



**INSTITUTO BRASILENSE DE DIREITO PÚBLICO**

**ESCOLA DE DIREITO**

**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

**GABRIELLE TATITH PEREIRA**

**PLURALISMO, DEMOCRACIA E DIREITOS FUNDAMENTAIS: LEGISLAÇÃO,  
RACIONALIDADE EMANCIPATÓRIA E SOBERANIA POPULAR**

**BRASÍLIA, DF, BRASIL**

**2014**



**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO**

**ESCOLA DE DIREITO**

**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

**GABRIELLE TATITH PEREIRA**

**PLURALISMO, DEMOCRACIA E DIREITOS FUNDAMENTAIS: LEGISLAÇÃO,  
RACIONALIDADE EMANCIPATÓRIA E SOBERANIA POPULAR**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de mestre no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público, área de concentração “Constituição e Sociedade”.

**BRASÍLIA, DF, BRASIL**

**2014**

**GABRIELLE TATITH PEREIRA**

**PLURALISMO, DEMOCRACIA E DIREITOS FUNDAMENTAIS: LEGISLAÇÃO,  
RACIONALIDADE EMANCIPATÓRIA E SOBERANIA POPULAR**

A candidata foi considerada \_\_\_\_\_ pela Banca Examinadora.

---

Professor Doutor Alvaro Luis de Araújo Sales Ciarlini

Orientador (IDP)

---

Professora Doutora Julia Maurmann Ximenes

Avaliadora interna (IDP)

---

Professor Doutor \_\_\_\_\_

Avaliador externo (\_\_\_\_)

Brasília, \_\_\_\_ de junho de 2014.

*Ao Fabrício e à Sofia*

## AGRADECIMENTOS

Este trabalho acadêmico é resultado das pesquisas desenvolvidas durante o Curso de Mestrado em Direito Constitucional, área de concentração Direito e Sociedade, do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Nesse período, as reflexões desenvolvidas em sala de aula, com professores e colegas, contribuíram significativamente para o amadurecimento das ideias defendidas neste texto. Agradeço, assim, o profissionalismo e o acolhimento do IDP e o aprendizado e a amizade desfrutados com os professores e com os colegas de turma.

Agradeço, em especial, ao meu orientador, o Professor Doutor Alvaro Luis de A. S. Ciarlini, pela confiança na minha capacidade, pelo incentivo ao meu crescimento e à superação de limites e pelas inestimáveis contribuições a este trabalho. Tenho no Senhor um exemplo de competência e seriedade na atividade acadêmica.

Paralelamente às pessoas que contribuíram academicamente para a concretização deste projeto, não posso deixar de agradecer àqueles que conferem um sentido mais que especial à minha vida, preenchendo-a com carinho, alegria e amor. Dos familiares aos amigos, todos exercem uma influência positiva em minha vida e me ajudam a encontrar energia para realizar os mais variados sonhos. A vocês, meu mais sincero agradecimento e meu desejo de que possamos compartilhar muitos momentos juntos.

Ao Fabrício, meu marido e companheiro, agradeço o apoio e o zelo constantes. Muito mais importante que nossos projetos profissionais são os nossos projetos pessoais. Agradeço imensamente pela família e pelo amor que construímos e cultivamos juntos. Nosso mundo, tão nosso, é minha maior fonte de inspiração. Meus sonhos e minhas realizações são também teus. Espero, um dia, fazê-lo orgulhoso.

À minha tão querida e tão amada Sofia, a quem devo o maior agradecimento. Tão pequena e tão indefesa, esteve presente em boa parte deste trabalho. Tua paciência e tua ternura para com a mamãe, em todo esse período, demonstram compreensão e amor. Não vejo a hora de tê-la em meus braços, minha filha!

Agradeço aos meus pais, João e Magale, aos quais devo muito dos meus valores e da minha formação profissional. Não posso imaginar pais mais afetuosos e comprometidos com a realização e com a felicidade dos seus filhos. Aos meus irmãos, Joanna e Rodrigo, à Pati, à Catarina e ao Rodrigo (Tuca), também registro minha gratidão. Vocês são pessoas maravilhosas, simplesmente indispensáveis em minha vida. Nossa família é fonte de amor, de alegria e de aconchego.

## RESUMO

O presente trabalho científico tem por objetivo investigar, a partir do princípio da soberania popular, se é possível assegurar uma racionalidade emancipatória e libertadora à legislação, assim entendida como o produto do exercício da vontade política de cidadãos autônomos que, por meio de um processo político-legislativo discursivo, se reconhecem como coautores e destinatários da ordem jurídica. Partindo-se do contexto atual de refeudalização do processo político, de autonomização do direito em face da legislação e de depósito de uma confiança autoritária no Poder Judiciário, pretende-se transformar o princípio metafísico da soberania popular em princípio pós-metafísico a partir da racionalidade comunicativa de Jürgen Habermas. Ao atribuir aos cidadãos papel central no processo democrático, coloca-se o processo político-legislativo como o instrumento principal de exercício do poder político de autodeterminação e de autolegislação. Para viabilizar esse projeto, retoma-se a ideia de legitimidade por meio da legalidade e constrói-se o processo político-legislativo como um espaço de intersubjetividade e de comunicação permanente entre o parlamento e a esfera pública política qualificada. A defesa de um devido processo legislativo com caráter de juridicidade, não disponível às manobras parlamentares, destina-se a proteger o aspecto pragmático-moral e discursivo do procedimento, indispensável a assegurar a interação da instituição parlamentar com a esfera pública política e, conseqüentemente, a legitimidade do Estado de direito. Por fim, pretende-se conciliar as categorias do pluralismo e do consenso pela adoção do modelo de um consenso discursivo no plano constitucional, sempre aberto e passível de crítica e reconstrução pelas gerações presentes e futuras.

**PALAVRAS-CHAVE:** pluralismo; democracia; direitos fundamentais; racionalidade; legislação.

## ABSTRACT

This scientific paper aims to investigate, based on the principle of popular sovereignty, if it is possible to ensure an emancipating and liberating rationality to legislation, understood as the product of the exercise of political will of autonomous citizens who, through a discursive political and legislative process, recognize themselves as co-authors and recipients of the legal order. From the current context of refeudalization of political process, autonomization of the law from legislation and authoritative confidence in the judiciary, it is intended to transform the metaphysical principle of popular sovereignty into a postmetaphysical principle by the communicative rationality of Jürgen Habermas. By assigning the citizens a central role into democratic process, it is possible to set the political and legislative process as the main instrument of the exercise of self-determination and self-legislation political power. To enable this project, it is rescued the idea of legitimacy through legality and built the political and legislative process as a space of intersubjectivity and permanent communication between parliament and the qualified public sphere. The vindication of a due process of legislation with a normative nature, not disposable to parliamentary manipulation, intend to protect the moral-pragmatic and discursive aspects of the procedure, essential to ensure the interaction of the parliamentary institution with the political public sphere and, as a consequence, the legitimacy of the rule of law. Finally, it is intend to conciliate the categories of pluralism and consensus by adopting the discursive consensus model in a constitutional level, always open to criticisms and reconstructions for the present and future generations.

**KEYWORDS:** pluralism; democracy; fundamental rights; rationality; legislation.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>1</b>
<b>CAPÍTULO 1 – DIREITO, DEMOCRACIA E SEPARAÇÃO DE PODERES: A REFEUDALIZAÇÃO DO PROCESSO POLÍTICO E A CONFIANÇA AUTORITÁRIA NO PODER JUDICIÁRIO .....</b>	<b>6</b>
1.1 Da sociedade pré-democrática à sociedade democrática: a relação entre a política e o direito e a construção das bases do princípio (metafísico) da soberania popular.....	7
1.2 A diferenciação funcional dos sistemas e a separação de poderes: o princípio (metafísico) da soberania popular e sua influência na relação entre os sistemas da política e do direito ....	20
1.3 O problema da substancialização das constituições e o superego do Poder Judiciário.....	32
1.4 A refeudalização do processo político e a autonomização do direito: o retorno ao modelo pré-democrático de sociedade e o declínio do princípio (metafísico) da soberania popular....	44
<b>CAPÍTULO 2 – A DIGNIDADE DA LEGISLAÇÃO: O RESGATE DA LEGITIMIDADE POR MEIO DA LEGALIDADE .....</b>	<b>49</b>
2.1 Estado de Direito e soberania popular: uma análise da relação entre o direito e a política à luz do poder comunicativo .....	50
2.2 A destranscendentalização da razão e a construção do princípio (pós-metafísico) da soberania popular.....	64
2.3 Democracia e constitucionalismo: a superação do paradoxo entre soberania popular e direitos fundamentais à luz da teoria discursiva.....	72
2.4 Democracia procedimentalista: a legislação como o produto reflexivo da autonomia jurídica dos cidadãos .....	79
<b>CAPÍTULO 3 – DEMOCRACIA, LEGISLAÇÃO E RACIONALIDADE COMUNICATIVA: O CARÁTER INDISPONÍVEL DO DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO .....</b>	<b>88</b>



3.1 Os fundamentos do processo político-legislativo: do princípio discursivo moral ao princípio discursivo democrático.....	88
3.2 Legislação e legislador: a construção dos discursos de fundamentação no processo político-legislativo.....	97
3.3 Devido processo legislativo: a indisponibilidade da racionalidade comunicativa no procedimento de formação da vontade política.....	105
3.4 Legisladores <i>versus</i> juízes: a nova relação entre poderes a partir da distinção entre discursos de justificação e discursos de aplicação .....	117
<b>CAPÍTULO 4 – LEGISLAÇÃO E CONSENSO: O DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO COMO <i>MEDIUM</i> PARA A CONSTRUÇÃO DISCURSIVA E DEMOCRÁTICA DA ORDEM JURÍDICA .....</b>	<b>129</b>
4.1 Pluralismo e democracia: o processo político-legislativo como procedimento legítimo para a acomodação (possível) das divergências políticas .....	129
4.2 Pluralismo, legislação e o consenso sobreposto em John Rawls.....	139
4.3 Democracia radical e o consenso conflitivo na perspectiva de Chantal Mouffe.....	151
4.4 Alteridade e diferença: as possibilidades de um consenso discursivo em sociedades multiculturais.....	160
4.5 Legislação e consenso discursivo: a superação das críticas e a afirmação da possibilidade de uma racionalidade emancipatória por meio do devido processo legislativo .....	171
<b>CONCLUSÕES.....</b>	<b>177</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>184</b>

## INTRODUÇÃO

As discussões atuais no âmbito da teoria política e da teoria do direito a respeito da soberania popular e dos direitos fundamentais pressupõem uma tensão permanente e inconciliável entre democracia e constitucionalismo e, mais concretamente, entre as atividades legislativa e judicial.

O fortalecimento do controle de constitucionalidade e a falta de credibilidade dos parlamentos reforçam um movimento crescente das democracias constitucionais no sentido da judicialização da política e, de forma mais radical, da ampliação do conceito clássico de representação de modo a abranger outras instituições, especialmente o Poder Judiciário. Esse fenômeno pode ser criticamente analisado sob a perspectiva de uma descentralização dos processos políticos de decisão e de uma autonomização do direito em face da legislação.

Tendo em vista que o superdimensionamento do Poder Judiciário suscita questionamentos, especialmente em razão do déficit democrático de suas decisões no controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, e que a transferência de poder das instâncias políticas representativas para a instância judicial não se mostra a solução mais consentânea com o princípio da soberania popular, há que se buscar uma perspectiva teórica alternativa aos desdobramentos atuais da teoria do direito.

O presente trabalho pretende, justamente, oferecer uma alternativa teórica que resgate a dignidade da legislação e do processo político-legislativo, reforçando o papel fundamental da política nas sociedades democráticas altamente complexas e pluralistas. Em oposição à normatização excessiva dos espaços políticos de decisão, defende-se o reposicionamento dos cidadãos como elementos centrais do Estado Democrático, atribuindo aos mesmos a responsabilidade de realizar escolhas e assegurar uma convivência social pacífica, a despeito (e em razão) do pluralismo.

Sob essa perspectiva, a pesquisa aprofunda o estudo da democracia procedimental e do princípio da soberania popular no âmbito da teoria da legislação, abordando as complexidades da teoria da decisão judicial apenas de forma complementar.

Ao se afastar da concepção moderna do princípio da soberania popular, restrito ao momento fundador do contrato social ou do poder constituinte e ao exercício do poder político pela via da representação parlamentar, esta pesquisa ressignifica o exercício do poder político soberano por meio do fluxo comunicacional entre cidadãos, sociedade civil e instituições públicas, notadamente a instituição parlamentar.

Com a reconstrução do processo político-legislativo à luz de uma racionalidade comunicativa e emancipatória, atribui-se um novo sentido democrático ao princípio pós-metafísico da soberania popular<sup>1</sup> e à própria legislação, enquanto produto do agir comunicativo de cidadãos autônomos que se reconhecem simultaneamente como autores e destinatários da ordem jurídica.

Adotando-se como marco as teorias da ação comunicativa e do discurso, pretende-se eliminar o conflito entre as categorias teóricas da soberania popular e dos direitos fundamentais, bem como do consenso e do pluralismo, com o propósito de responder à seguinte pergunta-problema: em sociedades complexas e pluralistas, em que medida o princípio pós-metafísico da soberania popular assegura uma racionalidade emancipatória e libertadora ao processo político-legislativo, de modo que a legislação represente a vontade política de cidadãos autônomos que, mediante um consenso discursivo, reconheçam-se como autores e destinatários da ordem jurídica?

A pesquisa opta por uma linha crítico-metodológica (supõe uma teoria crítica da realidade), sustentada na compreensão de que o pensamento jurídico é discursivo e argumentativo. Como vertente teórico-metodológica, adota-se a jurídico-sociológica, porque o estudo considera a facticidade do Direito e as relações que ele estabelece com os demais campos, notadamente o político.<sup>2</sup>

Como método de procedimento, utilizam-se predominantemente os procedimentos jurídico-comparativo (identificação de similitudes e diferenças de normas e instituições num

---

<sup>1</sup> Este trabalho utiliza a expressão *princípio pós-metafísico da soberania popular* com o sentido específico de superação do princípio da soberania popular pautado por uma metafísica de matriz Kantiana, cuja racionalidade é monológica e transcendental. A substituição dessa racionalidade por uma racionalidade comunicativa e dialógica, por meio da qual os cidadãos tornam-se atores centrais do processo de transformação do poder comunicativo em poder administrativo pela via do processo político-legislativo, permite atribuir um novo sentido, pós-metafísico, ao princípio da soberania popular.

