ao reconhecimento de direitos fundamentais nos sistemas jurídicos positivos constitucionais.

Luño (2013, p. 39) demonstra que os direitos fundamentais são frutos de uma dupla confluência: a) de um lado supõe o encontro da tradição filosófica humanista, representada pelo jusnaturalismo de orientação democrática, com as técnicas de positivação e proteção reforçada das liberdades próprias do movimento constitucionalista; b) de outro representam um ponto de mediação e síntese entre as exigências das liberdades tradicionais de sentido individual, com o sistema de necessidades de caráter econômico, cultural e coletivo. Os direitos fundamentais aparecem, portanto, como a fase mais avançada do processo de positivação dos direitos naturais nos textos constitucionais do Estado de Direito, processo que teve seu ponto intermediário de conexão nos direitos humanos.

Quando os direitos eram apenas direitos naturais, a única defesa contra sua violação por parte do Estado era opor a esta violação um outro direito natural (por exemplo, o direito de resistência). Finalmente, quando as Constituições reconhecem alguns desses direitos naturais, transformam-nos em direito positivo de promover uma ação judicial contra os próprios órgãos do Estado (BOBBIO, 1992, p. 29). Nesse sentido, só é possível realmente falar em direitos fundamentais a partir do momento em que se conjugam 3 (três) elementos: a) o Estado; b) o indivíduo, e c) o texto normativo regulador da relação entre estado e indivíduos, o que só pode ser identificado na segunda metade do século XVIII (DIMOULIS & MARTINS, 2011, p. 22-24).

No momento da sua positivação na ordem interna enquanto direitos fundamentais, os direitos humanos deixam de ser ideias, esperanças, postulados, ou simples declarações solenes de intenção, passando a ser uma parte obrigatória da ordem do direito e do Estado (HÖFFE, 2006, p. 416).

Mas, ainda que possam ser iguais em conteúdo aos direitos fundamentais, é preciso ter em conta que os direitos humanos continuam a existir enquanto postulados ético-políticos, com pretensão de universalidade, enquanto os direitos fundamentais passam a ser normas jurídicas positivas, limitados à respectiva coletividade (HÖFFE, 2006, p. 416). Mas o problema da eficácia normativa dos direitos fundamentais só surge com vigor a partir do momento em que as Constituições passam a incorporar direitos fundamentais de natureza econômica e social (direitos fundamentais positivos, de segunda geração ou dimensão) e não apenas os direitos de liberdade (direitos fundamentais negativos, de primeira geração ou dimensão), dependentes que são (aqueles) de prestações positivas do Estado. A sensação de ineficácia normativa dos direitos de segunda geração ou dimensão fez surgirem novas concepções teóricas voltadas a atribuir eficácia normativa aos direitos fundamentais. De fato, a doutrina passou a conceber a Constituição como dotada de plena força normativa (HESSE, 1991); a compreender todo o texto constitucional, e não apenas de uma parte dele, como norma (ENTERRIA, 1994); a identificar a Constituição como dirigente e vinculativa, inclusive do legislador (CANOTILHO, 1999); e a interpretar a Constituição por meio de processos concretizantes (MÜLLER, 2000), abertos a toda sociedade e não apenas aos juristas (HÄBERLE, 1997).

Além disso, como a positivação dos direitos fundamentais se deu em grande medida por meio de formulações principiológicas, as quais são dotadas de textura aberta (HART, 2012), a doutrina que atribui plena eficácia normativa aos princípios constitucionais (v.g, ALEXY, 2011; DWORKIN, 2005; ESPÍNDOLA, 1999; ROTHEMBURG, 1999) abriu as portas para uma hermenêutica que se vale de uma avaliação moral e política dos direitos fundamentais positivados na Constituição. Por isso que a ressalva de Luño (2013, p. 15), no sentido de que o constitucionalismo atual não seria o que é sem os direitos fundamentais, nos leva à constatação de que os direitos fundamentais modificaram a própria estrutura normativa das Constituições contemporâneas.

Nesse contexto, temos que quando Coelho (2011, p. 175) alerta que não é tão importante para a hermenêutica constitucional descrever o conteúdo material dos direitos fundamentais, nem

referir-se a critérios de validade, mas considerá-los como instrumentos da razão prática, está na verdade sublinhando o caráter eminentemente político da interpretação, concretização e realização constitucional. E é justamente nesta perspectiva político-moral que a relação dos direitos fundamentais com a democracia deliberativa se evidencia.

Com efeito, a transformação de direitos humanos em direitos fundamentais abriu as Constituições a concepções morais e éticas que de outra forma estariam apartadas da juridicidade. O longo caminho da transformação dos direitos naturais em direitos humanos, e destes em direitos fundamentais, permitiu a incorporação de conteúdos morais, éticos e axiológicos no sistema positivo de direito, refletindo diretamente na interpretação constitucional e no papel reservado ao Poder Judiciário nas democracias contemporâneas e trazendo para a esfera pública a discussão sobre os contornos, os limites e o alcance destes direitos fundamentais.

A relação entre “democracia deliberativa” e “direitos fundamentais” resta, portanto, evidente, pois nas democracias contemporâneas a deliberação pública se presta não somente a permitir que a sociedade, de forma democrática, possa definir quais são os direitos (humanos, do homem, naturais e etc.) que são tidos por fundamentais, mas também a estabelecer os contornos, os limites e o alcance destes direitos fundamentais. Por isso, embora no contexto do Estado (Democrático e Social) de Direito os direitos fundamentais tenham inúmeras aproximações com os direitos humanos, enquanto concreções histórico-jurídicas daqueles, não podem ser apenas reduzidos a eles. Com efeito, quem reduz os direitos humanos aos direitos fundamentais não somente ignora seu estatuto jurídico-moral, mas também esvazia o seu potencial crítico, exercido na história dos últimos séculos como ideia-força determinante na luta contra o absolutismo, o autoritarismo e o totalitarismo (HABERMAS, 2002, p. 289). Os direitos humanos são assim formulados por indivíduos que se reconhecem como sujeitos jurídicos com igualdade de direitos e, por essa razão, somente de modo subsidiário é que os direitos humanos irão servir como legitimadores da organização estatal através do direito positivo (HABERMAS, 2002, p. 289).

Mediante a positivação de direitos humanos sob a forma de direitos fundamentais, possibilita-se a vinculação da entidade jurídica (no sentido de sistema jurídico) e da entidade do Estado a princípios de justiça. Mas para que esta vinculação chegue a seu pleno desempenho, existe um instrumental de etapas que começa com a garantia constitucional de direitos humanos e continua na veiculação da legislação de acordo com a constituição, bem como no exame desta vinculação por um Tribunal Constitucional (HÖFFE, 2006, p. 421-422).

A longa marcha dos direitos naturais do homem até os direitos humanos, e destes até os direitos fundamentais, tem na perspectiva político constitucional um correlato: a transformação da democracia representativa em democracia deliberativa. E esta transformação precisa ao menos ser delineada para permitir a correta compreensão de uma concepção procedimentalista dos direitos fundamentais, o que se fará a seguir.

