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

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

REGINA VERA VILLAS BOAS

RICARDO HENRIQUE CARVALHO SALGADO

GUSTAVO FERREIRA SANTOS

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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 Naspolini 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. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direitos e garantias fundamentais I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/ FUMEC/Dom Helder Câmara;
coordenadores: Regina Vera Villas Boas, Ricardo Henrique Carvalho Salgado, Gustavo Ferreira Santos – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-118-0
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. Garantias Fundamentais. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

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

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

Apresentação

Os textos que formam este livro foram apresentados no Grupo de Trabalho sobre Direitos e Garantias Fundamentais, no XXIV Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. No Grupo de Trabalho, foram discutidos variados problemas envolvendo a interpretação e aplicação de dispositivos constitucionais consagradores de direitos e garantias fundamentais. Diante de um complexo catálogo constitucional de direitos fundamentais, os estudos aprofundaram o olhar sobre as várias dimensões protetivas desses direitos.

Podemos classificar os trabalhos em três diferentes grupos. Em uma primeira parte, há um conjunto de artigos que faz discussões enquadráveis em uma Teoria dos Direitos Fundamentais. Há trabalhos sobre conceito, história e interpretação dos direitos fundamentais. Uma segunda parte traz artigos que têm o foco em discussões conceituais sobre direitos fundamentais em espécie. Finalmente, segue uma terceira parte, na qual direitos fundamentais em espécie são enfocados em uma discussão em torno de situações específicas de aplicação.

Na primeira parte do livro, Isabelly Cristinny Gomes Gaudêncio, Mestranda no Centro Universitário de João Pessoa, faz uma discussão conceitual sobre direitos humanos, sua definição e a história de sua consagração, destacando, em sua definição, as ideias de dignidade humana e de mínimo existencial. Neumalyna Lacerda Alves Dantas Marinho, também mestranda no UNIPE, de João Pessoa, propõe a discussão sobre a relativização da dignidade humana, quando em conflito com um conceito de dignidade humana da sociedade. Fernando Pereira Alqualo, mestrando na Uninove, trata do princípio da fraternidade e sua prática, que alimenta um ativismo judicial. Matheus Brito Nunes Diniz e Ana Angelica Moreira Ribeiro Lima, Mestrandos da UFPB, trabalham com o que chamam de tríplice vinculação do Estado pelos direitos fundamentais, enfocando papeis dos poderes estatais na garantia de direitos.

A segunda parte é iniciada com o trabalho de Raul Abreu Cruz Carvalho, Mestrando na Universidade de Fortaleza, que propõe uma discussão sobre o fundamento constitucional da proteção do idoso, identificando a solidariedade como princípio constitucional implícito. Tereza Margarida da Costa de Figueiredo e Yara Pereira Gurgel, respectivamente Mestranda

e Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, discutem a relação de pertinência entre liberdade de expressão e mínimo existencial, a partir do conceito de mínimo social. Roberta Farias Cyrino e Jorge Di Ciero Miranda, respectivamente Mestra e Mestrando na Universidade de Fortaleza discutem mudanças decorrentes da construção do que é chamado de "sociedade da informação" e, por consequência, diversas dimensões do direito à informação. Francielle Lopes Rocha e Natalia Santin Marazo, mestrandas no Cesumar, discutem a relação entre dignidade humana e liberdade de expressão, a partir do estudo de discursos que fomentam o ódio contra minorias sexuais. Lucas de Souza Lehfeld e Marina Ribeiro Guimarães Mendonça, respectivamente Professor e Mestranda na Universidade de Ribeirão Preto, discutem o princípio da afetividade na proteção constitucional na proteção de direitos homoafetivos. Tiago Clemente Souza e Danilo Pierote Silva, Mestre e Mestrando no Centro Universitário Eurípides Maia, apresentam o questionamento sobre a existência de um direito fundamental à prova e a possibilidade de renúncia nas relações jurídicas privadas.

Ainda na segunda parte, Romulo Magalhães Fernandes, Mestrando na PUC-MG, e Anna Carolina de Oliveira Azevedo discutem imprensa e o problema da relação entre direitos fundamentais que a protegem e direitos que são por sua atividade atingidos. O doutor Eder Bonfim Rodrigues apresenta um estudo comparativo entre Brasil e França quanto ao tratamento jurídico do uso de símbolos religiosos, discutindo o conceito de laicidade. Aline Fátima Morelatto e Marcela Leila Rodrigues da Silva Vales, doutorandas na Fadisp, discutem diversos instrumentos jurídico-institucionais de concretização do acesso à justiça, especialmente a chamada assistência jurídica integral e gratuita. Larissa Peixoto Valente, Mestranda na UFBA, trabalha com a garantia do devido processo legal, tratando do seu conceito, sua formação histórica e o alcance de sua proteção.

A terceira e última parte traz o trabalho de Rodrigo Ribeiro Romano, aluno da UFRN, que discute a questão da legitimidade da jurisdição constitucional em uma democracia, a partir da problematização do papel do Procurador Geral da República na proteção de grupos sociais minoritários. Anna Cândida da Cunha Ferraz e Dayse dos Santos Moinhos, Professora e Mestranda na Unifieo, discutem o direito à vida, fazendo uma análise crítica de duas decisões do Supremo Tribunal Federal que tratam desse direito (ADI 3.510 e ADPF 54). Raisa Duarte da Silva Ribeiro, Mestranda na UFF, e Rodrigo de Souza Costa, Professor da UERJ, analisam o Caso Ellwangen, decidido pelo Supremo Tribunal Federal, que envolveu uma discussão entre repressão ao racismo e proteção da liberdade de expressão. Renan Moreira de Norões Brito, Mestre pela UNIFOR, analisa a decisão pela inconstitucionalidade da Lei Complementar n. 31/2004 do Município de Criciúma/SC, que tratava do estabelecimento de cotas raciais para ingresso em cargo público. Irna Clea de Souza Peixoto, do CESUPA, discute o interesse social na ressocialização de condenados, estudando o "Caso Champinha,

no qual, com base em um laudo pericial psiquiátrico, foi determinado o seu internamento. Bruno Rodrigues Leite e Alexandre Ferrer Silva Pereira, mestrandos na PUC-MG, estudam norma que regula atuação da Prefeitura de Belo Horizonte em relação bens de pessoas em situação de rua.

Continuando a terceira parte, Têmis Lindemberger e Brunize Altamiranda Finger, da Unisinos, refletem sobre a responsabilidade do Estado quando não fornece, após o diagnóstico, tratamento a tempo para pessoas com câncer. Francisco Rabelo Dourado de Andrade, Mestrando na PUC-MG, discute o exercício do direito ao protesto, a partir de uma reflexão sobre direitos fundamentais e processualidade democrática. José Guilherme Ramos Fernandes Viana e Walesca Cariola Viana, da Unifieo, trabalham com situações de violação de direitos fundamentais no transporte de presos em porta-malas de viaturas policiais.

Todos os trabalhos foram objeto de discussão, com a Coordenação do Grupo de Trabalho, com o público presente e, fundamentalmente, entre os autores. Não houve trabalho que, no debate, não fizesse interação com temáticas abordadas em outros artigos. Verificamos, ainda, que os temas atraíram outros participantes do evento, que não tinham trabalhos inscritos no GT, o que enriqueceu mais ainda a discussão.

Vamos aos textos.

PROTESTOS POPULARES: A REIVINDICAÇÃO DE DIREITOS PELA VIA DA PROCESSUALIDADE DEMOCRÁTICA

POPULAR PROTESTS: THE VINDICATION OF RIGHTS BY WAY OF DEMOCRATIC PROCESSUALITY

Francisco Rabelo Dourado de Andrade

Resumo

Inicialmente, o presente artigo se propõe a contextualizar os movimentos sociais de protesto que ocorreram em diversos países no ano de 2011 e, dois anos depois, se desencadearam no Brasil de forma surpreendente e espontânea em poucos dias. De uma manifestação que se iniciou contra o aumento das tarifas do transporte público em São Paulo, em poucos dias milhares de pessoas saíram pelas ruas de todo o país para protestar por questões de ordem nacional, como educação, saúde, segurança, dentre tantos outros problemas que necessitam de reformas e melhorias. Ademais, pretende-se situar o povo em seu status de sujeito constitucional destinatário dos direitos fundamentais previstos na Constituição Brasileira de 1988 e fonte de legitimação do poder e do controle do seu exercício pelo Estado. Em sequencia, será abordada a tomada de decisões na esfera pública na ótica da teoria discursiva de Jürgen Habermas e a sua contribuição na tentativa de se obter maior esclarecimento das bases que legitimam o direito democrático. No último capítulo, será abordada a reivindicação de direitos fundamentais pela via da processualidade democrática com base na teoria neoinstitucionalista do processo, a qual trabalha um novo campo de demarcação teórica e propõe uma revisitação crítica de conteúdos jurídicos que vão influenciar os níveis instituinte, constituinte e constituído do Direito. Nessa perspectiva, o processo apresenta-se como o medium linguístico da racionalidade discursiva nos planos de criação, aplicação, fiscalização ou modificação de direitos em um espaço procedimentalizado aberto a todos.

