

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

FILOSOFIA DO DIREITO I

ANA LUISA CELINO COUTINHO

MARCIA CRISTINA DE SOUZA ALVIM

LEONEL SEVERO ROCHA

Todos os direitos reservados e protegidos.

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

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

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

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

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

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

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

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

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

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

F488

Filosofia do direito I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Ana Luisa Celino Coutinho, Leonel Severo Rocha, Marcia Cristina de Souza Alvim – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-189-0

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

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Filosofia do Direito. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

FILOSOFIA DO DIREITO I

Apresentação

De acordo com a exposição dos artigos no Grupo de Trabalho Filosofia do Direito I trazemos as seguintes considerações:

No trabalho intitulado “A Influência da Ética Tomista na Construção da Justiça Social” as autoras abordam o realismo no pensamento do Ser. O Homem limitado e finito. Lei e Direito não se confundem. A Lei antecede ao Direito. Tratam da virtude e da Prudência. O Homem bom é o homem Justo. Tratam da questão da Fé e Razão.

No texto “A Jurisprudência Analítica Desconstruída: Uma Análise da Obra do Conceito de Direito de Herbert Hart” os autores apresentam o conceito de Justiça para aprimorar a solução de conflitos. Os Soberanos criam as leis, mas para os súditos e não para os Soberanos. Lei e Moral são diferentes, mas há influência da Moral nas Leis. A Lei é seguida pelos súditos, mas tem o direito natural preservado. Diferencia os costumes da moralidade e da justiça. Para Hart a Justiça deve tratar todos da mesma maneira.

No trabalho “A Problemática Conceitual do Direito, da Ética e da Questão da Justiça e sua Relação com a Busca pela Felicidade” as autoras tratam da Justiça como a busca pela Felicidade, relacionadas à Ética e à Justiça. Felicidade é um estado de consciência plena. Para Aristóteles, Felicidade é o bem supremo; para Epicuro é um estado de impertubabilidade; para Sêneca é um caminho diferenciado. Há a análise do conceito de Felicidade em diferentes autores/filósofos. Em relação ao conceito de Direito há análise de acordo com o momento histórico e a inserção social. Há análise da Ética condizente com a moral de determinado período histórico.

No texto intitulado “A Relação entre Direito e Moral em Robert Alexy”, o autor discorre sobre as relações entre Direito e Moral e traz a Teoria dos Princípios. Analisa o pensamento de Robert Alexy na relação do Direito e da Moral, que pode ser entendido como uma tentativa de superação da antiga querela entre juspositivismo e jusnaturalismo. O autor desenvolve, então, um sistema que permite apreciar as normas jurídicas de acordo com sua qualidade moral, privando de juridicidade aquelas consideradas demasiadamente injustas e corrigindo aquelas consideradas sanáveis.

No trabalho “A Teoria do Direito em Max Weber : Um olhar para Além da Sociologia” o autor insere o pensamento de Max Weber e sua contribuição para o Direito. Divide o trabalho em três partes. Analisa o Direito como Teoria. Traz o pensamento de Max Weber nas obras Teoria Pura do Direito e Teoria do Estado , de Kelsen. Traz o papel da neutralidade axiológica do Impossível. Coloca o Direito como instrumento da Racionalidade.

No texto “ A Teoria do Reconhecimento Enquanto Luta Social de Axel Honneth: Identidade Pessoal e Desrespeito Social” as autoras tratam dos conflitos em relação à identidade pessoal e o desrespeito social. Há um relação intersubjetiva. Tratam do afeto, sentimento do amor nas relações amorosas e em todas as relações primárias. Há análise do reconhecimento no amor, na esfera jurídica (minorias), na esfera social e na auto estima.

No trabalho “Ação Comunicativa e Integração Social Através do Direito”, a autora busca a racionalidade e a verdade. Analisa o fracasso da autonomia humana. Analisa a polarização entre o real e o ideal o ser o dever ser. Há momentos de conciliação, que é a razão compreensiva como ação comunicativa. O artigo faz um giro linguístico. Todo processo de conhecimento é um fato social/racional. O Objetivo é a reconstrução filosófica do agir comunicativo para dizer o Direito.

No texto “De Platão a Nietzsche: Um Panorama dos Princípios Filosóficos Epocais ao Longo da História”, os autores buscam analisar os mais importantes princípios epocais da filosofia, conforme definição de Heidegger, desde Platão e seu eidos até Nietzsche e a vontade de poder. Estes serão analisados cronológica e criticamente, tendo em vista a rejeição de Heidegger a todos eles, uma vez que os forjadores destes princípios desejam reter para si a pretensão de verdade única, de modo absoluto e como último fundamento.

No trabalho intitulado “Democracia, Direitos Humanos, Justiça e Imperativos Globais no Pensamento de Habermas, os autores buscam a explicitação racional de seus nexos internos. Expõe como Habermas, a partir da reconstrução da esfera pública e agir comunicativo aborda a justiça e o direito. A dialética entre facticidade e validade, entrelaça filosofia e sociologia para desenvolver sua abordagem normativa do direito e do Estado, conectando direito e democracia através do paradigma discursivo do direito.

O texto “Dignidade Humana: Uma Perspectiva Histórico-Filosófica de Reconhecimento e Igualdade” aborda o termo dignidade é articulado em relação ao tema da igualdade. O artigo traz noção histórico-filosófica sobre a origem do termo. Em seguida, aborda a reflexão

hegeliana da dignidade enquanto reconhecimento do outro como pessoa dotada de valor. Por fim, enfatiza a relação dignidade e igualdade, considerando o homem como ser dotado de igual dignidade.

O artigo “Direito e Linguagem no Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen: Condições de Conhecimento e o Papel da Linguagem na Teoria Pura do Direito” trata de uma investigação sobre o entendimento pressuposto de linguagem apresentado por Hans Kelsen, em sua obra Teoria Pura do Direito. A perspectiva de análise do trabalho é filosófica e sua metodologia se divide em dois momentos de atuação: o primeiro em torno do aprofundamento histórico das bases teóricas do autor, com especial destaque para o movimento neokantista; o segundo na leitura analítica do capítulo sobre interpretação da obra em destaque, nas duas edições principais da mesma, em formato comparativo, para observar na prática a forma como o autor lida com a linguagem na aplicação de sua teoria.

O texto “Direito, Desconstrução e Utopia: Um diálogo entre Derrida e Bloch” aborda as ideias filosóficas de Jacques Derrida e Ernst Bloch a respeito da relação entre o Direito e a justiça. Enquanto o primeiro é conhecido como o pensador da desconstrução, o segundo é tido como filósofo da esperança. O texto analisa as divergências entre os dois autores, sem perder de vista um horizonte de diálogo a partir de pontos em comum entre Derrida e Bloch.

O artigo “Direito, Desigualdade, Epistemologia e Gênero: Uma análise do Feminismo Jurídico de Catharine A. Mackinnon” analisa o Estado democrático de direito contemporâneo e por um lado, ele herda a inviolabilidade da propriedade privada e a garantia da liberdade individual, que impedem a injustiça do abuso de poder de governos despóticos e absolutistas sobre os indivíduos. Por outro, herda direitos econômicos e sociais que serviriam para remediar a injustiça da concentração de riquezas gerada pela acumulação de bens privados. Nenhuma delas, no entanto, foi capaz de abolir a injustiça praticada contra as mulheres.

O texto “Direitos e Conceitos Políticos, a partir de Ronald Dworkin” tem como objeto de estudo direitos e conceitos políticos, à luz do filósofo Ronald Dworkin, principalmente, por meio de sua obra Justiça para Ouriços. Analisou os direitos políticos e num segundo momento, estudou os conceitos políticos, com base no princípio da dignidade da pessoa humana. Trata-se de análise propedêutica do tema, à luz do filósofo Ronald Dworkin.