3. Da democracia representativa à democracia deliberativa

Na teoria da democracia podem ser identificadas ao menos três tradições históricas (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1997, p. 319-320): 1) a teoria clássica, de origem aristotélica, pela qual há três formas de governo, sendo que a democracia seria o governo do povo, ou seja, de todos os cidadãos, em oposição ao governo da aristocracia, enquanto governo de poucos, e em oposição à monarquia, enquanto governo de um só; 2) a teoria medieval, de origem romana, apoiada na noção de soberania popular, na base da qual se contrapõe uma concepção ascendente de soberania a uma concepção descendente de soberania, conforme o poder deriva do povo e se torna representativo ou deriva do príncipe e se transmite por delegação do superior para o inferior; e 3) a teoria moderna, inspirada em Maquiavel, nascida ao mesmo tempo que as grandes monarquias, segundo a qual as formas históricas de governo seriam essencialmente duas: a república e a monarquia, e o governo genuinamente popular é chamado de república.

A teoria moderna de democracia inspirou toda uma reflexão que culminou nos movimentos revolucionários do século XVIII (independência americana e revolução francesa), bem como influenciou também o debate sobre a democracia no século XIX, marcado essencialmente pelo confronto entre ideais liberais e socialistas (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1997, p. 323). Nos países onde predominou uma inspiração liberal de democracia firmou-se, então, o conceito de democracia representativa ou parlamentar, na qual se reconhece o princípio democrático da soberania popular e o dever de fazer as leis é atribuído a um corpo de representantes eleito por aqueles cidadãos a quem são reconhecidos direitos políticos. Na concepção liberal da democracia representativa só pode haver democracia onde forem garantidos alguns direitos fundamentais de liberdade que tornem possível uma participação política guiada pela vontade autônoma do indivíduo. O desenvolvimento da concepção de democracia

representativa se voltou para duas direções: 1) no alargamento gradual do direito voto; e 2) na multiplicação dos órgãos representativos (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1997, p. 324).

Na democracia representativa contemporânea as “regras do jogo” democrático podem ser sintetizadas da seguinte forma (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1997, p. 327): a) o órgão legislativo e o órgão executivo devem ser compostos por representantes eleitos pelo povo, com base no princípio da maioria numérica; b) todos os cidadãos maiores, independentemente de raça, sexo, posição social e etc, devem ter direito a voto, e o voto deve ter igual peso e ser livre; c) nenhuma decisão tomada por uma maioria deve limitar o direito da minoria se transformar em maioria. Estas regras estabelecem *como* se deve chegar à decisão política e não *o que* se deve decidir.

Na prática, nas Constituições democráticas da segunda metade do século XX ampliou-se o âmbito material das Constituições e consagrou-se o povo como titular da soberania, mas de forma ainda limitada, nos termos dos critérios fixados no próprio texto constitucional (BERCOVICI, 2013, p. 320). Ocorre que no bojo desta ampliação, o constitucionalismo do pós-segunda guerra mundial positivou nos textos constitucionais amplos catálogos de direitos fundamentais que levaram a apor sobre a vontade do soberano princípios normativos de legitimidade absoluta, mediante a reintrodução no direito da ideia de justiça, que o positivismo recusara (VIANNA et al., 2014, p. 21-22).

Se na concepção clássica da democracia representativa cabia aos partidos políticos ser o instrumento concreto da soberania popular, por meio da organização e politização do povo, a crise do constitucionalismo social, decorrente da não concretização dos fins sociais previstos nas Constituições, fez com que os partidos políticos e o poder legislativo perdessem espaço, deslocando para outro poder (o Poder Judiciário) o monopólio da última palavra na interpretação constitucional (BERCOVICI, 2013, p. 321-322). Além disso, o estabelecimento de padrões mínimos de bem estar social nos textos constitucionais não apenas constitucionalizou a ideia de *Welfare State*, mas provocou a perda de nitidez, na esfera pública contemporânea, entre a política e o direito (VIANNA et al., 2014, p. 22). Esta falta de nitidez entre a política e o direito está, segundo Vianna et al. (2014, p. 22), no cerne do processo atual de redefinição das relações entre os três poderes, pois ensejou a inclusão do Poder Judiciário no espaço da política.

É nesse contexto que Habermas (2002, p. 286) esclarece que a relação interna entre Estado de Direito e democracia possui vários aspectos que resultam do próprio conceito moderno

de direito, já que hoje o direito positivo não pode mais obter sua legitimidade recorrendo a um direito superior, mas somente a partir da autonomia garantida de maneira uniforme a todo cidadão, sendo que a autonomia pública e privada pressupõe-se mutuamente. Este processo, iniciado com o pós-segunda guerra, aprofundou-se no último quarto do século XX com o desmonte de regimes autoritário-corporativos do mundo ibérico-europeu e americano (VIANNA et al., 2014, p. 22), repercutindo também no Brasil, por ocasião da elaboração da Constituição Federal de 1988 (CF), já que esta foi concebida como reação ao período autoritário que então findava. A emergência de novos processos sociais e de conflitos coletivos, próprios do contexto da globalização, criou em torno do Poder Judiciário uma nova arena pública, externa ao circuito clássico até então existente: “*sociedade civil – partidos – representação – formação da vontade majoritária*”, com evidentes perturbações na teoria clássica da soberania popular (VIANNA et al., 2014, p. 22-23). Bobbio (2000, p. 157-158) viu neste processo uma transição da democracia formal para a democracia substancial, mas não chegou a enfrentar diretamente o tema da democracia deliberativa em seus escritos.

Através dos tempos, a democracia converteu-se de mera institucionalização da representação política para um método de constituição do governo que deve compreender um critério formal (relacionado a uma organização institucional da sociedade que viabilize a participação efetiva do povo) e um critério substancial (relativo à atribuição de legitimidade justa ao Estado, por meio do acesso de todos às condições dignas de desenvolvimento e à garantia de efetividade dos direitos fundamentais) (ALARCÓN, 2012, p. 127).

Esta nova configuração social acabou por deslocar os procedimentos políticos de mediação para os procedimentos judiciais, expondo o Poder Judiciário a uma interpelação direta de indivíduos, de grupos sociais e de partidos políticos, em um tipo de comunicação em que prevalece a lógica dos princípios e do direito material, “*deixando-se para trás as antigas fronteiras que separavam o tempo passado, de onde a lei geral e abstrata hauria seu fundamento, do tempo futuro, aberto à infiltração do imaginário do ético e do justo*” (VIANNA et al., 2014, p. 22-23).