Palavras-chave: Protestos populares, Tomada de decisões, Direitos fundamentais, Processualidade democrática

Abstract/Resumen/Résumé

Initially, this article aims to contextualize the social protest movements that occurred in several countries in 2011 and, two years later, have been triggered in Brazil surprising and spontaneously in a few days. A protest that started against rising fares of public transport in São Paulo, in a few days thousands of people took to the streets nationwide to protest issues of national policy, such as education, health, security, among many other problems requiring renovations and improvements. Furthermore, we intend to situate people in their status of constitutional subject recipient of fundamental rights under the Brazilian Constitution of 1988 and source of legitimation of power and control of your exercise by the State. In sequence, will be discussed decision-making in the public sphere in the view of discourse

theory of Jürgen Habermas and its contribution in an attempt to obtain further clarification of the bases that legitimate the democratic right. In the last chapter, will look at the vindication of fundamental rights by way of democratic processuality based on neo-institutionalist theory of the process, which employs a new field of theoretical demarcation and proposes a critical revisiting of legal content ranging influence the instituting level, constituent and constituted of law. In this perspective, the process is presented as the linguistic medium of discursive rationality in creation plans, implementation, inspection or modification of rights on a procedure space open to all.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Popular protests, Decision making, Fundamental rights, Democratic processuality

1 INTRODUÇÃO

O ano de 2013 foi marcante para a história recente do Brasil. A convocação do Movimento Passe Livre à população de São Paulo para protestar contra o aumento da tarifa dos transportes públicos foi a centelha que incendiou os ânimos não apenas dos paulistas, mas do povo brasileiro.

Milhares de pessoas foram às ruas em todos os Estados da federação para protestar por melhores condições de vida, emprego, saúde pública e educação, além de levantar questões como a revisão da carga tributária, responsabilidade ambiental, desenvolvimento sustentável, moralidade na atuação dos políticos, fim da corrupção, reforma do sistema eleitoral, dentre tantos outros temas que, à evidência, demandam efetiva reestruturação.

Observou-se, do mesmo modo, que as manifestações também denunciaram uma crise na própria representatividade das autoridades públicas e políticas, já que a condução do país não refletia os anseios do povo, o destinatário de todos os serviços públicos e demais ações praticadas pelos seus representantes.

Essa onda de protestos prosseguiu em 2014, visivelmente aflorada com a realização da Copa do Mundo de futebol e das eleições presidenciais, embora tais movimentos não tivessem a mesma magnitude daquilo que foi visto no ano anterior. Com o agravamento da crise político-econômica no Brasil em 2015, sobretudo face aos escândalos de corrupção deflagrados por operações da Polícia Federal, novas manifestações têm sido organizadas pelo país, colocando em cheque a figura de governantes, agentes políticos e instituições públicas.

Dessas manifestações, que a rigor não tiveram líderes ou a organização por parte de instituições tradicionais como sindicatos e partidos políticos, surgiram diversos questionamentos como: O que fazer após os protestos? Como se encaminharia essa forma horizontal de tomada de decisões, sem o comando de partidos, da personificação de lideranças ou de comitês centrais? Como as decisões seriam tomadas de forma legítima e vinculativa a todos? A estrutura legal teria que ser alterada? Como se estruturaria esse novo modelo democrático? Muito se falou no *despertar de um gigante*, mas a busca pela resposta a essas e tantas outras perguntas têm sido de fato estudadas pela comunidade científica nacional?

No presente artigo, far-se-á um percurso inicial de modo a contextualizar os protestos populares como reflexo da crise no cenário socioeconômico mundial para, posteriormente, abordar a marcante onda de protestos ocorrida no Brasil em 2013. Mais adiante, buscar-se-á

situar o povo e seu *status* de sujeito constitucional destinatário dos direitos fundamentais previstos na Constituição brasileira.

Estudar-se-á em tópico seguinte a tomada de decisões na esfera pública a partir da *teoria do discurso* de Jürgen Habermas para, ao final, encaminhar os estudos acerca da reivindicação de direitos pela via da processualidade democrática, segundo as bases teóricas ofertadas pela teoria neoinstitucionalista do processo.

Desse modo, tentar-se-á demonstrar que a análise ou busca de possíveis respostas às questões acima suscitadas deve ser despida de discursos idealistas, seja em defesa de bases socialistas, republicanas e comunitaristas, seja em planos liberais, libertários e capitalistas. É preciso mais que isso. Torna-se imperioso realizar estudos científicos desprendidos de conteúdos ideológicos e que não mais têm aderência com o Estado Democrático de Direito, conquista histórica que uniu o Estado de Direito com a democracia e afirmada pela Constituição brasileira de 1988.

Com efeito, estudar e pesquisar tais questões é tarefa de fundamental importância para a construção do (inacabado e em constante desenvolvimento) Estado Democrático de Direito, sempre no sentido de buscar uma argumentação que melhor se amolde ao eixo teórico da democracia.[1]

2 CONTEXTUALIZAÇÃO DOS PROTESTOS POPULARES COMO REFLEXO DA CRISE NO CENÁRIO SÓCIOECONÔMICO MUNDIAL

No ano de 2011, uma série de movimentos sociais de protestos eclodiu de forma simultânea e contagiosa como há muito não se via, cujas mobilizações se iniciaram na África

[1] Neste ponto, Lênio Luiz Streck leciona que o Estado Democrático de Direito "no Brasil longe está de atender às demandas provenientes de uma sociedade complexa, no interior da qual convivem os mais significativos contrastes. No imaginário dos juristas, prevalece ainda o modelo ou modo de produção forjado para resolver conflitos de índole interindividual. Essa crise pode ser detectada nas práticas quotidianas dos juristas, na cultura manualesca que as informam, bem como nas salas de aula dos cursos de direito. Há uma dificuldade enorme em convencer a comunidade jurídica acerca do valor da Constituição e do constitucionalismo". Ademais, "a crise ocorre em vários níveis. Em um nível mais simples, a inefetividade da Constituição decorre de mera ignorância acerca da diferença entre texto e norma ou entre vigência e validade". Portanto, "isso acarreta um enfraquecimento da jurisdição constitucional, problema que também pode ser detectado pelo reduzido número de incidentes de inconstitucionalidade suscitados pelos órgãos fracionários dos Tribunais. São raras igualmente as decisões que aplicam as técnicas de interpretação conforme a Constituição e da inconstitucionalidade parcial sem redução de texto (sem falar de outras sentenças interpretativas que poderiam servir de importantes mecanismos de realização/concretização da Constituição)". (*Jurisdição constitucional e decisão jurídica*, p. 99-100). Finalmente, Ronaldo Brêtas afirma que "o processo adequado à concretização de tal objetivo é o processo constitucional – processo constitucional legislativo, processo constitucional jurisdicional e processo constitucional administrativo – estando sempre o Estado Democrático de Direito em permanente estágio de inacabada consolidação, em outras palavras, espécie de projeto constitucional principiológico *in fieri*". (*Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*, p. 2).

(Tunísia, Egito, Líbia e Iêmen), partindo para a Europa (Espanha, Grécia e Reino Unido), estendendo-se para o Chile, Estados Unidos e, ao final daquele ano, para a Rússia.

Curioso notar a sincronia cosmopolita (febril e viral) de uma sequência de rebeliões que se desenrolavam quase espontaneamente nos referidos países, tendo como pano de fundo a crise social, política e econômico-financeira que perdurava desde 2008, sobretudo frente à ausência de alternativas políticas organizadas que refletia em aumento do desemprego, da pobreza e das desigualdades sociais.

Se na crise de 2008 não ocorreram relevantes mobilizações populares, nos grandes movimentos de 2011 tiveram destaque os *Indignados* da Espanha, que protestavam contra as elites políticas e a democracia liberal, como também os *Ocupas* de Nova York, movimento que se estendeu por outras cidades pelo mundo e se dirigia aos bancos, apresentando-se como sendo os 99% (a grande maioria) contra a classe dominante, que representaria o restante (1%). Vale também lembrar o movimento estudantil chileno, que lutava contra a privatização da educação; a guerra na Líbia como nova modalidade de intervenção imperial; as rebeliões populares na Tunísia, Egito e em outros países do Oriente Médio que também assistiram à onda revolucionária denominada Primavera Árabe, inaugurando um novo contexto naquela região, já que a participação popular na maioria daqueles países, até então adormecidas, aparecerem com vigor e ânimo nas praças públicas para derrubarem as ditaduras.

A extensão epidêmica dos movimentos de protesto se deveu não apenas à mídia tradicional (TV ou rádio), mas principalmente pelas redes sociais (principalmente o *Twitter*) que proporcionaram uma disseminação viral com mensagens replicadas a milhares de outros emissores, chegando a ser taxada de "alucinação coletiva quimicamente induzida" ou de "conspiração alucinógeno-fundamentalista" em países com tradição ditatorial. (CARNEIRO, 2013, p. 9).

Embora o Brasil não tenha figurado entre os diversos países nos quais eclodiram as intensas mobilizações e protestos ao longo de 2011, em 2013 o país foi surpreendido por um grande número de manifestações de rua que há tempos não se via (como, por exemplo, o movimento das "Diretas Já" em 1984 e o movimento pela derrubada do Presidente Fernando Collor de Melo em 1992), cujo início partiu do Movimento Passe Livre de São Paulo com a mobilização da população contra o aumento da tarifa nos transportes públicos, tendo esta sido a "fagulha" que deflagrou protestos em todo país, levando milhares de pessoas às ruas para reivindicar questões de toda ordem, como melhores serviços públicos (educação, saúde e

segurança), respeito à coisa pública, moralidade administrativa ou, em boa síntese, o cumprimento da Constituição Federal.

O uso das redes sociais foi fundamental não apenas para a convocação e disseminação das manifestações, mas também como importante espaço para debate e exposição de opiniões de forma democrática. Comparando esse movimento àqueles ocorridos em 2011, Márlon Reis afirma que

> [...] podemos traçar um bom paralelo entre as mobilizações de junho de 2013 no Brasil e outros eventos como o Occupy Wall Street dos Estados Unidos, Los Indignados da Espanha e, movimentos diversos que marcaram o fenômeno conhecido como Primavera Árabe. A similaridade está no fato de que nas manifestações ocorridas no exterior estavam presentes todas as demais características da mobilização verificada no Brasil. São elas a origem surpreendente, o caráter nacional, a organização prioritária em meio virtual, a inexistência de lideranças convencionais, o afastamento de direções partidárias ou sindicais e a multiplicidade de pautas, embora, em alguns casos, tenha havido a concentração de esforços em torno da destituição de governos, o que acabou acontecendo em diversas partes do Oriente Médio. (REIS, 2013, p. 44-45).