O artigo “Ética e Uso Ilegítimo da Violência Física: O Caso da Instituição Prisional” reflete sobre a questão do “uso ilegítimo” da violência física entre presos. Essa prática faz parte da “ética” dos prisioneiros e constitui uma forma de privatização do monopólio do uso legítimo da violência física, própria do Estado. Reflete-se sobre dois conceitos de legitimidade: como

legalidade e como aceitação e aprovação de uma prática legal ou ilegal por determinada comunidade. O “uso ilegítimo” da violência física, pretensamente “legítima” e monopolizada pelo PCC, possui paradoxos, contradições e aporias.

O texto “H.L.A Hart e o Conceito de Direito” tem como objetivo destacar os pontos centrais da obra “O Conceito de Direito” de H.L.A.Hart, constantes nos capítulos V, VI e VII. Por fim, serão expostas críticas ao positivismo inclusivo de Hart.

No trabalho “Kant entre Jusnaturalismo e Juspositivismo: A Fundamentação e a Estrutura do Direito” trata da filosofia do direito de Kant, discutindo seu enquadramento no jusnaturalismo ou no juspositivismo. Analisa o contraste entre a fundamentação do direito em Kant, fortemente marcada pela ideia de liberdade como legitimadora do Estado e da ordem jurídica, e sua estrutura, caracterizada pelo formalismo, pelo rigor lógico, pela importância exagerada da coação e pela manutenção da validade da ordenamento mesmo diante de um rompimento com a ideia de justiça que o sustenta.

O artigo “O Cenário Laboral Brasileiro na Contemporaneidade: Uma Análise à Luz da Teoria Social Crítica Marxista” analisa o âmbito laboral brasileiro. Analisa a contradição valorativa entre a organização social capitalista, pautada na priorização da obtenção de lucratividade, e a efetiva proteção da dignidade da pessoa humana, tendo como base a Teoria Social Crítica Marxista.

No trabalho intitulado “ O esclarecimento e a desconstrução da pessoa humana: desafios do direito atual” o autor aborda a alienação tecnológica como meio de violação da dignidade da pessoa humana e propõe o retorno à metafísica clássica como alternativa à consolidação da dignidade da pessoa humana.

O texto “O ódio aos direitos humanos” denuncia a natureza polivalente do discurso dos direitos humanos que serve tanto à direita, quanto à esquerda. Nas mãos da direita é discurso amplo e vazio; nas da esquerda é estridente e repetitivo. A autora consegue atingir o objetivo do texto ao explicar a razão do ódio aos direitos humanos, que baseia-se no fato de tal discurso estar vinculado a lutas e resistências, à ações políticas dos excluídos e, por isso, capaz de produzir dissenso e ameaça àqueles que ocupam as estruturas de poder.

No texto “ O passo curto do ornitorrinco: uma análise do sistema jurídico brasileiro em face dos legados do(s) kantismo(s)” os autores usam a metáfora do ornitorrinco para fazer alusão ao ordenamento jurídico brasileiro que tem tradição romana e controle difuso de constitucionalidade e caminha para absorver a tradição anglo-saxônica. Os autores tratam

ainda das diferentes recepções da filosofia kantiana e associam essas características às concepções epistemológicas de cada sistema jurídico.

O trabalho intitulado “O pensamento de Gustav Radbruch: pressupostos jusfilosóficos e as repercussões da Alemanha do Pós-guerra”, aborda o culturalismo neokantiano de Gustav Radbruch sem negligenciar as suas premissas na filosofia, como também no contexto histórico que influenciou a sua formação jurídica e política. O trabalho ainda aborda o conceito de direito de Radbruch que ressalta dois traços fundamentais: o dualismo metodológico e o relativismo.

O texto “ O projeto filosófico da modernidade e a crise dos atores estatais na era globalizada” aborda o fenômeno da globalização, conceitua os atores estatais enquanto protagonistas do cenário internacional e por fim estuda a crise dos atores estatais na globalização.

O texto “O resgate da validade como elemento estruturante das ações estatais: o pós-positivismo e o direito discursivo em Habermas” baseia-se em um contexto bastante atual: a contestação de ações políticas, administrativas e jurídicas através de manifestações populares em todo o país. A pesquisa parte das seguintes hipóteses: a lei isoladamente não é suficiente para estruturar o ordenamento jurídico; o pós-positivismo precisa da legitimidade democrática para validar as ações estatais. Ao final do trabalho os autores conseguem corroborar as suas hipóteses.

“Prolegômenos para um conceito de jurisdição comunista” é um texto que investiga a possibilidade de se pensar, científica e filosoficamente, as bases teóricas para um conceito de jurisdição a partir da hipótese comunista. O autor parte das contribuições do método materialista histórico dialético.

No trabalho “Ronald Dworkin e seu conceito de dignidade em “Justiça para ouriços” o autor faz uma análise da referida obra, especialmente da parte em que Dworkin trata do diálogo entre direito e indivíduo e do capítulo da dignidade, objetivando guiar a interpretação das pessoas acerca dos conceitos morais.

Coordenadores

Prof^a Dr^a Ana Luisa Celino Coutinho, Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco; Professora da Universidade Federal da Paraíba.

Profª Drª Marcia Cristina de Souza Alvim, Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP; Professora do Programa de Pós Graduação em Direito do Centro Universitário FIEO - UNIFIEO.

Profº Dr. Leonel Severo Rocha, Doutor em Direito pela Ecole des Hautes Études en Sciences Sociales, França; Coordenador Executivo do PPG-D da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS.

O RESGATE DA VALIDADE COMO ELEMENTO ESTRUTURANTE DAS AÇÕES ESTATAIS: O PÓS-POSITIVISMO E O DIREITO DISCURSIVO EM HABERMAS.

THE RESCUE OF VALIDITY AS STRUCTURAL ELEMENT OF STATE ACTIONS: THE POST-POSITIVISM AND DISCURSIVE LAW IN HABERMAS.

**Renato Horta Rezende
Edimur Ferreira De Faria**

Resumo

Admitindo o pós-positivismo jurídico como a teoria que pretende reconciliar o Direito, moral e política em uma sociedade complexa e plural, foi identificado que a legalidade, isoladamente, não poderia mais sustentar a legitimidade das ações estatais, sendo necessário investigar qual o elemento estrutural concede validade aos atos estatais. Utilizando do método hipotético-dedutivo, partiu-se das seguintes hipóteses: a lei isoladamente não compreende o elemento estrutural da validade dos atos; e, a participação dos destinatários da norma em sua formação constitui o elemento estruturante das decisões estatais. As hipóteses levantadas foram confirmadas.

Palavras-chave: Elemento de validade, Pós-positivismo jurídico, Participação popular

Abstract/Resumen/Résumé

Admitting the juridical postpositivism as the theory that aims to reconcile the law, morality and politics in a complex and plural society it was identified that the legality alone could no longer sustain the legitimacy of state actions, it is necessary to investigate what the element structural grants validity to State acts. Using the hypothetical-deductive method, started with the following hypotheses: the law does not cover by itself the structural element of the validity of the acts; and the participation of the rule of recipients in its formation is the structuring element of State decisions. The hypotheses were confirmed.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Elemento de validade, Pós-positivismo jurídico, Participação popular

1 INTRODUÇÃO

Em um momento importante da democracia brasileira em que as ações políticas, administrativas e jurídicas são contestadas pelos cidadãos que ganham as ruas de todo o país¹ questionando a legitimidade e a moralidade de atos estatais e de governo, se torna importante indagar qual o elemento que concede validade às ações estatais.

Buscando investigar o problema levantado formularam-se as seguintes hipóteses: primeira, o positivismo jurídico não é mais suficiente para estruturar o ordenamento jurídico, pois a lei isoladamente não compreende o elemento estrutural da validade dos atos; segunda, o pós-positivismo decorrente do neoconstitucionalismo exige, em um Estado Democrático de Direito, o resgate da legitimidade democrática tida como direito fundamental para, estruturalmente, validar as ações estatais tanto no círculo político-jurídico, como na esfera administrativa e judiciária, harmonizando tanto a tensão entre facticidade e validade, como a tensão pública e privada, por meio da participação dos destinatários da norma jurídica em sua formação.