O Poder Judiciário passa, então, a ser visto como o guardador das promessas constitucionais (GARAPON, 1996); a jurisdição constitucional passa a ter nítido viés ativista, voltada para a efetiva concretização dos direitos fundamentais (TAVARES, 2012a, 62-67); e a atuação judicial concretizadora conduz à construção social de um novo sentido de Constituição

(DOBROWOLSKI, 2007, p. 265-274), forjando-se no imaginário coletivo o que poderíamos chamar de um novo senso comum (WARAT, 1995), voltado para uma legitimidade democrática calcada na efetiva realização dos direitos fundamentais consagrados no texto constitucional. É nesse contexto de invasão do direito, e do Poder Judiciário, na política e nas relações sociais que se situa a controvérsia “procedimentalismo versus substancialismo” (VIANNA et al., 2014, p. 23), enquanto modelos de compreensão da democracia deliberativa.² A ideia de uma democracia deliberativa repousa, portanto, na compreensão de que o processo democrático não pode se restringir à prerrogativa de se eleger representantes, mas deve também abarcar a possibilidade de se deliberar publicamente sobre as questões que serão decididas (SOUZA NETO, 2011, p. 3-4).

Na sociedade democrática contemporânea, a intensificação da complexidade e do pluralismo social não apenas expôs as contradições históricas do Estado, seus déficits de legitimação e de eficiência, mas levou a democracia a buscar um consenso social mínimo através do direito e da deliberação pública, o que requer mecanismos de inclusão e participação dos governados na gestão coletiva, bem como a atribuição constante de novos direitos e posições jurídicas aos cidadãos (DOBROWOLSKI, 2007, p. 266-267).

No contexto da democracia deliberativa, o Estado de Direito, e o respeito ao sistema de direitos fundamentais por ele instituído, é entendido como pressuposto da democracia, de tal maneira que quando as Cortes Constitucionais os garantem contra a vontade da maioria ou diante de sua inércia, não estarão violando o princípio democrático, mas permitindo a sua plena realização (SOUZA NETO, 2011, p. 3-4). Da mesma forma, Dobrowolski (2007, p. 267), nitidamente inspirada em Habermas (2003), ressalta que quando os poderes estatais – Legislativo e Judiciário – concretizam objetivos políticos, metas sociais e direitos fundamentais consagrados na Constituição, renova-se a tensão entre a facticidade da pretensão de certeza do direito e validade de sua aspiração de legitimidade.

O fato é que a troca de argumentos e contra-argumentos resultante da deliberação pública teria o papel de legitimar e racionalizar a gestão pública. Mas para que isto aconteça a deliberação deve se dar em um contexto aberto, livre e igualitário (SOUZA NETO, 2011, p. 3-4). Por isso é que Cattoni de Oliveira (2000, p. 84) afirma, também inspirado em Habermas (2003),

² Parte da doutrina nacional prefere utilizar a expressão “democracia participativa” em vez de “democracia deliberativa” (v.g., BONAVIDES, 2001, e CITTADINO, 2000). Embora haja algumas sutilezas semânticas capazes de diferenciar ambas as expressões, como o fato de que a referência à participação reforce a noção de cidadania ativa, no contexto do artigo as expressões são usadas como sinônimo. A doutrina mais recente, contudo, parece preferir a expressão “democracia deliberativa”.

que a democracia contemporânea pressupõe a Constituição e o direito constitucional, os princípios constitucionais e os direitos fundamentais, pois é somente através da mediação jurídica entre canais institucionais e não institucionais, regulados e não regulados, que a soberania popular se manifesta enquanto poder comunicativo, que possibilita a institucionalização jurídica do exercício público das liberdades políticas. E a par de inúmeras divergências entre os modelos procedimentalista e substancialista, a principal controvérsia residiria em saber em que medida o Estado de Direito poderia restringir as decisões que foram objeto de decisão majoritária.

Para a tese procedimentalista a deliberação democrática deve estar aberta quanto aos resultados, considerando como únicas restrições defensáveis as que dizem respeito às suas próprias condições procedimentais (SOUZA NETO, 2011, p. 4). Nessa perspectiva, a Constituição é concebida como um processo deliberativo que possibilite, segundo pautas discursivas ou pelo uso da razão pública, a obtenção de consensos materiais sobre a concepção de vida boa ou de bem (SAMPAIO, 2013, p. 177). As correntes procedimentalistas têm em comum, portanto, o fato de que concebem a Constituição como resultado de um procedimento qualificado formalmente, cujo principal papel consiste em estabelecer as múltiplas formas procedimentais de autorregulação social (ECHAIZ-ESPINOSA, 2009, 23). Neste modelo, o controle de constitucionalidade acaba exercendo um papel importante, mas subsidiário em relação à deliberação democrática, no sentido de apenas garantir as condições procedimentais da democracia (SOUZA NETO, 2011, p. 4), ou seja, no sentido de garantir os procedimentos democráticos previamente estabelecidos na Constituição (ECHAIZ-ESPINOSA, 2009, 23). A Constituição, então, deixa de ser vista como o local adequado para a definição de uma ética material e tampouco ao Judiciário é dado descobrir ou afirmar quais os anseios e valores são representativos do consenso social (SAMPAIO, 2013, p. 177).

Por sua vez, a tese substancialista concebe a deliberação como um processo de aplicação de princípios de justiça previamente estabelecidos (SOUZA NETO, 2011, p. 4). A Constituição é vista como representativa de valores substanciais que impõe ao legislador e ao Judiciário deveres e tarefas de realização (SAMPAIO, 2013, p. 178). As correntes substancialistas, portanto, compreendem a Constituição como uma ordem de valores comunitários que direcionam o agir dos poderes públicos e dos particulares para a concretização destes valores (ECHAIZ-ESPINOSA, 2009, 23). Neste modelo, o controle de constitucionalidade acaba exercendo a função de preservar (e promover) os princípios de justiça

previamente estabelecidos na Constituição (SOUZA NETO, 2011, p. 4), devendo concretizar os valores e fins substanciais estabelecidos na Constituição (ECHAIZ-ESPINOSA, 2009, 23; SAMPAIO, 2013, p. 178). A Constituição passa a ser a reserva de justiça do Estado (VIEIRA, 1999), garantida pelo Judiciário e/ou pelo Tribunal Constitucional enquanto seu(s) guardião(ões).

Mas tanto em um quanto em outro modelo, os direitos fundamentais são considerados pressupostos da democracia, assumindo importância ímpar na deliberação democrática.

Uma vez situado o debate contemporâneo sobre a democracia deliberativa, já teríamos condições de discorrer especificamente sobre uma visão procedimentalista dos direitos fundamentais. Contudo, como já alertava Calvino (1993, p. 9), por maior que sejam as leituras de formação de um indivíduo, sempre restará um número enorme de obras que ele não leu.³ Por isso se faz necessário ao menos ler os “clássicos”, já que estes servem para entender “*quem somos e aonde chegamos*”, ou ao menos porque é melhor ler do que não ler os clássicos (CALVINO, 1993, p. 16). Ironia de Calvino (1993) à parte, temos que a correta compreensão de uma visão procedimentalista dos direitos fundamentais só pode ser corretamente obtida a partir de uma reflexão teórica, ainda que breve, embasada em algumas obras consideradas clássicas.