Percebeu-se em tais movimentos certa tendência de substituição da consciência política das classes exploradas (embasadas pela tradição marxista e cristalizada institucionalmente na figura dos sindicatos e partidos) por uma consciência rebelde, órfã dos aparatos burocrático-institucionais que, ao contrário, serviriam como mecanismo de limitação das lutas sociais. A própria figura da representação passou a ser questionada. Os modelos de desenvolvimento e as formas de se fazer política foram colocados em cheque frente aos sintomas de seu esgotamento. Daí a razão de as mobilizações terem se disseminado no país sem a presença de partidos, sindicatos ou organizações de massa tradicionais, no entanto, percebeu-se a falta de uma definição estratégica, programática e teórica para tais movimentos.

Slavoj Žižek, em texto dedicado exclusivamente ao tema, inicia sua reflexão questionando o que fazer depois da ocupação de Wall Street ocorrida após a onda de protestos que se espalhou por várias partes do mundo. Para o filósofo esloveno, os movimentos se fortaleceram gerando o risco de os manifestantes apaixonarem por si mesmos em função do momento agradável que tiveram nos "lugares ocupados", o que seria um dos grandes perigos enfrentados pelos manifestantes. Exemplo disso foi a fala de um rapaz que, ao dirigir-se à multidão em Wall Street, fez um convite para todos participarem dos movimentos como se fossem um acontecimento no estilo *hippie* dos anos 1960: "Estão nos perguntando qual é o nosso programa. Não temos programa. Estamos aqui para curtir o momento". Todavia, o autor ressalta que os carnavais saem barato e, no dia seguinte, tudo permanece como sempre esteve.

Para ele, os manifestantes deveriam apaixonar-se pelo trabalho duro e eficiente, partindo do pressuposto de que eles são o *começo* e não o *fim* de uma história ou acontecimento. A mensagem básica deles deveria ser: "O tabu foi rompido, não vivemos no melhor mundo possível, temos a permissão, a obrigação até, de pensar alternativas". (ŽIŽEK, 2013, p. 15-16).

Segundo o mesmo autor, o cerne do problema não é a luta de classes (antirracistas, feministas etc.) ou o combate à corrupção, mas, sim, o *sistema* que nos leva a elas, qual seja o capitalismo. Tornar-se-ia necessário, portanto, colocar em debate as questões realmente difíceis, complexas e não apenas discutir aquilo que "não queremos", o que seria trivial e não encaminharia para novas alternativas, mas "o que de fato queremos", pois as alternativas aplicadas no século XX, ao que parece, não funcionaram.

Desse debate surgem questionamentos que demandariam reflexão: Os protestos são antiamericanos? Os manifestantes são violentos? E o que é essa violência quando comparada àquela necessária para sustentar o "suave" funcionamento do sistema capitalista global? Os manifestantes são necessariamente socialistas? E como se explica ocaso da China: Um país liderado pelo comunismo e, paradoxalmente, representa o mais implacável dos capitalismos? O sucesso do capitalismo chinês representa a proximidade do divórcio entre o capitalismo e a democracia? Os manifestantes são sonhadores ou são o despertar de um sonho que está se transformando em pesadelo?

Não obstante tais questionamentos, certo é que uma aproximação dos manifestantes ao comunismo poderia ser visualizada no sentido da preocupação com *bens comuns* – da natureza e do conhecimento – ameaçados pelo sistema atual. Žižek chegou a afirmar que certa medida de violência se justificaria em razão da vontade dos manifestantes em dar um basta no modo como são feitas as coisas. (ŽIŽEK, 2013, p. 15-17).

Mas os protestos criaram um vazio e será necessário algum tempo para preenchê-lo de maneira apropriada. Mas como preenchê-lo? Žižek alerta que qualquer debate necessariamente deve ser visto como um debate forçado em território inimigo (que vai preferir o silêncio e rejeita o diálogo) e será preciso certo tempo para posicionar um novo conteúdo. Não basta apenas dizer que o capitalismo global passou a minar a legitimidade das democracias ocidentais, temos que expandir a democracia para além de sua forma político-estatal pluripartidária sem transferir a culpa para os próprios manifestantes por levantarem questões que merecem reflexão e mudança.

No entanto, as pessoas sempre têm a resposta nas suas reivindicações, o problema é que elas não conhecem as perguntas para as quais têm (ou são) a resposta. Para esclarecer esse raciocínio, Žižek lembra a filosofia de Lévi-Strauss, para quem a "proibição do incesto" não é uma questão ou um enigma, mas uma resposta a uma pergunta que não conhecemos. O mesmo ocorre com a psicanálise, onde o paciente sabe a resposta (seus sintomas), mas não sabe a que ela responde. Por isso o seu analista deverá contribuir para formular a correspondente questão. (ŽIŽEK, 2013, p. 25).

Assim, as reivindicações dos protestos deveriam ser tratadas da mesma maneira: As questões reivindicadas não devem ser tomadas como ponto de partida para se obter respostas ou programas sobre o que fazer. Elas, ao contrário, são as respostas para as quais devem ser propostas as suas questões.

No entanto, toda e qualquer questão a ser posta em debate seria inócua sem a existência de um recinto jurídico-argumentativo de asseguramento da igualdade de participação e de interpretação nos discursos que visam a criação, fiscalização, aplicação, modificação ou extinção de direitos. E esse recinto, como se verá neste trabalho, afirmado como garantia no vigente paradigma de Estado Democrático de Direito, é o *processo*.

3 *STATUS* DO POVO COMO SUJEITO CONSTITUCIONAL DESTINATÁRIO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os séculos XVIII e XIX foram marcados por importantes lutas que tinham por objetivo superar os antigos regimes monarquistas (absolutista e constitucional) até então predominantes na Europa. Questionavam-se a figura do Estado, que se confundia com a própria figura do monarca soberano, as formas de dominação e sua tirania, além das regalias da alta nobreza e do clero. Surgia, portanto, a Revolução Francesa, movimento sócio-político que impôs consideráveis modificações não apenas na vida em sociedade, mas também no próprio constitucionalismo, sobretudo em relação ao estudo do Estado e do Direito. (DEL NEGRI, 2009, p. 49-53).

Com o início dessa nova fase da organização política do Estado Moderno, assistiu-se ao surgimento do Estado Liberal, no qual as leis elaboradas pelo Parlamento tinham por objetivo proteger a esfera privada dos indivíduos, o direito à propriedade privada, bem como a liberdade e igualdade (meramente formal), proteção essa garantida tanto em face do Estado como frente aos próprios particulares. Embora a liberdade e igualdade tivessem assumido o

status de direitos fundamentais, o direito à propriedade privada era a base intocável do enfoque liberal.

O período do liberalismo proporcionou avanços nos planos social, econômico e político, comparando-o com o período medieval. Contudo, o individualismo extremado gerou consequências nefastas para as classes menos favorecidas, já que o poder econômico e poder político se concentravam nas mãos de reduzida parcela de patrimonializados, fato esse que refletiu em uma nova forma de dominação e exploração da grande maioria desfavorecida (o povo). Ademais, com a concentração de riquezas, a formação de monopólios, exploração de trabalhadores, substituição parcial do homem pela máquina, condições precárias de vida e baixa remuneração, iniciou-se o movimento do proletariado, organizado por trabalhadores insatisfeitos que buscavam mudanças, melhores condições e vida digna. O declínio do Estado Liberal tornou-se inevitável. (THIBAU, 2011, p. 13-14).

Após a Primeira Guerra Mundial (1914-1918), o Estado, que até então era abstencionista e limitado pelas leis editadas no plano liberalista, passou a assumir um papel central, intervencionista, com atuação voltada para o controle do plano econômico e o desenvolvimento das atividades relacionadas às esferas sociais, como a educação, a cultura, a previdência, o trabalho e a saúde. A promulgação das Constituições mexicana (1917) e de Weimar (1919) marcaram o início do Estado Social, idealizado em nome da solidariedade e do interesse coletivo, vale dizer, em planos diametralmente opostos aos ideais liberais, baseado no individualismo e nos interesses privados.[2]

Diante desse agigantamento do Estado em todas as esferas de atuação, percebeu-se que sua figura paternalista era conduzida de forma arbitrária, desconsiderando a autonomia privada e, sobretudo, sem de fato cumprir as promessas assistencialistas que o elevara ao posto de figura central condutora da sociedade. Os cidadãos, situados na condição de meros clientes do aparato estatal, passaram a questionar o seu monopólio e a falta de mecanismos eficazes de controle de sua atuação.[3] Em razão disso, Habermas chegou a afirmar que "é certo

[2] Segundo Álvaro Ricardo de Souza Cruz, no Brasil, "o regime varguista consolidou normativamente direitos econômicos, sociais e coletivos, especialmente pelo advento na década de 1940 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e da Justiça Trabalhista (JT). Ao mesmo tempo, iniciou um programa de industrialização baseado, quase que exclusivamente, no esforço estatal. Empresas públicas surgiram neste período, que presenciou os primórdios do planejamento econômico estatal. Foi também o período de aparecimento dos Institutos de Previdência Social, dando os primeiros passos para a garantia dos trabalhadores urbanos. Contudo, esse arremedo de Estado Social estava muito longe dos parâmetros europeus. O Estado brasileiro jamais foi capaz de, minimamente, atender às necessidades da maioria da população. [...] o centro do Estado brasileiro sempre foi o Executivo e, na maioria das oportunidades, de modo extremamente autoritário, como demonstra a instabilidade política do Brasil no século passado". (2004, p. 133).

[3] Além dos fatores que justificaram a crise do Estado Social, Lênio Streck aponta para algumas circunstâncias que o referido modelo também proporcionou durante o seu processo histórico: "A – o processo de crescimento

que o paradigma do direito fornecido pelo Estado social não consegue mais convencer plenamente". (2003a, p. 312).

