



DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEMOCRACIA: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA TEORIA DA PONDERAÇÃO DE ALEXY

Jorge Adriano da Silva Junior¹

RESUMO

O artigo tem como objetivo compreender as insuficiências da teoria da ponderação de Alexy e de sua concepção de democracia, para a solução de conflitos de direitos fundamentais. Por meio de uma pesquisa bibliográfica, à luz da teoria dos sistemas sociais, identificou-se problemas na teoria da ponderação de Alexy e sua concepção democrática. Assim, concluiu-se que a correta aplicação dos direitos fundamentais depende da observação da dimensão conflitiva da sociedade moderna, bem como de sua função de contenção da expansão destrutiva dos sistemas sociais uns sobre os outros, assegurando a diferenciação funcional e manutenção do Estado Democrático de Direito.

Palavras-Chave: Democracia. Teoria dos Sistemas. Direitos Fundamentais. Ponderação. Princípios.

1 INTRODUÇÃO

¹ Mestre em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA), pós-graduando em Direito Administrativo pela Universidade Salvador (UNIFACS). Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Membro do grupo de Pesquisa Direito, sentido e complexidade social - DSComplex (UFBA) e do grupo de pesquisa Direito, Sociedade Mundial e Constituição (DISCO/UnB). Professor universitário da Faculdade Adventista da Bahia (FADBA).

A teoria dos princípios de Alexy ganhou ampla repercussão e aplicação por parte dos juristas brasileiros, influenciando não apenas a produção acadêmica, mas, sobretudo, a construção das decisões judiciais. Essa recepção, entretanto, tem trazido diversas críticas não apenas ao modo como a máxima da proporcionalidade tem sido aplicada no Brasil, mas também acerca de seus fundamentos teóricos.

Embora haja avanços na teoria de Alexy no que tange à argumentação jurídica e compreensão analítica dos direitos fundamentais, este trabalho tem como objetivo analisar as insuficiências dessa teoria acerca da sua concepção de democracia e solução de conflitos de direitos fundamentais por meio da máxima da proporcionalidade. Nesse sentido, procedeu-se a uma investigação por meio de revisão bibliográfica sobre o tema. Dessa forma, coletou-se informações da produção bibliográfica da teoria de Alexy e das teorias críticas a esse modelo, notadamente as observações de Chantal Mouffe, Niklas Luhmann e Marcelo Neves, em razão das suas adequadas percepções do dissenso estrutural da sociedade moderna.

No segundo capítulo, realizou-se uma análise da teoria dos princípios de Robert Alexy, destacando a divisão conceitual entre regras e princípios, a máxima da proporcionalidade e a relação entre direitos fundamentais e democracia deliberativa. Após essa análise, verificou-se a ideia de democracia deliberativa de Habermas, a qual Alexy se sustenta, apontando para a dimensão procedimental dessa teoria, que tem por pressuposto/finalidade a construção racional e consensual das decisões democráticas.

O capítulo seguinte levanta críticas a esse modelo deliberativo de democracia através, sobretudo, das problematizações que partem da teoria agonística de Mouffe e teoria sistêmica de Niklas Luhmann. Na sequência, foi problematizada a ponderação com pretensão otimizante, formulada por Alexy. Nessa perspectiva, pode-se identificar insuficiências e anomalias teóricas e práticas, com destaque para as observações realizadas por Marcelo Neves.

Ao final, pode-se concluir que a complexidade e dissenso estrutural da sociedade moderna, bem como a dimensão antagonística no sistema político, revelam alguns equívocos da teoria da democracia deliberativa. Da mesma forma as demais concepções que visam alcançar consensos através da argumentação racional, como máxima da ponderação otimizante de Alexy. A função dos direitos fundamentais pressupõe a necessária compreensão da dimensão conflitiva da sociedade para fins de contenção da expansão destrutiva dos sistemas sociais uns sobre os outros, assegurando a diferenciação funcional e manutenção do Estado Democrático de Direito.

2 A TEORIA DOS PRINCÍPIOS DE ALEXY

A teoria dos princípios de Alexy tem como fundamento um conceito semântico de norma, ao compreender esse instituto enquanto um significado de um enunciado normativo. Ou seja, a norma seria um produto semântico extraído dos elementos linguísticos do enunciado (ALEXY, 2008, p. 53-58). Nesse contexto, o autor busca compreender a normatividade semântica dos princípios e regras na aplicação do direito. Distanciando-se do positivismo jurídico, que percebe o direito enquanto um ordenamento jurídico de regras, o teórico propõe que as normas jurídicas seriam compostas não apenas de regras, mas também de princípios que vinculam o Estado em sua atuação.

Passando a diferenciar as normas jurídicas, Alexy (2008, p. 90) afirma que os princípios são mandados de otimização e, portanto, ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas. Desse modo, os princípios podem ser satisfeitos em graus variados. As regras, entretanto, são sempre satisfeitas ou não satisfeitas, contendo determinações das possibilidades fáticas e jurídicas de sua aplicação (ALEXY, 2008, p. 91).

A distinção das normas entre regras e princípios tem efeitos práticos quanto à sua aplicação em caso de conflito normativo. Só há, de fato, conflitos entre regras, caso haja previsão em uma das regras de uma exceção à aplicação de outra regra, do contrário, uma das regras é inválida (ALEXY, 2008, p. 92). De modo diverso, é a solução de conflitos entre princípios. As possibilidades fáticas e jurídicas identificadas no caso concreto é que balizaram a construção da regra do caso concreto.

Nessa hipótese, um princípio pode ceder para a aplicação de outro princípio sem que haja necessidade de previsão de cláusula de exceção nem a declaração de sua nulidade. Em casos concretos, alguns princípios possuem pesos diferentes, sendo que o princípio de maior peso tem precedência em face dos demais (ALEXY, 2008, p. 93-94). Enquanto o conflito entre regras é resolvido com a critério validade/invalidade, o conflito entre princípios é solucionado através do sopesamento realizado entre os pesos de cada princípio incidente em um caso concreto. Esse sopesamento ocorre no procedimento judicial a partir dos cálculos das argumentações que envolvem um caso concreto que motivaram a decisão acerca da prioridade de um princípio em face de outro.