Ainda que o debate sobre a democracia deliberativa seja recente, algumas obras já são referência sobre o tema, em função não apenas de sua importância teórica para a reflexão, mas também de sua significativa repercussão acadêmica. Destas, optamos por sintetizar as visões de John Hart Ely e de Habermas, dois autores que reconhecidamente expõe visões procedimentais da democracia, e que muito influenciaram (e influenciam) o debate.

4. Algumas abordagens procedimentais da democracia

Ainda que toda escolha pressuponha um traço de pura opção pessoal, conforme já mencionamos, as construções teóricas de John Hart Ely e de Habermas sobre o tema são suficientemente paradigmáticas para embasar a reflexão sobre uma visão procedimentalista dos direitos fundamentais. Contudo, o fato de que tanto John Hart Ely quanto Habermas exponham visões procedimentais da democracia não justifica que sejam classificados, de forma reducionista

³ O autor busca delimitar o que seja um “clássico” por meio de 14 formulações. Destas, transcrevemos, à título ilustrativo, uma que sintetiza o que identifica e o que se espera de um clássico: “7. *Os clássicos são aqueles livros que chegam até nós trazendo consigo as marcas das leituras que precederam a nossa e atrás de si os traços que deixaram na cultura ou nas culturas que atravessaram (ou mais simplesmente na linguagem ou nos costumes)*” (CALVINO, 1993, p. 11).

e minimalista, como “procedimentalistas”, pois ambas as construções teóricas possuem também aproximações substanciais. Não obstante, por questões meramente didáticas valemo-nos de suas reflexões procedimentais para situar o debate contemporâneo, sem prejuízo de reconhecermos que suas abordagens são muito mais complexas e ricas que os esquemas classificatórios existentes. Vamos a elas.

4.1. John Hart Ely e a desconfiança do procedimento na democracia

John Hart Ely (2010) afirma que o debate constitucional nos EUA estaria dominado por uma falsa dicotomia: enquanto para alguns devemos nos ater aos pensamentos dos que escreveram os trechos essenciais da Constituição e considerar ilegais apenas as práticas que eles julgavam inconstitucionais (interpretacionismo ou textualismo); para outros, os tribunais devem ter autoridade para corrigir e reavaliar as opções valorativas do legislativo (não interpretacionismo ou não textualismo). O autor afirma (ELY, 2010, Prefácio), entretanto, que nenhuma das duas teorias, nem a que dá aos membros do Judiciário a soberania sobre a escolha de valores substantivos da sociedade, nem a que deixa tais escolhas sujeitas às crenças do constituinte originário, são compatíveis com os pressupostos democráticos implícitos no sistema americano, razão pela qual se propõe a elaborar uma terceira teoria judicial de controle de constitucionalidade, na qual os tribunais sejam concebidos como instrumentos que ajudam a tornar tais pressupostos uma realidade.

John Hart Ely (2010) critica o “interpretacionismo” relativo às disposições abertas da constituição, mas defende que se faz necessário uma abordagem que não seja incompatível com a democracia representativa. Por outro lado, o autor também critica a ideia de que ao se interpretar as disposições abertas da Constituição a Suprema Corte deva identificar e impor aos poderes políticos os valores que são fundamentais. Afinal, a quem competiria identificar estes valores, pergunta ele?

Para o autor (ELY, 2010, p. 115-116), não cabe à Corte constitucional impor valores substantivos que ela considera importantes ou fundamentais, mas sim apenas assegurar que o processo político, em cujo contexto tais valores realmente poderiam ser corretamente identificados e ponderados entre si, estivesse aberto aos adeptos de todos os pontos de vista, em condições de relativa igualdade.

John Hart Ely (2010, p. 115-116) defende que a Corte Constitucional não só tem o papel de garantir a participação de todos nos processos políticos mediante os quais os valores são identificados e ponderados, mas também de garantir a igualdade entre os que participam destes processos políticos, de modo que estes possam ser realmente ouvidos nas decisões deliberativas.

Assim, a escolha e a interponderação de valores substantivos são deixados quase que inteiramente a cargo do processo político, cabendo à Corte constitucional apenas garantir a participação ampla no processo e distribuição do governo, promovendo, assim, a representação política (ELY, 2010, p. 116-117). Atuação substantiva do Judiciário, para Ely, somente deve se dar para eliminar as obstruções ao processo democrático, ou seja, para fins de garantia da liberdade de expressão, do direito ao voto, do processo legislativo transparente, da garantia do exercício legislativo pelo Parlamento e da implementação da cláusula da igual proteção das leis aos cidadãos – o autor investiga aprofundadamente cada uma destas hipóteses (ELY, 2010, pp. 136-241).

A visão de John Hart Ely (2010) parece ser um pouco mais restrita que a de Habermas (2003), pois ele concebe a Constituição como um conjunto amplo de proteções procedimentais cujo objetivo principal é assegurar que, ao se fazerem escolhas substantivas, o processo de decisão esteja aberto a todos, em condições de relativa igualdade, e que os responsáveis pelas decisões cumpram o dever de levar em consideração os interesses de todos os que serão afetados por suas deliberações.

O controle judicial de constitucionalidade deve se ocupar principalmente de eliminar as barreiras e obstruções ao processo democrático, garantindo a todos a igualdade de participação no processo deliberativo. Isto significa que para John Hart Ely (2010) somente os direitos fundamentais que exercem função imediata na formação democrática da vontade coletiva devem ser protegidos pelo controle de constitucionalidade.

A proposta de John Hart Ely (2010) exige, por assim dizer, uma “atitude” mais contida do Judiciário na realização dos direitos fundamentais. Já no que tange às minorias, embora o autor defenda que o controle de constitucionalidade tem uma importante função de reforçar a representação de forma a evitar que as minorias políticas sejam excluídas do processo democrático e de governo, ele adverte que as maiorias, na prática, tem plenas condições de garantir vantagens para si mesmos em detrimento dos outros (ELY, 2010, p. 181).

Assim, John Hart Ely (2010, p. 181 e ss) argumenta que o papel de uma Corte Constitucional não seria apenas o de remover barreiras à participação das minorias no processo político, mas de garantir que estas participem efetivamente da distribuição das vantagens (bens e direitos) estatais e tenham seus interesses respeitados, atribuindo uma evidente função contramajoritária à Corte Constitucional, a qual também é de aplicação no caso brasileiro.

4.2. Jürgen Habermas e a legitimidade a partir da legalidade

Por sua vez, Habermas (2003), na obra *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, critica a possibilidade de se manterem princípios substantivos de justiça no atual contexto das sociedades pluralistas. Afirma, em linhas gerais, que nas sociedades complexas contemporâneas, qualquer modelo que dependa de uma concepção material de legitimidade é incapaz de dar conta das expectativas normativas inseridas na esfera pública pelos diversos grupos sociais (HABERMAS, 2003, P. 159-160). Para o autor, os direitos fundamentais formam uma categoria de direitos intrínseca a um sistema de direitos comunicativamente estruturado, pois “o princípio da democracia resulta da interligação que existe entre o princípio do discurso e a forma jurídica” (HABERMAS, 2003, p. 158). Habermas entende, portanto, que o núcleo material da Constituição exige que a deliberação pública seja pautada por ações comunicativas.