<sup>2</sup> GUSTIN, Miracy B. S.; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**. 3. ed. Belo Horizonte : Del Rey, 2010. p. 21-22.

mesmo sistema jurídico) e jurídico-interpretativo (procedimento analítico de decomposição do problema em seus diversos aspectos).<sup>3</sup>

A técnica de pesquisa utilizada é a pesquisa bibliográfica, mediante coleta de dados em fontes primárias. No desenvolvimento da investigação, adota-se predominantemente o raciocínio dialético (pressupõe que a contradição está na realidade, formulando o pensamento a partir da lógica do conflito).<sup>4</sup>

No primeiro capítulo, busca-se contextualizar o problema de pesquisa pela análise da complexa relação que se tem estabelecido entre o direito, a política e a separação de poderes nos países ocidentais, do período pré-democrático ao período democrático. O enfraquecimento do debate político no parlamento e a identificação do direito com a decisão judicial assemelham-se a fenômenos característicos de uma sociedade feudal pré-democrática, descritos como a refeudalização do processo político e a autonomização do direito em face da legislação.

Considerando as significativas mudanças decorrentes da transição das sociedades pré-democráticas para as sociedades democráticas, especialmente com a construção do princípio da soberania popular, pretende-se demonstrar que o Estado de Direito constitucional caminha para uma situação paradoxal de crescente transferência das instâncias políticas de decisão e de perda da legitimidade da lei como fonte respeitável do direito.

A partir do retorno a características marcantes do período medieval, sustenta-se que a assimilação do direito como o produto da atividade jurisdicional deposita uma confiança autoritária no Poder Judiciário e subverte um conceito de separação de poderes compatível com o exercício da soberania popular.

No segundo capítulo, pretende-se superar o paradoxo apresentado no primeiro capítulo a partir do resgate da legitimidade por meio da legalidade. Distanciando-se de uma concepção moderna de legitimidade democrática pela via da representação, defende-se o caráter emancipatório da legislação sustentada numa racionalidade comunicativa e dialógica, por meio da qual os cidadãos autônomos assumem simultaneamente as funções de autores e destinatários da ordem jurídica, mediante uma interação constante da esfera pública política e das instituições parlamentares.

---

<sup>3</sup> Ibidem, p. 25-29.

<sup>4</sup> Ibidem, p. 22-25.

Para tanto, adota-se a teoria discursiva de Jürgen Habermas, baseada na cooriginalidade entre soberania e direitos fundamentais e no exercício da autonomia pública e privada dos cidadãos, para fixar os pressupostos de um princípio pós-metafísico da soberania popular, a partir do qual o Estado Democrático de Direito encontra o seu fundamento de validade na possibilidade de transformação do poder comunicativo em poder administrativo pela ação comunicativa dos cidadãos, resgatando-se a importância dos processos políticos de formação da vontade traduzidos na legislação.

No terceiro capítulo, pretende-se analisar a relação necessária que se estabelece entre o exercício da autonomia jurídica dos cidadãos e o caráter indisponível do devido processo legislativo no Estado Democrático de Direito. Contrapondo-se à tendência atual de autonomização do direito em relação à legislação, busca-se repensar o processo político-legislativo como um instrumento essencial do princípio pós-metafísico da soberania popular e como o espaço mais plural e mais democrático para a realização de escolhas políticas.

Ao vincular a racionalidade emancipatória da legislação a um processo político-legislativo participativo e incluyente, por meio do qual o poder comunicativo é transformado em poder administrativo, afasta-se a compreensão da atividade legislativa como meramente político-deliberativa, atribuindo-se-lhe caráter de juridicidade.

A ideia de um devido processo legislativo indisponível acentua a importância da atividade legislativa na construção dos discursos de fundamentação jurídico-normativos, distinguindo-os dos discursos de aplicação/adequação. Pretende-se, assim, retomar a questão da separação de poderes sob a perspectiva do poder comunicativo, ressaltando-se as diferenças entre a atividade legislativa e a atividade judicial.

No quarto e último capítulo, confronta-se a racionalidade comunicativa e libertadora inerente à legislação e à concepção de devido processo legislativo com as possibilidades de formação de consensos discursivos em sociedades altamente pluralistas e complexas.

Para tanto, são contrapostas as categorias teóricas do pluralismo, a partir da teoria da legislação de Jeremy Waldron, e do consenso, a partir das teorias de John Rawls (consenso sobreposto), de Chantal Mouffe (consenso agonístico) e de Jürgen Habermas (consenso discursivo).

Superando os posicionamentos que entendem inconciliáveis as categorias teóricas do pluralismo e do consenso, pretende-se demonstrar a possibilidade de construção de consensos discursivos em nível constitucional, a partir das categorias do patriotismo constitucional e da identidade do sujeito constitucional. Sob essa perspectiva, a formação de uma vontade política aberta, inclusiva e sujeita a críticas reforça a dignidade da legislação e o seu caráter emancipatório e libertador em face do projeto moderno<sup>5</sup> de racionalidade.

---

<sup>5</sup> Neste trabalho, evita-se a utilização da expressão *pós-modernidade*. Adotando uma postura crítica em relação ao projeto iluminista da modernidade, opta-se, seguindo Habermas, por um redimensionamento do projeto da modernidade, ao invés de abandoná-lo. Ver, por exemplo: **Teoria do agir comunicativo**: racionalidade da ação e racionalização social. v. I. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo : Martins Fontes, 2012; **O discurso filosófico da modernidade**: doze lições. Trad. Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo : Martins Fontes, 2000.

## CAPÍTULO 1 – DIREITO, DEMOCRACIA E SEPARAÇÃO DE PODERES: A REFEUDALIZAÇÃO DO PROCESSO POLÍTICO E A CONFIANÇA AUTORITÁRIA NO PODER JUDICIÁRIO

A expansão da jurisdição constitucional e o empobrecimento do debate político no parlamento têm provocado reflexões quanto à relação que se estabelece entre o direito e a política no Estado Democrático de Direito. A constitucionalização excessiva de questões que envolvem escolhas pragmáticas, ético-políticas e morais amplia as possibilidades interpretativas de juízes e tribunais e, em contrapartida, reduz o espaço político de conformação do legislador.

Verifica-se uma progressiva descentralização dos processos políticos de tomada de decisão e a perda da legitimidade da lei como fonte respeitável do direito, que passa a ser identificado essencialmente como o produto da atividade jurisdicional.

Ocorre que essa confiança autoritária depositada no Poder Judiciário subverte um conceito de separação de poderes compatível com o exercício da soberania popular e ignora as significativas mudanças decorrentes da transição das sociedades pré-democráticas para as sociedades democráticas, notadamente no âmbito do sistema político.

A problematização dessas questões a partir da relação entre o direito e a política no período feudal, em que a sociedade desconhece a noção de soberania popular, pretende reforçar a incongruência de se transferir o poder político da atividade legislativa para a atividade judicial e de se atribuir à legislação um papel secundário nas sociedades democratizadas, porque nestas a organização estatal encontra seu fundamento primeiro de validade no princípio da soberania popular.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> O resgate da relação entre o direito e a política na Idade Média tem o propósito de subsidiar a análise da relação atual que se estabelece entre esses dois sistemas. Assim, a busca do passado destina-se à melhor compreensão do presente, no sentido em que Jacques Le Golf compreende o passado como uma construção e uma reinterpretação constante, do qual fazem parte tanto o presente quanto o futuro. Para o autor, a dependência do passado em relação ao presente deve levar o historiador a tomar certas precauções, pois, ainda que legítima, na medida em que o passado não deixa de viver e se tornar presente, a longa duração do passado não deve impedir o historiador de se distanciar do passado. Uma distância reverente e necessária para respeitar e evitar o anacronismo. A relação entre o passado e o presente é aquilo a que se chamou a função social do passado ou da história. Significa dizer que a história recolhe, classifica e agrupa os fatos em função das suas necessidades atuais. In: LE GOLF, Jacques. **História e memória**. Trad. Bernardo Leitão. São Paulo : Ed. UNICAMP, 1990. p. 17-22.

Na Idade Média,<sup>7</sup> o distanciamento entre o direito e a política justifica-se pela coexistência de diversas instâncias concorrentes de poder político (feudal, urbana, eclesiástica e real) e pela incerteza quanto às determinações e às leis prevalecentes em cada caso. A aplicação do direito assume a função específica de se opor ao exercício arbitrário do poder político, conservando direitos consolidados pela prática jurisprudencial.

Com a construção do Estado Democrático de Direito, a refeudalização do processo político e a autonomização do direito em face da legislação acabam por retirar do cidadão a possibilidade de exercício de sua autonomia jurídica pela participação efetiva na formação da vontade política e, conseqüentemente, na construção da ordem jurídica.

### **1.1 Da sociedade pré-democrática à sociedade democrática: a relação entre a política e o direito e a construção das bases do princípio (metafísico) da soberania popular**

Os fenômenos atuais de refeudalização do processo político e confiança autoritária no poder judiciário resgatam a relação de autonomia que se estabelece entre o direito e a política no período medieval, desconsiderando os fundamentos basilares que

---

<sup>7</sup> A definição do período histórico correspondente à Idade Média é controvertida entre historiadores. Jacques Le Golf propõe uma Idade Média muito longa, do século III até meados do século XIX. Para o autor, somente com a revolução industrial, com a dominação da Europa e com o crescimento da democracia é que surgiu um mundo verdadeiramente novo, a despeito da continuidade de certas heranças e tradições. Entretanto, o autor realiza uma divisão desse período em subperíodos: *um trecho de dezessete séculos não pode decorrer sem mudanças e é conveniente que se use o instrumento da periodização para nesse período tão longo distinguir subperíodos. Eu veria nele muito bem uma Antiguidade Tardia, do século III ao século X (ou, se isso causasse receios, uma Alta Idade Média que do século VIII ao século X teria brotado de uma Antiguidade Tardia propriamente dita, que se faria terminar no século VII), uma Idade Média Central que iria de cerca do ano 1000, início do grande ímpeto medieval, aos meados do século XIV e na qual a Reforma, mais que o incerto Renascimento, pôs fim ao monopólio do cristianismo medieval, e assinalou a ruptura de uma unidade que pode também ser lida como um totalitarismo. São, portanto, os tempos modernos, da Reforma à Revolução Industrial, que constituem, numa mescla de estagnação (antigo regime econômico e político) e de inovação (nascimento da ciência moderna, racionalismo das Luzes, consolidação da ideia de progresso e, evidentemente, a Revolução Francesa, cujos efeitos profundos só no decurso do século XIX se fariam sentir, juntamente com os da Revolução Industrial) o terceiro painel dessa longa Idade Média.* In: LE GOFF, Jacques. **O imaginário medieval**. Trad. Manuel Ruas. Portugal : Editorial Estampa, 1994. Prefácio. p. 22.



impulsionaram a transição da sociedade feudal pré-democrática para a sociedade moderna democrática, notadamente no que diz respeito ao princípio da soberania popular.

Na Idade Média, o sistema de feudos surge para responder aos poderes vacantes. No interregno entre o declínio do modelo imperial romano e a afirmação das monarquias não existe um poder centralizador forte. A feudalidade constrói-se como a unidade de base para uma profunda reorganização dos sistemas de autoridade, preparando as condições para o desenvolvimento futuro dos Estados.<sup>8</sup>

A civilização que lentamente se forma após o declínio do império romano assume, a partir do século V d.C., um aspecto primitivo em meio a uma paisagem de escassos habitantes, de natureza geofísica insuscetível de ser governada, de esfacelamento político e de insegurança social.<sup>9</sup>

No desenvolvimento dessa sociedade medieval, constituem-se distintas redes de conexão política, social e econômica. Como a Idade Média repousa na terra, é sobre a ruralidade que essas redes articulam-se. Inicialmente baseadas nos domínios romanos, essas estruturas modificam-se para dar lugar às cidades e às senhorias, as quais, a partir do século XI, consolidam um poder de comando geral do senhor em face de todos os habitantes do feudo, poder esse que abrange o domínio político, militar, econômico e jurídico.<sup>10</sup>

Fora desses complexos de relações feudais e urbanas, exerce-se igualmente o domínio político, militar, econômico e jurídico da realeza e da Igreja Católica.

O período medieval caracteriza-se, portanto, como uma *sociedade de sociedades*,<sup>11</sup> na qual é completamente inexistente o controle da globalidade social. Não há

---

<sup>8</sup> LE GOFF, Jacques. **Em busca da Idade Média**. Trad. Marcos de Castro. 4ª ed. Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 2011. p. 157-158. Segundo John Gilissen, após sucessivas guerras e dominações, as Europas Ocidental e Central feudalizam-se a partir do século X, quando a autoridade é dividida em benefício dos senhores feudais. In: GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 2 ed. Trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa : Fund. Galouste Gulbenkian, 1995. p. 167.

<sup>9</sup> GROSSI, Paolo. **O Direito entre poder e ordenamento**. Trad. Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte : Del Rey, 2010.p. 46. O autor afirma que duas forças hegemônicas do Ocidente, a Igreja Romana e suas diferentes estirpes germânicas, também contribuíram para o fortalecimento da ordem comunitária. A primeira, hostilizando qualquer poder político forte, visto como restritivo de sua ação social. As segundas, porque viam o poder público como dimensão não sacral, bastante diferente da concepção mediterrânea, que via o Príncipe como emanação da vontade divina.

<sup>10</sup> Ibidem, p. 159-160.

<sup>11</sup> GROSSI, Paolo. **O Direito entre poder e ordenamento**. Trad. Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte : Del Rey, 2010.p. 23. A expressão utilizada pelo autor foi extraída da obra *Discours préliminaire* ao projeto de Código do

força capaz de atuar acima da sociedade ou contra ela. O círculo de relacionamentos sociopolíticos é extremamente elástico e complexo. O poder político é incompleto, não consumado.<sup>12</sup>

A sociedade medieval é o oposto da centralidade e da completude do poder político. Ao contrário, a incompletude do poder político (não consumação) e a coexistência de instâncias sobrepostas de poder impedem o surgimento de um direito único, editado pelo poder político do príncipe. Em realidade, o direito tem um caráter parcialmente legislativo, somente na medida necessária à efetividade do poder imperial. A ordem medieval é, precipuamente, uma ordem jurídica.<sup>13</sup>

O direito encontra-se na raiz da sociedade medieval e dissemina-se de baixo para cima, da raiz à superfície, ressaltando o seu caráter ôntico. O direito nasce na diversidade dos fatos da vida, assumindo lentamente a normatividade.<sup>14</sup> O respeito à tradição representa a segurança de uma sociedade fragmentada em suas relações políticas e sociais.