O marco teórico utilizado para o desenvolvimento da pesquisa foram as obras de Jürgen Habermas, em evidência, o “Direito e democracia: entre facticidade e validade” e a “Teoria do agir comunicativo: racionalidade da ação e racionalização social”, observado, em todo caso, a limitação prática da observação da teoria habermasiana em países de democracia tardia como a brasileira.

Buscou-se através do método hipotético-dedutivo, identificar, em determinados instrumentos normativos, a explicitação do elemento estrutural de validade capaz de legitimar as decisões estatais tanto na esfera política, como administrativa e judiciária.

O artigo foi dividido em partes, sendo inicialmente apresentados os acontecimentos históricos e o desenvolvimento teórico que justificaram a transição do positivismo para o pós-positivismo jurídico; a seguir, desenvolveram-se os argumentos relativos a identificar qual a importância de se resgatar o elemento de validade jurídico para as ações estatais, assim como qual elemento seria adequado a estruturar a ordem jurídica em um Estado Democrático de Direito; na última parte são analisados instrumentos normativos que marcam a retomada da validade estrutural das ações políticas, administrativas e jurídicas.

¹ “Podemos pensar essas manifestações como um terremoto (...) que perturbou a ordem de um país que parecia viver uma espécie de vertigem benfazeja de prosperidade e paz, e fez emergir não uma, mas uma infinidade de agendas mal resolvidas, contradições e paradoxos” (MARICATO, 2013)

2 A TRANSIÇÃO AO PÓS-POSITISMO JURÍDICO

O positivismo jurídico foi desenvolvido na era moderna se opondo ao antigo regime de governo absolutista e apoiado no sistema capitalista liberal, objetivando afastar o subjetivismo político e moral (ALEXY, 2011, p. 13) que até então impregnavam as decisões jurídicas, com o fim direcionado a alcançar a justiça que estaria descrita na Lei, que, por sua vez, seria justa por resultar da decisão de representantes eleitos conforme procedimento legalmente instituído.

O pensamento acima descrito concedia previamente a qualquer lei legitimidade democrática, por este motivo, a ciência jurídica positivista não aviou maiores esforços para questionar a validade da legislação posta ou a interpretação jurídica desenvolvida, restringindo-se a investigar a vigência e a observação dos procedimentos legais de sua criação.

O modelo positivista era admitido como perfeito, inexistindo lacunas normativas a salvo do ordenamento jurídico, sendo estabelecida sinonímia entre Direito e Lei, por meio do formalismo na condução jurídica capaz de afastar critérios subjetivos (CAMBI, 2009).

Neste quadro, aos operadores do direito caberia apenas a investigação acerca da adequada subsunção entre o fato (premissa menor) ao dispositivo legal (premissa maior), em um exercício de silogismo, cuja sentença repercutiria uma conclusão única e invariável.

Fatos históricos, econômicos, jurídicos e sociais ocorridos nas primeiras décadas do século XX, como, a Primeira Guerra Mundial (1914-1918), crack da bolsa de Nova Iorque (1929), *New Deal* (1933-1937), Constituição de Weimar (1919)², revolução Russa (1917), aprovações de legislações trabalhistas e previdenciárias³, e desenvolvimento de movimentos sociais, passaram a exigir do Estado, antes restrito a defesa contra ameaças externas e controlador das obrigações, a atuar de forma ativa na consecução de direitos positivos.

No Brasil, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934, gestou as primeiras linhas a regular direitos de segunda dimensão⁴, dirigidos a efetivação de

² A Constituição de Weimar não foi a primeira Constituição a tratar dos direitos sociais, porém, em razão do eurocentrismo, é atribuída à Constituição alemã a influência sobre as constituições sociais seguintes. Sobre o “eurocentrismo” e sua influência conferir: SANTOS, 1997.

³ Cf SAMPAIO 2013.

⁴ Foi utilizada a nomenclatura “dimensões” quando do trado dos direitos fundamentais em reverencia aos argumentos de Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 55): “Em que pese o dissídio na esfera terminológica, verifica-se crescente convergência de opiniões no que concerne à idéia que norteia a concepção das três (ou quatro, se assim preferirmos) dimensões dos direitos fundamentais, no sentido de que estes, tendo tido sua trajetória existencial inaugurada com o reconhecimento formal nas primeiras Constituições escritas dos clássicos direitos de matriz liberal-burguesa, se encontram em constante processo de transformação, culminando com a recepção, nos catálogos constitucionais e na seara do Direito Internacional, de múltiplas e diferenciadas posições jurídicas,

direitos sociais.

Na América e na Europa, esse novo modelo de Estado que intervia tanto na economia como no tecido social passou a se preocupar com a realização dos direitos sociais em busca de melhoria geral na vida das pessoas, ampliando, ainda que de forma incipiente e variada as atribuições estatais.

O positivismo jurídico até então desenvolvido passou a ser questionado, por não se mostrar suficiente a regular os novos conflitos decorrentes da ampliação da atuação estatal, fato este que ampliava a discricionariedade do magistrado diante das crescentes lacunas legislativas que surgiam.

As objeções passaram a ser dirigidas diretamente à essência positivista, pois, critérios subjetivos passaram a guiar decisões estatais, aspecto este contrário as diretrizes formuladas pelo positivismo.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial (1939-1945) e o julgamento dos proeminentes membros da liderança política e militar da Alemanha nazista (1945-1946), intensificaram os questionamentos dirigidos ao positivismo jurídico⁵ sendo este ainda apontando como o responsável⁶, direta ou indiretamente, pelas violações a direitos humanos durante o regime nazista alemão (LIMA, 2000).

A imputação dirigida ao positivismo se deve ao estabelecimento dicotômico estabelecido entre esse e as concepções morais que teriam justificado, juridicamente, as atrocidades promovidas pelo regime nazista na Alemanha, que teria se servido do positivismo jurídico para justificar atos contra a humanidade.

A proposta a afastar novas futuras investidas por meio da deturpação do positivismo jurídico pretendia que a norma jurídica, antes adstrita ao texto legal, se submeter a critérios axiológicos, teleológicos, históricos, sociológicos e sistemáticos de hermenêutica com o

cujo conteúdo é tão variável quanto as transformações ocorridas na realidade social, política, cultural e econômica ao longo dos tempos. Assim sendo, a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão-somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno e, de modo especial, na esfera do moderno ‘Direito Internacional dos Direitos Humanos.’

⁵ “O erro capital da Teoria Pura do Direito, segundo eles, estaria no fato que, impondo ao jurista comportar-se como um frio intérprete da norma positiva, qualquer que seja o valor ético da norma, transforma o num colaborador de qualquer regime, por abjeto e repugnante que seja (...)” (BOBBIO, 2008, p. 25)

⁶ Contrário a este posicionamento KAUFMANN (2002) compreende que o jusnaturalismo, e não o positivismo jurídico, fundamentou as ações nazistas por supor a existência de valores absolutos que conduzem a incertezas e arbitrariedades totalitárias. Na mesma esteira FELLET (2009) argumenta que no período compreendido entre 1933 a 1935 o jusnaturalismo racionalista, de cunho racial, foi quem teria impulsionado o regime nazista alemão.

objetivo de garantir, substancialmente, direitos fundamentais⁷ mínimos e obstar práticas desarrazoadas contra minorias⁸.

Neste momento a lei deixa de ser resultado de uma justiça imanente, para ser relida como expressão de interesse da maioria que se tornou dominante, sendo, portanto, possível o questionamento sobre sua legitimidade democrática, sobre a interpretação atribuída ao texto legal e de decisões judiciais, abrindo-se possibilidade para conter seus efeitos quando contrariar norma supra legal.