O autor considera que são direitos fundamentais não apenas os que exercem função imediata na formação democrática da vontade coletiva, como faz John Hart Ely (2010), mas também aqueles que são necessários para que todos se sintam motivados a deliberar. Assim, podem ser incluídos no rol de direitos fundamentais (Habermas, 2003, p. 150-160): a) o direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação; b) os direitos que resultam da configuração política do *status* de membro numa associação voluntária do direito; c) os direitos decorrentes da possibilidade de postulação judicial e direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual; d) o direito à participação, em igualdade de oportunidades, dos processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os cidadãos exercitam sua autonomia política e criam direito legítimo, de tal forma que os próprios destinatários do sistema de direitos possam se reconhecer como autores destes direitos fundamentais; e) o direito a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isto for necessário para um aproveitamento dos demais direitos em igualdade de

chances. Em Habermas (2003, p. 160), portanto, também são considerados direitos fundamentais todos aqueles necessários para o sentimento de pertencimento a uma comunidade política pluralista, sendo que “*a proposta de uma interpretação dos direitos fundamentais à luz da teoria do discurso deve servir para esclarecer o nexó interno entre direitos humanos e soberania do povo*”.

Habermas (2003, p. 321), entretanto, faz uma crítica contundente à concepção de Constituição como ordem objetiva de valores adotada pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, argumentando que quando ele se deixa conduzir pela ideia de realização de valores materiais, dados pelo direito constitucional, transforma-se em uma instância autoritária. Além disso, concebe o papel do controle de constitucionalidade como voltado apenas para a proteção do sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos, afirmando que o tribunal constitucional precisa examinar os conteúdos das normas controvertidas no contexto dos pressupostos comunicativos e condições procedimentais do processo de legislação democrático (HABERMAS, 2003, p. 326)⁴.

Em texto posterior, Habermas (2002, p. 269-270) explica que há três modelos ou compreensões normativas de democracia: 1) a liberal; 2) a republicana; e 3) a política deliberativa. A diferença entre as duas primeiras residiria na compreensão do processo democrático. Na concepção liberal o processo democrático cumpre a tarefa de programar o Estado para que se volte ao interesse da sociedade. Na concepção republicana a política não se confunde com essa função mediadora, sendo constitutiva do processo de coletivização social. Assim, concebe-se a política como forma de reflexão sobre um contexto de vida ético.

Estes dois primeiros modelos de compreensão geram consequências diversas. Na concepção liberal, determina-se o *status* dos cidadãos conforme a medida dos direitos individuais que eles dispõem em face do Estado e dos demais cidadãos, sendo que é neste contexto que surge a noção de direitos subjetivos, enquanto direitos negativos que garantem um espaço de ação alternativo em cujos limites as pessoas estão livres de coação externa (HABERMAS, 2002, p. 271).

⁴ Não compartilhamos dessa opinião de Habermas. Entendemos que, respeitados os pressupostos da *lei da colisão* de Alexy (ALEXY, 2011, pp. 96-102), a ponderação efetuada pelo princípio da proporcionalidade não viola o caráter deontológico do direito, o qual resta respeitado pela definição da *regra adstrita* oriunda da ponderação. Contudo, esse tema transcende os limites do presente trabalho.

Já na concepção republicana, o *status* dos cidadãos não é determinado segundo o modelo das liberdades negativas, mas com base num modelo de liberdades positivas. Assim, mesmo os direitos políticos são vistos como direitos positivos, que garantem a participação em uma práxis comum, por meio da qual os cidadãos se tornam o que tencionam ser: sujeitos livres e responsáveis de uma comunidade de pessoas livres e iguais (HABERMAS, 2002, p. 272).

Habermas (2002, p. 277-278) defende como mais adequado às sociedades contemporâneas o terceiro modelo de compreensão da democracia (político deliberativo), afirmando que nele é possível se constituir uma vontade comum, não apenas por um autoentendimento mútuo de caráter ético, mas também pela busca de equilíbrio entre interesses divergentes e pelo estabelecimento de acordos, escolhidos racionalmente e voltados para um fim específico relativo ao bem comum. Como a deliberação política é pública e baseia-se nas condições de comunicação (teoria do discurso), difere dos outros dois modelos (liberal e republicano), na medida em que permite a criação de uma coesão interna entre negociações, discursos de autoentendimento e sobre a justiça. Com isso a razão prática desloca-se dos direitos universais do homem e da eticidade concreta para as regras discursivas e formas argumentativas (HABERMAS, 2002, p. 272).

No modelo de Habermas (2003, p. 280-283) os direitos fundamentais e os princípios do Estado de Direito são concebidos como uma resposta à pergunta sobre como institucionalizar as condições de comunicação do procedimento democrático, valendo-se da intersubjetividade existente em processos de entendimento mútuo para reinterpretar a ideia de soberania popular a partir de uma intersubjetividade democrática, que será capaz de redirecionar o poder administrativo para determinados fins.

5. Apontamentos sobre a importância de uma fundamentação procedimentalista dos direitos fundamentais na perspectiva da Constituição Federal de 1988 (CF)

Já vimos que, na perspectiva procedimentalista, os direitos fundamentais podem ser concebidos: a) como direitos à participação ativa no processo deliberativo em condições de igualdade (ELY, 2010); b) como direitos de proteção do indivíduo contra o Estado, de forma a possibilitar a intersubjetividade democrática que formará a vontade política de maneira racional e consensual (HABERMAS, 2003); ou c) numa síntese pessoal, como pressupostos procedimentais

do Estado Democrático de Direito, na medida em que garantam a deliberação democrática e a criação democrática do direito.

Mas contextualizar uma visão procedimentalista dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional brasileira tem algumas dificuldades evidentes, sendo a principal delas relativa ao fato de que a CF de 1988 fez opções procedimentais, mas foi muito mais pródiga em opções substanciais.

De fato, a visão substancialista do constituinte brasileiro permeia todo o texto constitucional, sendo mais evidente em seu preâmbulo, nos arts. 1º a 4º da CF, no amplo rol de direitos fundamentais encontrados em todo o texto e no art. 170 da Constituição. Tais dispositivos se identificam com o que se designa chamar de fórmula política constitucional (VERDÛ, 1998), e são bem representativos da opção substancial no momento constituinte.

A referência à existência de valores supremos no preâmbulo da Constituição; a instituição de uma República Federativa que se constitui em Estado Democrático (e Social) de Direito (art. 1º, *caput*, da CF); a referência aos fundamentos da República (soberania; cidadania; dignidade da pessoa humana; valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e pluralismo político); a expressa constitucionalização da dignidade da pessoa humana sob a forma de princípio fundamental (art. 1º, III, da CF); e a referência a objetivos fundamentais da República (art. 3º, da CF) demonstram que o constituinte tinha plena compreensão de que um ordenamento jurídico tem, em maior ou menor grau, componentes valorativos expressos e implícitos, e que a Constituição é um repositório dos valores que a comunidade política entende ser os mais importantes em determinado momento histórico.