Nesse contexto, a dimensão judicial do direito é a fonte de unidade da ordem jurídica medieval, embora unidade complexa.<sup>15</sup> Isso porque o direito medieval sustenta-se na noção de autonomia, distinta da noção moderna de soberania. Essa autonomia representa concomitantemente relações de independência e dependência. Juridicamente, a complexidade da sociedade medieval traduz-se num universo de autonomias jurídicas. Assim como a sociedade, a ordem jurídica é relacional.<sup>16</sup>

O particularismo dos fatos acarreta um pluralismo jurídico que, do particular ao geral, é categorizado e traduzido juridicamente pelos práticos e não pelo poder político.

---

ano IX, de Jean-Étienne-Marie Portalis, e pode ser lida na obra: *Naissance du Code Civil – La raison du législateur*. Paris, 1989, p. 36.

<sup>12</sup> Entenda-se, aqui, não consumado como um poder político destituído de omnicompreensividade, ou seja, destituído de um caráter fortemente projetual, capaz de controlar toda a manifestação social, com o monopólio do social. Não se confunde com ausência de efetividade, já que o poder do príncipe podia ser efetivo e tirano. Segundo Paolo Grossi, a consumação do poder gera duas consequências: no interior da sua projeção, uma extraordinária compactação e simplicidade; no exterior, uma insularidade. In: **O Direito entre poder e ordenamento**. Trad. Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte : Del Rey, 2010, p. 47.

<sup>13</sup> GROSSI, Paolo. **O direito entre poder e ordenamento**. Trad. Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte : Del Rey, 2010. p. 25 e 51-52.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 26-29.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 28 e 53.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 28-29 e 53.

Esse aspecto é fundamental para a compreensão da relação entre o direito e a política no período medieval. Se a sociedade é uma realidade relacional, em que convivem distintas ordens comunitárias (famílias, agregações suprafamiliares, corporações profissionais, agregações político-sociais urbanas e rurais, Sacro Império e Santa Igreja), a ordem jurídica é também relacional (jurisdições feudal, eclesiástica, corporativa e real), uma teia ou tecido que liga as diferentes ordens comunitárias.

Como resultado da indiferença do poder político para com o direito, este não registra a vontade do detentor imperioso do poder, mas sim a pluralidade das forças sociais circundantes, de modo que o comando de quem governa é apenas uma dessas forças. O direito registra a própria complexidade social, é o espelho da sociedade em suas articulações. Não se refere a uma central de poder, mas à sociedade em suas várias facetas social, econômica e política, constituindo verdadeiros ordenamentos jurídicos autônomos.<sup>17</sup>

Assim, a projeção territorial do poder político não corresponde à projeção dos ordenamentos jurídicos e, num certo sentido, o direito é soberano à política, porque construído pelos seus destinatários e aplicado pelos tribunais independentemente, e muitas vezes de forma contrária, ao poder político.<sup>18</sup>

O direito medieval dota-se de um caráter fortemente conservador da ordem estabelecida e, por meio do direito de resistência, judicialmente garantido, impõe-se contra as investidas crescentes de um poder político que progressivamente se torna absoluto.<sup>19</sup> É por meio da indisponibilidade do direito material feudal que se pretendia limitar a arbitrariedade do poder político.

Esse caráter conservador do direito manifesta-se quando, a partir dos séculos XII e XIII, inicia-se um lento processo de centralização do poder político, no qual certos reis e senhores feudais fazem desaparecer a concorrência de poderes do regime feudal, mantendo a

---

<sup>17</sup> Ibidem, p. 98. No mesmo sentido: LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Org. Juliana Neuschwander de Magalhães. Versão eletrônica 5.0, 2003. p. 291-292.

<sup>18</sup> Segundo Ingeborg Maus, Coke fez prevalecer os ideais de liberdade da Magna Carta contra presunções absolutistas a partir da soberania do direito do período medieval. Isso porque os ideais feudais de liberdade, assegurados na Magna Carta, seriam soberanos frente ao poder político e seriam institucionalizados, garantidos, nos tribunais. Assim, a efetivação das prerrogativas de liberdade havia sido transferida dos titulares para os tribunais, ampliando as competências da justiça, que se tornava a única capaz de colocar amarras no direito, fazendo face às investidas absolutistas. In: MAUS, Ingeborg. **O Direito e a Política: teoria da democracia**. Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte : Del Rey, 2009. p. 29.

<sup>19</sup> MAUS, Ingeborg. **O Direito e a Política: teoria da democracia**. Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte : Del Rey, 2009. p. 26.

ordem pelo desenvolvimento de polícia e justiça próprias, submetendo todo o território a sua autoridade e formando os embriões dos futuros Estados Modernos.<sup>20</sup>

Consequentemente, a partir do século XIII o costume (ou os milhares de costumes existentes em cada aldeia ou senhorio), por natureza conservador, deixa de ser a fonte quase exclusiva do direito feudal para ser substituído pela lei. É pela via legislativa dos reis, dos grandes senhores e das cidades que as novas regras são introduzidas ou confirmadas e assumem generalidade, tornando-se fonte do direito.<sup>21</sup>

No século XIV, a sociedade medieval começa a experimentar sucessivas crises estruturais, caracterizadas pela urbanização crescente, pelos problemas demográficos, pelo abandono de terras e pelo eclipse das culturas agrárias. Conjuntamente, verifica-se uma crise de valores, caracterizada por uma desconfiança na dimensão comunitária, e uma crise na ordem jurídica.<sup>22</sup>

Nesse contexto, a modernidade constrói uma concepção de Estado como entidade absolutamente compacta, contrária a articulações complexas e em que a sociedade compõe-se de indivíduos iguais, sós na sua individualidade, sem intermediações com a fonte única e exclusiva de poder. A pretensão de centralização e de completude cria as condições para a disseminação uniforme do poder mediante a criação do direito pelo príncipe.<sup>23</sup>

As bases da modernidade fundam-se na percepção do indivíduo e no esvaziamento da ordem comunitária. O homem medieval desiludido desenvolve uma força interior para construir a autossuficiência do seu microcosmo. Essa visão antropocêntrica evidencia-se já nas disputas teológico-filosóficas do final do século XIII e início do século XIV, as quais restituem ao homem uma esfera de liberdades e uma autonomia que o sobrepõem à natureza e o colocam em contato direto com Deus.<sup>24</sup>

Entre os séculos XVI e XVIII, o direito progressivamente transfere o seu fundamento de validade da ordem divina, imutável, para o direito natural, mutável, mas condicionado à compatibilidade com a ordem moral. O direito natural assenta sua base numa

---

<sup>20</sup> GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 2 ed. Trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa : Fund. Galouste Gulbenkian, 1995. p. 205.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 205.

<sup>22</sup> GROSSI, Paolo. **O direito entre poder e ordenamento**. Trad. Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte : Del Rey, 2010. p. 58.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 22-24.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 59-61.

razão abstrata, da qual decorrem primeiramente regras morais. Essa razão transcendental, de matriz Kantiana, resulta da própria racionalidade do indivíduo, a qual lhe confere um poder sobre as coisas e um poder de instituir uma autoridade política.<sup>25</sup> Assim, o príncipe passa a legislar segundo a invocação dos princípios jusnaturalistas e torna-se o responsável por fazer reinar as leis morais e por punir os desobedientes, fazendo sobressair o caráter coercitivo do direito.<sup>26</sup>

Assim, a modernidade constrói a ideia de soberania como a exclusividade do poder político sobre um determinado território – o Estado – e como a imposição da vontade do soberano, por meio do império da lei e da jurisdição. O direito transforma-se progressivamente em produto exclusivo da vontade estatal. Somente o legislador está autorizado a observar o mundo dos fatos e a criar norma jurídica, dispondo a respeito da política, da economia, da moral e da justiça.

A própria ideia de hierarquia das fontes pressupõe uma entidade política e juridicamente unitária e compacta, ou seja, o Estado, para impor e assegurar a unidade e a compactação. A hierarquia das fontes associa-se ao legalismo, à confluência entre o direito e a lei, à vontade de um ente soberano. Alcança-se, portanto, a identidade perfeita entre a ordem política e a ordem jurídica.<sup>27</sup>

Nesse período, a emergência do humanismo sustenta-se fundamentalmente no ideal de liberdade dos indivíduos.<sup>28</sup> Entretanto, a concepção prevalecente de liberdade acabou por legitimar a expansão dos Estados absolutos. Segundo Thomas Hobbes, atribuir ao

---

<sup>25</sup> BASTIT, Michel. **Nascimento da lei moderna**: o pensamento da lei de Santo Tomás a Suarez. São Paulo : Ed. Martins Fontes, 2010. p. 335.

<sup>26</sup> Marionilde Dias Brepohl de Magalhães afirma que dois fatos importantes marcaram o início e o fim do Absolutismo: as guerras religiosas e a Revolução Francesa. Segundo a autora, na França, onde o Estado conseguiu muito cedo subjugar as guerras religiosas, constrói-se a doutrina da razão de Estado, para a qual as disputas religiosas são fruto da intolerância e a política pode ser tratada a parte das questões morais. Assim, para que a paz se estabeleça, faz-se necessário que o soberano suprima a liberdade do povo em nome da própria paz. In: KOSELLECK, Reinhart. Crítica e crise. **Revista Brasileira de História**. São Paulo, v. 21, n. 42, 2001. p. 518.

<sup>27</sup> GROSSI, Paolo. **O direito entre poder e ordenamento**. Trad. Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte : Del Rey, 2010. p. 33. Em sentido semelhante: LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Org. Juliana Neuenschwander de Magalhães. Versão eletrônica 5.0, 2003. p. 293; HABERMAS, Jürgen. Como es posible la legitimidad por vía de legalidad? Trad. Manuel Jiménez Redondo. **Doxa** 5, 1988. p. 21-24.

<sup>28</sup> Quentin Skinner ressalta as influências clássicas no desenvolvimento do humanismo e da teoria política sustentada no ideal de liberdade. Acrescenta, inclusive, que esse ideal de liberdade era compreendido por muitos autores florentinos como independência e autogoverno republicano (teoria neorromana), em evidente confronto com as ideias despóticas que estavam em flagrante expansão naquele tempo e que acabaram por sucumbir as revoluções republicanas. In: **As fundações do pensamento político moderno**. Trad. Renado Janine Ribeiro e Laura Teixeira Motta. São Paulo : Companhia das Letras, 1996. p. 62-63.

soberano poderes absolutos e irrevogáveis é a única e verdadeira necessidade de uma associação política; a única e verdadeira lei fundamental. Preservar a integridade dos poderes do soberano é a única forma de manter a ordem política e a convivência civil.<sup>29</sup>

Para Hobbes, o estado de natureza representa uma situação de anarquia e violência, uma anomalia, que somente pode ser corrigida com a unidade política determinada pela intervenção Estatal, responsável por garantir a segurança dos indivíduos em face dos próprios indivíduos. O poder político do Estado, representado pela pessoa (artificial) do monarca, é absoluto e ilimitado, mas legítimo, porque autorizado pelos súditos. O Estado absoluto é o melhor arranjo político, já que assegura uma interpretação definitiva e uniforme das leis da natureza.<sup>30</sup>

Significa que os indivíduos aparecem como protagonistas, porque colocados na base da associação política e porque tomam a decisão originária de sair do estado de natureza e de se submeter ao poder do soberano. Ocorre que esse aspecto cria para Hobbes um dilema, já que o poder absoluto do soberano torna-se um poder derivado da vontade dos indivíduos. Ele precisa, então, concebê-lo como um poder decorrente de uma vontade capaz de gerar o poder soberano, mas que se esgota nesse ato, uma vez que essa vontade não pode gerar qualquer tipo de oposição ao soberano.<sup>31</sup>

Assim, a liberdade civil depende basicamente do silêncio da lei. O súdito permanece livre enquanto não for física ou legalmente coagido. Por outro lado, Hobbes afirma que o papel primordial do Estado é impedir que um cidadão viole a esfera de liberdade do outro, o que legitima a edição de leis que se impõem a todos igualmente.<sup>32</sup>

---

<sup>29</sup> FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**. De la antigüedad a nuestros días. Trad. Manuel Martínez Neira. Madri : Editorial Trotta, 2011. p. 77-78.

<sup>30</sup> RIPSTEIN, Arthur. Foundationalism in Political Theory. **Philosophy and Public Affairs**. v. 16, n. 02, Spring 1987. p. 118. No mesmo sentido, Marionilde Dias Brepohl de Magalhães sustenta que as guerras religiosas influenciaram decisivamente a teoria política de Hobbes, o qual funda uma antropologia individualista ao afirmar serem para o homem bens problemáticos os vínculos sociais, políticos e religiosos, uma vez que o levam ao apetite e à fuga, ao desejo e ao medo. Trata-se de uma teoria da guerra civil, justificando-se a importância do Estado para assegurar a paz aos indivíduos. Para Hobbes, a razão não precisa da moral, porque substitui a moral na política, já que a moral é uma moral religiosa, e como há muitas religiões, há muitos conflitos morais. In: KOSELLECK, Reinhart. Crítica e crise. **Revista Brasileira de História**. São Paulo, v. 21, n. 42, 2001. p. 519.

<sup>31</sup> FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**. De la antigüedad a nuestros días. Trad. Manuel Martínez Neira. Madri : Editorial Trotta, 2011. p. 79-81.

<sup>32</sup> SKINNER, Quentin. **Liberdade antes do liberalismo**. Trad. Raul Fiker. São Paulo : Ed. UNESP/Cambridge, 1999. p. 21.

O propósito da teoria política de Hobbes é afirmar a liberdade dos súditos na ausência e na observância da lei, especificamente porque a vontade do monarca, traduzida em atos legislativos, é tida como indispensável à convivência social pacífica e à manutenção de um ambiente social propício ao exercício dessas mesmas liberdades.

Sob tal lógica, a concepção defendida por Hobbes atribui ao Estado, personificado no monarca, um papel predominante na definição das liberdades civis, relegando ao súdito o papel de mero destinatário de direitos. Obedecer incondicionalmente à lei editada pelo poder soberano é a maior garantia de liberdade do indivíduo.