No entanto, a crise do Estado Social não significava o desejo de retorno à concepção liberal de Estado. A insatisfação com as bases normativas que deixou de "encaminhar respostas satisfatórias às indagações oriundas de uma sociedade pluralista e complexa em busca sua autodeterminação, levou à necessidade de se teorizar um novo paradigma-constitucional". Desse modo, surge no século XX o Estado Democrático de Direito para a consecução de tal objetivo, tendo, "na concepção Procedimental de Democracia, o eixo teórico encaminhador de uma discursividade garantidora do Direito racionalmente construído". (THIBAU, 2011, p. 19).

Buscando uma melhor compressão sobre o Estado Democrático de Direito, José Alfredo de Oliveira Baracho esclarece antes o que vem a ser o Estado de Direito, o qual

> [...] exige a submissão da administração à lei, visando à proteção e realização das exigências da liberdade, igualdade e segurança de todos os Direitos Fundamentais do Homem. Os cidadãos devem questionar de onde provém a 'legitimidade' dos juízes para impor decisoriamente nos conflitos públicos e privados. Onde reside sua independência, que possibilita erigi-los em árbitro imparcial para julgar as condutas; como se desenvolve o 'controle', para que seja exigida a responsabilidade dos juízes, como a de todos os poderes públicos. (BARACHO, 2008, p. 225).

Observa-se por essas linhas que o Estado de Direito também é um Estado constitucional, que se estrutura e se submete à lei constitucional, cujo ordenamento jurídico somente pode ser concebido mediante votação e aprovação pelos representes do povo, em regime democrático. Trata-se, pois, do *paradigma*[4] do Estado Democrático de Direito que,

---

do Estado não beneficiou unicamente as classes trabalhadoras com o asseguramento de determinados direitos. A atuação estatal em muitos setores significou também a possiblidade de investimentos em estruturas básicas alavancadoras do processo produtivo industrial – pense-se aqui, por exemplo, na construção de usinas hidrelétricas e estradas e em financiamentos etc.; B – a democratização das relações sociais significou, por outro lado, a abertura de canais que permitiram o crescimento das demandas por parte da sociedade civil. Este fato será, posteriormente, um dos obstáculos críticos ao próprio desenvolvimento do Estado do Bem-estar Social se pensarmos que, com o aumento da atividade estatal, crescia, também, a sua burocracia, como instrumento de concretização dos serviços, e, como sabido, democracia e burocracia andam em caminhos com sentidos opostos". (2013, p. 83-84).

[4] Sob influência de Thomas Kuhn, é comum observar a utilização da expressão *paradigma* para designar ou qualificar o Estado de Direito e o Estado Democrático de Direito. Esse termo mereceu amplos estudos pela doutrina e não raro são utilizados termos semelhantes, tais como: "visões paradigmáticas", "imagens-modelo", "modelo", "padrão" e "matriz disciplinar". Embora tenha admitido a utilização das locuções paradigma do Estado de Direito e paradigma do Estado Democrático de Direito, em razão do reiterado uso em textos jurídicos, Ronaldo Brêtas sustenta que tais paradigmas devem ser compreendidos como "sistemas jurídico-normativos consistentes, concebidos e estudados pela teoria do Estado e pela teoria constitucional, no sentido técnico de verdadeiros complexos de ideias, princípios e regras juridicamente coordenados, relacionados entre si por conexão lógico-formal, informadores da moderna concepção de Estado e reveladores das atuais tendências científicas observadas na sua caracterização e estruturação jurídico-constitucional". (2012, p. 54-57).

para Ronaldo Brêtas, "resulta da articulação dos princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito, cujo entrelaçamento técnico e harmonioso se dá pelas normas constitucionais", tendo em vista que

> [...] a democracia, atualmente, mais do que forma de Estado e de governo, é um princípio consagrado nos modernos ordenamentos constitucionais como fonte de legitimação do exercício do poder, que tem origem no povo, daí o protótipo constitucional dos Estados Democráticos, ao se declarar que todo o poder emana do povo (por exemplo, parágrafo único, do art. 1º da Constituição Brasileira; arts. 3º e 10º da Constituição Portuguesa; e art. 20 da Lei Fundamental de Bonn, como era conhecida a Constituição da República Federal da Alemanha). (BRÊTAS, 2004, p. 102).

Desse modo, a democracia está diretamente relacionada ao *povo* (sujeito constitucional), que é a fonte de legitimação do poder e do controle do seu exercício pelo Estado. Para tanto, partindo-se do marco teórico do Direito Democrático, faz-se necessária a realização de procedimentos democráticos, com iguais oportunidades de acesso e diálogo para a formação racional da vontade, pois o "ordenamento jurídico emana da soberania popular (destinatários da norma visto como co-autores), a qual deve estar presente no processo de formação das leis proporcionando condições mais democráticas e legítimas". (DEL NEGRI, 2008, p. 74).

O sujeito constitucional, segundo essa concepção, é o sujeito do discurso constitucional, representado pelo somatório das reivindicações dialeticamente empregadas numa relação com o outro em sociedade, cujo reconhecimento somente será alcançado quando lhe for assegurada a condição de "protagonista das decisões mediante compartilhamento decisório (discurso que vincula todos os atores humanos que estão reunidos pelo mesmo conjunto de normas constitucionais)". São, portanto, os cidadãos-intérpretes/coautores legitimados que vão "reivindicar a sua identidade no discurso de fundamentação pela teoria do Processo Constitucional (articulação de defesa simétrica nos atos decisionais em qualquer segmento do serviço público)", necessitando, para tanto, de espaços procedimentais que serão regidos pelo *devido processo*. (DEL NEGRI, 2011, p. 30).

Nesse sentido, o Estado Democrático se estrutura constitucionalmente "na legitimidade do domínio político e na legitimação do exercício do poder pelo Estado assentadas unicamente na soberania e na vontade do povo (artigo 1º, incisos I, II, parágrafo único; artigo 14 e artigo 60, § 4º inciso II)", estruturação essa que se instrumentaliza pela via do sufrágio universal. Logo, cabe ao povo exercer participação ativa no debate das questões nacionais, o que pode ser feito por intermédio de audiências públicas, referendos, plebiscitos,

movimentações populares e, notadamente, pelo próprio *processo constitucional*, que será objeto de estudo mais adiante. (BRÊTAS, 2012, p. 64).

É preciso ampliar esse debate tomando-se em conta que o povo (sujeito constitucional) é o destinatário dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos, cuja realização deve ser garantida na maior medida possível pelo (e frente ao) Estado.[5] Nesse sentido, Ronaldo Brêtas sustenta que

> [...] o reconhecimento expresso dos direitos fundamentais nos textos constitucionais e ordenamentos jurídicos infraconstitucionais contemporâneos permitiu a criação de um bloco compacto de salvaguarda das pessoas e de suas liberdades contra quaisquer atos de abuso do poder ou de arbítrio provenientes do Estado, incompatíveis com o princípio maior da vinculação de qualquer ato estatal ao Estado Democrático de Direito, sobretudo o ato jurisdicional, que somente pode ser praticado em processo devidamente constitucionalizado. (BRÊTAS, 2012, p. 70).

Os direitos fundamentais são considerados como "conquistas essencialmente liberais e sempre serviram – não somente na sua origem, mas também nos dias atuais – como forma de evitar a ingerência estatal em esferas estritamente individuais", todavia, embora a partir dos pressupostos liberais poder-se-ia admitir a renúncia a tais direitos (liberdade de não exercitá-los), há entendimentos no sentido de que "os direitos fundamentais não são precipuamente direitos individuais contra abusos estatais, mas elementos fundantes da ordem democrática", elevando-os ao plano da irrenunciabilidade e inalienabilidade. Entretanto, se se considerar que "a autonomia privada deverá ceder e o Estado terá o dever de intervir para garantir direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade de seus titulares" em todas as relações em que tais direitos estiverem em jogo, a autonomia privada seria desconsiderada e encontraria um obstáculo instransponível nos próprios direitos fundamentais. (SILVA, 2008, p. 128-131).

É de se observar, no entanto, que ao lado dos direitos fundamentais relacionados ao indivíduo como o direito de ir e vir; o direito à livre manifestação de pensamento; o direito à atividade profissional; o direito à vida privada, dentre tantos outros previstos no artigo 5º da Constituição brasileira de 1988, foram também introduzidos na mesma carta direitos de igual magnitude que possuem conteúdo social em seu Capítulo II (artigos 6º ao 9º), denominados direitos sociais.

---

[5] Virgílio Afonso da Silva destaca ainda que *"é possível inferir dos direitos fundamentais também direitos à proteção contra eventuais violações por parte de terceiros, pois a liberdade de expressão, o direito de associação, a privacidade, a liberdade de informação, a liberdade religiosa, entre outros, são realizáveis em maior medida se não forem considerados apenas direitos contra violações por parte do Estado, mas também contra violações por parte de terceiros"*. (2008, p. 109 e 146).

Nesse sentido, Baracho destaca que "os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis", tomando-se como pressuposto o princípio da dignidade humana, sendo que qualquer violação aos direitos e liberdades afetará diretamente esse princípio. "A dignidade da pessoa, como fundamento de seus direitos, é um valor jurídico fundamental do constitucionalismo do segundo pós-guerra". (BARACHO, 2008, p. 121-122).

O *status* do povo, enquanto sujeito constitucional destinatário dos direitos e garantias fundamentais, se identifica com o Estado Democrático de Direito, o qual garante a construção (ou reconstrução) permanente do discurso normativo, atividade essa que é aberta a todos no âmbito da produção, aplicação, modificação ou extinção de direitos. Nessa perspectiva, o Estado, que se apresenta como o recinto lógico de incidência normativa compartilhada e fiscalizada no direito democrático, "só pode ser visto e entendido como uma das instituições que se legitima na Constituição, isto é, um local estabilizador dos atos produzidos na esfera pública (rede comunicativa processualizada)". (DEL NEGRI, 2011, p. 28).