De fato, quando conjugamos estas referências ao amplo catálogo de direitos fundamentais consagrados pela Constituição de 1988, inclusive de natureza econômica e social, percebemos sua inequívoca abertura a conteúdos valorativos, sendo que o “núcleo duro” axiológico da Constituição de 1988 repousa na dignidade da pessoa humana, valor fonte do nosso sistema jurídico constitucional, e na inter-relação e interpenetração deste valor com o catálogo de direitos fundamentais positivados (MARTINS, 2007).

Nesse contexto, lembra-nos Marcelo Neves (2009, p. 56) que a Constituição foi uma construção social da modernidade, que possibilita a diferenciação entre política e direito no âmbito dos Estados, mas que depende de pressupostos sociais para seu desenvolvimento. Assim, a Constituição só é capaz de funcionar como um mecanismo de autonomia recíproca entre direito

e política, num contexto social de diferenciação funcional e de inclusão social, situação esta ainda longe de ser plenamente observada no Brasil.

Não por acaso o desenvolvimento do constitucionalismo está diretamente relacionado à necessidade de dotar os direitos fundamentais de eficácia normativa (DALLARI, 2013), o que nos leva a admitir que a visão procedimentalista da democracia deliberativa pode contribuir para tal desiderato.

De fato, entendemos que apesar da perspectiva substancial da CF de 1988, também no Brasil a visão procedimental da democracia deliberativa tem importância inegável. Já mencionamos alhures que nas democracias contemporâneas a deliberação pública se presta também a permitir que a sociedade, de forma democrática, possa definir não somente quais são os direitos que são tidos por fundamentais, mas também os contornos, os limites e o alcance destes direitos fundamentais.

Na síntese de Rothenburg (2014, p. 19), no modelo procedimentalista a principal preocupação dos direitos fundamentais não estaria em assegurar valores substantivos (“decisões”), mas em garantir as condições (meios e modos, regras do jogo) de convivência, expressão e participação dos sujeitos, os quais reconhecidos e respeitados em sua dignidade de participantes livres e iguais, tomariam as deliberações de forma racional.

Assim, uma visão procedimentalista dos direitos fundamentais deve deixar claro que a institucionalização de uma democracia constitucional e a efetivação de um sistema positivo de direitos fundamentais são indispensáveis ao modelo procedimentalista de democracia deliberativa. E, nesse contexto, ganha importância ímpar também a existência de uma Corte Constitucional dotada de poder de não apenas proteger os mecanismos procedimentais de livre deliberação pública, mas também de atuar de forma contramajoritária, impedindo que vontades circunstâncias da maioria reduzam os direitos das minorias.

Volvendo os olhos para a realidade constitucional brasileira é possível perceber que o constituinte de 1988, apesar de inúmeras opções substanciais, não descuidou dos mecanismos procedimentais deliberativos. Com efeito, (i) a previsão constitucional de direitos políticos (arts. 14 a 16 da CF) e de mecanismos de participação direta da população na deliberação política por meio de plebiscito (art. 14, I, da CF), referendo (art. 14, II, da CF) e iniciativa popular (art. 14, III, da CF); (ii) a institucionalização de um Poder Legislativo independente e dotado de prerrogativas (arts. 44 a 59 da CF), bem como o estabelecimento de complexo processo

legislativo (arts. 59-69 da CF); (iii) a institucionalização de um Poder Judiciário independente (art. 2º da CF), estruturado em âmbito nacional (arts. 101 a 126 da CF), e dotado de uma Corte Constitucional com competência para exercer o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, enquanto síntese de duas grandes tradições (arts. 101 a 103 da CF); (iv) a significativa ampliação dos legitimados para a propositura de ações constitucionais voltadas para o controle concentrado de constitucionalidade (art. 103 da CF); (v) a estruturação e ampliação do papel institucional do Ministério Público (arts. 127 a 130 da CF); (vi) o fortalecimento do papel da Defensoria Pública (art. 134 da CF); (viii) a expressiva ampliação da liberdade de associação (art. 5º, incisos, XVII a XX); (ix) a consagração do direito de petição (art. 5º, incisos XXXIII e XXXIV, da CF); (x) a previsão constitucional do mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX, da CF), do mandado de injunção (art. 5º, LXXI, da CF) e do habeas data (art. 5º, LXXII, da CF); (xi) a previsão constitucional de ações populares (art. 5º, LXXIII, da CF) e de ações civis públicas (art. 37, § 4º, da CF c/c art. 129, III, da CF); são alguns exemplos, entre outros possíveis, de uma preocupação deliberativa procedimental do constituinte brasileiro.

Ocorre que, como já haviam identificado Viana et al. (2014, p. 41), a Constituição Federal de 1988 foi elaborada como uma grande solução de compromisso entre as forças que disputavam hegemonia na elaboração do texto constitucional, deixando para o futuro a concretização dos valores e princípios positivados na Carta, na dependência de novo arranjo de forças subsequente ao processo democrático que a própria Constituição deveria inaugurar. Assim, não há como negar a relevância de uma visão procedimental dos direitos fundamentais também para a democracia brasileira, pois o projeto constitucional nacional é ainda uma obra inacabada, que se reinventa e se redefine a todo momento, e que deve ser continuamente vivenciado pela sociedade brasileira. A relevância desta visão procedimental não exclui as escolhas substanciais do constituinte de 1988, mas permite refinar e delimitar estas escolhas à luz da nova realidade social vivenciada pelo país.

Aqui, reside a importância da teoria dos diálogos institucionais (MENDES, 2011), que respeite a liberdade de conformação do legislador democrático, mas imponha-lhe o respeito à Constituição. Segundo Conrado Hübner Mendes (2011, p. 106-107), *diálogo* é um signo de igualdade, respeito mútuo e reciprocidade, por denotar uma relação horizontal e não hierárquica, donde ele visa *amenizar* a questão da *dificuldade contramajoritária* e *escapar da armadilha* da tese da *última palavra*, mediante o reconhecimento de que o Judiciário não é o *único* legitimado a

interpretar a Constituição e visar, assim, que ele reconheça que o Legislativo é um [relevante] partícipe da concretização da Constituição.

Assim, o autor (2011, p. 125-129), com base em Stone-Sweet, afirma que, pelo princípio da proporcionalidade, o Judiciário induz os outros Poderes a pensar nos seus próprios papéis em termos da análise da questão constitucional em pauta, criando uma linguagem comum pela qual os Poderes podem se comunicar e, inclusive, esforçar-se para persuadir a Corte da validade de seus atos, de sorte a que, a depender de como o Legislador consiga demonstrar que está levando a proporcionalidade a sério, a Corte pode conferir-lhe maior deferência em suas escolhas. Hübner Mendes (2011, p. 129) propõe, então, que “*mesmo que por meio de uma condução bastante estrita pela corte, a proporcionalidade é também uma forma de diálogo. Dá ao legislador uma linguagem por meio da qual pode responder e eventualmente desafiar a corte*”, as Cortes assumindo uma postura maximalista para conter as *precondições da democracia*, representadas pelos direitos fundamentais.