Esse aspecto é fundamental para se compreender que, na construção de Hobbes, os indivíduos cedem seus direitos naturais ao monarca por meio do contrato, atribuindo a este um poder político absoluto e ilimitado, o qual é exercido em grande medida pelo monopólio do direito. Invertendo a lógica da sociedade feudal, em que o direito impunha-se contra o poder político, na sociedade absolutista o direito transforma-se em produto (em vontade) do poder político estatal.

Os fundamentos do Estado contratualista de John Locke acrescentam um importante elemento na relação entre a política e o direito comparativamente a Hobbes. Segundo Locke, os homens abandonam o estado de natureza, no qual dispõem de completa liberdade, com o único propósito de que o governo civil melhor assegure os seus direitos naturais em face dos demais indivíduos e do próprio Estado. O mesmo direito natural que limita a ação humana limita a ação do governo contra os indivíduos que, consensualmente, decidem instituí-lo, a ponto de se admitir como legítima a desobediência.<sup>33</sup>

Para Locke, as ações públicas não devem se submeter exclusivamente ao domínio do Estado e, contrapondo-se ao absolutismo, ele defende que a moral não se limite ao eu interior, mas afronte o Estado. Nesse sentido, a decisão sobre instância moral deve ser

---

<sup>33</sup> LOCKE, John. **Ensaios políticos**. Org. Mark Goldie. Trad. Eunice Ostrensky. São Paulo : Martins Fontes, 2007. p. 03-18. No mesmo sentido: CASPAR, THIMOTY W. **Whose enlightenment is the right enlightenment?** What Cicero's *De Legibus* can teach us about the dispute between Locke and Rousseau. Prepared for the 69<sup>th</sup> Annual Meeting of the Midwest Political Science Association. March 31 – April 3, 2011. Chicago, Illinois. p. 9-10.

compartilhada entre os cidadãos e a política do Estado; se a lei moral não pode exercer poder, pode influenciar a política indiretamente.<sup>34</sup>

O contratualismo de Rousseau sustenta-se em premissas absolutamente distintas, uma vez que transfere ao povo a titularidade do poder soberano. Para o autor, os homens em estado de natureza são livres e iguais e agem exclusivamente com o propósito de se autopreservarem. O desenvolvimento da vida em sociedade é que progressivamente acaba com o estado de igualdade. A razão, a linguagem e a tecnologia cada vez mais escravizam o homem e o fazem fraco, comparativamente ao estado de natureza.<sup>35</sup>

Assim, o contrato social de Rousseau pretende restabelecer, no seio da sociedade civil, o estado de igualdade e de liberdade usufruído pelo homem no estado de natureza, mediante um ato de associação que forma um corpo moral e coletivo, uma pessoa pública chamada Estado. Esse ato de união considera a vontade de cada indivíduo na formação da vontade geral, e aquilo que esta representa torna-se lei absoluta (e justa), de modo que nenhum indivíduo pode desejar contrariamente.<sup>36</sup>

Para Rousseau, o único pacto admissível é o que se determina entre os indivíduos, os quais dão vida ao corpo político, ao povo. Por meio desse pacto, os indivíduos renunciam a sua liberdade natural para se investirem de uma liberdade civil, consubstanciada na garantia de estarem governados por uma lei geral, fruto da vontade do povo soberano e, por isso mesmo, livre de qualquer caráter pessoal.<sup>37</sup>

O autor pretende conciliar a liberdade do estado natural e a falta de liberdade da vida em sociedade por meio da lei. Significa dizer que a lei deve garantir aos cidadãos a liberdade ínsita ao estado natural e que lhes é progressivamente suprimida pela convivência social. Em tal contexto, os associados assumem dupla posição, a de cidadãos e a de súditos. Como cidadãos, participam da formação da vontade contratual, constituem o povo soberano e

<sup>34</sup> MAGALHÃES, Marionilde Dias Brepohl de. KOSELLECK, Reinhart. Crítica e crise. **Revista Brasileira de História**. São Paulo, v. 21, n. 42, 2001. p. 520.

<sup>35</sup> LOCKE, John. **Ensaio político**. Org. Mark Goldie. Trad. Eunice Ostrensky. São Paulo : Martins Fontes, 2007. p. 03-18. No mesmo sentido: CASPAR, THIMOTY W. **Whose enlightenment is the right enlightenment?** What Cicero's *De Legibus* can teach us about the dispute between Locke and Rousseau. Prepared for the 69<sup>th</sup> Annual Meeting of the Midwest Political Science Association. March 31 – April 3, 2011. Chicago, Illinois. p. 14-15.

<sup>36</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **El contrato social**. 2 ed. Trad. Dr. Doppelheim. Madrid : Melsa, 2005. p.38-39.

<sup>37</sup> FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**. De la antigüedad a nuestros días. Trad. Manuel Martínez Neira. Madri : Editorial Trotta, 2011. p. 83.



asseguram a si mesmos a imposição de suas próprias regras. Como súditos, estão submetidos às leis.

Para Rousseau, o poder soberano, o corpo político, existe em decorrência do contrato e não pode se obrigar a nada que implique a derrogação do pacto.<sup>38</sup> A vontade geral representa o interesse comum que une os cidadãos e que os submete igualmente. A harmonia e a justiça das deliberações decorrem da equidade com a qual são tratados todos os cidadãos. E a extensão dos direitos respectivos do soberano e dos cidadãos corresponde exatamente à extensão com que estes podem se comprometer consigo mesmos, cada um deles com todos e todos com cada um deles.<sup>39</sup>

Nesse sentido, os direitos não são preexistentes e limitadores do poder estatal. São direitos convencionais, que têm como fundamento o próprio contrato social e que se destinam a assegurar iguais liberdades a todos os membros da sociedade.<sup>40</sup>

Assim, muito embora Rousseau tenha consolidado as bases do princípio da soberania popular, o poder do povo por ele concebido não se constitui em um poder político legitimador do estado e do direito, mas sim em um poder constituído pelo próprio contrato social e por ele conformado.

Das formas contratualistas, e para os propósitos deste trabalho, a releitura do pensamento de Immanuel Kant realizada por Ingebor Maus<sup>41</sup> é determinante para a construção das bases da soberania popular como um ente pré-estatal e pré-jurídico, legitimador da ordem estatal e do direito.

Para Kant, a liberdade moral do indivíduo resulta da sua autonomia, do poder que ele tem de estabelecer leis para si mesmo.<sup>42</sup> Logo, a instituição de uma sociedade baseada na lei somente pode ser concebida como um produto da razão.

---

<sup>38</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **El contrato social**. 2 ed. Trad. Dr. Doppelheim. Madrid : Melsa, 2005. p. 53.

<sup>39</sup> Ibidem, 59.

<sup>40</sup> CASPAR, THIMOTY W. **Whose enlightenment is the right enlightenment?** What Cicero's *De Legibus* can teach us about the dispute between Locke and Rousseau. Prepared for the 69<sup>th</sup> Annual Meeting of the Midwest Political Science Association. March 31 – April 3, 2011. Chicago, Illinois. p. 17.

<sup>41</sup> MAUS, Ingeborg. **O Direito e a Política**: teoria da democracia. Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte : Del Rey, 2009. p. 22-76.

<sup>42</sup> Segundo Kant, *a necessidade da natureza era uma heteronomia das causas eficientes; pois todo efeito só era possível segundo a lei que alguma outra coisa determinasse a causa eficiente à causalidade; o que poder ser, então, a liberdade da vontade senão autonomia, isto é, a propriedade da vontade de ser para si mesma uma lei?*

Nesse sentido, o contrato social não é constitutivo do poder político, mas tão somente do Estado de Direito. O pacto de união civil não é um fato, mas uma ideia da razão. O poder político, fático, antecede o direito e legitima a sua criação. Tendo em vista que, para Kant, todo o poder é usurpado de fato, ele deve se tornar constitucional com o tempo. Assim, o contrato social não se presta à interpretação da socialização existente, mas a sua crítica e modificação.<sup>43</sup>

A concepção do autor sustenta-se no fato de que o poder estatal não é legítimo por si mesmo, mas tão somente para se alcançar o fim de imposição jurídica. Logo, a relação entre os homens livres e iguais e o Estado constrói-se de modo que os direitos daqueles não colidam com os poderes deste. O poder de coerção estatal é compreendido como uma competência a serviço da garantia dos direitos dos cidadãos e não como um poder autônomo.<sup>44</sup>

Portanto, Kant fixa as bases de um poder político que é anterior ao momento contratual e, portanto, anterior ao Estado de Direito. Nesse sentido, as forças revolucionárias que se contrapõem ao poder do príncipe soberano são compreendidas como manifestação desse poder extrajurídico e não como exercício de um direito de resistência de matriz feudal, vinculado à manutenção judicial da ordem jurídica vigente contra o poder político.

Para o autor, a ordem jurídica resulta do exercício de uma competência estatal e está a serviço dos cidadãos. Sob esse prisma, não se poderia cogitar de um direito de resistência que opusesse o próprio direito ao poder político.

A juridicização da política, ou seja, a utilização abusiva do direito pelo poder estatal não poderia ser resolvida no âmbito da responsabilidade judicial (coerção jurídica),

---

*A proposição, porém: a vontade é em todas as ações uma lei para si mesma, designa apenas o princípio de não agir segundo outra máxima senão aquela que também possa ter por objeto a si mesma como uma lei universal. Mas isso é exatamente a fórmula do imperativo categórico e o princípio da moralidade: portanto, uma vontade livre e uma vontade sob leis morais é uma e a mesma coisa.* In: KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Guido Antônio de Almeida. São Paulo : Discurso Editorial/Bacarolla, 2009. p. 349.

<sup>43</sup> MAUS, Ingeborg. **O Direito e a Política**: teoria da democracia. Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte : Del Rey, 2009. p. 53-54. No mesmo sentido: ORTS, Adela Cortina. El contrato social como ideal del estado de derecho. El dudoso contractualismo de I. Kant. **Revista de Estudios Políticos**. Nueva Epoca. n. 59. Enero-marzo, 1988. p. 53.

<sup>44</sup> Ibidem, p. 56-57.

mas no âmbito da facticidade. Para o autor, entre o príncipe soberano e o povo não poderia haver juiz.<sup>45</sup>

Um aspecto fundamental do pensamento de Kant é que o direito não poderia ser oposto ao poder político soberano. Disso não resulta a supressão de direitos dos cidadãos, tampouco a sua opressão perante o monarca, mas sim a compreensão de que os direitos naturais não são instituídos pelo pacto social, mas o antecedem e justificam racionalmente a organização do governo civil.

Assim, o poder do soberano deriva do poder pré-estatal dos homens livres e iguais e, com isso, Kant confere uma fundamentação racional para o princípio da soberania (do príncipe e, posteriormente, do povo). É por isso que, na sua origem, o poder estatal nasce delimitado, embora se exerça no topo, e o poder do povo é exercido na base social. O poder estatal fica reduzido ao exercício da vontade do povo.<sup>46</sup>

Sob essa lógica, o monarca exerce simultaneamente as funções de legislador e de administrador do direito posto, titularizando, neste caso, o poder executivo de coerção. Enquanto legislador, encontra-se totalmente desvinculado da ordem jurídica, mas vinculado ao poder pré-estatal que o legitima. Enquanto administrador, encontra-se sob o império da lei e, somente nesse sentido, admite-se uma vinculação jurídica do poder.<sup>47</sup>

Verifica-se, portanto, uma clara diferenciação entre a soberania extrajurídica e o poder executivo de coerção, sendo apenas este subjugado à legislação criada por aquele e passível de controle judicial.<sup>48</sup>

Sob tais pressupostos, Kant justifica racionalmente a transição da soberania monárquica para a soberania popular no processo da Revolução Francesa, uma vez que os atos revolucionários que rompem com a constituição do antigo regime não extinguem o *status civilis* enquanto houver um soberano legislador. Ocorre que, por meio da revolução, transfere-se a soberania do monarca para o povo. Kant não defende, assim, a continuidade da ordem

---

<sup>45</sup> Ibidem, p. 57.

<sup>46</sup> Ibidem, p. 59. Ver também: ORTS, Adela Cortina. El contrato social como ideal del estado de derecho. El dudoso contractualismo de I. Kant. **Revista de Estudios Políticos**. Nueva Epoca. n. 59. Enero-marzo, 1988. p. 58-59.

<sup>47</sup> Ibidem, p. 59-60.

<sup>48</sup> Ibidem, p. 61.

jurídica na revolução (revolução legal), mas sim a continuidade de uma soberania extrajurídica e jurídico-legitimadora.<sup>49</sup>

Essa compreensão do autor acerca da relação entre a política e o direito na transição das sociedades pré-democráticas para as sociedades democráticas é fundamental para a fixação das bases de um princípio (metafísico) da soberania popular, assim compreendido porque produto de uma vontade política racional dos cidadãos que legitima a criação de uma ordem estatal como ordem jurídica.

A ordem jurídica estatal deriva do poder político racional; é manifestação da autonomia dos cidadãos, ou seja, da liberdade de que são titulares para, por ato de vontade, instituírem leis para si mesmos. Nesse sentido, o direito constitui uma garantia da manutenção da liberdade dos cidadãos.

A ideia de democracia na modernidade pautou-se justamente pela concepção da soberania popular como manifestação da capacidade de autodeterminação e de autolegislação políticas. A soberania popular em Kant, e nesse sentido também em Rousseau, repousa em uma identidade entre legisladores e destinatários da lei,<sup>50</sup> por meio de um procedimento que viabilize ser a lei o produto da vontade de todo o povo (ou da vontade geral). Sob essa perspectiva, o direito constitui instrumento viabilizador do exercício dessa autonomia e não pode se sobrepor ou se opor a ela.

A partir de tais pressupostos teóricos, Kant constrói as bases do princípio (metafísico) da soberania popular, assim entendido como o exercício de um poder político racional, de natureza fática e legitimador do Estado de Direito.

---

<sup>49</sup> Ibidem, p. 70.

<sup>50</sup> Ibidem, p. 184.

## **1.2 A diferenciação funcional dos sistemas e a separação de poderes: o princípio (metafísico) da soberania popular e sua influência na relação entre os sistemas da política e do direito**

A perspectiva Kantiana da soberania popular como um poder extrajurídico e jurídico-legitimador pode ser compreendida, desde aquela época, sob a perspectiva da autonomia dos sistemas da política e do direito.