Com os questionamentos globais, o Estado constitucional passa a ser idealizado (CAMBI, 2009) em grande parte dos países que se destacaram no segundo grande conflito global armado, sendo difundida na cultura jurídica da teoria da preponderância dos direitos fundamentais e da força normativa da Constituição.

Com as bases do neoconstitucionalismo lançadas e a Constituição se tornando o centro do ordenamento jurídico, não era mais possível a aplicação da lei sem observar os limites constitucionais, sendo assim indispensável a colheita do conteúdo semântico da legislação para então definir seus contornos conforme a Constituição.

Este exercício de adequação abalou os fundamentos da corrente filosófica positivista, pois a lei deixa de ser sinônimo de Direito, colocando fim ao silogismo e a atividade mecânica subsuntiva de adequação do fato à lei.

O pós-positivismo, consequência filosófica do neoconstitucionalismo (BARROSO, 2005), estabeleceu um filtro constitucional normativo impondo limites à interpretação e apresentando os direitos fundamentais como inspiração à construção legislativa e como norma em si mesma⁹, pretendendo refutar as deficiências apresentadas no positivismo jurídico.

Segundo CAMBI (2009, p. 27) “o neoconstitucionalismo está voltado à realização do Estado Democrático de Direito, por intermédio da efetivação dos direitos fundamentais”, sendo atribuído à democracia e à participação popular o *status* de direito fundamental¹⁰ que compõe o fundamento do movimento filosófico-jurídico pós-positivista.

⁷ Os direitos fundamentais constituem uma ordem objetiva e concreta de valores mínimos institucionalizados segundo a ideia de justiça pela Constituição capaz de criar dever geral de obediência e de realização (SAMPAIO, 2013, p. 582-584).

⁸ CAMBI (2009, p. 24) argumenta que “ter um direito fundamental é ter um trunfo contra a maioria”.

⁹ “As normas de direito fundamental não criam apenas direitos subjetivos para os seus titulares, mas se irradiam pela ordem jurídica como ‘valores positivados’ ou ‘princípios superiores do ordenamento jurídico’, que inspiram a produção normativa em todos os setores do direito, e criam deveres fundamentais para o Estado (de realização, promoção e proteção), para os demais agentes privados (de respeito ou submissão) e para o próprio titular do direito (de indisponibilidade – o direito à vida não importa a opção entre viver ou morrer, em virtude da projeção objetiva do valor ‘vida’ – e exercício não abusivo ou inespecífico – limitação imanente).” (SAMPAIO, 2013, p. 582)

¹⁰ Mutharika (2003 *apud* SAMPAIO, 2013, p. 576) aduz que a participação cidadã, que alarga as fronteiras democráticas, constituiria direito fundamental de quarta geração.

A democracia compreendida como direito fundamental não se resume aos direitos políticos relacionados à participação estrita (votar e ser votado) presente na primeira dimensão dos direitos fundamentais, não se exaurindo quando da formação das instituições representativas (DIAS, 2003). A democracia como direito fundamental a ser protegido em um Estado Democrático de Direito corresponde também à efetiva participação cidadã na formação das decisões estatais, em uma espécie de “republicanização da democracia”, que alarga as fronteiras da democracia a tornando dialógica e participativa:

É ela [sociedade] que preenche ou define a esfera pública não estatal, criando e redefinindo agendas políticas, atuando com e apesar do Estado. Em face dos agentes públicos, ela controla e interage, discute e propõe alternativas para os problemas. É nesse sentido que se fala em “republicanização” da democracia. E é também por isso, por não sucumbir toda dimensão do conceito na lógica e no discurso puramente jurídico, que o Estado de direito se diz democrático. (SAMPAIO, 2013, p. 73)

A adequação democrática não é simples, pois envolver grande esforço e gerenciamento de tensões que são frutos de uma sociedade plural, compreendida esta como uma sociedade aberta ao desenvolvimento de posições variadas, divergentes e razoáveis, em uma comunidade hipercomplexa desenvolvida em ambiente globalizado¹¹ e tecnológico¹² fértil ao desenvolvimento de posicionamentos díspares.

Diante do fundamento filosófico pós-positivista e do neoconstitucionalismo em desenvolvimento, assegurar a democracia e a participação popular na tomada de decisões se torna essencial para se concluir pela validade e legitimidade democrática da norma que conduz o agir estatal.

3 A VALIDADE COMO ELEMENTO ESTRUTURANTE NO PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO

Segundo a concepção dualista, o Direito natural ou seria hierarquicamente superior ao Direito positivo, visão kantiana, em virtude de suas características, universais, permanentes e absolutas (SALGADO, 1995), ou, corresponderia a elemento axiológico do próprio Direito positivo, estando este último condicionado ao primeiro.

¹¹ Para BONAVIDES (2009) é possível falar também de uma globalização política, cuja radícula é os direitos fundamentais.

¹² Segundo JIMENEZ, FRAGA e SANTOS (2006, p. 496) “a humanidade viveria hoje sob a égide da ‘sociedade da informação’ ou ‘do conhecimento’, engendrada pela chamada revolução tecnológica, em cujo cenário, as novas técnicas de comunicação, afrontando todas as barreiras espaço-temporais, estariam integrando ou, pelo menos, aguardariam o poder absoluto de vir a integrar as gentes de todo o planeta em redes globalmente interconectadas em um eterno presente.”

A fonte deste fundamento axiológico deriva das próprias regras naturais, que por sua vez ou teriam origem divina ou racional, conforme a concepção adotada, se religiosa ou científica (NADER, 1995).

Partindo de um posicionamento monista, temos que a fonte do Direito positivado é a lei e o seu elemento estruturante é a validade, isto porque, para que a lei possa ingressar no ordenamento jurídico e ser coativamente imposta, ela deve ser válida.

Para ALEXY (2011), uma lei será juridicamente válida quando legítima e, legítima quando obedecer a critérios formais concebidos no ordenamento jurídico, ou seja, a obediência a critérios formais na construção legislativa concede validade à construção normativa.

HABERMAS (2012) critica o posicionamento reducionista segundo o qual para que a Lei possua validade basta a obediência às regras procedimentais, apontando a necessidade da promoção do resgate da validade como um elemento estruturante, pendente da tensão interna e externa entre a validade e a facticidade¹³, e não apenas sistêmico do Direito.

BARCELOS (2014) adverte que as sociedades hipercomplexas não mais admitem a legitimidade da coação decorrente da facticidade violenta sob a guarida do positivismo, ou seja, a imposição normativa sem ação comunicativa prévia, em que a legitimidade normativa se daria em virtude de razões preconcebidas relacionadas à representação democrática em um débil sistema restrito de *input* e na obediência estrita ao devido processo legislativo¹⁴.

A complexidade social atualmente exige um arranjo comunicativo a validar, estruturalmente, as concepções deontológicas, arranjo este a legitimar e, portanto validar a atividade legiferante, executiva e judiciária.

A resistência a validade atribuída à facticidade cuja formação não decorre de uma ação comunicativa aberta ao pluralismo presente na atual sociedade gera tensão entre estes dois elementos, facticidade e validade, tensão esta a que HABERMAS (2012) aponta duas vertentes uma de caráter juridicamente interno, tensão interna, referente ao duelo entre a positividade e a legitimidade, e outro de caráter juridicamente externo, tensão externa, relativa ao conflito entre o poder coativo estatal e o desejo social.

Para integrar a tensão interna delineada foi imputada ao Direito a busca pela integralização do corpo social, admitindo-se que ao Direito cabe impor padrões mínimos de conduta, facticidade, o que aflora o seu caráter condicionador, sem olvidar que o Direito

¹³ A facticidade corresponde à aptidão estatal de impor coativamente padrões de conduta enquanto a validade, outro elemento, estaria relacionada à forma procedimental com que a norma a ser imposta foi elaborada (HABERMAS, 2010).