Conrado Hübner Mendes (2011, pp. 232) bem aponta que a concepção de *separação de poderes deliberativa* permite amenizar ataques à atuação proativa do Judiciário, pois não se deve desprezar a hipótese de que uma pauta estabilizada se transforme, gradativamente, em uma pauta reprimida, situação patológica em que o Tribunal pode ajudar a corrigir. Dessa forma, por intermédio dos conceitos de *última palavra provisória* e de *rodadas procedimentais*, o autor (2011, pp. 238-240) procura colocar a revisão judicial sob uma nova luz: última palavra e diálogo complementam-se; assim como o direito e a política precisam de *últimas palavras provisórias*, precisam também de continuidade, razão pela qual postula, como condição adicional de legitimidade, que as instituições interajam por meio da *razão pública*. Sempre uma *última palavra provisória*, na medida em que o Parlamento nunca estará impedido de eventualmente regulamentar diferentemente o tema, mediante uma interpretação constitucional própria, a ser posteriormente avaliada pela jurisdição constitucional.

Trata-se de conclusão absolutamente similar à do Ministro Roberto Barroso (2014, p. 44-48), em artigo doutrinário, ao defender o papel do Supremo Tribunal Federal como, além de (tradicionalmente) contramajoritário, também representativo. Invocando Alexy, afirma que a Corte Constitucional funciona como *representante argumentativa da sociedade*, analisando a racionalidade e a justiça das demandas sociais a ela apresentadas, cabendo às Cortes duas posturas relativamente ao Legislativo. Quando este não atua, cria-se uma lacuna e o Estado

precisa dar uma resposta, existindo aí um espaço mais abrangente para atuação do Judiciário, cujo poder se expande para fins de colmatação da lacuna criada. Por outro lado, quando o Legislativo atua, não cabe ao Judiciário sobrepor a sua própria valoração sobre a do legislador, a menos que cumpra um ônus argumentativo muito elevado [no sentido da demonstração da inconstitucionalidade da opção do legislador, que estaria fora de sua liberdade de conformação].

Nesse contexto, se é verdade que a maturidade político deliberativa da sociedade brasileira está longe de ser a mesma que existe em países da Europa ou nos Estados Unidos, a relativa (e frágil) estabilidade política e econômica dos últimos 20 anos levou a um aumento da complexidade social, que quando conjugada com o fortalecimento e a redefinição dos papéis de instituições públicas e privadas (como o Ministério Público; a Defensoria Pública; as organizações não governamentais; a imprensa e os movimentos sociais) e com a criação de um novo espaço público – agora virtual (a internet e as redes sociais) – que é ao mesmo tempo mundial e local (CASTELLS, 2013), foi capaz de gerar toda uma gama de novas demandas políticas e sociais (além de recuperar e remodelar as antigas), as quais exigem um aprimoramento dos mecanismos deliberativos procedimentais vigentes.

Questões relativas aos limites da liberdade de expressão; ao direito à igualdade de gênero e à livre identidade de gênero; ao direito à liberdade de orientação sexual; ao direito à proteção e à inclusão social de minorias; aos limites da intervenção estatal na economia; aos limites da proteção estatal para os mais vulneráveis socialmente; à ineficácia dos mecanismos políticos institucionais de solução de conflitos sociais e políticos; à ineficácia dos serviços públicos e dos mecanismos de combate à corrupção; enfim, questões diversas relativas à ineficácia concreta do Estado (Democrático e Social) de Direito brasileiro e ao seu déficit de legitimidade democrática à luz da CF 1988 estão atualmente na “ordem do dia” do Poder Judiciário nacional, na pauta da sociedade brasileira e nas reflexões do direito.

Se para ser democrático um Estado deve contar, a partir das relações de poder estendidas a todos os indivíduos, com um espaço político demarcado por regras e procedimentos claros, que efetivamente assegurem espaços de interlocução e participação de todos os interessados, bem como o atendimento às demandas públicas da maior parte da população (LEAL, 2007, p. 37), o caminho para uma verdadeira democracia deliberativa no Brasil parece ainda estar longe de ser alcançado.

E como do ponto de vista procedimental os direitos fundamentais asseguram condições para que seus titulares se expressem e atuem em sociedade, funcionando como garantias que asseguram a coexistência e permitem a formação da vontade e a determinação dos comportamentos (ROTHEMBURG, 2014, p. 42), o incentivo à livre deliberação pública e o fortalecimento dos procedimentos democráticos deliberativos são condições necessárias, embora não suficientes, para alcançarmos uma verdadeira democracia, na qual a concretização de direitos fundamentais seja uma realidade e não mera retórica (ou metafísica) constitucional.

Lembre-se que os direitos fundamentais, de um lado, prendem-se ao objetivo de preservação de liberdade do indivíduo e, de outro, ao objetivo de inseri-lo no contexto social, tanto do ponto de vista político, quanto do ponto de vista econômico, permitindo-lhe partilhar das decisões da sociedade e participar dos esforços comuns (NUNES JUNIOR, 2009, p. 33).

Assim, a visão procedimentalista dos direitos fundamentais, a qual privilegia a discussão pública democrática sobre o alcance e o próprio conteúdo dos direitos fundamentais, tem muito a contribuir para a efetiva realização dos direitos fundamentais previstos na Constituição e para a legitimidade democrática do Estado brasileiro. Especialmente quando compreendida de forma não-excludente da visão substancialista. Nesse sentido, parece-nos pertinente trazer à colação a lição de Marcelo Cattoni de Oliveira (2006, p. 171-179), o qual propõe que a jurisdição constitucional deve garantir não só as condições jurídico-constitucionais para a formação democrática da vontade, os direitos fundamentais e a participação política, mas também desempenhar a tarefa ou a finalidade republicana de retroalimentar o processo político democrático no sentido do reconhecimento de novos sujeitos, sociais e políticos, e novos direitos, por meio de uma interpretação principiológica e, portanto, construtiva do sistema de direitos.

Vemos, assim, como a leitura de Marcelo Cattoni de Oliveira (2006) consegue compatibilizar procedimentalismo e substancialismo para o fim de garantir a formação democrática da vontade estatal (procedimentalismo) ao mesmo tempo em que a jurisdição constitucional se mostra apta a efetuar uma interpretação construtiva dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados (substancialismo). Tal síntese reforça a importância de uma visão procedimentalista dos direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988, a qual deve ser não excludente da visão substancialista, conforme buscamos demonstrar.