Segundo Ingeborg Maus, Kant define o Estado, organizado racionalmente, como um autômato.<sup>51</sup> Partindo do pressuposto de que, diferentemente de um organismo vivo, a máquina estatal não pode melhorar a si mesma, no Estado absolutista a sua reprodução depende da manifestação da pessoa do soberano, que é ao mesmo tempo legislador e administrador.

À simplicidade da autonomia resultante de uma única vontade contrapõe-se a complexidade da autonomia no Estado democrático, em que a soberania popular é o resultado de muitas vozes.

A primeira implicação dessa transferência de soberania apresenta-se na relação entre o legislativo e o executivo. Ainda que, na visão de Kant, o monarca legisle sob a presunção de atender à vontade geral – estando, portanto, desvinculado do direito posto – e administre sob o império da lei, tais funções não se encontram diferenciadas do ponto de vista da estrutura estatal, uma vez que decorrentes da manifestação de vontade de um único soberano.

Sob a égide do Estado democrático, o exercício do poder de coerção torna-se integralmente subordinado à vontade do povo, impondo uma especialização funcional e uma autonomia do legislador democrático. A formulação de uma lei autogovernante não tem o propósito de reduzir a soberania do povo à soberania da lei, mas especificamente de conformar o poder (também autônomo) do executivo ao autodomínio da lei.<sup>52</sup>

---

<sup>51</sup> MAUS, Ingeborg. **O Direito e a Política**: Teoria da democracia. Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte : Del Rey, 2009. p. 161-162.

<sup>52</sup> Ibidem, p. 164.

A especialização das funções legislativas e executivas representa a institucionalização de um princípio de organização estatal conhecido como divisão de poderes, porque a estrutura que produz o direito deixa de ser institucionalmente competente para aplicá-lo.

Cabe ressaltar, ademais, que a transição da soberania do príncipe para a soberania popular representa uma alteração qualitativa no próprio modo de exercício da soberania. Segundo Kant, em muitos casos a vontade do soberano democrático forma-se a partir de vontades pessoais altamente desuniformes, do que resulta a necessidade de um procedimento que permita a participação livre e igual de todas as vontades individuais. E como não há garantias de que a vontade de todos seja boa, busca-se uma equiparação racional e automática de intenções difusas, a fim de que o resultado legitime-se independentemente da virtude dos cidadãos colaboradores.<sup>53</sup>

Por não admitir a correção (expertocrática) da vontade obtida democraticamente, Kant sustenta que a legitimidade da vontade geral não pode depender da moralidade dos cidadãos, mas tão somente de um princípio de organização, fixado na constituição estatal, que substitua o juízo valorativo por um procedimento racional institucionalizado, capaz de anular as forças opostas (boas e más) dos indivíduos (igualdade do efeito e do contrafeito).<sup>54</sup>

A igualdade de que se trata é uma igualdade jurídica resultante da posição ocupada por todos os participantes no processo de formação da vontade geral. A legitimidade do procedimento prescinde da autolimitação eticamente motivada dos indivíduos (no plano material) porque o procedimento é, ele mesmo, estruturalmente moral por assegurar efetividade ao princípio normativo da igualdade.<sup>55</sup>

O Estado democrático confere aos cidadãos o *status* de fim último da organização política e não meramente de meio.<sup>56</sup> Esse aspecto é compreendido por Kant como um imperativo categórico. Nesse sentido, a constituição representa um conjunto normativo que viabiliza a ação humana por meio de um procedimento baseado no princípio da igualdade.

---

<sup>53</sup> Ibidem, p. 164-165.

<sup>54</sup> Ibidem, p. 166.

<sup>55</sup> Ibidem, p. 168.

<sup>56</sup> Ibidem, p. 168-169.

É nesse sentido que se estabelece uma relação entre as duas faces do poder soberano democrático, a fática (extrajurídica) e a normativa, bem como a especialização dos sistemas da política e do direito. A autolegislação, enquanto juridicamente institucionalizada por um procedimento paritário, representa uma autodelimitação da soberania popular e transforma o direito autolegislado num sistema autônomo.

A diferenciação funcional extraída do pensamento de Kant não assume a complexidade daquela proposta por Niklas Luhmann, a partir da sua teoria dos sistemas. Entretanto, Kant reforça a distinção entre as funções legislativa e executiva (administração e aplicação da lei), enfatizando que a autolegislação é manifestação do poder político soberano e que sua conformação limita-se exclusivamente ao procedimento paritário que deve assegurar a participação igualitária dos cidadãos.

Esse princípio de separação de funções estatais, em Kant, preserva o aspecto essencial do seu conceito de soberania popular, de modo que o direito tem uma função de natureza instrumental em relação à política.

Segundo a teoria de Luhmann, o aumento da complexidade social implica a evolução dos sistemas e a diferenciação funcional. O sistema pode ser definido como a diferença entre o sistema e o meio ambiente, identificada como diferenciação – um momento inicial desviante. Essa diferenciação representa uma operação capaz de conectividade, ou seja, capaz de desencadear uma sequência de idênticas operações em cadeia, as quais asseguram a permanência do sistema.<sup>57</sup>

Mas o fenômeno evolutivo somente se completa com o preenchimento de três condições vinculadas: a variação, a seleção e a reestabilização. A variação compreende a reprodução desviante dos elementos a partir dos elementos de um dado sistema. A partir desse episódio, o sistema pode reagir negativamente ao desvio, para eliminá-lo, mas pode selecionar estruturas para assegurar a continuidade da reprodução do elemento inovador. A evolução pela diferenciação completa-se quando as novas estruturas estabilizam-se pela reprodução durável e resistente.<sup>58</sup>

---

<sup>57</sup> LUHMANN, Niklas. System as difference. Trad. Peter Gilgen. **Organization**. v. 13 (1). Dec, 2005. London : SAGE. p. 38 e 46.

<sup>58</sup> NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma difícil relação. 3 ed. São Paulo : Martins Fontes, 2013. p. 2.

A relação entre os mecanismos evolutivos – variação, seleção e reestabilização – depende do nível de complexidade do próprio sistema. Mas para os sistemas sociais, diferentemente dos sistemas biológicos, o processo evolutivo resulta de transformações internas – desvios de reprodução intrassistêmicos – e não de perturbações do meio ambiente, as quais somente se tornam determinantes quando assimiladas internamente como inovação.<sup>59</sup>

Assim, no âmbito das sociedades, em que a comunicação é a unidade elementar, a variação ocorre quando a comunicação desvia-se do modelo estrutural de reprodução social, ou seja, quando ocorre uma comunicação inesperada ou surpreendente. Nas sociedades menos complexas (arcaicas), variação e seleção confundem-se, uma vez que não estão bem definidas as distinções entre elemento e estrutura. O baixo grau de variação demonstra que as comunicações inesperadas são exceções que colocam em risco a própria estrutura social. O presente está determinado pelo passado. A interação entre os presentes dá-se pela repetição de rituais esperados como evidentes (comunicação e expectativa se sobrepõem), de modo que o desvio raramente se impõe como inovação.<sup>60</sup>

Nas sociedades estratificadas ou diferenciadas hierarquicamente, variação e seleção distinguem-se, porque há uma diferenciação entre elementos e estruturas. Comunicação e expectativas não se confundem, mas se condicionam, e o problema do desvio comportamental (não conforme às expectativas) torna-se cada vez mais frequente, de tal modo que a conduta desviante passa a ser concebida como interna à própria sociedade e contornada por meio de procedimentos jurídicos fundamentados em representações morais e religiosas, as quais são consideradas válidas para toda a sociedade.<sup>61</sup>

Nesse estágio, não há uma distinção adequada entre os mecanismos de seleção e reestabilização, em decorrência da existência de um conjunto inquestionável de valores que molda o comportamento em todas as esferas da vida social e que se impõe pelas próprias formas de solução de conflitos.<sup>62</sup> Simplificadamente, a moral religiosa impede a estabilização do comportamento desviante.

Somente nas sociedades modernas é que a seleção e a reestabilização distinguem-se como mecanismos evolutivos. A difusão da escrita e as comunicações de massa levam ao

---

<sup>59</sup> Ibidem, p. 3.

<sup>60</sup> Ibidem, p. 7-8.

<sup>61</sup> Ibidem, 8.

<sup>62</sup> Ibidem, p. 09-10.



surgimento de sistemas parciais autônomos e, conseqüentemente, a uma fragmentação estrutural. Os sistemas parciais diferenciam-se e constituem unidades de reprodução autorreferencialmente fechadas, mas que fazem parte do ambiente dos demais sistemas. A unidade da sociedade, cada vez mais dinâmica e complexa, resulta da diferenciação sistêmico-funcional.<sup>63</sup>

Sob esse prisma, a diferenciação funcional deve ser compreendida como uma imposição das sociedades hipercomplexas. A complexidade, ou seja, a existência de inúmeras possibilidades, incertezas e fenômenos aleatórios, acarreta uma pressão seletiva (pressão por escolhas), que por sua vez acarreta contingências (riscos). A sociedade somente aguenta tal sobrecarga por meio da especificação de funções em sistemas parciais diferenciados e operacionalmente autônomos, com o que se obtém uma redução da complexidade advinda de seu próprio ambiente.<sup>64</sup>

A evolução da sociedade como sistema social relaciona-se à evolução dos seus subsistemas, especialmente do subsistema do direito, no qual a variação evolutiva apresenta-se como comunicação de expectativas normativas inesperadas. O desvio pode ser rejeitado ou, a partir de sua repetição, introduzido como estrutura normativa, passando a integrar o plano das expectativas normativas. A reestabilização ocorre quando a expectativa é inserida como norma jurídica vigente.<sup>65</sup>

Na transição das sociedades pré-modernas para as sociedades modernas, a dicotomia entre o direito natural e o direito positivo representa um passo importante na diferenciação funcional do direito, porquanto delimita a esfera de um direito imutável e de um direito mutável. Como o fundamento de validade do direito legislado ainda repousa no direito natural, não prevalece a noção de um direito inteira e constantemente alterável.<sup>66</sup>

Somente quando o processo político-legislativo torna-se o fundamento de validade das normas jurídicas, como um ato de vontade política, é que o direito positivo adquire a diferenciação funcional da teoria sistêmica. Significa que a seleção, caracterizada

---

<sup>63</sup> Ibidem, p. 10-11.

<sup>64</sup> Ibidem, p. 16.

<sup>65</sup> Ibidem, p. 19.

<sup>66</sup> Ibidem, p. 23.

pelo processo legislativo, diferencia-se da reestabilização, caracterizada pela reflexão dogmática.<sup>67</sup>

A respeito da evolução do subsistema do direito, Luhmann afirma que até o século XVIII a unidade do direito é teorizada a partir da hierarquia das fontes e das construções em torno do direito eterno, do direito natural e do direito positivo. Tal construção é possível porque apoiada numa sociedade estratificada e numa visão hierarquizada de mundo, do que, inclusive, resulta a necessidade (paradoxal) de uma imposição dogmática da unidade do direito para fazer face à sociedade diferenciada.<sup>68</sup>

No século XVIII, com o desmoronamento da ordem estamentária, a diferença que estabelecia a unidade é substituída pela ideia de progresso e o direito afirma-se como o histórico processo civilizatório da força. Segundo Luhmann, a própria representação da sociedade é compreendida como um conceito de direito, um instituto legal originado com o contrato.<sup>69</sup>

Quando, a partir da segunda metade do século XIX, a discussão dos valores retorna ao cenário do direito, a unidade deste vai se sustentar na legitimação pelo procedimento, colocando-se à parte qualquer consideração acerca do seu conteúdo.<sup>70</sup>

Assim, o elemento diferenciador do direito positivo e que lhe assegura unidade repousa no fato de ser ele mesmo o responsável por sua autorreprodução – autopoiese. Significa dizer que, mediante processos constitucionais, o direito torna-se responsável por sua própria modificação.<sup>71</sup>

Essa diferenciação funcional progressiva do direito não pode ser analisada à revelia da diferenciação funcional do sistema político, especialmente porque a relação entre o direito e a política é fundamental para a construção do princípio da soberania popular.

Nesse sentido, a formação dos Estados absolutos, com a centralização da produção e da aplicação do direito pelo soberano num espaço territorial delimitado, representa

---

<sup>67</sup> Ibidem, p. 24.

<sup>68</sup> LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Org. Juliana Neuenschwander de Magalhães. Versão eletrônica 5.0, 2003. p. 11-12.

<sup>69</sup> Ibidem, p. 12.

<sup>70</sup> Ibidem, p. 12.

<sup>71</sup> Ibidem, p. 32-33. Ver também: LUHMANN, Niklas. **O enfoque sociológico da teoria e prática do direito**. Trad. Cristiano Paixão, Daniela Nicola, Samantha Dobrowolski. Sequência n. 28, jun/2004. p. 20.

a fusão do poder político e do direito. Em termos de teoria dos sistemas, não se integram as diferenças operativas entre comunicação política e comunicação jurídica.<sup>72</sup>

Com o aumento da complexidade da relação entre direito e liberdade criam-se as condições operativas para a comunicação e, posteriormente à Revolução Francesa, a vinculação entre o direito e a política resolve-se com a instituição do Estado de Direito, por meio do qual o poder estatal torna-se simultaneamente uma instituição de direito e uma instância de responsabilidade política que assiste o direito no seu desenvolvimento, na adaptação às circunstâncias sociais e na realização de fins políticos.<sup>73</sup>

Sob o prisma da diferenciação funcional proposta por Luhmann, o Estado de Direito pode ser definido como a introdução da relevância da distinção lícito/ilícito para o sistema político. No processo de autonomização deste, ao lado do código governantes/governados (poder/não-poder), o código binário lícito/ilícito passa a desempenhar o papel de um segundo código de poder,<sup>74</sup> com o propósito específico de legitimar o seu exercício (vedação do poder arbitrário).

Esse modelo de um sistema político-jurídico democratiza-se, ao longo do século XIX, com o desenvolvimento da questão constitucional. As formas de inclusão do cidadão nos contextos jurídico e político começam a divergir. Esse aspecto, ao invés de afetar a estabilidade desses sistemas, serve a sua diferenciação. A política é concebida como relacionada quase que exclusivamente ao Estado, preocupando-se com questões como o surgimento dos partidos políticos e o acesso aos cargos públicos. O direito, por sua vez, oferece diversas possibilidades de estruturação e de realização do político.<sup>75</sup>

A concretização de fins políticos por meio do direito provoca um incremento do direito legislado, em contraposição ao direito como produto da jurisdição. As normas jurídicas tornam-se sedimentação de decisões políticas, distanciando-se das normas destinadas a solucionar conflitos particulares.<sup>76</sup>

---

<sup>72</sup> Ibidem, p. 296.