4 A TOMADA DE DECISÕES NA ESFERA PÚBLICA NA PERSPECTIVA DA TEORIA DO DISCURSO DE JÜRGEN HABERMAS

Ao tecer comentários sobre o *direito à cidade*, David Harvey ressalta que esse direito vai além do mero trânsito livre das pessoas em toda e qualquer cidade, pois a vida urbana deve ser compreendida como um direito de mudança daquilo que já existe, o que reflete a dinâmica do processo urbano que, continuamente, demanda uma evolução não apenas quantitativa, mas qualitativa. Por essa razão, afirma que "a questão do tipo de cidade que desejamos é inseparável da questão do tipo de pessoa que desejamos nos tornar. A liberdade de fazer e refazer a nós mesmos e as nossas cidades dessa maneira é, sustento, um dos mais preciosos de todos os direitos humanos". (2013, p. 28).

No entanto, sustenta que há inúmeras forças que militam contra o reconhecimento e o exercício de tais direitos, situação essa decorrente dos efeitos da globalização e do neoliberalismo que acentuaram as desigualdades sociais. Nesse sentido:

> O direito à cidade não pode ser concebido simplesmente como um direito individual. Ele demanda um esforço coletivo e a formação de direitos políticos coletivos ao redor de solidariedades sociais. No entanto, o neoliberalismo transformou as regras do jogo político. A governança substituiu o governo; os direitos e as liberdades têm prioridade sobre a democracia; a lei e as parcerias público-privadas, feitas sem transparência, substituíram as instituições democráticas; a anarquia do mercado e do

> empreendedorismo competitivo substituíram as capacidades deliberativas baseadas em solidariedades sociais. (HARVEY, 2013, p. 32).

Para Harvey, um possível caminho seria a criação de novos espaço urbanos comuns direcionados a desfazer a onda privatizante da qual o neoliberalismo tem se servido nos últimos anos. A partir de uma *esfera pública de participação democrática*, poder-se-ia imaginar uma cidade mais inclusiva, na qual direitos como à dignidade e liberdade de expressão "são por demais preciosos para serem postos de lado, mas a estes devemos adicionar o direito de todos a adequadas chances de vida, direito ao suporte material elementar, à inclusão e à diferença". (2013, p. 33).

A par dessas considerações, resta saber o que seria essa esfera pública, como se daria a participação dos interessados e de que forma as decisões seriam tomadas de forma legítima, válida e democrática.

Jürgen Habermas dedicou parte de sua extensa obra ao estudo do tema. Para o filósofo alemão, a *sociedade civil*, cuja ideia atualmente não guarda conexão com o termo *sociedade burguesa* de tradição liberal, "compõe-se de movimentos, organizações e associações, os quais captam os ecos dos problemas sociais que ressoam nas esferas privadas, condensam-no e os transmitem, a seguir, para a esfera pública política", dentro da qual são desenvolvidos discursos associativos voltados para solucionar questões de interesse geral. A esfera pública, nessa concepção, estaria apoiada em direitos fundamentais como a liberdade de opinião e reunião; o direito de fundar sociedades e associações que perseguem temas de interesse geral, tais como culturais, religiosos e humanitários; a liberdade de imprensa; o sistema político democrático; a cidadania; a privacidade; a proteção da família, da liberdade e da privacidade. (HABERMAS, 2003b, p. 99-101).

Os cidadãos, nessa perspectiva, não suplicam um espaço público como mero recinto de reunião em praça pública, com os gregos o concebiam, mas como esfera na qual fazem uso de sua autonomia pública apenas quando se sentem "independentes o bastante, em razão de uma autonomia privada que esteja equanimemente assegurada". No entanto, os cidadãos apenas alcançarão uma "regulamentação capaz de gerar consenso, se fizerem uso adequado de sua autonomia política enquanto cidadãos". (HABERMAS, 2002, p. 294).

Nas sociedades complexas, Habermas observa que a esfera pública se estrutura entre o sistema político e os setores privados, representando

> [...] uma rede supercomplexa que se ramifica espacialmente num sem número de arenas internacionais, nacionais, regionais, comunais e subculturais, que se

> sobrepõem umas às outras; essa rede se articula objetivamente de acordo com pontos de vista funcionais, temas, círculos políticos, etc., assumindo a forma de esferas públicas mais ou menos especializadas, porém, ainda acessíveis a um público de leigos. (HABERMAS, 2003b, p. 107).

Tais ideias encaminham para a compreensão do *princípio do discurso* habermasiano, cujo desenvolvimento se dará por meio de procedimentos que vão possibilitar a participação dos interessados na tomada das decisões. Desprendendo do pensamento kantiano, que preconiza uma subordinação do direito à moral[6], Habermas trabalha a ideia de uma autonomia que se realiza no *medium* do direito, de modo que os seus destinatários também devem se considerar ao mesmo tempo autores da normatividade jurídica. Por essa razão, o princípio do discurso,

> [...] deve assumir – pela via da institucionalização jurídica – a figura de um princípio da democracia, o qual passa a conferir força legitimadora ao processo de normatização. A ideia básica é a seguinte: o princípio da democracia resulta da interligação que existe entre o princípio do discurso e a forma jurídica. [...] Por isso, o princípio da democracia só pode aparecer como núcleo de um *sistema* de direitos. A gênese lógica desses direitos forma um processo circular, no qual o código do direito e o mecanismo para a produção de direito legítimo, portanto o princípio da democracia, se constituem de *modo co-originário*. (HABERMAS, 2003a, p. 158).

Nesse desiderato, direitos fundamentais como o de associação voluntária (pressuposto de liberdade) e de participação democrática, com igualdade de proteção jurídica, de oportunidades de manifestação e de aplicação do direito em processos de formação de opinião e vontade, são fundamentados pela teoria do discurso de Habermas, como pressuposto de soberania do povo e respeito aos direitos humanos. Nenhum direito seria legítimo sem a observância desses direitos fundamentais.

[6] É de se ressaltar que Habermas, num primeiro momento, não afasta a existência de conteúdo moral subjacente ao direito, pois considera que a legitimidade do Direito positivo decorre "da institucionalização de processos que contêm um conteúdo moral implícito, que possibilita o resgate discursivo de suas pretensões de validade". A argumentação moral, nesse sentido, apresentar-se-ia como o modelo processual condutor para a formação da vontade desenvolvido por meio da análise das pretensões de validade hipotéticas. No processo de formação da vontade, os possíveis afetados poderão participar da argumentação de modo a, cooperativamente, buscar uma verdade isenta de coerção. Dessa forma, "a proposta habermasiana consiste em uma relação de complementaridade entre a Moral e o Direito, de modo a instaurarem-se como procedimento. Ou seja, a proposta de uma teoria procedimental do Direito fundamenta-se em princípios morais. A legalidade só é legítima à medida que os discursos jurídicos forem permeados por discursos morais". (MOREIRA, 2002, p. 77-78). Embora reconheça a relação simultânea entre as esferas do Direito e da moral, Habermas rompe com a razão prática kantiana, por meio da qual elementos morais fundamentam o ordenamento jurídico, o que lhe conduziu à reformulação de sua visão quanto à *teoria da ação comunicativa* por ele inicialmente proposta e assentada pela razão prática. Nessa ordem, o Direito não seria produzido de *per se*, quanto menos a partir de um conteúdo moral *a priori*, mas a partir de procedimento legislativo que lhe garantiria legitimidade. Em sua obra, Habermas confirma tal revisitação teórica ao afirmar que "resolvi encetar um caminho diferente, lançando mão da teoria do agir comunicativo. Substituo a razão prática pela comunicativa", por constatar que, em suas pesquisas sobre a ética do discurso publicadas até então, "não há uma distinção satisfatória entre princípio moral e princípio do discurso". (HABERMAS, 2003a, p. 19 e 143).

A teoria do discurso defende, portanto, que a política deliberativa dependerá da institucionalização dos processos e pressupostos comunicacionais, além do jogo que envolve as deliberações (institucionalizadas) e as opiniões públicas (ainda que compostas informalmente). Por essa razão, a "procedimentalização da soberania popular e a ligação do sistema político às redes periféricas da esfera pública política implicam a imagem de uma sociedade descentrada", afastando, portanto, a ideia de uma cidadania hábil a agir coletivamente, tal como um ator coletivo que fosse um porta-voz da totalidade, uma "totalidade social centrada no Estado, representado como um sujeito superdimensionado e agindo em função de um objetivo". (HABERMAS, 2003b, p. 21).

André Del Negri destaca que o Direito não pode mais ser concebido sem a exigência de *democracia*, sobretudo em relação ao Estado, que não impõe o Direito (decisionismo – impositividade de cima para baixo) como era visto nas ditaduras, por exemplo, mas se submete ao sistema normativo que é construído em regime de devido processo legislativo pelo povo. A esse respeito, destaca que Habermas se preocupou em demonstrar que

> [...] essa *facticidade* do Direito, isto é, essa normatividade imposta de cima para baixo requer a exigência de *legitimidade* para afastar a brutalidade do *poder*. Daí o professor alemão ter arrematado que as questões práticas (questões do dia a dia) são passíveis de argumentação racional e que os agentes devem ter voz na validação das normas as quais eles dão assentimento, porque na exigência democrática os cidadãos são os fiscalizadores de tudo. (DEL NEGRI, 2011, p. 51).

Ao analisar os modelos liberal e republicano de Estado, Habermas apresenta suas vantagens e desvantagens em sua obra, razão pela qual propõe um terceiro modelo de democracia que se encaminha pelo conceito procedimental da *política deliberativa*, no sentido de esclarecer a concepção da legitimidade do Direito a partir da participação em sua construção pelos seus destinatários. Essa política deliberativa se baseia "nas condições de comunicação sob as quais o processo político supõe-se capaz de alcançar resultados racionais, justamente por cumprir-se, em todo seu alcance, de modo deliberativo". (2002, p. 277).