6. Considerações finais

Observamos ao longo deste artigo que o processo de positivação de direitos humanos nas Constituições contemporâneas, sob a forma de direitos fundamentais, levou os sistemas constitucionais a incorporar conteúdos éticos, morais e valorativos, que repercutiram diretamente em sua eficácia normativa. Paralelamente, a mudança do contexto social, econômico e cultural propiciou o surgimento de uma democracia deliberativa (ou participativa), a qual ressalta a necessidade de que o processo democrático não se restrinja ao contexto clássico representativo, mas também abarque a possibilidade de se deliberar publicamente sobre as questões que serão decididas.

Isso significa que, apesar da longa marcha que levou ao reconhecimento de direitos humanos à toda pessoa humana – pelo simples fato desta ser humana – ter encontrado seu ponto culminante na positivação destes direitos nas Constituições, este processo ainda não se encontra acabado. Ao contrário, cada vez mais se configura a necessidade de se readequar, reinterpretar e, principalmente, de se realizar na vida concreta do homem os direitos fundamentais previstos nas Constituições. Além disso, as novas – e cada vez mais rápidas e mutáveis – demandas sociais têm levado ao surgimento de novos direitos e reconfigurado os antigos, num processo de constante necessidade de redefinição e reconfiguração dos parâmetros normativos vigentes. Isto nos leva a afirmar que, hodiernamente, não basta positivar direitos fundamentais nas Constituições para que se possa qualificá-las como democráticas, fazendo-se necessário que se instituem mecanismos procedimentais deliberativos que permitam a participação ativa de todos os cidadãos nas escolhas político-democráticas e na construção social do sentido das Constituições.

Assim, na democracia contemporânea, os direitos fundamentais estão diretamente relacionados ao debate democrático, já que a deliberação pública se presta não somente a permitir que a sociedade, de forma democrática, possa definir quais são os direitos que são tidos por fundamentais, mas também estabelecer os contornos, os limites e o alcance destes direitos fundamentais.

Ainda neste contexto, também observamos que a crise do constitucionalismo social deslocou os procedimentos políticos de mediação para os procedimentos judiciais, o que provocou a perda de nitidez entre a política e o direito e transferiu para o Poder Judiciário o monopólio da última palavra na interpretação constitucional. Isto não apenas expôs o Poder Judiciário a uma interpelação direta de indivíduos, de grupos sociais e de partidos políticos, num

processo comunicacional em que prevalece a lógica dos princípios, do direito material e da hermenêutica concretizadora, como o inseriu diretamente no debate político.

Mesmo em caso de Constituições que, tal qual a brasileira, fizeram escolhas substanciais com maior intensidade, esta situação nos conduz a uma nova legitimidade democrática, que torna cada vez mais relevante o aprimoramento da deliberação pública. Acrescente-se a esta ponderação a circunstância de que houve expressivo aumento da complexidade social no Brasil; que o sistema político institucional tem se mostrado incapaz de atender as demandas sociais e coletivas; e que há a emergência de um novo espaço público virtual, no qual a insatisfação difusa da sociedade brasileira tem encontrado ressonância; e restará demonstrada a necessidade de uma nova postura dogmática do direito brasileiro em face dos mecanismos procedimentais deliberativos.

Assim, como no modelo procedimentalista a principal preocupação dos direitos fundamentais está em garantir as condições, meios e modos de convivência, expressão e participação dos sujeitos, o aprimoramento dos mecanismos deliberativos procedimentais em nosso país constitui, ao contrário do que poderia pensar o senso comum, uma forma eficaz de fortalecer a democracia e de atribuir normatividade concreta à Constituição.

Não obstante a necessidade de se aprimorar os mecanismos deliberativos procedimentais no Brasil, devemos na prática buscar compatibilizar as visões procedimentalista e substancialista, para o fim de garantir que a formação democrática da vontade estatal (procedimentalismo) se compatibilize com uma jurisdição constitucional apta a efetuar uma interpretação construtiva dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados (substancialismo).

Bibliografia

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. Verbete: democracia. In: DIMOULIS, Dimitri. (Coordenador-Geral). *Dicionário brasileiro de direito constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Ciência política, estado e direito público: uma introdução do direito público da contemporaneidade*. 2ª ed. São Paulo: Verbatim, 2014.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2011.

- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. *Jurisdição Constitucional. A tênue fronteira entre Direito e Política*. 2014. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf> (acesso em 13.08.2015).
- BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição*. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2013.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 13 tir. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Vol. I. Trad. Carmen C. Varriale et al. 10ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.
- BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 8ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência; por uma nova hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Devido Processo Legislativo: Uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.
- CATTONI DE OLIVEIRA. *Devido Processo Legislativo: Uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*, 2 ed., Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.
- CASTELLS, Manuel. *Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.
- CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- COELHO, Luiz Fernando. *Direito constitucional e filosofia da Constituição*. 1ª ed. 6ª reimp. Curitiba: Juruá, 2011.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na vida dos povos: da Idade Média ao Século XXI*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DIMOULIS, Dimitri. (Coordenador-Geral). *Dicionário brasileiro de direito constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. *A Construção social do sentido da Constituição na democracia contemporânea: entre soberania popular e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luis Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

ENTERRIA, Eduardo Garcia de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3ª ed. 3ª reimp. Madrid: Editorial Civitas, 1994.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ESPINOSA, Daniele Sales Echaiz. *Entre substancialismo e procedimentalismo: elementos para uma teoria constitucional adequada*. Maceió: EDUFAL, 2009.

GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: justiça e democracia*. Trad. Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria Processual da Constituição*. 3ª ed. São Paulo: RCS Editora, 2007.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Trad. George Sperber. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Volume I. 2ª ed. Trad. Flávio Beno Sieneneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HÖFFE, Otfried. *Justiça política: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do Estado*. 3ª ed. Trad. Ernildo Stein. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2006.

LEAL, Rogério Gesta. *O Estado-Juiz na democracia contemporânea: uma perspectiva procedimentalista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

LUÑO, Antonio E. Pérez. *Los derechos fundamentales*. 11 ed. Madrid: Tecnos, 2013.

LUÑO, Antonio E. Pérez. *Derechos humanos, estado de derecho y Constitucion*. 6ª ed. Madrid: Tecnos, 1999.

MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. *Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental*. 1ª ed. 7ª reimp. Curitiba: Juruá, 2012.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*, São Paulo: Ed. Saraiva, 2011.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A Cidadania Social na Constituição de 1988: Estratégias de Positivização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais*. São Paulo: Verbatim, 2009.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. 1ª ed. 2ª tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Direito constitucional*. 1ª ed. São Paulo: Verbatim, 2010.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Direitos fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2014.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Constitucionalismo democrático e governo das razões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do judicialismo constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012a.
- TAVARES, André Ramos. Verbete: Direitos Fundamentais. In: DIMOULIS, Dimitri. (Coordenador-Geral). *Dicionário brasileiro de direito constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012b.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- VERDÚ, Pablo Lucas. *Teoría de la constitución como ciencia cultural*. 2ª ed. Madrid: Dykinson, 1998.
- VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua Reserva de Justiça Um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*, São Paulo: Malheiros Editores, 1999.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.
- WARAT, Luís Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.