Por essa razão, os princípios são considerados *prima facie*, ou seja, razões indeterminadas, já que exigem que algo seja realizado na maior medida possível a depender das circunstâncias fáticas e jurídicas existentes. Isto é, os princípios não possuem a extensão de seu conteúdo previamente em relação ao princípio colidente. Já as regras são mandados definitivos que delimitam a extensão de seu conteúdo fático e jurídico, exigindo o cumprimento exato daquilo que foi normativamente determinado.

Ao considerar a natureza *prima facie* dos princípios, Alexy (2008, p. 117) sustenta que sua aplicação implica a observação da máxima da proporcionalidade, cuja análise é subdividida em três máximas: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito (ponderação). Para Alexy (2008, p. 118), a proporcionalidade em sentido estrito (ponderação) abrange as possibilidades jurídicas dos princípios, enquanto que a adequação e necessidade se relacionam às possibilidades fáticas do mandamento de otimização.

Em relação à adequação, importa notar se o meio é adequado à consecução do fim previsto em um princípio. Assim, não caberia aplicar a restrição a um segundo princípio se sequer o meio atinge a finalidade do primeiro princípio. Isto posto, uma “medida somente pode ser considerada inadequada se sua utilização não contribuir em nada para fomentar a realização do objetivo pretendido” (SILVA, 2002, p. 37).

O critério da necessidade está associado à decisão pela medida menos gravosa ao princípio cedente. Nesse sentido, a limitação de um direito fundamental só seria necessária se a concretização do objetivo perseguido não pudesse ser promovida, com a mesma intensidade, por outro meio menos gravoso ao direito fundamental atingido (SILVA, 2002, p. 38). Por sua vez, a proporcionalidade em sentido estrito representa o “sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva” (SILVA, 2002, p. 40).

Princípios e a regra da ponderação são dois lados da mesma moeda (SILVA JUNIOR, 2020, p. 249). Enquanto o primeiro estaria associado ao tipo teórico-normativo, o outro, seria o lado metodológico (ALEXY, 2011, p. 64). A ponderação/sopesamento, enquanto método, prescreve uma lei: “Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, maior terá que ser a importância da satisfação do outro” (ALEXY, 2008, p. 167).

Trata-se de uma teoria a qual reage ao positivismo jurídico e busca racionalizar a aplicação de princípios enquanto normas jurídicas. Entretanto, os princípios nunca seriam razões definitivas para um juízo concreto. Ou seja, só as regras serviriam de razões diretas para decisão judicial. Sempre que um princípio fundamentar uma decisão, ele estará

fundamentando uma regra que servirá de razão definitiva para o julgamento (ALEXY, 2008, p. 108). O procedimento argumentativo consubstanciado na máxima da proporcionalidade serve para avaliar a intensidade de uma medida em relação aos princípios envolvidos em um caso concreto e, a partir dessa análise, chegar a uma decisão a qual respeite esses princípios.

A máxima da proporcionalidade consiste em uma regra de interpretação e aplicação do direito, especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais. Portanto, a regra da proporcionalidade visa conter restrições a direitos fundamentais desproporcionais (SILVA, 2002, p. 24). A aplicação da ponderação, entretanto, supõe o atendimento de diversas regras do discurso jurídico que legitimam a decisão judicial. Como bem observa Carneiro (2011, p. 211), o sopesamento não estabelece em si os parâmetros suficientes para a decisão, de forma definitiva, o que motiva sua complementação com a teoria da argumentação jurídica racional.

Influenciado pela teoria do discurso de Habermas, que também busca uma justificação procedimental para o direito, Alexy (2009, p. 151) sustenta que o direito não seria legitimado apenas pelas normas positivadas, mas sim por um procedimento racional de correção, pois seria, o direito, um sistema normativo que atende às seguintes características:

(1) formula uma pretensão à correção, (2) consiste na totalidade das normas que integram uma constituição socialmente eficaz em termos globais e que não são extremamente injustas, bem como na totalidade das normas estabelecidas em conformidade com essa constituição e que apresentam um mínimo de eficácia social ou de possibilidade de eficácia e não são extremamente injustas, e (3) ao qual pertencem os princípios e os outros argumentos normativos, nos quais se apoia e/ou deve-se apoiar o procedimento de aplicação do direito para satisfazer a pretensão de correção. (ALEXY, 2009, p. 151)

A pretensão de correção² do direito impõe uma análise moral discursiva sobre a norma, perquirindo se atende não apenas sua legalidade, mas também sua justiça. Essa pretensão pressupõe uma argumentação jurídica racional que fundamentaria as normas, demandando um “constitucionalismo discursivo” (ALEXY, 2011, p. 9). O constitucionalismo discursivo viabilizaria a aplicação racional e legítima dos direitos fundamentais por parte dos tribunais, o que, paradoxalmente, poderia reforçar a democracia, ou criar uma tensão

² A pretensão de correção é uma forma de pretensão de aplicação de um direito justo. Ou seja, a aplicação do direito pretende ser justa.

democrática.

Os direitos fundamentais apresentam um paradoxo, já que possuem tanto uma dimensão democrática quanto não democrática. Nesse sentido, a dimensão democrática se manifesta na proteção de direitos como liberdade, igualdade e vida, que garantem a existência e o desenvolvimento de uma pessoa. Porém, a dimensão não democrática surge quando um tribunal precisa invalidar uma lei aprovada democraticamente pelo parlamento para proteger um direito individual (ALEXY, 2011, p. 11). À vista disso, quando uma lei viola direitos fundamentais, é preciso decidir se a confiança na força curativa da democracia é suficiente ou se é necessário recorrer à jurisdição constitucional para proteger esses direitos (ALEXY, 2011, p. 36). É importante lembrar que a diferença entre medicamento e veneno é a dose, essa reflexão é fundamental sobre a assimetria na aplicação não democrática dos direitos fundamentais pela jurisdição constitucional.