<sup>73</sup> Ibidem, p. 296-297.

<sup>74</sup> NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma difícil relação. 3 ed. São Paulo : Martins Fontes, 2013. p. 89.

<sup>75</sup> LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Org. Juliana Neuenschwander de Magalhães. Versão eletrônica 5.0, 2003. p. 297.

<sup>76</sup> Ibidem, p. 297.

Nesse sentido, a atividade política modificadora do direito realiza-se constantemente como comunicação social, e tendo em vista que o direito regulamenta esse impulso político por meio do processo legislativo, torna-se necessário ao sistema do direito distinguir entre a modificação das normas jurídicas por meio da interpretação (autorreprodução) e por meio da atividade política.<sup>77</sup>

É precisamente por isso que a positivação do direito e a democratização da política aumentam as dificuldades de se distinguir os sistemas do direito e da política como autônomos. Mas, paradoxalmente, é a própria democratização da política que torna necessária a maior proteção legal do cidadão,<sup>78</sup> no sentido de lhe assegurar livremente o exercício da soberania popular.

Disso não resulta, contudo, que os sistemas do direito e da política não se distingam, embora atuem com interdependência. O Estado de Direito e o princípio da separação de poderes culminam com um arranjo de procedimentos funcionalmente diferenciados (legislativo, judiciário e executivo) voltados a permitir que os sistemas do direito e da política respondam melhor às exigências do ambiente. Em tese, há um necessário distanciamento entre o sistema do direito e o sistema da política, permitindo que este, por meio dos seus códigos – governo/governados e lícito/ilícito, atue na formação dos compromissos que devem se tornar vinculantes coletivamente por meio do processo legislativo.

É que, por meio do processo político-legislativo, cuja forma está regulada pelo direito, as decisões políticas se despolitizam e ingressam no sistema jurídico, momento em que este assegura que as normas serão interpretadas como questões exclusivamente de direito.<sup>79</sup>

A autonomia dos sistemas não exclui, por óbvio, formas de acoplamento estrutural, ou seja, formas operativas de relacionamento do sistema com o seu entorno – com outros subsistemas. O acoplamento estrutural ocorre quando o sistema pressupõe como certas e estáveis determinadas características de seu entorno, acoplando-as ao sistema e distinguindo-as das demais características do ambiente. Trata-se de uma forma de distinção, que inclui e, ao mesmo tempo, exclui o entorno.

---

<sup>77</sup> Ibidem, p. 298.

<sup>78</sup> Ibidem, p. 298.

<sup>79</sup> Ibidem, p. 303.

Tendo em vista que os sistemas são operacionalmente fechados, o acoplamento estrutural não representa uma interferência na operação do sistema (*inputs/outputs*), mas tão somente uma irritação, uma perturbação. Significa que o direito não pode importar normas do ambiente, tampouco entregar normas ao ambiente. A normatividade existe tão somente no interior do sistema jurídico.<sup>80</sup>

Nesse sentido, todo o contato do direito com o ambiente utiliza uma forma distinta de expectativa, que não a normativa. Utiliza a expectativa cognitiva, que está disposta ao aprendizado. Por isso, o direito submete-se às pressões sociais sempre que são violadas expectativas normativas ou sempre que o direito vigente é questionado, uma vez que a expectativa cognitiva buscará soluções alternativas para a desilusão decorrente do não cumprimento das expectativas normativas.<sup>81</sup>

É por isso que, no nível normativo, o sistema jurídico é operacionalmente fechado e, no nível da aprendizagem, cognitivamente aberto. Significa, em outras palavras, que o direito positivado reproduz-se autorreferencialmente (plano interno) por meio de conceitos e heterorreferencialmente por meio de interesses (interação com o ambiente).

A relação do direito com o entorno realiza-se por meio da cognição. E quanto maior a complexidade do sistema jurídico, maiores as perturbações advindas do entorno e maior a necessidade de desenvolvimento de formas de acoplamento estrutural com os subsistemas circundantes.

Sob o prisma da relação entre o direito e a política, o surgimento das constituições, no final do século XVIII e durante o século XIX, representa a forma mais importante de acoplamento estrutural, em substituição às teorias do contrato social. O Estado, por meio de uma constituição, permite que o direito se converta num meio de conformação da política e, da mesma forma, permite que o direito constitucional torne-se um instrumento jurídico de concretização de fins políticos.<sup>82</sup>

---

<sup>80</sup> Ibidem, p. 317. No mesmo sentido: LUHMANN, Niklas. **O enfoque sociológico da teoria e prática do direito**. Trad. Cristiano Paixão, Daniela Nicola, Samantha Dobrowolski. Sequência n. 28, jun/2004. p. 20.

<sup>81</sup> LUHMANN, Niklas. **O enfoque sociológico da teoria e prática do direito**. Trad. Cristiano Paixão, Daniela Nicola, Samantha Dobrowolski. Sequência n. 28, jun/2004. p. 20-21.

<sup>82</sup> LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Org. Juliana Neuenschwander de Magalhães. Versão eletrônica 5.0, 2003. p. 338.

Concretamente, a constituição do Estado Democrático de Direito institucionaliza o procedimento eleitoral e a divisão de poderes, bem como os direitos fundamentais. Os primeiros configuram exigências precipuamente políticas, os segundos, jurídicas. São instituições inseparáveis e que se reforçam mutuamente, já que o procedimento eleitoral pressupõe a divisão de poderes e o direito fundamental de voto. Nesse arranjo, as garantias fundamentais destinam-se a controlar o exercício arbitrário do poder ou a hipertrofia do sistema político e, portanto, viabilizam o controle jurídico da política.<sup>83</sup>

Esse acoplamento estrutural, por óbvio, acarreta um aumento da perturbação entre esses subsistemas, porque aumentam as possibilidades de o direito servir-se da política e vice-versa, do que resulta a necessidade de se identificarem formas estruturais capazes de acomodar tantas possibilidades de variação (distinção).<sup>84</sup>

Se, por um lado, a constituição pretende pôr fim às formas arbitrárias de exercício do poder estatal, justamente porque representa um Estado sujeito ao direito e organizado segundo o princípio da divisão de poderes, por outro lado, a constituição reforça a diferenciação funcional e a necessidade de cada sistema lidar com seus próprios paradoxos. Isso porque há, na constituição, determinações às quais não é possível precisar se a sua validade deve-se ao subsistema jurídico – de que a constituição indubitavelmente faz parte – ou ao entorno. A ambiguidade de algumas normas constitucionais, especialmente de caráter principiológico, decorre da possibilidade de sua dupla perspectiva de observação, segundo o sistema do direito ou da política.<sup>85</sup>

Na visão de Luhmann, esse paradoxo somente pode ser solucionado se considerarmos que o acoplamento estrutural permite o acesso a essas normas – a sua interpretação – a partir da perspectiva interna de cada sistema. Disso resulta, como contingência, que a interpretação das normas constitucionais é relativa a cada sistema autorreferencial.<sup>86</sup>

Assim, para o sistema do direito, a constituição traz uma solução política para o problema da sua autorreferência. Significa que a constituição é a lei fundamental,

---

<sup>83</sup> NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma difícil relação. 3 ed. São Paulo : Martins Fontes, 2013. p. 102.

<sup>84</sup> LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Org. Juliana Neuenschwander de Magalhães. Versão eletrônica 5.0, 2003. p. 339.

<sup>85</sup> *Ibidem*, p. 344.

<sup>86</sup> *Ibidem*, p. 344.

hierarquicamente superior, a partir da qual se inicia a distinção entre o direito e o não direito (código binário), ou seja, entre o constitucional e o inconstitucional.

Para o sistema da política, a constituição traz uma solução jurídica para o problema da sua autorreferência, uma vez que ela estabelece normativamente o procedimento pelo qual se dará o exercício do poder soberano democrático, ou seja, como se dará a modificação das situações, especialmente por meio do processo político-legislativo.

Com o desenvolvimento do constitucionalismo, esse complexo arranjo estrutural que acopla os sistemas do direito e da política tem perdido a sua estabilidade. De fato, o desenvolvimento do Estado do Bem Estar Social e o aumento do caráter axiológico das normas constitucionais, notadamente em relação aos direitos fundamentais, têm acentuado a irritação entre os sistemas do direito e da política.

A questão é que, enquanto círculo recursivamente fechado de comunicação, o sistema jurídico somente pode reagir a essa irritação por meio da observação do ambiente e da posterior modificação de si mesmo, pela via legislativa (normatização de compromissos políticos) ou pela via judicial (interpretação das normas jurídicas).

Assim é que, em razão das dificuldades do processo político-legislativo, o direito cada vez mais responde às irritações do ambiente, especialmente relacionadas ao sistema político, a partir da reprodução autorreferencial de conceitos, ou seja, por meio de decisões judiciais. Nesse processo crescente, transfere-se o método de criação do direito do ato legislativo para o ato judicial.

Tal fenômeno, que representa justamente a autonomização do direito em face do processo político (e, portanto, do princípio da soberania popular), produz um efeito paradoxal e indesejável à própria diferenciação funcional. Isso porque a pressuposição inicial de um sistema do direito livre de relações internas com o sistema da política acarreta, de forma desviante, o efeito de tornar incontrolláveis tais influências no processo hermenêutico de adjudicação.

Levado esse processo ao extremo, a reprodução autorreferencial do direito por meio da interpretação das normas constitucionais transforma a constituição numa estrutura limitadora do sistema político e não num complexo normativo viabilizador do exercício do poder soberano democrático.

Esses paradoxos parecem resultar, em parte, do papel desempenhado pela soberania popular e pelos direitos fundamentais na teoria sistêmica de Luhmann. Ainda que o autor construa solidamente os processos de diferenciação funcional dos sistemas sociais, especialmente do direito e da política, incorre no equívoco de contrapor os direitos fundamentais ao exercício do poder político democrático, precisamente quando afirma que as garantias constitucionais destinam-se a proteger os cidadãos do exercício arbitrário do poder.

Tal concepção retoma uma característica da sociedade feudal pré-democrática, na qual o direito era utilizado como um instrumento de manutenção de garantias contra as investidas crescentes do poder político absolutista.

Com a democratização das sociedades por meio do desenvolvimento da soberania popular, não há sentido em reduzir o acoplamento estrutural entre os subsistemas do direito e da política a uma irritação ou a uma tensão permanente entre soberania popular e direitos fundamentais, tendo em vista a cooriginalidade desses institutos.

Nesse sentido, a diferenciação funcional apresentada por Kant entre os sistemas do direito e da política tem a relevância de compreender a natureza política e jurídico-legitimadora do princípio da soberania popular e, conseqüentemente, a sua origem comum em relação ao direito moral de liberdade dos cidadãos.

A ideia de uma tensão indissolúvel entre soberania popular e direitos fundamentais restringe significativamente a efetividade do princípio da soberania popular, porque suprime dos cidadãos a possibilidade de exercício de sua autonomia na esfera pública, tornando-os meros destinatários da ordem jurídica enquanto titulares de direitos fundamentais – conformação jurídica da soberania popular, inclusive do direito ao voto.

Se a titularidade da soberania assegura aos cidadãos uma participação democrática mais significativa do que o direito de votar e ser votado, a compreensão de democracia como a titularidade de direitos fundamentais oponíveis ao poder político representa uma verdadeira disfunção do sistema do direito, que acaba por subjugar o sistema da política e que, em última instância, provoca uma involução da própria teoria dos sistemas sociais, na medida em que inicia um processo contrário ao da diferenciação funcional, ou seja, à autonomia e ao fechamento operacional dos sistemas.



### 1.3 O problema da substancialização das constituições e o superego do Poder Judiciário

No período dos Estados absolutos, a expressão *constituição* representava um compromisso entre o príncipe e as representações estamentais da sociedade. Com a transferência da soberania para o povo e com os processos constitucionais do século XX, a constituição está atualmente associada a uma codificação específica, mais ou menos democrática, que contrapõe o Estado constitucional ao poder soberano democrático, suplantando os sistemas constitucionais parlamentares.<sup>87</sup>

Sob essa perspectiva, Ingeborg Maus analisa criticamente a evolução das duas vertentes constitucionalistas, a norte-americana e a francesa, bem como os problemas decorrentes da assunção – irrefletida – de elementos de uma e de outra no desenvolvimento constitucional dos Estados.

Isso porque o constitucionalismo norte-americano apropria-se da teoria de Montesquieu,<sup>88</sup> para o qual um regime político moderado é aquele dotado de uma constituição capaz de manter diferenciados e em posição de equilíbrio os poderes executivo, legislativo e judiciário, com um sentido específico de separação de soberanias. O equilíbrio de poderes da constituição norte-americana associa-se a uma separação do poder social em âmbitos funcionais iguais, ou seja, à concorrência de aparelhos estatais parcialmente soberanos.<sup>89</sup>

Por outro lado, o constitucionalismo francês, amparado no princípio da separação de poderes de Rousseau, pressupõe a indivisibilidade do poder soberano legislador, que controla o aparelho estatal por meio da vinculação à lei. O povo, diretamente ou por meio de representantes, investe-se exclusivamente do poder legislativo soberano e encontra sua limitação na proibição de regulamentações individuais. Contrariamente, os poderes executivo

---

<sup>87</sup> MAUS, Ingeborg. **O judiciário como superego da sociedade**. Trad. Geraldo de Carvalho, Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro : *Lumen Juris*, 2010. p. 05.

<sup>88</sup> FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**. De la antigüedad a nuestros días. Trad. Manuel Martínez Neira. Madri : Editorial Trotta, 2011. p. 97-98.

<sup>89</sup> MAUS, Ingeborg. **O judiciário como superego da sociedade**. Trad. Geraldo de Carvalho, Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro : *Lumen Juris*, 2010. p. 6.

e judiciário limitam-se à regulação de casos concretos e não podem participar do processo legislativo.<sup>90</sup>

Esses modelos constitucionais têm implicações distintas sob o prisma da racionalidade da lei. No constitucionalismo norte-americano, a racionalidade da lei é pressuposta pela atuação conjunta dos poderes legislativo, executivo e judiciário, respectivamente por meio do processo legislativo, do veto e do controle de constitucionalidade. No constitucionalismo francês, a racionalidade da lei é pressuposta pela seletividade do processo legislativo democrático, o qual deve se preocupar com a simetria de posições processuais e com as chances de participação.<sup>91</sup>

A partir da expansão do controle de constitucionalidade no século XX, as distinções entre democracia constitucional (presidencialista) e democracia procedimental (parlamentarista) – que, por óbvio, não prescindem de uma constituição – tornam-se cada vez mais difíceis, com nítidas consequências para a restrição do princípio da soberania popular.