¹⁴ Cf. Art. 59 a 68 da Constituição da República de 1988.

democrático deve ser criado por seus destinatários, sendo, portanto condicionado¹⁵.

Assim, o elemento “validade” associado à legitimidade precede as decisões estatais responsáveis pela determinação da facticidade, se relacionando ao processo de formação que possui como determinante a participação dos seus destinatários na construção e a aceitação da conclusão argumentativa.

Admitindo que a legitimidade das decisões estatais se construa com a participação de seus destinatários, que utilizaram como instrumento a comunicação, caberá ao Direito delimitar a construção procedimental adjetiva capaz de viabilizar a maior participação de cidadãos livres e interessados na construção argumentativa e racional das decisões estatais a ser positivada.

A retroalimentação apresentada existente entre o Direito e o Poder político aflora a tensão externa que compreende o conflito entre o poder coativo estatal e o desejo social, fazendo-se necessário contornar ou alinhar a suposta tensão existente entre a autonomia jurídica pública e a autonomia jurídica privada, que, aprioristicamente, poderiam ser tidas como antagônicas, pois uma teria o condão de proteger os destinatários da imposição jurídica enquanto a outra defenderia a vontade dos autores por meio dela.

Entretanto, para o direito discursivo, ambas as autonomias estão intensamente conectadas, sendo extremamente dependentes entre si, o que afastaria a preconcepção da existência de um conflito hipotético (HABERMAS, 2001).

A luz da teoria do discurso haveria entre a autonomia pública e privada uma espécie de simbiose que obedeceria a uma função associativa de dependência existencial, em que, os direitos subjetivos negativos, tão caros à autonomia privada, restariam dependentes do reconhecimento da autonomia pública para não serem molestados, enquanto a autonomia pública seria construída por meio de um processo político democrático capaz de exprimir a vontade popular fundada na autonomia privada, o que consagraria o princípio democrático na formação da vontade estatal.

A convivência visceral entre as autonomias pública e privada contribui para o fortalecimento de um direito positivo legítimo e, portanto válido em que os destinatários do direito são concomitantemente também seus autores.

A participação dos destinatários na construção normativa insere no processo tanto a moral quanto a historicidade do povo envolvido, sendo os argumentos morais a linha de frente do direito comunicativo e o fundamento do discurso ao qual seguem os argumentos

¹⁵ Cf. DWKEREIN, Emílie. *Regras do Método Sociológico*. Trad. por Maria Isaura Pereira de Queiroz. São Paulo: Companhia Editora Nacional. 1972.

pragmáticos e ético-políticos (BARCELOS, 2014).

A postura do destinatário da decisão estatal deixa de ser passiva e comandada, para então se tornar ativa na formação das condicionantes das condutas públicas e privadas, tornando o antes vassalo, administrado ou jurisdicionado em cidadão, centro e razão de existir do Estado, alterando as tensões internas e externas que compõem o conflito entre facticidade e legitimidade em elementos estruturantes da validade normativa.

Contudo, diante de uma sociedade hipercomplexa e plural, é apresentado como desafio à capacidade de captação e ordenação dos resultados das ações comunicativas, essencial à construção estrutural da validade da ação estatal democrática que abandonou o caráter autoritário e autorreferente ao aderir ao Estado Democrático de Direito em prol de uma governança¹⁶, governabilidade¹⁷ e paz social.

A capitação e organização da racionalidade comunicativa, guiada pelo comportamento racional multilateral e comunicativo, em substituição à racionalidade prática, esta última orientada por razões objetivas ou politicamente estruturada a um fim individual, (HABERMAS, 2010) é um desafio enfrentado para se manter sólidas as estruturas do sistema de validade pós-positivista.

A condição de validade da norma que estrutura o pós-positivismo jurídico não está restrita apenas à legalidade normativa formal, pois, salvo melhor juízo, estaríamos a ignorar os fundamentos do Estado Democrático de Direito que exigem decisões legislativas, administrativas e judiciais, como resultado da participação de seus destinatários, estando sua conformação relacionada à tensão coativa e à força de conexão das convicções racionalmente motivadas, em respeito às liberdades democráticas e às concepções republicanas.

4 O ELEMENTO ESTRUTURAL DE VALIDADE PÓS-POSITIVISTA DESENVOLVIDO NO ORDENAMENTO JURÍDICO

4.1 A validade como elemento estrutural na construção legislativa e a Constituição da República de 1988

Os membros das casas legislativas, Câmara dos deputados, Senado federal,

¹⁶ “refere-se ao *modus operandi* das políticas governamentais – que inclui, dentre outras, questões ligadas ao formato político-institucional do processo decisório, à definição do *mix* apropriado de financiamento de políticas e ao alcance geral dos programas” (SANTOS, 1997, p. 342)

¹⁷ (...) “condições sistêmicas e institucionais sob as quais se dá o exercício do poder, tais como as características do sistema político, a forma de governo, as relações entre os Poderes, o sistema de intermediação de interesses” (SANTOS, 1997, p. 342)

Assembleia legislativa e Câmara municipal possuem como atribuição primevo a criação de leis.

É importante destacar desde logo que, não apenas aos membros eleitos do parlamento nacional é dada a prerrogativa de propor leis nacionais, conforme se infere do art. 61 da Constituição da República, sendo estendida ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Presidente da República, ao Procurador Geral da República e aos cidadãos, conforme critérios e limites dispostos na norma fundamental.

Portanto, a *prima face*, pode-se perceber que a legitimidade para a propositura de decisões políticas não decorre, exclusivamente, da representação política, podendo ser proposta por quem não detenha legitimidade representativa democrática¹⁸, ou diretamente pelo povo.

Ainda em análise ao referido artigo constitucional cumpre destacar que a democracia no Brasil aparece como instituto híbrido, sob duas formas de soberania política: representativa e participativa, esta última decorrente da possibilidade de participação direta dos cidadãos por meio de plebiscito, referendo ou proposta de lei popular, como preceitua o art. 14 da Constituição Republicana de 1988.

ROCHA (2005, p. 10) argumenta que ao tratar do exercício da soberania popular a Constituição pós-ditadura militar ampliou “os espaços públicos de discussão e possibilitou a revisão crítica das deliberações estatais pela sociedade, sem rupturas ou crises de autoridade”, havendo que se ressaltar que a participação popular se opera como complementar a democracia representativa concedendo legitimidade a validar as decisões políticas.

O instituto da representação democrática, por si só, não é suficiente a pré-estabelecer legitimidade à lei criada pelo Poder Legislativo, isto porque, como destaca DIAS e MATOS (2011) paira sobre os partidos políticos um crescente questionamento sobre sua função primordial de mediação entre o Estado e a sociedade civil, havendo um enorme desgaste da imagem partidária por deixarem de exercer, de fato, a função de representantes da vontade popular.

Diante da constatação empírica delatada acima, o elemento estruturante a dar validade às decisões políticas apresentadas pelo legislativo exigem cada vez mais a participação direta dos destinatários da lei por meio do agir comunicativo, que pode se dar nas

¹⁸ CEBRIÁN (2011) argumenta que os magistrados possuem legitimidade democrática, pois os juízes estão submetidos unicamente ao império das leis criadas por um parlamento escolhido democraticamente, cabendo ao juiz o exercício de uma atividade neutra.

arenas parlamentares mediante audiências públicas¹⁹ ou participação na Comissão Permanente de Legislação Participativa²⁰, ou ainda de forma restrita e direcionada a determinado representante político, por meio de grupos de pressão²¹.