No final das contas, Alexy (2011, p. 16) vai afirmar que os tribunais constitucionais, ao exercerem a função jurídica de pretensão de correção, deveriam aplicar a ponderação de princípios em caso de conflitos entre direitos fundamentais, em consonância com o constitucionalismo discursivo. A teoria do discurso é adequada ao Estado Democrático de Direito porque, segundo Alexy, ela exigiria do sistema jurídico não apenas uma fundamentação com base nos direitos fundamentais, mas também na democracia (ALEXY, 2011, p. 33). Para o autor, a democracia pressuposta pelo princípio do discurso, seria a democracia deliberativa:

O princípio do discurso exige democracia deliberativa. A democracia deliberativa é mais do que um procedimento para a produção de uma compensação de interesses ótima abaixo do limite de ditadura ou guerra civil. Nela, o plano dos interesses e do poder é coberto por um plano dos argumentos, no qual todos os participantes lutam por uma solução política correta (ALEXY, 2011, p. 35)

Conforme Alexy (2011, p. 163), a democracia deliberativa é a institucionalização do discurso, de modo mais amplo possível, como meio de tomada de decisão pública. Não basta uma representação entre parlamento e povo mediada pelas eleições, mas a democracia deliberativa pressupõe a inserção da argumentação no processo de construção da decisão.

Apesar de atribuir o conteúdo deliberativo à democracia, Alexy (2018, p. 10) afirma que a democracia é um princípio formal do direito. Os princípios formais são mandatos de otimização cujo objeto é a decisão jurídica, independentemente de seu conteúdo, enquanto os

princípios materiais tem por objeto um conteúdo, como a vida e a liberdade de expressão.

Seguindo essa perspectiva, a democracia seria um princípio formal. Pois, embora a democracia seja representativa, com decisões tomadas pela maioria do parlamento, não seria apenas um processo de decisão, mas sim, um processo mais racional e legítimo de produção do direito. Isso exige do legislador que tome tantas decisões importantes para a sociedade quanto possível (ALEXY, 2018, p. 10). Nesse sentido, a democracia é um princípio formal voltado para as decisões legislativas impondo o máximo de decisões necessárias à sociedade por meio de um processo racional e argumentativo.

Pode-se observar que a solução de conflitos envolvendo direitos fundamentais, na teoria dos princípios de Alexy, possui uma dimensão de plano que consiste na regra da proporcionalidade em sentido estrito e uma dimensão de fundo. Essa é a teoria da argumentação e da democracia deliberativa habermasiana. Assim, a dimensão não democrática dos direitos fundamentais perpassa a compreensão de uma democracia deliberativa, a qual demanda uma exploração acerca desse modelo.

3 A DEMOCRACIA DELIBERATIVA

O desenvolvimento das teorias liberais da democracia, no século XX, é resumido por Mouffe (2015, p. 11-12) em dois paradigmas: o “agregativo”, que descreve a política como compromisso entre forças discordantes e concorrentes, que buscam seus próprios interesses; e o modelo “deliberativo”, o qual busca resgatar uma abordagem ética na política, ao substituir uma racionalidade instrumental por uma racionalidade moral comunicativa, que poderia produzir consensos sociais por meio da deliberação.

Observando a política sobre uma lente econômica e concorrencial, Schumpeter (1984, p. 304) define a democracia como um “método político, isto é, um certo tipo de arranjo institucional para chegar a uma decisão política (legislativa ou administrativa) e, por isso mesmo, incapaz de ser um fim em si mesmo”. Essa definição reage de forma crítica às abordagens substanciais de democracia, que tentam imputar uma finalidade moral tendente à realização do “bem comum” e da “vontade do povo” (SCHUMPETER, 1984). Em sentido oposto a um pacto pelo bem comum, o procedimento democrático seria uma “livre competição pelo voto livre” (SCHUMPETER, 1984, p. 316-338). Assim, a democracia se torna um instrumento para a dominação do poder legitimado por um procedimento eleitoral, e

não um fim em si mesmo. Nessa concepção, a livre competição pelo voto livre é a essência da democracia, e não a realização do bem comum ou da vontade do povo.

Em resposta a essa compreensão elitista de política, Mouffe (2015, p. 166) sustenta que o modelo deliberativo surge visando restabelecer a conexão entre os valores liberais e a democracia ao recuperar sua dimensão moral. Habermas seria um dos principais expoentes dessa concepção deliberativa de democracia.

Para Habermas (1996, p. 270), o modelo “liberal” de democracia representaria a congregação e imposição política sobre os interesses particulares da sociedade por intermédio da administração do poder estatal para fins coletivos. Dessa forma, a relação entre estado e cidadão, na tradição liberal de democracia, é marcada pela garantia do primeiro às liberdades individuais do segundo. Garantida as liberdades individuais, a vontade e a opinião política se constituem através de uma luta entre as coletividades para alcançar o poder administrativo (HABERMAS, 1996, p. 275).

O modelo “republicano”, por sua vez, define que a política não se limita ao papel mediador, mas sim constitutivo do processo reflexivo e ético da coletivização. Nesses termos, a política seria um intermediário entre os membros de uma comunidade solidária, que se conscientizam de sua interdependência mútua e formam uma associação de jurisconsortes livres e iguais. Nessa concepção “republicana”, há uma política dirigida à integração social solidária, constituída mediante o consenso alcançado pela via comunicativa, formadora da vontade e opinião pública (HABERMAS, 1996, p. 270).

A democracia deliberativa se constitui através de elementos de ambos os modelos liberal e republicano. Segundo Habermas (1997a, p. 133), a democracia deliberativa concilia as autonomias pública e privadas por meio da fundamentação recíproca entre os direitos fundamentais, os quais garantem a autonomia privada, e a soberania popular, que representa a autonomia pública, por serem co-originários. Essa fundamentação mútua entre o público e o privado mediante a construção ético-procedimental da deliberação discursiva que, racionalmente, atinge um consenso entre os participantes da democracia.

Habermas (1997b, p. 99) vai descrever o fluxo de sentido do mundo da vida para o sistema político e como funciona a participação na democracia deliberativa. No “mundo da vida”, a sociedade civil, composta de organizações e associações livres capta, condensa e ressoa os problemas sociais a serem transmitidos para a esfera pública política (HABERMAS, 1997b, p. 99).