Aliado a isso, o fortalecimento da teoria dos direitos humanos, a excessiva carga axiológica das normas constitucionais e as complexidades do processo hermenêutico têm contribuído para que os tribunais constitucionais ampliem sua concorrência com o legislador, inclusive no exercício do poder constituinte derivado reformador,<sup>92</sup> acentuando a irritação entre os sistemas do direito e da política.

Se, num primeiro momento, o sistema do direito deve viabilizar procedimentalmente o exercício do poder soberano democrático por meio de um arranjo constitucional, num segundo momento, acaba por subjugar o sistema da política, já que todos os espaços de decisão tornam-se normativamente regulados.

Criticamente analisado, esse fenômeno das sociedades complexas e pluralistas representa um mecanismo de transferência de decisão, dos processos sociais e políticos de formação do consenso para o processo judicial.<sup>93</sup> Trata-se de uma forma de aliviar a pressão decorrente da discussão e da formação de consensos quando inexistente uma eticidade predominante na sociedade.

---

<sup>90</sup> Ibidem, p. 07.

<sup>91</sup> Ibidem, p. 07.

<sup>92</sup> Ibidem, p. 17.

<sup>93</sup> Ibidem, p. 18.

Contudo, essa transferência de uma consciência socialmente construída para uma consciência social ditada pelo poder judiciário representa um modelo clássico de delegação do superego.<sup>94</sup>

Referindo-se aos trabalhos acadêmicos de Herbert Marcuse, Ingeborg Maus afirma que tanto na família como na sociedade verifica-se um retrocesso na figura do pai para a formação da consciência do indivíduo e da coletividade. Significa que a sociedade é cada vez menos integrada por um poder pessoal ao qual se possa transmitir um superego de formação clássica. A socialização do indivíduo ocorre sem a presença clara e palpável do poder, ao mesmo tempo em que se torna deficiente a capacidade de exame autônomo dos mandamentos sociais do indivíduo. Nesse sentido, a sociedade órfã, de maneira paradoxal, promove a infantilização dos indivíduos e os torna suscetíveis a relações de dependência.<sup>95</sup>

Nesse contexto, a ascensão da figura do juiz dá-se de modo progressivo e relaciona-se à construção do Estado Democrático de Direito. Na transição do poder soberano absoluto para o poder soberano democrático, a sociedade não encontra no parlamento – composto de vozes dissonantes – um substituto adequado para a figura paterna do imperador.

Os ideais iluministas da Revolução Francesa têm em seu cerne a autonomia dos indivíduos e a preexistência dos direitos de liberdade em relação ao poder estatal. Nesse sentido, o poder do Estado torna-se um delegatário da vontade popular soberana, somente podendo constituir como lei aquilo que os cidadãos livres decidiram para si mesmos.<sup>96</sup>

Essa concepção rompe com a hierarquia base da família, centrada na figura do pai, a qual restou socialmente reproduzida no Estado absoluto pela figura do imperador. Com a soberania popular, a relação entre o Estado e os cidadãos inverte a lógica do relacionamento familiar natural, porque o poder do pai, titularizado pelo Estado, passa a derivar do direito de liberdade dos filhos, os cidadãos, e passa a ser por eles limitado.<sup>97</sup>

A soberania legislativa do povo tem o sentido próprio de garantir a esfera de liberdade dos indivíduos, tidos como livres para realizar o que não é proibido pela lei. A clareza da legislação torna-se imprescindível para evitar intervenções estatais arbitrárias,

---

<sup>94</sup> Ibidem, p. 18.

<sup>95</sup> Ibidem, p. 15.

<sup>96</sup> Ibidem, p. 20.

<sup>97</sup> Ibidem, p. 20.

especialmente por parte do poder judiciário, do que resulta a máxima restrição à interpretação das normas jurídicas. O juiz transforma-se na boca da lei e os casos de obscuridade são solucionados pela interpretação autêntica do legislador.<sup>98</sup>

À época, a filosofia iluminista da autonomia do indivíduo, desenvolvida por Kant a partir do princípio do imperativo categórico, sustenta que o procedimento de universalização de máximas morais de ação deve ser manejado por cada indivíduo de modo autônomo.<sup>99</sup> Assim, o homem deve se comportar como uma instância moral autônoma em relação à moral convencional, da mesma forma que é chamado à autolegislação nos processos de criação jurídica.<sup>100</sup>

A preponderância da legislação como única fonte legítima do direito altera-se com o incremento dos conceitos jurídicos indeterminados e das normas jurídicas com elevada carga axiológica, porquanto tais fatores ampliam a complexidade do processo hermenêutico de compreensão e de aplicação do direito.

Ao invés de se amparar no direito posto, a determinação das liberdades paulatinamente transfere-se para a interpretação judicial. Assim, a justiça do princípio da igualdade passa a ser identificada com a pessoa imaculada do juiz justo, ao qual incumbe, por meio da interpretação de um ordenamento axiológico, alcançar uma decisão justa.<sup>101</sup>

Da autodeterminação ínsita ao processo político-legislativo, a definição dos direitos fundamentais é entregue ao poder judiciário, que incorpora a função de instância moral superior de toda a sociedade e relega aos cidadãos a condição de meros destinatários de

---

<sup>98</sup> Ibidem, p. 20-21.

<sup>99</sup> Nas palavras de Kant, *daí se segue incontestavelmente: que todo ser racional, enquanto fim em si mesmo, tem de poder se considerar, com respeito a quaisquer leis a que possa estar submetido, ao mesmo tempo legislando universalmente, porque é exatamente essa conveniência de suas máximas para a legislação universal que o distingue como um fim em si mesmo; do mesmo modo, segue-se daí também que a dignidade deste (sua prerrogativa) diante de todos os seres meramente naturais implica que ele tenha de tomar as suas máximas sempre do ponto de vista de si mesmo, mas, ao mesmo tempo, do ponto de vista de todo outro ser racional enquanto legislante (os quais, por isso mesmo também se chamam pessoas). Ora, dessa maneira é possível um mundo de seres racionais (mundus intelligibilis) como um reino dos fins, e isso pela própria legislação de todas as pessoas enquanto membros. Conseqüentemente todo ser racional tem de agir como se fosse sempre, através de suas máximas, um membro legislador do reino universal dos fins. O princípio formal dessas máximas é: “age como se a tua máxima devesse servir ao mesmo tempo de lei universal (de todos os seres racionais)”*. In: KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Guido Antônio de Almeida. São Paulo : Discurso Editorial/Bacarolla, 2009. p. 277-279.

<sup>100</sup> Ibidem, p. 22.

<sup>101</sup> Ibidem, p. 17-18 e 23.

suas decisões, suprimindo-lhes qualquer possibilidade de crítica ou de vinculação à vontade popular.<sup>102</sup>

A reaproximação entre direito e moral e a confiança autoritária no poder judiciário são sustentadas por importantes teorias do direito da atualidade, a exemplo da teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin.

O autor defende que o conceito de direito não é factual ou meramente descritivo, mas normativo e interpretativo; um conceito interpretativo de valor, como também o são a liberdade, a democracia e a justiça.<sup>103</sup> O direito é fruto de uma interpretação construtiva que tem como propósito apresentar, em sua melhor luz, o objeto ou a prática a serem interpretados (ou seja, o próprio direito), a partir do princípio da integridade.

Sua teoria destina-se a oferecer um princípio justificativo para a prática do direito e, em última instância, para o uso legítimo da força,<sup>104</sup> estabelecendo uma relação entre o direito, a coerção e a política. Dworkin sustenta que direitos e responsabilidades decorrem de decisões anteriores e, por isso, têm valor legal, não apenas quando estão explícitos nessas decisões, mas quando procedem dos princípios de moral pessoal e política que essas decisões pressupõem como justificativa.<sup>105</sup> Isso significa que os direitos legais são o produto de decisões políticas (legislativas ou judiciais) que refletem a moralidade política da comunidade, segundo a história das suas práticas jurídicas.

Nesse contexto, a integridade sustenta-se sob dois princípios políticos basilares: um princípio legislativo, que demanda aos legisladores tornar o conjunto de leis coerentes, e um princípio jurisdicional, que demanda aos juízes interpretarem a lei, tanto quanto possível, de modo coerente.<sup>106</sup>

A teoria de Dworkin, ao desenvolver o direito a partir da ideia de integridade, pretende reunir num sistema único e coerente de princípios as opções políticas da comunidade sobre equidade, justiça, devido processo legal e fraternidade. Nesse modelo, os valores morais

---

<sup>102</sup> Ibidem, p. 23.

<sup>103</sup> DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo : Martins Fontes, 2010. p. 212.

<sup>104</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. 2 ed. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo : Martins Fontes, 2010. p. 113.

<sup>105</sup> Ibidem, p. 119 e 120.

<sup>106</sup> Ibidem, p. 213.

e políticos não se apresentam como valores alheios aos valores jurídicos, mas como elementos legitimadores do próprio direito de uma comunidade.

Isso não significa que o autor não reconheça uma diferença entre os discursos jurídico, político e moral. O discurso jurídico é independente da moral e da política, mas somente no sentido de que também os princípios morais e as finalidades políticas podem ser traduzidos para a linguagem do direito e conectadas ao código jurídico. Não obstante, por trás dessa uniformidade do código, oculta-se um complexo sentido de validade do direito legítimo, o qual explica porque, no caso de decisões sobre princípios, os discursos jurídicos admitem argumentos extralegais, ou seja, considerações de tipo pragmático, ético e moral, introduzidos mediante argumentos jurídicos.<sup>107</sup>

Disso resulta que, ao decidirem casos difíceis (que não possuem correspondência legislativa explícita), os juízes não criam direitos novos, mas interpretam construtivamente direitos que já estão implicitamente assegurados pela comunidade política e que decorrem de princípios e direitos morais, cuja base assenta-se no direito à igual consideração e respeito.

A interpretação construtiva de Dworkin deve ser compreendida a partir da sua tese dos direitos como trunfos políticos. Para o autor, os cidadãos possuem direitos para além daqueles que a lei lhes outorga. São direitos morais historicamente reconhecidos pela comunidade aos seus membros (direitos em sentido forte) e que frequentemente são transformados em direitos jurídicos pela Constituição. Não obstante, a noção de integridade permite considerar esses direitos morais como integrantes da esfera de proteção jurídica dos indivíduos, independentemente de positivação.

Sob esse prisma, a interpretação construtiva não autorizaria o juiz Hércules a criar direitos jurídicos a partir de suas concepções políticas ou morais subjetivas. Ao contrário, esse processo interpretativo obrigá-lo-ia a buscar na comunidade de princípios a solução mais adequada (correta) para o caso, considerando as práticas políticas e jurídicas dessa comunidade.

Sob tais pressupostos teóricos, a ideia de integridade reforça a preponderância do poder judiciário na definição do direito, legitimando-o como instância moral superior de toda a sociedade.

---

<sup>107</sup> HABERMAS, JÜRGEN. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. 2 ed. v. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 2010. p. 257.

Pretender que os juízes sejam responsáveis por apreender a moral política da comunidade – se é que se pode considerar a existência de uma eticidade predominante – significa transferir ao poder judiciário a competência de institucionalizar o direito por meio da decisão judicial utilizando-se livremente de discursos pragmáticos, ético-políticos e morais, substituindo-se ao legislador e aos próprios cidadãos. Significa legitimar o juiz a determinar um direito superior, moralmente qualificado, em detrimento de processos democráticos de formação do consenso.

As possibilidades de um decisionismo judicial e a preponderância da atividade dos juízes também estão presentes em teorias positivistas.

Em sua teoria pura, Hans Kelsen defende que o conceito de direito reduz-se ao sistema normativo, na medida em que esse conjunto de normas constitui o objeto específico da ciência jurídica, não se reportando a nenhuma ordem moral como fundamento de validade.

Tal sistema jurídico restringe o conceito de validade das prescrições jurídicas à observância dos procedimentos fixados para a normatização do direito. As normas são válidas porque proclamadas segundo as regras previamente estabelecidas pelas instituições competentes, de modo que a validade de uma norma apenas pode ser fundamentada em outra norma superior, também jurídica. Ao final desse processo escalonado, a legitimidade do próprio sistema jurídico é transportada para uma norma fundamental pressuposta, a qual, por ser norma, resulta do próprio sistema jurídico.<sup>108</sup>

Essa compreensão do direito como um sistema fechado possui direta repercussão no processo interpretativo das normas jurídicas. Para o autor, se interpretar é fixar cognoscitivamente o sentido do objeto interpretado, o resultado da interpretação jurídica somente pode ser a fixação de uma moldura que represente o direito a ser interpretado e, mais especificamente, as várias possibilidades interpretativas existentes dentro dessa moldura,<sup>109</sup> ou seja, dentro do sistema.

Mas Kelsen reconhece que o ato de interpretação é tanto um ato de conhecimento quanto um ato de vontade, de modo que o intérprete, diante das possibilidades interpretativas de uma norma jurídica, pode sofrer a influência de normas morais ou de justiça, juízos de

---

<sup>108</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo : Martins Fontes, 2011. p. 217.

<sup>109</sup> *Ibidem*, p. 390.

valor, interesses do Estado. Entretanto, para preservar a pureza de sua teoria, afirma que essas influências nada dizem sobre a validade da interpretação da norma jurídica, porque são determinações que não resultam do próprio direito. A este importa que o resultado da interpretação permaneça dentro da moldura, sendo a norma individual um produto da livre apreciação do julgador.<sup>110</sup>

Disso resulta que a teoria pura do direito é incapaz de lidar com as complexidades do processo hermenêutico e com um direito sobremaneira principiológico, não oferecendo uma resposta satisfatória para a legitimidade da decisão judicial que realiza escolhas morais e políticas a partir das várias possibilidades interpretativas, usurpando o poder político de autolegislação dos cidadãos.