4.2 O decreto federal nº 8.243, de 23 de maio de 2014 e a abertura de canais dialógicos a validar as ações administrativas

A validade como elemento estruturante do ordenamento jurídico não se restringe ao momento da formação do texto legal, ou seja, não se encontra limitada à participação do destinatário apenas na construção da vontade política positivada em lei, mas também na política de execução das decisões convencionadas, isto porque, sob a égide do pós-positivismo, é forçoso compreender que o sentido extraído do ordenamento jurídico, norma, possui como instrumento a interpretação que se colhe do texto legal, por meio de convenções socialmente estabelecidas pela linguagem²².

A ação executiva tem origem na interpretação que, por sua vez, não se restringe a relação sujeito-objeto, portanto não decorre de um juízo de subsunção do fato à Lei, salientando SAMPAIO (2013, p. 424) que “toda interpretação é aplicadora e toda aplicação é interpretativa”.

Portanto, nas execuções das decisões estatais existe intensa relação entre os interpretes (sujeito-sujeito), pois estes podem apresentar concepções variadas sobre o texto legal (objeto) sem que isso redunde em alteração ou aniquilação legislativa, exercendo, assim capacidade criativa a operar facticidade²³, motivo este que condiciona a validade estruturante

¹⁹ “Sua finalidade precípua é a ampla discussão, a ampla transparência, para que sejam exibidos os fundamentos necessários para o modo escolhido e para que se ouça, se questione a possibilidade da proposição de outras formas.” (FIGUEIREDO apud GALANTE, 2004, p. 465).

²⁰ “Patindo-se do pressuposto da vontade do homem em participar ativamente das ações do Estado foi que em 2001 a Câmara dos Deputados, criou a Comissão Permanente de Legislação Participativa. Esta Comissão busca estabelecer um elo entre as vontades sociais e as ações legislativas, estimulando e ampliando a participação da sociedade civil no processo legislativo. Enfim, é um espaço em que a democracia representativa se aproxima da democracia direta. Ação esta vista por muitos como possibilidade de retomada do prestígio da Casa Legislativa.” (MOURA, 2008, p. 29)

²¹ “Os assim chamados grupos de pressão ou de interesses são conjuntos de indivíduos que procuram defender nos órgãos governamentais certo interesse ou causa comum, utilizando para isso os meios legítimos e tolerados que estiverem ao seu alcance.” (DIAS e MATOS, 2011, p. 57)

²² SAMPAIO (2013, p. 422) esclarece que a compreensão do ser e do mundo depende do estudo da linguagem, estudo este que pode ter como foco os mecanismos do processo de compreensão (giro hermenêutico), ou então a dimensão dialógica cujo objetivo é a construção dos sentidos e as interações sociais por meio da linguagem (giro pragmático).

²³ SAMPAIO (2013, p. 424-426) apresenta as escolas de Budapeste, Prigogine e Maturana que contestam a teoria da consciência em virtude da teoria do conhecimento. MEDEIROS e MARQUES (2003) argumentam que Habermas inaugurou uma nova fase da teoria do conhecimento emancipatória na escola de Frankfurt em oposição à dialética negativa.

da execução à racionalidade comunicativa observada anteriormente quando da formação das convenções políticas que construíram o texto legal.

Cumpram-se destacar que FARIA (2011), MELLO (2014) e DI PETRO (2015) argumentam que o ato administrativo constitui declaração unilateral do Estado emanado por agente competente em atenção à lei, posição esta a qual não se opera aqui qualquer resistência, compreendendo que a validade estruturante analisada na presente pesquisa restringe-se ao momento anterior à declaração administrativa fundamentada na lei, qual seja, ao momento da formação da interpretação legislativa, que, depois de extraída será apresentada como ato unilateral do Estado revestido de legitimidade democrática.

Portanto, cumpre analisar as condições para que se opere a integração interpessoal dos interpretes, analisando os espaços destinados a captar interpretações e confronta-las com o objetivo de alcançar, por meio do diálogo, o consenso democrático sobre a melhor proposta executiva.

O Decreto federal nº 8.243 publicado em 23 de março de 2014, buscou sistematizar e organizar o funcionamento da participação popular na Administração Pública federal, instituindo a Política Nacional de Participação Social (PNPS) e o Sistema Nacional de Participação Social (SNPS) com o objetivo de assegurar que a sociedade civil, constituída por cidadãos individuais ou pela coletividade, movimentos sociais institucionalizados ou não, suas redes e suas organizações para acompanhar a formulação, a execução, o monitoramento e a avaliação de programas e políticas públicas²⁴, assim como o aprimoramento da gestão pública.

A publicação do referido decreto em comento causou considerável polêmica de ordem política, institucional, social e jurídica tendo sido apresentado, em 30 de maio de 2014, pelos deputados federais, Mendonça Filho (DEM/PE) e Ronaldo Caiado (DEM/GO), projeto de Decreto legislativo nº 1.491/2014²⁵ que pretende a sustação da aplicação do Decreto nº 8.243/2014 por considera-lo inconstitucional.

No Senado Federal, o Senador Álvaro Dias (PSDB-PR) também apresentou projeto de Decreto legislativo nº 117 em 02 de junho de 2014, ainda em tramitação naquela Casa²⁶, alegando, também, a inconstitucionalidade do decreto argumentando que a chefe do executivo

²⁴ “A expressão ‘política pública’ engloba vários ramos do pensamento humano, sendo interdisciplinar, pois sua descrição abrangem diversas áreas do conhecimento com as Ciências Sociais Aplicadas, a Ciência Política, a Economia e a Ciência da Administração Pública, tendo como objetivo o estudo do problema central, ou seja, o processo decisório governamental” (DIAS e MATOS, 2012, p. 11)

²⁵ Após aprovação unânime na Câmara dos Deputados, o projeto foi encaminhado ao Senado em 29 de outubro de 2014, aguardando votação.

²⁶ Em 25/03/2015 - Aguardando inclusão em Ordem do Dia dos Requerimentos nºs 218 e 219, de 2015, da Senadora Gleisi Roffmann, que solicita audiência da CDH e CCT. Votação, em turno único.

havia extrapolado sua competência regulatória e inovado na ordem jurídica.

Em vigor, o Decreto nº 8.243/2014, além de apresentar a finalidade acima enumerada também apresenta, em seu artigo 2º, canais, instrumentos e diretrizes para realização de planejamento para execução de seus fins com a consagração de conselho de políticas públicas, comissão de políticas públicas; sistema de conferência nacional; ouvidoria pública federal; mesa de diálogo; fórum interconselhos; audiência pública; consulta pública; e a criação de ambiente virtual de participação social, como formas ativas de participação da sociedade.

Mantendo a coesão do recorte da pesquisa e das hipóteses pré-definida não se avaliará aqui, a suposta inconstitucionalidade do Decreto em apreço e, tampouco, a repercussão política do mesmo, restringindo-se apenas à análise da norma sobre o aspecto da ação comunicativa a conceder validade democrática à ação administrativa, consignando de forma ampla a existência de diversos conselhos setoriais já em funcionamento, como: conselhos da educação, da assistência social, da saúde, da criança e do adolescente, do trabalho, da mulher, do idoso entre outros. Todos instituídos por leis em perfeita sintonia e compatibilidade com a Constituição da República, de 05 de outubro de 1988.

Assim, em princípio, o decreto em comento seria espécie de regulamento geral de todos os conselhos e canal direto aberto ao diálogo²⁷, compreensão essa que o revestiria de constitucionalidade por não extrapolar a natureza regulatória do decreto, nos termos do art. 84, IV da atual Constituição da República.

A abordagem da teoria da democracia nos manuais jurídicos²⁸ restringe-se à classificação: direta, indireta ou semidireta, cujo critério que as distingue está restrito ao grau de abertura concedido à participação popular em atos estatais, pois, em todas as espécies arroladas, o objetivo está concentrado na obtenção de decisão política.

Contudo, é importante, destacar que a democracia comporta duas grandes classificações, sendo elas substanciais e adjetivas²⁹, possuindo a primeira maior carga axiológica que a segunda, sendo ainda a segunda decorrente da primeira em virtude de seu reduzido axioma e expandida abstração procedimental característica de teorias metafísicas.