A acumulação e reprodução das comunicações sociais acerca dos problemas e

políticas públicas, por parte da sociedade civil, alimentam a esfera pública, a qual, em seguida, nutre o sistema político com as demandas sociais. A esfera pública funcionaria como uma “caixa de ressonância” que ecoaria, no sistema político, as demandas sociais e comunicações reproduzidas no mundo da vida. Nessa “caixa”, os fluxos comunicacionais são filtrados e condensados em opiniões públicas enfeixadas em temas, constituídas mediante um agir comunicativo (HABERMAS, 1997b, p. 91-92).

Dessa forma, democracia deliberativa e sua participação política dependem de uma mediação jurídica. O direito seria um *médium* entre sistema e “mundo da vida” o qual viabiliza a comunicação entre a esfera pública e a política (HABERMAS, 1997a, p. 112). Sob essa ótica, o sistema de direitos desse *medium* é capaz de efetivar a participação dos atores sociais na formação da vontade democrática, ao mesmo tempo que legitima o próprio direito através do procedimento democrático e racional (HABERMAS, 1997a, p. 111-112). A democracia deliberativa destaca que a participação nos processos decisórios possui uma dimensão ética. Isso porque, de acordo com o princípio ético do Discurso (D), uma norma só é válida se for aceita pelos participantes do discurso (HABERMAS, 1997a, p. 147).

Em Habermas (HABERMAS, 1999), a racionalidade comunicativa da ética do discurso pressupõe a construção de um consenso pelos participantes do procedimento discursivos em sua interação intersubjetiva, ao superarem suas concepções inicialmente subjetivas em face da concordância racionalmente motivada. A democracia deliberativa, portanto, representa um procedimento discursivo que viabiliza a participação dos cidadãos, mediada pelo direito, na constituição da vontade política através de um consenso construído racionalmente.

4 CRÍTICA À DEMOCRACIA DELIBERATIVA

Em relação ao modelo deliberativo de democracia defendido por Alexy, a partir da teoria habermasiana, destacaram-se duas críticas que apontam para a insuficiência dessa teoria, em face da ocultação da dimensão antagonística da política e do dissenso estrutural da sociedade complexa.

4.1 A OCULTAÇÃO DO ANTAGONISMO POLÍTICO NA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

Na democracia deliberativa habermasiana há uma ocultação do antagonismo político, na tentativa de dissolver os conflitos e divergências através de uma racionalidade moral. Para Mouffe (2005, p. 174), o modelo deliberativo nega a constituição do poder político e seu dissenso, sob fundamento de uma legitimidade calcada na racionalidade procedimental que não resolve os antagonismos sociais.

A partir disso, pode-se tomar emprestado três críticas formuladas por Miguel (2014, p. 21-22) às teorias deliberativas: a primeira seria sobre a insensibilidade relativa em relação ao impacto das assimetrias sociais na produção discursiva dos indivíduos. Embora postulem que todos devem ser "livres e iguais", na prática, os grupos despossuídos são muitas vezes pressionados a concordar com "consensos" os quais seriam inaceitáveis em outras circunstâncias. A segunda crítica se refere à idealização da comunicação face a face, que encontra dificuldades em resolver os problemas maiores e estruturais das democracias contemporâneas. Além disso, há necessidades de mediação decorrentes desse contexto, como a representação política e os meios de comunicação de massa. Já a terceira crítica aponta para a negligência do caráter conflitivo da política, o que, por sua vez, evidencia o irrealismo das teorias deliberativas diante dos conflitos de interesse (MIGUEL, 2014, p. 21-22).

A ocultação da dimensão conflituosa da política e deficiente representação desta já era objeto da crítica schmittiana à democracia liberal. Na concepção de Schmitt a própria representação política era o “aspecto não democrático deste tipo de democracia” (SCHMITT, 1996, p. 148-149). isso porque para ele, a democracia seria uma “identidade entre governantes e governados” (SCHMITT, 1996, p. 15), identificando no parlamento uma instituição obsoleta e inconcebível que deveria ser enfrentada pelas massas (SCHMITT, 1996, p. 16).

Nesse sentido, Schmitt critica a tentativa moderna de neutralizar os conflitos sociais por meio da técnica. Assim, o liberalismo despolitizaria, por intermédio de seus procedimentos artificiais, a sociedade política. O parlamento é visto como uma "máquina artificial" que despolitiza o social e escamoteia os antagonismos, tornando necessário o retorno ao *político* (SCHMITT, 1996, p. 21). Para o autor, a “contraposição política é a contraposição mais intensa e extrema, e toda a dicotomia concreta é tão mais política quanto mais ela se aproxima do ponto extremo, o agrupamento do tipo amigo-inimigo” (SCHMITT, 2008, p. 31). Diante disso, a polaridade entre amigo/inimigo (“nós” e “eles”) é o critério

definidor da política e que define um povo e sua própria existência política (SCHMITT, 2008, p. 53).

Não obstante o teor autoritário que a teoria de Schmitt acaba adotando como solução ao problema da democracia liberal, seus questionamentos são absorvidos de forma crítica por Mouffe. Os problemas de representação política, fundamentação teórica e eliminação do conflito, apontados por Schmitt, são aplicados à democracia deliberativa (MOUFFE, 1994, p. 4). Mouffe diverge do antagonismo destrutivo orientado pelo código amigo/inimigo schmittiano, no qual propõe um retorno ao *político* e sua dimensão intrinsecamente dissensual. Esse dissenso é denominado de “agonismo” que reflete o conflito social decorrente de sua pluralidade.

Antes, a autora faz uma distinção entre o “*político*” e a “*política*”. O *político* é a dimensão do antagonismo inerente às relações e que pode tomar muitas formas e emergir em diferentes tipos de relações sociais. Por sua vez, a *política* é o conjunto de práticas, discursos e instituições as quais buscam estabelecer a ordem e a organização da coexistência humana em condições que são sempre conflituais, pois são sempre afetadas pela dimensão do *político*.