Nota-se por essa afirmação que o citado autor trabalha ideias matriciais tanto do modelo republicano (soberania popular) como do próprio modelo liberal (liberdade como direito fundamental), cujo entrelaçamento se desenvolverá no âmbito de um procedimento democrático. A teoria do discurso, portanto, acolhe elementos de ambos os modelos e promove sua união no conceito de um *procedimento ideal* encaminhador do debate e tomada de decisões que, pelo seu caráter democrático, "cria uma coesão interna entre negociações, discursos de auto-entendimento e discursos sobre a justiça, além de fundamentar a suposição

de que sob tais condições se almejam resultados ora racionais, ora justos e honestos". (HABERMAS, 2002, p. 278). Nesse sentido,

> [...] a decisão inicial em favor de uma legislação democrática só pode ser executada pela via da realização daqueles direitos que os participantes devem reconhecer reciprocamente, se quiserem regular legitimamente a sua convivência com os meios do direito positivo. Isso exige, por sua vez, um processo de legiferação que garanta legitimidade e que estabeleça a longo prazo a configuração do sistema das leis. (HABERMAS, 2002, p. 156).

A partir dessa concepção habermasiana, pode-se concluir que soberania popular, direitos humanos, democracia e Estado de Direito estão diretamente ligados. Os direitos fundamentais, no mesmo sentido, são concebidos dentro dessa ideia de *autolegislação democrática* pelos destinatários, que também são coautores e protagonistas de sua elaboração. Essa autolegislação decorre da ideia dos direitos de comunicação e de participação política que, no processo de positivação do direito, resultará em uma vontade legítima de cidadãos politicamente autônomos. Para Luiz Moreira, esse processo

> [...] no entender de Habermas, legitima uma pertinente suposição de racionalidade e validade do ordenamento jurídico. Isto é, com o processo legislativo cercado por cuidados e prescrições em seus procedimentos, temos um fundamento legítimo que aponta para uma base de validade do Direito estatuído. Isto porque com a positivação do Direito não temos a emanação de um poder arbitrário ou autoritário, ao invés, trata-se da manifestação de uma vontade legítima portadora de um poder que, em última instância, emana do povo. (MOREIRA, 2002, p. 125).

Esse entendimento reflete bem a base da visão procedimentalista (proceduralista) de Habermas, de modo que a legitimidade do direito somente será alcançada a partir da observância de pressupostos comunicativos e de condições do processo de formação democrática da opinião e da vontade dos participantes do discurso. Logo, torna-se necessário que o procedimento legislativo esteja em condições para institucionalizar democraticamente a vontade dos cidadãos e essa questão é de importância central para o estudo dos movimentos populares, já que a tomada de decisões na esfera pública, além de pretender a sua legitimidade pela via procedimental democrática[7], deve estar em consonância com os direitos e garantias constitucionalmente previstos.

[7] Cabe registrar que a teoria procedimentalista de Habermas difere daquela proposta por Niklas Luhmann em sua obra. É que Luhmann, ao trabalhar a *legitimação pelo procedimento*, parte da ideia de uma preparação das partes para uma decisão final em um processo judicial, comparando-o ao processo legislativo. Com isso, concebe os cidadãos como meros *destinatários*, não se preocupando com a sua participação enquanto dialogadores/protagonistas no curso procedimento que visa a tomada de decisões, seja no plano jurisdicional, seja no plano legislativo, contrapondo com Habermas nesse sentido. Luhmann não trabalha um espaço aberto à

5 A REIVINDICAÇÃO DE DIREITOS PELA VIA DA PROCESSUALIDADE DEMOCRÁTICA

Segundo a teoria do discurso, a institucionalização da vontade depende de uma "autoconstituição da liberdade comunicativa, que se expressa através da livre composição dos temas e contribuições" dos participantes, sendo que tais liberdades "devem ser canalizadas de tal modo que possibilitem a livre constituição da esfera comunicativa através de processos democráticos". Ademais, no tocante ao aspecto procedural, aos cidadãos devem ser resguardados procedimentos que afastem a tomada de decisões arbitrárias e totalitárias. (MOREIRA, 2002, p. 146).

A partir dessas premissas, a *desobediência civil*[8] seria justificada a partir de uma compreensão dinâmica da Constituição, que é vista por Habermas como um projeto inacabado e em constante desenvolvimento. O único conteúdo do projeto seria a "institucionalização progressivamente melhorada dos processos de formação racional e coletiva da vontade, os quais não podem prejulgar os objetivos concretos dos participantes", dentro dos quais a deliberações deveriam ser conduzidas de forma responsável e organizadas por meio de procedimentos democráticos. (HABERMAS, 2003b, p. 276). No entanto, André Del Negri ressalta que, no Estado Democrático de Direito,

> [...] a compreensão de democracia há de acolher reconstruções conceituais que desmistifiquem a ideia superficial de que o simples fato de haver mobilização da população (linguagem natural) há construção da democracia (visão republicanista de

---

discursividade e, ao mesmo tempo, não rompe com o decisionismo da autoridade estatal. Tal constatação pode ser confirmada na seguinte passagem: "Tal como os processos judiciais também os processos legislativos dependem duma pessoa se poder orientar em especial pelas descrições dos participantes no processo e poder confiar nelas – e, precisamente, menos no sentido de que as descrições sejam 'corretas', do que no sentido de que o representante permaneça perto deles. [...] A concepção oficial do processo legislativo como debate de opiniões não é, de acordo com isso, um caminho de confiança para a verdade, mas tem a função latente duma coação de descrição, que facilita a redução de complexidade". (1980, p. 154). Portanto, torna-se forçoso admitir que Luhmann não trabalha a legitimação pelo *procedimento democrático* que, segundo os estudos aqui propostos, vai se encaminhar pelo *devido processo constitucional*.

[8] A desobediência civil, segundo Habermas, decorre de atos de transgressão simbólica não-violenta que "se auto-interpretam como expressão do protesto contra decisões impositivas as quais são ilegítimas no entender dos atores, apesar de terem surgido legalmente à luz de princípio constitucionais vigentes". Tais atos têm como alvo dois destinatários: Os *mandatários políticos* e suas decisões que mereçam revisão em face da crítica pública, bem como o *sentido de justiça da maioria da sociedade* (no sentido preconizado por John Rawls). Entretanto, qualquer que seja o objeto da controvérsia, a desobediência civil não se desvincula da necessária formação da vontade pela via dos processos de comunicação que se desenvolvem na esfera pública. A desobediência civil, portanto, "manifesta-se a auto-consciência de uma sociedade civil que ousa, ao menos em caso de crise, fortalecer a pressão que um público mobilizado exerce sobre o sistema político, fazendo com que este sintonize com o modo conflitual, neutralizando a contraconcorrente, não oficial, do poder". (HABERMAS, 2003b, p. 117-118).

> Estado Social). Com efeito, é necessário mais. Daí a necessidade de as pessoas serem portadoras de canais procedimentalizados que possam interrogar o sistema normativo. Assim, na contemporaneidade, o grande desafio está em criar teorias que vão possibilitar aos cidadãos meios de acesso à participação ao sistema jurídico. (DEL NEGRI, 2011, p. 57).

Desse modo, a rede comunicativa de Habermas somente teria aplicabilidade no direito brasileiro por meio da processualidade democrática preconizada pela *teoria neoinstitucionalista do processo*, que trabalha um novo campo de demarcação teórica e propõe uma revisitação crítica de conteúdos jurídicos que vão influenciar os níveis instituinte, constituinte e constituído do Direito. Nesse sentido,

> [...] a originalidade da *teoria neoinstitucionalista do processo* tem *locus* no nível instituinte da Lei, porque o direito vem sendo estudado e repetido por milênios com esquecimento (propositada opacidade?) dos fundamentos teóricos de sua construção, ao relegarem às ideologias dos legisladores (saber aristotélico-platônico) e ao tempo taumaturgo os anseios dos destinatários normativos, atribuindo a estes uma fantasiosa coautoria dos direitos legislados (Habermas) sem qualquer compreensão da gênese teórica do direito instituído e constituído. A Constituição, nessa perspectiva, transforma-se em Escritura Sagrada só decifrável pelas autoridades investidas numa escuta sobrenatural restrita ao Estado-Juiz. (LEAL, 2013. p. 5-6).