Coerente com o recorte metodológico, mantem-se a restrição dos argumentos ao

²⁷ Cf: FARIA, Edimur Ferreira de. REZENDE, Renato Horta. A participação popular na construção das políticas públicas sociais: a racionalidade do consenso e a legitimidade das execuções administrativas. *In: XXIV Congresso Nacional Do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara*. Direitos sociais e políticas públicas II, p. 81-102

²⁸ Cf: LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. São Paulo: Saraiva. 2015.

²⁹ ALVES (2013, p. 52 a 106) classifica as teorias substancialistas em: Liberal, inserindo nesta os utilitaristas e igualitaristas complexos; Igualitarismo liberal; e Igualitarismo, compreendido nesta classificação os comunitaristas, marxistas e pluralismo. As teorias procedimentalistas são classificadas como: Deliberativa; e Agregadora.

desenvolvimento da democracia adjetiva deliberativa procedimentalista, e, neste momento, a análise acerca do espaço público destinado à ação comunicativa, sendo indispensável compreender, desde logo, que o espaço público em que se desenvolve o agir comunicativo não se confunde com espaço estatal, apesar deste último ser também um espaço propício a prosperar a racionalidade comunicativa.

O espaço público é assimilado como a arena discursiva, livre, igualitária, aberta à participação e ao reconhecimento do outro, sendo também o local onde as interpretações serão negociadas, filtradas e sintetizadas comparativamente, com intuito de induzir à razão comunicativa em busca de uma resolução consensual (OLIVEIRA, 2011).

Segundo HABERMAS (2010), os movimentos, organizações livres não estatais e não econômicas compõem a sociedade civil que corresponde ao espaço público que capta os desejos sociais e os transmitem à esfera mais ampla.

Os desejos sociais condensando em interesse geral passam à pauta na esfera pública mais geral, capaz de influenciar e modificar as decisões tomadas nos centros do poder, possuindo a sociedade civil lugar fundamental para a expansão da democracia, mostrando o local onde há uma resistência à lógica do mercado e do Estado (OLIVEIRA, 2011), evitando eventual tensão entre a facticidade e a validade.

O conceito de sociedade civil descrito por HABERMAS (2010) é diverso do conceito apresentado no Decreto federal ora em apreço, pois neste a sociedade civil não é descrita como *locus*, mas como designação de pessoa ou pessoas organizadas a defenderem seus interesses particulares, art. 2º, I.

A designação da sociedade civil como agrupamento, ou mesmo como indivíduo e não como espaço público retira da associação social o caráter deliberativo, atribuindo *status*, institucionalizado, de mero agrupamento induzido pela razão instrumental, algo que vai de encontro com a concepção de ação comunicativa fundada na razão comunicativa.

Contudo, deve-se esclarecer que, independentemente de como o Decreto conceitua e classifica a sociedade civil, tal fato não se mostra capaz de alterar sua semântica à luz da democracia deliberativa procedimentalista.

A abordagem deliberativa está localizada na relação entre direito, política “formal” e política “informal”, assim, apesar de como a expressão “sociedade civil” foi inserida formalmente, a essência da ação comunicativa caso se desenvolva permaneceria inalterada, pois deve ser lida como arena de troca intersubjetiva de posicionamentos iniciais, possivelmente divergentes a serem levadas a uma arena ainda mais ampla e geral.

Superada esta temática atinente à conceituação do espaço público, para que os canais

dialógicos enumerados no Decreto nº 8.243/2014 tornem-se espaços públicos para o desenvolvimento da ação comunicativa, é indispensável que exista a comunicação livre, racional e crítica entre aqueles que se disponha a participar, afastando a razão instrumentalizada egoísta e privatista.

A determinação contida no inciso IV do art. 3º do decreto em exame que reconhece a “autonomia, livre funcionamento e independência” da sociedade civil, algo que, aliás, já é garantido no inciso XVIII do art. 5º da Constituição da República, não se refere aos princípios da ação comunicativa, pois, não se relacionam com os procedimentos a serem adotados na arena deliberativa, a qual se pressupõe liberdade, igualdade, abertura à participação e reconhecimento dos demais para o desenvolvimento da ação comunicativa.

Portanto, para que os espaços dialógicos institucionalizados se transformem em espaço público destinado à ação comunicativa que induz à razão comunicativa fruto da racionalidade, apta a dar validade à estrutura jurídica, a Administração Pública deve alterar seu comportamento, deixando de ser centro de gestão estéril para se portar como centro de captação e ordenação de múltiplos interesses, concedendo ao cidadão a possibilidade de participar da execução administrativa a qual é o destinatário.

BAPTISTA (2003) aduz que a Administração não deve ser mediadora, devendo se portar como meio a captar as necessidades, não sendo mais um a integrar o grupo de interessados a influenciar o agir estatal, afastando a autovinculação.

A postura a ser adotada pelo centro de gestão irá determinar tanto a concretização da democracia deliberativa como a validade das ações administrativas, pois, caso a Administração Pública venha a integrar qualquer grupo e instrumentalize ou induza a razão interessada a fim de obter “legitimidade” direcionada, ação contrária ao procedimento democrático, restará à falsa consensualidade argumentativa validade estruturante que poderá ser questionada pela sociedade, restabelecendo assim tensão entre facticidade e validade.

4.3 O novo código de processo civil e o reforço da construção dialógica como elemento de validade das decisões judiciais

A Constituição da República de 1988, em seu art. 5º, inciso LV assegura “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral (...) o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

O Novo CPC, Lei nº 13.105, de 17 de março de 2015, primeiro código editado em período substancialmente democrático no Brasil, trouxe maior dinâmica ao princípio do

contraditório, vindo a assegurar além do direito à bilateralidade de audiência, critério formal, também o “direito de participação na construção do provimento, sob a forma de uma garantia processual de influência e não surpresa para a formação das decisões” (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 93).

A garantia processual de influência na formação da decisão judicial consiste no critério substancial de exercício do contraditório que atribui ao magistrado o dever de consultar as partes fomentando o prévio debate que irá subsidiar a decisão a ser proferida.

A influência na formação da decisão estatal determina a consciência da realização dos atos processuais afastando a surpresas quando da conclusão do processo, pois, tanto as partes como o juiz participam da construção da decisão acompanhando e produzindo *pari passu* atos e acontecimentos processuais, sendo assim possível a previsão lógica do resultado, garantindo-se a segurança jurídica, bem como a legitimidade da decisão construída de forma multilateral.

O objetivo da nova sistemática é reduzir a resistência à facticidade produzida pela decisão judicial por meio do convencimento dos envolvidos (autonomia privada/pública) que participam ativamente da formação da decisão jurídica (autonomia pública), atribuindo assim validar estrutural à ação estatal, reduzindo as tensões jurídicas internas e externas.

Observe que a nova sistemática afasta a relação de hierarquia ou subordinação fática que porventura pudesse existir entre as partes, ou entre as partes e o magistrado, instrumentalizando a teoria discursiva para que os afetados pelas decisões jurisdicionais, possam participar concomitante e substancialmente da construção e interpretação normativa a ser aplicada (LEAL, 2008).

MOTTA e HOMMERDING (2013) argumentam que a influência que os litigantes exercem no processo atribui a esses a coautoria da decisão estatal a que são destinatários estabelecendo o exercício criativo a partir da tensão inicial entre as autonomias pública e privada.

O novo CPC reconhece claramente a necessidade de se resgatar o elemento de validade como a espinha dorsal das ações judiciais a legitimar as decisões proferidas, como se observa também na regulamentação da intervenção do *amicus curiae* fixada no art. 138, que amplia o instituto já estabelecido em dispositivos legais³⁰ anteriores, não restringindo o instituto a tribunais, a pessoas jurídicas, a comprovação *lato sensu* de representatividade ou especialidade no assunto a ser tratado ou a matéria abstrata.