Assim, dever-se-ia reconhecer a dimensão do *político* e compreender o papel da *política* em domesticar a hostilidade e em tentar conter o potencial antagonismo que existe nas relações humanas (MOUFFE, 2005, p. 174). Portanto, as decisões políticas não são resultado de um consenso racional entre os sujeitos, mas sim de uma tensão democrática (MOUFFE, 2005, p. 20).

Ao contrário de apostar na construção racional das deliberações democráticas, a qual oculta as paixões e o agonismo na política, Mouffe (2005, p. 21) pontua que deve-se mobilizar as paixões em prol dos desígnios democráticos. Entretanto, um consenso de base acerca das instituições e valores democráticos são essenciais para as contingências e dissensos acerca dos sentidos dessas instituições (MOUFFE, 2015, p. 30). Embora haja projetos políticos diversos e conflitantes sobre o sentido da “liberdade” e “igualdade política”, seriam elas instituições que precisam ser consolidadas contra projetos autoritário os quais busquem superar essa estrutura.

Em contraste a uma racionalidade orientada ao entendimento subjetivo, na “esfera pública”, haveria um agonismo político que se reflete na democracia. Desse modo, pressupor que a prevalência de determinados programas políticos sobre outros resulta na formação de “consenso” social, revela a ocultação dos conflitos sociais e projetos políticos antagônicos na - e sobre - a democracia.

4.2 DA OCULTAÇÃO DO DISSENSO SOCIAL

A teoria deliberativa habermasiana negligência o dissenso social evidente por meio de técnicas procedimentais argumentativas as quais levariam os participantes a uma deliberação racional na política (NEVES, 2012, p. 120-121 e 128-130). Isso representaria uma ocultação do dissenso social no próprio nível “deliberativo” da formação da decisão política, o que não é compatível com uma sociedade complexa e contingente.

Com o desenvolvimento da sociedade moderna, as instâncias morais, políticas ou metafísicas absolutas perderam a capacidade de fechar imediatamente as possibilidades de seleção de estruturas para a variação de expectativas sociais. Houve uma “superação” da moral conteudística e hierárquica válida para todas as esferas de “agir” e de “vivenciar” (NEVES, 2012, p. 123). Essa superação moderna foi insuficientemente observada por Habermas (1999, p. 192). Para esse autor, a modernidade figura no estágio pós-convencional, o que implica na necessidade de uma fundamentação procedimental e discursiva para as normas. Sob essa perspectiva, o fundamento normativo não está ancorado em um valor universal e absoluto. Há, então, uma pluralidade de “fundamentos últimos” (HABERMAS, 1999, p. 192).

Embora ambos Habermas e Luhmann compartilhem a identificação da complexidade social e a superação da moral hierárquica, eles diferem em suas perspectivas teóricas. Enquanto Habermas discute a construção de um consenso mediante procedimentos para lidar com a diversidade de conteúdos valorativos na sociedade, Luhmann enfatiza o dissenso na sociedade e propõe uma teoria descritiva do funcionamento social (NEVES, 2012, p. 123-124).

A maior liberdade de escolhas/decisões geradas com a modernidade, culminou na ampliação da complexidade social. Luhmann (2010a, p. 181-184) compreende a complexidade enquanto a existência de possibilidades, elementos e relações maiores do que são possíveis de realizar. Desse modo, as múltiplas expectativas e concepções de mundo abriram um arsenal de escolhas e alternativas de futuro, maximizando a contingência dos processos decisórios.

A contingência moderna representa a possibilidade de seleção de qualquer opção entre as possíveis. E as possibilidades modernas são infinitas. Nesse sentido, cada decisão/opção tomada poderia ser diferente em razão da não “necessidade” dos elementos, ou

seja, contingência. A observação sistêmica, tal como é realizada no momento presente, pode ser considerada como tendo uma determinada forma. No entanto, é importante ressaltar que essa forma não é a única possível e que pode haver variações no futuro. Em outras palavras, a observação sistêmica pode ser diferente em momentos distintos, dependendo do contexto e dos fatores envolvidos (LUHMANN, 1998, p. 122). Nessa conjuntura, as infinitas possibilidades de decisão geram uma pressão seletiva contingente na sociedade, a qual precisará reduzir a complexidade de forma a operar com sentido. Para gerir essa complexidade, a sociedade se diferencia funcionalmente em diversos sistemas. Assim, os sistemas diferenciam-se de seu entorno de forma a manejar a complexidade suficiente para suas operações (LUHMANN, 2006, p. 599).

Ao observar a sociedade moderna, Luhmann (1996, p. 90) descreve processos de diferenciação que culminaram na atomização da sociedade em subsistemas autopoieticos. Isto é, como sistemas autorreferentes que produzem as operações necessárias para as suas operações internas. Sob essa perspectiva, na teoria de Luhmann, a sociedade é composta por sistemas sociais autônomos, tais como a política, o direito, a moral, a economia e a ciência, os quais operam por meio de suas próprias comunicações, diferenciando-se a partir do esquema sistema/ambiente.

Além do agir comunicativo orientado ao entendimento intersubjetivo, há na esfera pública um acentuado dissenso valorativo e intersubjetivo, na sociedade moderna. A pluralidade de formas de vida convivendo na esfera pública gera uma zona de tensão entre os sujeitos acerca das expectativas normativas, o que dificulta a formação de consensos acerca do conteúdo de decisões políticas e jurídicas. Neves (2012, p. 135) reconstrói o conceito de esfera pública como uma arena do dissenso, ao contrário do consenso. O desafio do Estado Democrático de Direito é a estrutura desse dissenso e intermediação procedimental dos conflitos sociais. Nesse sentido, a legitimação do Estado de Direito não se fundamenta no consenso sobre as expectativas normativas generalizadas, mas sobre os procedimentos que estruturam os dissensos sociais (NEVES, 2012, p. 156).