Referida teoria, proposta por Rosemiro Pereira Leal, considera o *processo* como uma instituição constitucionalizada formada pela conjugação de princípios e institutos jurídicos presentes ou próximos à Constituição. Nessa ordem, a garantia dos direitos ínsitos ao *processo constitucional*[9] decorreria apenas de uma conquista histórico-jurídica impassível de retroceder em seus fundamentos pela autoridade do Estado, sob qualquer motivação. Isto quer

[9] Se o texto da Constituição brasileira de 1988 for levado a sério, ou seja, em uma perspectiva que toma como marco o Estado Democrático de Direito, o processo deve ser visto como garantia constitucional, sendo essa a sua leitura mais adequada. A relação entre Constituição e Processo foi trabalhada inicialmente por Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera como sendo o *modelo constitucional de processo*, expressão essa frequentemente utilizada pelos estudiosos do *processo constitucional*. O processo constitucional é "metodologia de garantia dos direitos fundamentais", cuja inobservância acarretará em perda de legitimidade democrática dos atos estatais, vale dizer, em dissonância com o próprio Estado Democrático de Direito. Assim, "o processo constitucional, de diversas formas, destina-se a respaldar as garantias fundamentais, possibilitando a efetiva tutela, proteção e fomento delas". (BARACHO, 2008, p. 47-48). Por essas razões, o processo constitucional revela sua importância de legitimação dos atos do Estado não apenas na aplicação do direito pela função jurisdicional, mas, também, no exercício da função administrativa e, de igual modo, no ato produção legislativa. Isso porque o processo "é visto como *medium* da racionalidade discursiva dos direitos fundamentais garantidos por meio de um espaço-político procedimentalizado aberto a todos" e, por certo, na limitação do poder do próprio Estado, que deve obediência rigorosa ao devido processo. O processo, portanto, é "a própria fonte legitimadora do espaço discursivo de positivação e atuação do direito". (DEL NEGRI, 2011, p. 76-77). Portanto, o processo constitucional é uma conquista teórico-científica que, para sua concretização, suplica uma série revisitações teóricas que impactam tanto na técnica como na própria ciência do processo. A ausência de compreensão de que "o Processo Constitucional visa a tutelar o princípio da supremacia constitucional, protegendo os direitos fundamentais", impede o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito e, por consequência, do próprio processo enquanto garantia de exercício democrático-discursivo dos direitos fundamentais previstos na Constituição brasileira de 1988. (BARACHO, 1999, p. 118).

dizer que a atividade jurídico-procedimental somente admitiria avanços em sua estrutura pela única fonte legítima de poder: a *soberania popular*. É por essa razão que

> [...] a Teoria Neoinstitucionalista preconiza fiscalidade (controle de constitucionalidade aberto a qualquer do povo) do processo legiferante nas bases instituintes e constituintes da legalidade, bem como na atuação, modificação, aplicação ou extinção do direito constituído e trabalha a socialização do conhecimento crítico-democrático em pressupostos (direito fundamental) de autoilustração (dignidade) pelo exercício da cidadania como legitimação ao direito-de-ação coextenso ao procedimento processualizado. (LEAL, 2014, p. 94).

O fato de grande parte do povo não ter acesso ao conhecimento dos direitos processuais por motivos de exclusão social ou cognitiva, não obsta a sua participação nas instituições democráticas, sendo imperioso torná-lo apto, segundo os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição, "a conjecturar, concretizar ou recriar o discurso da Lei Constitucional Democrática". Essa compreensão conduz à conclusão de que os direitos criados e expressos no Texto Constitucional, como o contraditório, a ampla defesa, a isonomia, o direito ao advogado e o livre acesso à jurisdicionalidade devem compor o *processo*, enquanto instituição constitucionalizada e estruturada sob o pleno exercício da *cidadania* e da *democracia*, razão pela qual são impraticáveis os conceitos dos velhos regimes do Estado de Direito ou Estado Social.

A partir dessas conjecturas, pode-se concluir que o processo é tão importante para o direito que, até mesmo para a constituição de sua Lei Maior, torna-se imperiosa a observância de sua elaboração sob um regime democrático, onde sejam assegurados o debate, a isonomia, a ampla defesa e o contraditório entre os destinatários da norma, ou seja, o *devido processo legislativo* precede a construção da Constituição de uma República Democrática ou, nas palavras de Rosemiro Pereira Leal, de um "provimento final denominado lei", sendo esse fruto do império da soberania popular. O processo, portanto, sequer "deve ser pensado 'à luz da Constituição', porque é o processo a luz da Constituição". (2014, p. 53 e 89).[10]

[10] Em obra diversa, mas de idêntica importância para o estudo do processo constitucional, Rosemiro Leal afirma que "ao povo, num Estado democrático de direito, não cabe mobilizar-se para conferir maiores poderes ao Judiciário com vistas a realizar justiça, porque a democracia não se apoia na taumaturgia do reforço ao idealismo mítico, mas no induvidoso asseguramento, numa proposição constitucional explícita, do devido processo como forma isonômica de inserção imperativa do julgador como um dos elementos figurativos procedimentais, em conjunto com as partes, na rede discursiva da normatividade procedimental, a fim de buscar uma decisão preparada pelo compartilhamento estrutural de todos os figurantes do processo, segundo o modelo do *due process of law* que é o instrumento da legitimidade (relativização argumentativa) dos conteúdos da decidibilidade no direito democrático". O Estado, nessas linhas, deve "ser atuado e legitimado pelo DEVIDO PROCESSO CONSTITUCIONAL". (2002, p. 136-137).

Em crítica ao agir comunicativo habermasiano, dentro do qual se observa um pleito ético dos participantes em direção à cooperação e ao entendimento social, Rosemiro Leal afirma que as "boas intenções e virtudes naturais já estão reprovadas pela continuada e sangrenta história da humanidade", razão pela qual, "ou o homem constrói o seu mundo ou o mundo acontecido continua massacrando o homem". (2013, p. 6-7).

A própria ideia de esfera pública em Habermas, na qual o agir é orientado pelo entendimento dentro de uma estrutura comunicacional, passa a ser questionada por Rosemiro Leal justamente em razão da ausência do *devido processo legal* em sua perspectiva discursiva. Em outras palavras, o procedimento habermasiano é conduzido pelo consenso e o contraditório equivaleria tão somente à contraposição de opiniões dos participantes do discurso em busca da pretensão de validade. Já pela teoria neoinstitucionalista, o procedimento é processualizado e não acolhe o discurso no espaço nu, passando a cogitar "o balizamento da linguagem dos atores envolvidos nessa fala criativa e fiscalizatória". Portanto, a sociedade no contexto da teoria habermasiana seria uma *sociedade de falados*, ao passo que a sociedade no espaço do procedimento processualizado passa a ser uma *sociedade de falantes*. (ALMEIDA, 2012, p. 108).

A visão proceduralística de democracia e política deliberativa, embora tenha como objeto o alcance do Estado Democrático, não é trabalhada por Habermas a partir de uma teoria constitucionalista como projeto processualmente enunciado "nos níveis instituinte e constituinte de construção de uma sociedade jurídico-política (texto constitucional dado à crítica pelo controle irrestrito de legitimidade normativa pelos legitimados ao processo [o povo] co-extensivamente aos procedimentos)". (LEAL, 2010, p. 39).

Nota-se que Rosemiro Leal busca em sua obra romper com as teorias sociológicas da democracia que deram sustentabilidade para os modelos liberal, republicano (comunitarista) e discursivo (proceduralista) habermasiano, os quais trabalham uma *sociedade civil pressuposta*[11] que foi "achada", "herdada" ou "recebida" pelo homem, cuja gênese não se busca esclarecimento, o que impede a sua real transformação. O Direito, nessa perspectiva, já recebe uma realidade encaminhada pela história, competindo-lhe apenas homologá-la. Ora, se o Direito homologa a realidade social, que é desastrosa e tirânica, assim o será considerado e essa deve ser uma preocupação para os teóricos da atualidade. Logo, enquanto os

[11] Trata-se da ideia de uma sociedade "dita duramente implantada pelos antepassados e que, por esforço de todos, chegou aos tempos presentes, suplicando, à sua permanente estabilidade, constante e continuada *vigilância*. Zela-se estrategicamente por uma 'instrução geral e profissional' nos padrões cognitivos dessa 'sociedade' para que esta não sofra interrupção em seu destino que se entende inexorável para sempre". (LEAL, 2010, p. 124).

procedimentos (agir) na teoria do discurso são trabalhados nessa sociedade civil pressupostamente existente, Leal afirma que, em sua teoria,

> [...] o discurso da processualidade (*contraditório-vida*, *ampla defesa-liberdade*, *isonomia-dignidade*) é fundante do projeto de *sociedade* a ser construída na dinâmica da normatividade constitucionalizada (discurso jurídico) que, por sua vez, agrega a essa teoria instituições instrumentais (Estado, União, governo, órgãos, funções, ministério público, advocacia, associações, sindicatos, plano, propriedade, empresas) de realização de fins e *direitos-garantias* compartilhadamente alcançáveis e caracterizadores do modelo de *Estado Democrático de Direito* na pós-modernidade (espaço normativo processualizado) nas bases epistemológicas da relação teórico-proposicional e mundo humano. (LEAL, 2010, p. 39).

Segundo Andréa Alves de Almeida, na teoria neoinstitucionalista, "a Ciência do Direito tem a pretensão de intervir na realidade social insatisfatória, para modificá-la e construir uma nova comunidade jurídica que interrogue os fundamentos do próprio saber e do sistema". (ALMEIDA, 2012, p. 110). Daí a necessidade de se romper com as teorias sociológicas e se trabalhar efetivamente teorias jurídicas da democracia e da Constituição.[12]

Nessa perspectiva, o processo apresenta-se com uma metalinguagem que se vale "da língua pensada e estruturada e de sua linguisticidade, para ser possível a construção do significado sem simplesmente repetir o referente ou seguir o mando do sujeito do enunciado", o que não seria possível numa perspectiva filosófica pragmático-linguística, que se apropria de registros históricos (culturais e sociais) para encaminhar uma reflexão sobre a linguagem comum, redundando em circularidade. O processo "na concepção teórica neoinstitucionalista afronta a filosofia, pois por meio de uma reviravolta linguístico-processual (e não linguístico-pragmático-transcendental) aponta a forma de construir a linguagem". (ALMEIDA, 2012, p. 182).

O *devido processo*, como paradigma metalinguístico constitucionalmente previsto, vai exercer uma função central de estabilização dos sentidos na discursividade jurídico-democrática a partir de uma fiscalidade incessante (crítico-discursiva), que se desenvolve por uma linha de problematização constante e aberta processualmente "a todos (controle difuso de constitucionalidade), da internormatividade teoricamente escolhida a reger o advir de uma Sociedade que, assim delineada e construível pela comunidade jurídica constitucionalizada, se qualifique Democrática". (LEAL, 2010, p. 29).

---

[12] Para Andréa Alves de Almeida, *"a teoria do processo, na perspectiva neoinstitucionalista, consegue se manter fora das ideologias porque, além de ser uma teoria crítica, é uma teoria autocrítica, isto é, para ser refutada é necessário utilizar a própria teoria, valer-se do contraditório, da ampla defesa e da isonomia, reservando para o outro a ocupação dos espaços de refutação"*. (2012, p. 153).