³⁰ Art. 3.º, § 2.º, Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006; art. 14, § 7º a Lei nº 10.259, de 12 de junho de 2001; art. 6º, §1º da Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999; art. 7º, §2º da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999.

O novo CPC deixa clara a preocupação com a validade estruturante da decisão a ser proferida pelo poder judiciário quando esta extrapola os limites dos interesses das partes litigantes passando a possuir repercussão social, na busca por uma democratização do processo por meio de debate em que a sociedade participe e interfira diretamente na decisão estatal em prol da razão comunicativa.

5 CONCLUSÃO

O positivismo jurídico se desenvolveu assentado na validade legislativa preestabelecida em decorrência do raciocínio lógico e na dogmática acerca da suposta legítima inerente à lei.

Contudo, acontecimentos históricos, econômicos, jurídicos e sociais colocaram em xeque as estruturas do positivismo jurídico por não ser este suficiente a regular, satisfatoriamente, os novos conflitos desenvolvidos na modernidade.

A lei que até era compreendida como resultado de justiça imanente passa a ser relida como expressão de interesse da maioria que se tornou dominante, sendo, portanto, possível o questionamento da interpretação atribuída ao texto legal e mesmo a contenção de seus efeitos pelo corpo social alijado de sua formação.

Com o desenvolvimento do neoconstitucionalismo, que pretende atribuir força normativa aos direitos fundamentais, tornando a Constituição o centro do ordenamento jurídico, passou-se a questionar os fundamentos da validade das decisões estatais a qual deveria observar os direitos fundamentais, dentre os quais a participação social e a democracia.

A formação das decisões estatais de forma democrática e participativa busca enfrentar as tensões decorrentes da facticidade e validade que abalaram o modelo filosófico positivista, sobrepujando a tensão existente entre a autonomia pública e privada.

O pós-positivismo jurídico, decorrência do neoconstitucionalismo encerrou a compreensão positivista segundo a qual Direito e lei seriam sinônimos, encerrando a silogismo prevalente até então segundo o qual caberia ao interprete apenas a subsunção do fato ocorrido à norma posta.

Com o pós-positivismo jurídico a norma extraída do texto legal compreende um juízo interpretativo que não compete apenas aos membros dos Poderes legislativos, executivos e judiciários, sendo necessária, a fim de conferir legitimidade, a participação de todos os destinatários na formação da decisão política, administrativa e judiciária.

A participação dos destinatários concede legitimidade à decisão estatal e compreende requisito de validade capaz de estruturar todo o ordenamento jurídico, concedendo aos envolvidos o *status* de coautoria às decisões estatais, fato este capaz de vincular todos os envolvidos reduzindo eventuais questionamentos em virtude da coerência desenvolvida com a efetiva cooperação.

Neste diapasão o texto constitucional prevê, especificamente, a possibilidade de participação social direta nas decisões estatais por meio de referendo, plebiscito, iniciativa legislativa e conselhos deliberativos.

Na busca pela efetivação constitucional e ampliação democrática, soma-se a participação direta a abertura de canais dialógicos como a promoção de audiências públicas, criação de Comissão Permanente de Legislação Participativa e recebimento de propostas dirigidas ao Poder legislativo por grupos de pressão.

Semelhante é também a postura Administrativa, decreto nº 8.243/2014, e as novas orientações jurídicas estabelecidas pelo novo CPC que buscam ampliar e normatizar a participação social nas decisões estatais, por meio da razão comunicativa.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. São Paulo: Martins Fontes. 2011.

ALVES, Fernando Brito. **Constituição e participação popular**: a construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental. Curitiba: Juruá. 2013.

BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar. 2003.

BARCELOS, Renato de Abreu. **Linguagem, discurso e deliberação**: a democratização da discricionariedade administrativa no paradigma do Estado Democrático de Direito. 2014. 285 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – PUCMINAS. Belo Horizonte. 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, nº 851, 01 nov 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>. Acessado em: 15.03.2016

BOBBIO, Norberto. **Direito e Poder**. São Paulo: UNESP, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2009.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: RT. 2009.

CEBRIÁN, A. V. La legitimidade democrática de los jueces y su activismo a la luz de la reforma de la Justicia em España. In LEAL. R. G e LEAL. M. C. H. (org.) *Ativismo judicial latino-americanas e europeias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.

DI PETRO, Maria Svyia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas. 2015.

DIAS. Maria Tereza Fonseca. **Direito Administrativo pós-moderno: novos paradigmas do direito administrativo a partir do estudo da relação entre o Estado e sociedade**. Belo Horizonte: Mandamentos. 2003.

DIAS, Reinaldo. MATOS, Fernanda. **Políticas públicas: princípios, propósitos e processos**. São Paulo: Atlas. 2012.

DWKEREIN, Emílie. **Regras do Método Sociológico**. Trad. por Maria Isaura Pereira de Queiroz. São Paulo: Companhia Editora Nacional. 1972.

FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de Direito Administrativo positivo**. Belo Horizonte: Del Rey. 2011.

FELLET, André Luiz Fernandes. A relação entre o nazismo e o positivismo jurídico revisitada. In: *Revista de Direito Público*. Porto Alegre, ano 7, n.30, p.107-130, nov. /dez. 2009.

GALANTE, Elisa Helena Lesqueves. Participação Popular no Processo Legislativo. In: *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Ano IV, Nº 4 e Ano V, Nº 5 – 2003-2004.

GENRO, Tarso. **Tratado de direito constitucional**, v. 1, São Paulo: Saraiva, 2010.

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional: ensaios políticos**. Trad. de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Trad. de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo: racionalidade da ação e racionalização social**. Trad. de Paulo Astor Soethe. São Paulo: Martins Fontes, 2012. Vol. I.

JIMENEZ, Susana Vasconcelos. FRAGA, Regina Coele Queiroz; SANTOS, Deribaldo. Sociedade Tecnológica: um novo paradigma em favor da velha ordem? In: *Revista Contra Ponto*. Itajaí, v. 6, n.3, p. 495-502, set. /dez. 2006.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004.

LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

LIMA, Viviane Nunes Araújo. **A saga do zangão: uma visão sobre o direito natural**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MARICATO, Emília [et al]. **Cidades rebeldes**: passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil. São Paulo: Boitempo. 2013.

MEDEIROS, Arilene Maria Soares de. MARQUES, Maria Auxiliadora de Resende Braga. **Habermas e a teoria do conhecimento**. In: *ETD – Educação Temática Digital*, Campinas, v.5, n.1, p.124, dez. 2003

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros editores. 2014.

MOTTA, Francisco José Borges. HOMMERDING, Adalberto Narciso. O que é um modelo democrático de processo? In: *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, nº 73, jan-abr 2013. pp. 183-206.

MOURA, Marcia Aline Ferreira. **Participação popular no processo de formação das leis**. 2008. 46 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Pós-graduação *latu sensu* em comunicação legislativa) – Universidade do legislativo brasileiro e UFMS. Brasília/DF. 2008.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do Direito**. Rio de Janeiro: Forense. 1995.

OLIVEIRA, Luiz Ademir de. FERNANDES, Adélia Barroso. Espaço público, política e ação comunicativa a partir da concepção habermasiana. *Revista Estudos Filosóficos*, São João Del Rey, págs. 116/130, 2011.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia de justiça em Kant**: seu fundamento na igualdade e na liberdade. Belo Horizonte: UFMG, 1995.

SANTOS, Maria Helena de Castro. Governabilidade, Governança e Democracia: Criação da Capacidade Governativa e Relações Executivo-Legislativo no Brasil Pós-Constituinte. In: *DADOS – Revista de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro, volume 40, nº 3, 1997. pp. 335-376.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. [et al] **Novo CPC**: fundamentos e sistematização. Rio de Janeiro: Forense, 2015.