Alexy, dessa forma, busca construir uma teoria democrática dos direitos fundamentais e da resolução de seus conflitos, baseada na construção de consensos resultantes de procedimentos racionais. Para o autor, embora haja uma dimensão não democrática dos direitos fundamentais (ALEXY, 2011, p. 11), esses direitos são pressupostos da democracia e vice-versa (ALEXY, 2011, p. 124). Diante disso, Alexy pressupõe uma democracia deliberativa nesse processo circular. Entretanto, trata-se de um problema de fundo da teoria de

Alexy o qual não se sustenta em uma sociedade complexa e contingente, marcada pelo dissenso social, que inviabiliza a construção de consensos da democracia deliberativa habermasiana.

Portanto, a proposta deliberativa possui uma pretensão ilusória de democracia, ao pressupor uma racionalidade comunicativa na esfera pública orientada ao entendimento subjetivo. A esfera pública, assim, é marcada pelo dissenso, o que torna impossível a construção de consensos sociais. A ocultação desse dissenso omite conflitos e demandas sociais, induzindo supostos consensos que são frutos da sobreposição de determinados programas sobre outros.

5 A PONDERAÇÃO COM PRETENSÃO OTIMIZANTE DE PRINCÍPIOS E A DEMOCRACIA

As teorias neoconstitucionalistas têm como principais bandeiras a superação do positivismo jurídico e a afirmação da normatividade da constituição. Entretanto, dentro desse universo, essa tentativa pode resultar em problemas de consistência do sistema jurídico e na ausência de observação da complexidade social. Nesse sentido, Carneiro (2018, p. 132) afirma que a sociedade permanece entre os “mitos da impossibilidade sustentada por matrizes conservadoras e as possibilidades mitológicas de um ativismo irresponsável”.

Diante dessa perspectiva, a complexidade moderna, como visto, é resultado da pluralidade de formas de vida e orientações valorativas e morais. O dissenso, portanto, é estrutural e acarreta constantes conflitos sociais de maior ou menor intensidade, que precisam ser solucionados por meio da prestação do direito aos demais sistemas sociais. Desse modo, a coexistência de diversos sistemas sociais autopoieticos funcionando de forma hierárquica na sociedade requer a institucionalização de meios de comunicação genericamente simbolizados os quais visam manter a sustentabilidade da sociedade em face do risco de expansão de um sistema sobre os demais. Os direitos fundamentais são esses meios de comunicação que preservam a diferenciação funcional da sociedade moderna (LUHMANN, 2010b, p. 98).

Para Luhmann (2010b, p. 85-86), os direitos fundamentais são instituições consistentes em um complexo fático de expectativas de comportamento socialmente generalizado que servem para a mediação de sua atuação em situações concretas. A metáfora idealizada por Wálber Carneiro é precisa, ao indicar que os direitos fundamentais mediarão como “eclusas” o fluxo de sentido entre o sistema jurídico e seu ambiente, conciliando a

capacidade cognitiva do sistema jurídico (função de heterorreferência) com o fechamento do sistema (função de autorreferência). De acordo com Carneiro (2018, p. 138), as expectativas do ambiente, mesmo que sejam pretensões de minorias, podem ser estruturadas como comunicação jurídica e ter capacidade de alterar a “atualidade” do sistema jurídico devido à função de heterorreferência. Por essa razão, Carneiro (2020b, p. 144) defende uma compreensão ecológica dos direitos fundamentais a qual se comprometa com a sustentabilidade entre os sistemas e a diferenciação entre sistema/ambiente.

Conforme observa Marcelo Neves, os direitos fundamentais assumem a estrutura de um princípio ou de uma regra. Em uma perspectiva sistêmica e funcional, Neves (2019a, p. 131) sustenta que os princípios são mecanismos reflexivos em relação às regras. Desse modo, eles servem à construção, ao balizamento, ao desenvolvimento, à fortificação ou ao enfraquecimento, à restrição ou ampliação de conteúdo de regras. Nesse contexto, os princípios são operados pelo sistema no plano da observação de segunda ordem e possuem maior capacidade de heterorreferência do que as regras (NEVES, 2019a, p. 127). Entretanto, eles não oferecem critérios diretos para a solução de um caso, demandando a construção de uma regra de decisão para sua solução (NEVES, 2019a, p. 125). Por outro lado, as regras são operadas no direito no plano da observação de primeira ordem em relação ao caso, no nível das estruturas de expectativas, funcionando como razões para a decisão jurídica, sem a necessidade de intermediação (SILVA JUNIOR, 2020, p. 260).

Neves (2019a, p. 222) defende que a ponderação é uma das técnicas viáveis para solucionar conflitos entre princípios, entretanto, aponta limitações ao modelo de definição de princípios como mandado de otimização. Isso ocorre porque as relações sociais refletem uma pluralidade de observações sobre os princípios, selecionando expectativas normativas com pretensão de validade, valores-preferência ou valores-identidade de grupos diversos. Essas expectativas circulam de forma conflituosa no ambiente social e requerem a observação das diferentes posições na relação jurídica do caso concreto para a ponderação de princípios. No entanto, isso não significa a construção de um consenso alcançado por um procedimento conduzido pela ética do discurso que implica na otimização dos direitos fundamentais. Neves (2019a, p. 169) sustenta uma "ponderação comparativa" a qual bloqueia a expansão destrutiva de um ponto de vista, sem necessariamente otimizar os princípios, desde que a decisão judicial mantenha a sustentabilidade social.

Nesse contexto, Neves (2019a, p. 148-149) identifica uma incomensurabilidade na sociedade, decorrente da diversidade de observações sociais possíveis sobre um objeto, um

fenômeno presente também em outras áreas dos sistemas sociais. Para o autor (2019a, p. 149-150), a ponderação otimizante não leva em conta o problema da incomensurabilidade ao partir de uma instância subjetiva supraordenada e racional a qual determina de forma definitiva o que cabe a cada esfera de vida. Na aplicação do direito, não há garantia de otimização, o que não é compatível com a concepção de Alexy acerca da possibilidade de "comensurabilidade" dos direitos fundamentais mediante a construção de um ponto de vista unitário: o ponto de vista da constituição (NEVES, 2019b, p. 297).