É no espaço processualizado, regido pelo devido processo, que o povo terá assegurada a isonomia, como garantia fundamental de igualdade perante a lei (*isotopia*), igualdade de interpretar a lei (*isomenia*) e igualdade de criar, alterar ou substituir a lei (*isocrítica*), vale dizer, o sujeito constitucional como criador e concretizador da sua própria igualdade jurídica. É por isso que a hermenêutica, nas democracias,

> [...] é dada na base popular construtiva da lei, não podendo ser uma teoria (ciência ou técnica) de interpretação por uma inteligência superestrutural e privilegiada (diálogo de especialistas) da judicatura como porta-voz dos valores e princípios estruturais da sociedade à margem ou ao fundo imperscrutável do direito popular legislado. Quando Häberle fala que o 'monopólio da interpretação não pode ser exercido só pelos intérpretes oficiais', é necessário que a quebra desse monopólio seja definida pela base decisória-popular-construtiva da lei, porque seria inócuo democratizar a participação hermenêutica pelas interpretações aleatórias e idealistas. (LEAL, 2014, p. 49-50).

Desse modo, a compreensão da democracia demanda o conhecimento das teorias do processo e das matrizes filosóficas que influenciaram, ou continuam influenciando, a condução dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição, pois, enquanto o seu discurso for acessível tão somente a autoridades ou a parcelas de intérpretes privilegiados, detentores de conhecimentos especializados, cuja habilidade encaminhará para uma resposta *justa* ou *verdadeira*, os níveis de angústia e revolta do povo (o titular de tais direitos!) permanecerão, pois, em pleno Estado Democrático de Direito, não se cogita o amplo debate pela defesa de direitos fundamentais, e, sobretudo, que a fala processualizada dessa defesa produza influência eficaz na condução dos atos praticados pelo Estado. O Estado Democrático,

> [...] ao se desligar da *paideia* grega e do *decurso* jusnaturalista, neopositivista, histórico-historicista, e se tipificando pelo paradigma do PROCESSO, despoja-se da mítica reificante do Estado hegeliano (dotado de uma ética imanente) para assumir o *status* (lugar topológico) de estruturas legais da *constitucionalidade* processualmente construídas como projeto de *vida* advinda do direito fundamental do *contraditório* (inclusão de todos numa fala teórico-construtiva de integração social), de *liberdade* relacionada o exercício da *ampla defesa* a permitir a plenitude *dis-cursiva* (proposicional) de auto-ilustração sobre os fundamentos da fala defensiva de direitos e da *dignidade* a significar *isonomia* de igualdade de tempo de fala e simétrica paridade na fundamentalidade de direitos iguais de vida e liberdade a ensejar transações jurídicas autocompositivas não suscetíveis à transigência de direitos por premências vitais. (LEAL, 2010, p. 41-42).

Os direitos fundamentais, enquanto "direitos fundamentados pelo devido processo como discurso do decidir juridicamente adotado na criação e aplicação de direitos" (LEAL, 2013, p. 52), devem ser situados como direitos constitucionalizados já acertados por uma

liquidez e *certeza* pré-decididas processualmente no plano constituinte, o que lhe garante uma executividade incondicionada. Com isso, "sem a aplicação líquida, certa e exigível (eficácia imediata) dos direitos fundamentais (vida, liberdade, dignidade, contraditório, ampla defesa e isonomia) não se rompe com a sociedade civil burguesa". (ALMEIDA, 2012, p. 109).

A par dessas considerações, constata-se que as *questões reivindicadas* para Žižek (2013, p. 25), assim como a ideia de *autolegislação democrática* pelos destinatários na perspectiva de Habermas (2003a, p. 54), apenas terão balizamento democrático (legitimação) no *espaço processualizado*, enquanto recinto assegurador de regência da reivindicação dos princípios do contraditório, ampla defesa e isonomia nos discursos que visam a criação, aplicação (execução), fiscalização, modificação ou extinção de direitos.

Essa é a base sobre a qual se assenta a legitimidade do direito democrático, pois "a vida digna há de ser exercida ao ritmo do Processo Constitucional, pois não ser observada a simétrica paridade, a liberdade ou não ter reconhecida a ampla defesa, o ser humano passa a não ser portador de importantes direitos, os quais, por serem assegurados a todos os cidadãos de forma igual, são ditos fundamentais". (DEL NEGRI, 2009, p. 336-337).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os protestos populares de 2013 até os dias atuais têm demonstrado que a insatisfação do povo brasileiro se direciona não apenas aos diversos problemas que assolam o país, instalados no campo social, político e econômico-financeiro, mas, também, a uma resistência estrutural que obsta o desenvolvimento da democracia e da implementação dos direitos e garantias fundamentais constitucionalmente previstos.

Com a superação dos modelos de Estado Liberal e Social a partir da promulgação da Constituição de 1988, a qual estabeleceu já em seu artigo 1º o paradigma do Estado Democrático de Direito, o povo recebeu o *status* de sujeito constitucional, que é a fonte de legitimação do poder e do controle do seu exercício pelo Estado. Nessa perspectiva, o povo é o sujeito do discurso e protagonista das decisões que são tomadas no espaço público mediante o compartilhamento decisório que vai orientar o debate das reivindicações populares. Daí a concepção lógico-constitucional de que o ordenamento jurídico procede da soberania popular, já que os seus destinatários devem ser também considerados como coautores.

Logo, ao povo é resguardado o direito de exercer participação ativa no debate das questões que envolvem o desenvolvimento social, político-econômico e jurídico do Brasil por

meio de referendos, plebiscitos, audiências púbicas e pelo processo constitucional. Como visto, os debates que envolvem tais questões, seja na esfera legislativa, judicial ou administrativa (executiva), devem ser tomadas no âmbito do espaço democrático-processualizado, sendo essa a forma de se conferir legitimidade às decisões.

Observou-se também no presente trabalho que a teoria do discurso habermasiana, embora seja de fundamental importância para o encaminhamento dos estudos da democracia, da tomada de decisões na esfera pública pela via procedural (procedimental), da exigência de inclusão do outro (respeito às diferenças) no debate das questões que envolvem direitos fundamentais, suplica balizamento de uma teoria linguístico-jurídica (neoinstitucionalista do processo) que vai trabalhar, no plano da processualidade democrática, os níveis instituinte, constituinte e constituído do Direito.

Habermas não ateve ao processo constitucional, enquanto instituição regenciadora da supremacia dos direitos e garantias fundamentais e do seu pleno exercício pelo povo, a única fonte de poder. Logo, obstar a participação do povo nas instituições democráticas e, de igual modo, a sua influência direta nas decisões, representaria uma negação (recusa) ao próprio Estado Democrático de Direito.

O processo é, portanto, o *medium* linguístico já constitucionalizado no Brasil, cuja fundamentalidade se evidencia na criação da própria Constituição, a qual foi erigida em regime democrático e fruto do império da soberania popular. E se no plano constituinte foram estabelecidos expressamente direitos e garantias fundamentais (fundamentados pelo povo), tem-se que tais direitos são líquidos, certos e, portanto, de aplicação imediata pelo Estado.

É somente pelo espaço processualizado que o povo terá assegurado o contraditório, a ampla defesa e a isonomia para exercer a garantia fundamental de participação na criação, aplicação, fiscalização, modificação ou substituição de direitos. Sem o *medium* linguístico do processo, toda e qualquer reivindicação de direitos será inútil e o destino do sujeito do discurso constitucional (o povo!), único destinatário e razão da existência do Estado Democrático de Direito, continuará (estrategicamente) nas mãos das autoridades e de uma parcela reduzida de intérpretes privilegiados do texto da lei.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Andréa Alves de. *Espaço jurídico processual na discursividade metalinguística*. Curitiba: CRV, 2012.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do processo constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito* v. 2, ns. 3 e 4, p. 89-154. Belo Horizonte, 1º e 2º sem. 1999.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos.* 1ª reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional.* Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BRÊTAS, Ronaldo C. Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito.* 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

CARNEIRO, Henrique Soares. Rebeliões e ocupações de 2011. *In:* HARVEY, David *et al*. *Occupy: Movimentos de protesto que tomaram conta das ruas*. São Paulo: Boitempo e Carta Maior, 2013, p. 7-14.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática.* Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DEL NEGRI, André. *Controle de Constitucionalidade no Processo Legislativo: teoria da legitimidade democrática*. 2ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DEL NEGRI, André. *Teoria da Constituição e do Direito Constitucional.* Belo Horizonte: Fórum, 2009.

DEL NEGRI, André. *Processo constitucional e decisão interna corporis.* Belo Horizonte: Fórum, 2011.

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

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

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Vol. II. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b.

HARVEY, David. A liberdade da cidade. *In:* MARICATO, Ermínia, *et al*. *Cidades rebeldes: Passe livre e as manifestações que tomaram conta das ruas do Brasil* . São Paulo: Boitempo e Carta Maior, 2013, p. 27-34.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica.* São Paulo: Landy, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como teoria da lei democrática.* Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LEAL, Rosemiro Pereira. *A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural.* Coleção Professor Álvaro Ricardo Souza Cruz. 7º Vol. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos.* 12ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

LUHMANN, Niklas, *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Ed. UnB, 1980.

MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do Direito em Habermas*. 2ª ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

REIS, Márlon. *O gigante acordado: Manifestações, Ficha Limpa e Reforma Política*. Rio de Janeiro: LeYa, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito.* 1ª. ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

THIBAU, Vinícius Lott. *Presunção e prova no direito processual democrático.* Belo Horizonte: Arraes, 2011.

ŽIŽEK Slavoj. O violento silêncio de um novo começo. *In:* HARVEY, David *et al*. *Occupy: Movimentos de protesto que tomaram conta das ruas*. São Paulo: Boitempo e Carta Maior, 2013, p. 15-25.