Quando se trata de ordens jurídicas diversas, o problema da ponderação otimizante torna-se mais claro. A pluralidade de ordens jurídicas não apenas internacionais, mas também transnacionais, requer uma interpretação adequada dos casos e normas comuns ou conflitantes que reflitam essa complexidade. Para Neves (2019a, p. 155) a busca de uma ponderação otimizante na relação entre "identidades constitucionais" diversas implicaria em ilusões e paralisações narcisistas recíprocas. Ademais, a "reconstrução da identidade constitucional" precisa refletir a abertura cognitiva do direito para as soluções de outros ordenamentos, sem culminar em pura convergência, evitando a expansão destrutiva de uma racionalidade sobre outra (SILVA JUNIOR, 2020, p. 262).

Quando há conflitos entre princípios, a ponderação é uma das técnicas que pode ser utilizada para solucioná-los, embora existam alternativas, de acordo com Neves (2019a, 222). No entanto, o autor aponta limitações no modelo de definição de princípios como mandado de otimização e, conseqüentemente, na solução de conflitos por meio da ponderação com pretensão de otimização, conforme explica Alexy (SILVA JUNIOR, 2020, p. 263). A crítica de Neves tem como pressuposto a existência de uma dupla contingência (LUHMANN, 2006, p. 163) nas relações sociais, o que reflete uma pluralidade de observações sobre os princípios na modernidade. Por meio dos princípios, selecionam-se expectativas normativas com pretensão de validade, valores-preferência ou valores-identidade de grupos diversos, que circulam de forma conflituosa no ambiente social (NEVES, 2019a, p. 128).

Assim, a ponderação de princípios requer a observação das diferentes posições/observações na relação jurídica do caso concreto, mas não representa a construção de um consenso alcançado por meio de um procedimento conduzido pela ética do discurso que implica na otimização dos direitos fundamentais, o que leva Neves (2019a, p. 169) a sustentar uma "ponderação comparativa". Segundo Neves (2019a, p. 142-143), a ponderação deve ser uma tentativa de bloquear a expansão destrutiva de uma perspectiva de alter sobre ego, sem necessariamente otimizar os princípios, desde que a decisão judicial mantenha a

sustentabilidade social.

Nessa perspectiva, a inflação da dimensão “não democrática” dos direitos fundamentais, por meio de uma atuação exacerbada da jurisdição constitucional, provoca um desequilíbrio da função sustentável (manutenção da diferenciação funcional) dos direitos fundamentais. Além disso, a pretensão de otimização dos princípios por parte dos tribunais se transforma em uma armadura discursiva para essa inflação não democrática da aplicação dos direitos fundamentais. Embora a argumentação racional seja valorizada tanto na democracia deliberativa quanto na jurisdição constitucional, ela não pode resolver todos os conflitos e antagonismos políticos e sociais da sociedade. Na verdade, a jurisdição constitucional utiliza a argumentação classificada por ela mesma como "racional" para inflar a dimensão não (anti) democrática dos direitos fundamentais, utilizando um método ponderativo que reveste a decisão com o manto da "racionalidade".

Uma substância pode ser um remédio ou um veneno, a depender do caso a ser prescrito. No contexto sobre a argumentação sobre princípios no Brasil, a ponderação com pretensão otimizante é um veículo para essa ministração perigosa. Ademais, a fascinação pelos princípios em detrimento das regras bloqueia a consistência do direito e oferece risco de desdiferenciação social a partir da intrusão de códigos de outros sistemas no direito. Corroborando com isso, segundo Neves (2019a, p. 133), “o caráter amorfo da fumaça principialista torna o direito inconsistente e, simultaneamente, não adequado aos fatores sociais do seu ambiente”.

Streck (2009, p. 493) analisa a proliferação desenfreada de princípios invocados na doutrina e jurisprudência brasileiras e identifica um enfraquecimento da autonomia do direito, nomeando o fenômeno de “panprincipiologismo”. Nesse contexto, os princípios são invocados como pretensão de correção, mas na verdade funcionam como “álibi para decisões que ultrapassam os próprios limites semânticos do texto constitucional” (STRECK, 2009, p. 493).

Os princípios se tornaram uma fórmula holística, principalmente para a solução de casos difíceis os quais demandam maior fundamentação. A abertura semântica dos princípios possibilita a construção contingente da norma jurídica, o que pode levar a discricionariedades se não houver mecanismos de controle das decisões judiciais (SILVA JUNIOR, 2020, p. 263). Nesse sentido, Carneiro (2020b, p. 134) afirma que, no Brasil, se invoca o conceito de “mandado de otimização” e dos pressupostos da ponderação como “concordância prática”, mas o controle argumentativo-procedimental proposto por Alexy é negligenciado. A

infinidade de princípios presentes no ordenamento brasileiro é um sintoma desse problema. Isso porque quanto mais “cartas na manga” (princípios) melhor. Assim, a ponderação com pretensão otimizante, em vez de controlar a discricionariedade judicial no Brasil, tornou-se uma receita genérica para prescrever todas as doses possíveis e impossíveis de princípios na decisão de um caso.

O principiologismo instrumentalizado pela ponderação enfraquece a autonomia jurídica e amplia a intrusão de códigos dos demais sistemas sociais no direito, ou seja, contribuindo para a corrupção sistêmica ou mesmo a diferenciação funcional. Com isso, a função dos direitos fundamentais de servir como meios de manutenção da diferenciação funcional se fragiliza, comprometendo o Estado Democrático de Direito.

A compreensão do dissenso estrutural e conflitos que refletem a oposição no âmbito político da democracia e perspectivas conflitantes acerca da aplicação de princípios ilidem a pretensão consensual e conciliatória pretendida pela teoria da ponderação com pretensão otimizante e pela democracia deliberativa. Para uma democracia complexa e agonística, faz-se necessária a construção e aplicação dos direitos fundamentais que compreendam a incomensurabilidade que abrangem suas expectativas para os quais funcionem efetivamente, garantindo a autonomia dos sistemas sociais, sobretudo do sistema jurídico.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A compreensão de democracia deliberativa de Alexy, emprestada da teoria habermasiana, revela insuficiências na descrição de uma sociedade complexa e politicamente antagonica. Nesse sentido, a tentativa de alcançar um consenso por meio de um procedimento argumentativo racional camufla o dissenso estrutural inerente às diversas formas de vida e compreensões do mundo. Essa complexidade da sociedade moderna precisa ser estruturada por meio dos direitos fundamentais, os quais funcionam estruturando expectativas normativas de modo a garantir a diferenciação funcional. Portanto, a manutenção do Estado Democrático de Direito depende da correta concretização dos direitos fundamentais.

Entretanto, a ponderação de princípios com pretensão de otimização, proposta por Alexy como meio de solução de conflitos entre princípios, é novamente insuficiente para garantir a adequada estruturação das expectativas normativas por meio dos direitos fundamentais. Desse modo, as diferentes perspectivas conflitantes as quais surgem nos

sistemas sociais revelam uma tendência à expansão destrutiva de um sistema sobre o outro, e os direitos fundamentais precisam garantir a sustentabilidade dos sistemas sociais e psíquicos, mesmo diante da incomensurabilidade. A ponderação otimizante pode se tornar uma armadura discursiva para a inflação de uma dimensão não democrática dos direitos fundamentais pela jurisdição constitucional.

À vista do exposto, o presente artigo levanta problematizações em relação às insuficiências da compreensão de democracia da teoria de Alexy. Essa teoria serve de pano de fundo para sua perspectiva de produção consensual de direitos fundamentais e a solução de seus conflitos por meio da máxima da proporcionalidade. Como resultado, as críticas formuladas por Marcelo Neves e outros autores foram endossadas e aponta-se para uma necessária reformulação da compreensão e aplicação dos direitos fundamentais no Brasil.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ALEXY, Robert. Princípios formais. In: TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes et al. (Org.). **Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2018.

CARNEIRO, Wálber Araujo. **Os direitos fundamentais da Constituição e os fundamentos da Constituição de direitos: reformulações paradigmáticas na sociedade complexa e global**. Revista Direito Mackenzie, v. 12, n. 1, p. 129-165, 2018. Disponível em:

<<http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/11856>>. Acesso em: 01 mai. 2020.

CARNEIRO, Wálber Araujo. Democracia e Constituição: entre a nostalgia do antigo e os desafios da modernidade complexa. In José Luis Bolzan de Moraes (Org.). **Estado & Constituição: o sequestro da democracia**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2020a.

CARNEIRO, Wálber Araujo. Os princípios do direito: entre Hermes e Hades. In: João Paulo Allain Teixeira e Leonam Iiziero (Org.). **Direito e sociedade – Volume 4: Marcelo Neves como intérprete da sociedade global**. Andradina: Meraki, 2020b.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997a. 1 v.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997b. 2 v.

HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa I**. Madrid: Taurus, 1999.

LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais: lineamentos para una teoría general**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 1998.

LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Ciudad de Mexico: Herder, 2006.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. 2.ed. Petrópolis: Vozes, 2010a.

LUHMANN, Niklas. **Los derechos fundamentales como institución (Aportación a la sociología política)**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2010b.

MIGUEL, Luis Felipe. Jornalismo, polarização política e a querela das *fake news*. **Revista Estudos em Jornalismo e Mídia**. V. 16, n. 2, p. 46-58. Jul./Dez. 2020. Disponível em: <file:///C:/Users/jorge/Downloads/61888-243487-1-PB.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2020.

MOUFFE, Chantal. Pensando a democracia moderna com e contra Carl Schmitt. Trad. Menelick de Carvalho Netto. **Cadernos da Escola do Legislativo**, n. 2, v. 1, jul./dez. 1994. Disponível em: <<https://cadernosdolegislativo.almg.gov.br/ojs/index.php/cadernos-ele/article/view/353>>. Acesso em: 10 ago. 2020.

MOUFFE, Chantal. Por um modelo agonístico de democracia. **Revista de Sociologia e Política**. n. 25, p. 11-23, nov. 2005. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/rsp/article/view/7071>>. Acesso em: 10 jul. 2020.

MOUFFE, Chantal. **Sobre o político**. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: Martins Fontes, 2019a.

NEVES, Marcelo. O profeta, os discípulos e o “enviado”: comentários a Virgílio Afonso da Silva. **Revista Estudos Institucionais**, v. 5, n. 1, p. 269-316, 2019b. Disponível em: <<https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/320>>. Acesso em: 14 de out. 2020.

SCHMITT, Carl. **A crise da democracia parlamentar**. São Paulo: Scritta, 1996.

SCHMITT, Carl. **O Conceito do Político/Teoria do Partisan**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Rio de Janeiro: Zahar, 1984.

SILVA JUNIOR, Jorge Adriano da. OS LIMITES DA PONDERAÇÃO OTIMIZANTE E A FUNÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA SOCIEDADE MODERNA. **Revista Vertentes do Direito**, v. 7, n. 2, p. 245–266, 2020. DOI: 10.20873/uft.2359-0106.2020.v7n2.p245-266. Disponível em: <<https://sistemas.uft.edu.br/periodicos/index.php/direito/article/view/10915>>. Acesso em: 1 maio. 2023.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, n. 798, p. 23-50, 2002. Disponível em: <<https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2002-RT798-Proporcionalidade.pdf>>. Acesso em: 18 de set. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição hermenêutica e Teorias Discursivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FUNDAMENTAL RIGHTS AND DEMOCRACY: A CRITICAL ANALYSIS OF ALEXY'S BALANCING THEORY

ABSTRACT

The article aims to understand the insufficiency of Alexy's theory of balancing and his conception of democracy, for the solution of conflicts of fundamental rights. Through a bibliographical research, in the light of theory of social systems, we identify problems in Alexy's theory of ponderation and in his conception of democracy. Thus, we conclude that the correct application of fundamental rights depends on the observation of the conflictive dimension of modern society, as well as its function of containing the destructive expansion of social systems on each other, ensuring the functional differentiation and maintenance of the Rule of Law.

Keywords: Democracy. Systems Theory. Fundamental Rights. Balancing. Principles.