De forma mais sofisticada, a teoria do direito de Hart sustenta-se na ideia de que o conceito de direito compreende dois tipos de normas, primárias e secundárias. As normas primárias estruturam-se segundo modais deônticos e estabelecem obrigações de fazer e não fazer. As normas secundárias outorgam poderes públicos ou privados ou, dito de outro modo, fixam competências.<sup>111</sup>

Nesse sentido, as normas secundárias situam-se num nível distinto das normas primárias e a elas se referem na medida em que são normas estruturantes do sistema (fixam o modo de criação, alteração e revogação de normas, o modo de aplicação de sanções, etc.) e permitem a aplicação das normas primárias legitimamente.

A norma secundária mais relevante é a *regra social de reconhecimento* ou *norma de reconhecimento*, definida por Hart como a fonte de toda a autoridade e a validade do direito. Com a evolução dos sistemas jurídicos, a regra social de reconhecimento torna-se mais complexa e pode definir como critério de validade do direito a competência legislativa, a prática consuetudinária, a competência para proferir decisões judiciais ou mais de um desses fatores conjuntamente. É a norma de reconhecimento que define o critério de pertencimento de uma norma ao sistema jurídico.<sup>112</sup>

---

<sup>110</sup> Ibidem, p. 393.

<sup>111</sup> HART., H. L. A. **O conceito de direito**. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo : Martins Fontes, 2012. p. 105.

<sup>112</sup> Ibidem, p. 122-123.



À regra social de reconhecimento aliam-se as *normas de modificação*, que fixam os procedimentos pelos quais as normas primárias são modificadas – processo legislativo, e as *normas de julgamento* ou *regras de adjudicação*, que fixam os procedimentos de aplicação das normas primárias e a investidura dos juízes.<sup>113</sup>

Segundo o autor, o sistema de direito que possui regras de adjudicação desenvolve uma regra social de reconhecimento de caráter elementar e imperfeito, uma vez que as normas de julgamento conferem a juízes e tribunais competência para aplicar as normas primárias e, portanto, competência para definir o próprio âmbito de aplicação dessas normas, ou seja, o seu conteúdo normativo.<sup>114</sup>

Nesse sentido, as decisões judiciais também determinam o que pertence ou não ao direito e, portanto, constituem fontes válidas de direito. Significa que a regra de adjudicação contém – em si mesma – uma regra social de reconhecimento, uma vez que confere legitimidade à competência criadora do direito atribuída a juízes e tribunais.

A partir dessa construção, Hart desenvolve um conceito de direito cuja validade sustenta-se na aceitação social de instituições às quais foi atribuída a competência para criar e modificar o direito de uma sociedade. Por representar os fundamentos políticos e jurídicos para a determinação das fontes do direito e sua respectiva hierarquia, a regra social de reconhecimento compreende a atuação continuada de processos constitucionais, de processos legislativos e de processos de adjudicação do direito, os quais, com o passar do tempo, consolidam o sistema normativo e permitem a sua atualização.

Não obstante, a regra de reconhecimento confere aos órgãos primários – aos juízes – um papel de destaque na definição do direito, uma vez que é pela aplicação reiterada das normas jurídicas que são afirmadas a sua obrigatoriedade e a sua validade perante a sociedade.<sup>115</sup>

Da mesma forma, o autor reconhece que em qualquer sistema jurídico há casos que não encontram regulamentação explícita no sistema normativo e que, em decorrência da inafastabilidade da jurisdição, está o juiz autorizado a exercer sua discricionariedade, criando

---

<sup>113</sup> Ibidem, p. 124-125.

<sup>114</sup> Ibidem, p. 126.

<sup>115</sup> No mesmo sentido: NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do direito**. Trad. Elza Maria Gasparotto. São Paulo : Martins Fontes, 2010. p. 126-131.

e aplicando um direito novo. Tal poder legislativo é limitado e restrito ao caso concreto, mas, estando devidamente fundamentada a decisão, o juiz está legitimado a decidir segundo suas próprias convicções e valores.<sup>116</sup>

Para Hart, portanto, o critério de pertencimento ao direito é definido precipuamente pela atividade interpretativa dos juízes e a discricionariedade das decisões, em casos omissos, é uma contingência do sistema. Sob tal perspectiva, sua teoria reforça a autonomização do direito em relação ao processo político-legislativo e legitima uma postura autoritária do poder judiciário ao realizar escolhas em nome da sociedade.

Mas é no conceito de sistema jurídico de Joseph Raz que os órgãos primários são investidos da maior autoridade. Segundo o autor, nem toda a lei é criada por órgãos legislativos, e muito embora a importância do processo legislativo como método de criação do direito seja característica dos sistemas jurídicos modernos, não se constitui em característica de todos os sistemas. De outro lado, todo sistema jurídico institui órgãos aplicadores da lei, aos quais incumbe definir o direito por meio do critério de pertinência da norma ao sistema.<sup>117</sup>

A teoria de Raz parte do princípio de que todo o sistema jurídico institui no mínimo um órgão aplicador do direito, o que assegura a sua natureza institucional. E o critério de validade das normas jurídicas resulta do critério de pertencimento, baseado em dois conceitos fundamentais: *órgãos primários de aplicação da lei e reconhecimento da lei*. O órgão primário de aplicação da lei é o órgão autorizado a decidir se o uso da força, em certas circunstâncias, é permitido ou proibido pela lei, desde que a sua decisão seja condição para a execução de uma sanção contra o violador.<sup>118</sup>

Na concepção do autor, as leis constituem apenas parte das razões que fundamentam as decisões dos órgãos primários, uma vez que estes podem utilizar como razões a verificação de fatos, considerações sobre justiça, entre outros. Ademais, os órgãos primários não se limitam a aplicar leis preexistentes; podem criar novas leis e aplicá-las. A fonte da lei é indiferente, porque o aspecto mais relevante é o critério de pertinência, dado pela autoridade do órgão primário para reconhecer quais leis integram e quais não integram o sistema jurídico.

---

<sup>116</sup> HART., H. L. A. **O conceito de direito**. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo : Martins Fontes, 2012. p. 351-356.

<sup>117</sup> RAZ, Joseph. **O conceito de sistema jurídico**: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos. Trad. Maria Cecília Almeida. São Paulo : Martins Fontes, 2012. p. 255.

<sup>118</sup> *Ibidem*, p. 257-258.

O critério de pertinência desenvolvido por Raz assemelha-se à regra de reconhecimento de Hart, mas há distinções. Analisando a construção de Hart, Raz afirma que a regra de reconhecimento é um dever ser interpretado como uma lei que impõe deveres e que não se dirige à população, mas às autoridades encarregadas de aplicar e executar as leis. Assim, é a conduta das autoridades, e não a conduta da população como um todo, que determina se a norma de reconhecimento existe.<sup>119</sup>

A divergência de Raz está precisamente no fato de que, para Hart, a validade de uma norma qualquer deve ser aferida a partir do critério de validade de outra norma. Diferentemente, Raz entende que o critério de validade de uma norma é um critério jusfilosófico. Assim, as normas jurídicas pertencem ao sistema não porque existe uma norma de reconhecimento, mas porque são reconhecidas como normas jurídicas pelos órgãos primários.<sup>120</sup>

A centralidade dos órgãos primários na teoria de Raz praticamente reduz o conceito de direito ao produto das decisões judiciais, atribuindo papel secundário e dispensável ao direito criado pelo processo político-legislativo, e aproxima-se sobremaneira das teorias do realismo jurídico.<sup>121</sup>

Tais análises demonstram que as teorias do direito evoluem no sentido de legitimar a autonomização do direito, desprestigiando a legislação como fonte de normatividade. A autopoiese do sistema jurídico centra-se cada vez mais na reprodução promovida pelo poder judiciário, por meio de processos hermenêuticos ou de suprimento de lacunas, ao invés de se centrar na reprodução promovida pelo poder legislativo, decorrente de processos institucionalizados de formação de consensos.

Mais que isso, por definir os limites normativos de sua competência a partir de suas próprias decisões, os tribunais constitucionais passam a se utilizar de princípios suprapositivos e de métodos de interpretação – razoabilidade, proporcionalidade – não

---

<sup>119</sup> Ibidem, p. 266.

<sup>120</sup> Ibidem, p. 267.

<sup>121</sup> O realismo jurídico pode ser sinteticamente definido como uma corrente do pensamento jurídico, desenvolvida nos Estados Unidos e nos países escandinavos, que expressa uma atitude cética perante as normas jurídicas. Para os seus defensores mais radicais, o direito é o produto da atividade dos juízes, refutando-se a própria ideia de norma jurídica. Numa linha mais moderada, pode-se dizer que os realistas reconhecem a existência das normas jurídicas, mas tão somente aquelas extraídas de decisões judiciais. O critério de pertencimento de uma norma ao sistema jurídico é dado pelo reconhecimento da sua validade nas decisões judiciais, ou seja, pela possibilidade de sua aplicação pelos juízes. Ver, por exemplo: NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do direito**. São Paulo : Martins Fontes, 2010. p. 50-57.

explícitos, mas extraídos interpretativamente do texto constitucional, submetendo todas as demais instâncias políticas à constituição por ele interpretada, enquanto se isenta de todas as vinculações jurídico-constitucionais.<sup>122</sup>

Com um conceito de constituição assim delineado, o tribunal está livre para tratar de quaisquer questões sociais litigiosas a respeito das quais haja decisão material na constituição *corretamente interpretada*, disfarçando um decisionismo por meio da invocação de um *ordenamento de valores* contido na lei fundamental.<sup>123</sup> Assim é que o Supremo Tribunal Federal decide sobre composição das câmaras municipais, fundo de participação dos estados, distrito federal e municípios, pesquisas com células tronco, aborto de feto anencefálico, união estável entre pessoas do mesmo sexo, cotas raciais, entre outros casos que envolvem discursos pragmáticos, ético-políticos e morais.

Essa realidade, quando confrontada com demandas sociais por uma justiça mais efetiva, encerra o círculo da delegação do superego coletivo. Isso porque a jurisdição constitucional assume, cada vez mais, traços que correspondem ao desenvolvimento natural da consciência no sentido referido por Freud, ou seja, torna-se portadora da tradição, conservadora da própria jurisprudência, à qual se reporta de forma autorreferencial.<sup>124</sup>

Com a redução dos espaços autônomos isentos de direito, verifica-se uma transferência da pressão social de base do parlamento para os tribunais, os quais se investem da figura paterna para afirmar os princípios de uma *sociedade órfã de pai*.<sup>125</sup>

Nesse cenário, as leis são reconhecidas pelos juízes como meros elementos ou premissas do conteúdo normativo fixado na decisão judicial e, progressivamente, o direito se autonomiza do processo político-legislativo. A própria desconfiança do poder judiciário em relação à atividade política e em relação à competência técnica do parlamento, sentimento que encontra guarida na sociedade, reforça a atuação independente do judiciário para prestar jurisdição em nome do povo.

---

<sup>122</sup> MAUS, Ingeborg. **O judiciário como superego da sociedade**. Trad. Geraldo de Carvalho, Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro : *Lumen Juris*, 2010. p. 25.

<sup>123</sup> *Ibidem*, p. 26.

<sup>124</sup> *Ibidem*, p. 24 e 26-27.

<sup>125</sup> *Ibidem*, p. 39.

#### **1.4 A refeudalização do processo político e a autonomização do direito: o retorno ao modelo pré-democrático de sociedade e o declínio do princípio (metafísico) da soberania popular**

Segundo Ingeborg Maus, as inconsistências da interpretação do pensamento de Kant, especialmente em relação ao direito de resistência, considerado por ele como de natureza pré-jurídica, impedem a percepção de que foi justamente com a sua teoria que se desenvolveu a transição para o princípio pós-tradicionalista da soberania popular.<sup>126</sup>

Ao considerar o ressurgimento do direito de resistência em sistemas representativo-democráticos da atualidade, Maus sustenta que esses movimentos de base social (a exemplo dos movimentos anticoloniais, dos movimentos negros por direitos civis e dos movimentos contra ditadura, entre outros) remetem a um instituto jurídico derivado de formas de organização pré-democráticas e de socializações feudais, relacionado a uma ordem jurídica indisponível a princípio.<sup>127</sup>

De fato, o direito de resistência pré-moderno era reiteradamente utilizado para manter privilégios em face das inovações absolutistas. Segundo Maus, esse viés tradicionalista-conservador está presente também nos movimentos de base modernos, nos quais se busca a manutenção do que está constituído, ou seja, a defesa da constituição existente.

Entretanto, a defesa do *perene* revela em si um déficit democrático. Com o advento do iluminismo, o poder soberano tornou-se simultaneamente o protetor da constituição existente e o poder legislativo constitucional e permanentemente eficaz<sup>128</sup>, tornando completamente inócua a consideração do direito de resistência em sociedades pós-democráticas.

---

<sup>126</sup> MAUS, Ingeborg. **O Direito e a Política**: Teoria da democracia. Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte : Del Rey, 2009. p. 25.

<sup>127</sup> *Ibidem*, p. 26.

<sup>128</sup> *Ibidem*, p. 27.

A partir do inegável distanciamento das sociedades atuais em relação ao período moderno e das deficiências da teoria clássica da democracia representativa para explicar as relações entre o direito e a política, a autora atribui a restauração do direito de resistência pré-moderno a uma refeudalização da sociedade industrial, já diagnosticada por Marx, e caracterizada por uma crescente descentralização das estruturas políticas de decisão e pelo seu enredamento com complexos sociais de organização.<sup>129</sup>

Adequando-se a essa tendência fática de refeudalização das sociedades atuais, em decorrência da diferenciação funcional dos sistemas, reconstroem-se as bases para a soberania medieval do direito, uma vez que é cada vez mais marcante a sua emancipação em relação ao processo político-legislativo.<sup>130</sup>

Significa que a constituição não mais representa um conjunto de compromissos políticos que justificam futuras decisões jurídicas, mas sim um conjunto de modelos certos e pré-definidos que, a partir da interpretação judicial das cortes constitucionais, transforma os atos legislativos do parlamento em produto derivado, conferindo nítida primazia à exegese constitucional em detrimento dos processos políticos e sociais de fundamentação e decisão.<sup>131</sup>

Ao tratar da justiça como guardiã da constituição, Carl Schmitt analisa criticamente a atuação da Suprema Corte norte-americana na interpretação de princípios gerais e alerta para o déficit democrático de uma guardiã da ordem econômica e social a princípio não discutível perante o Estado.<sup>132</sup>

Assim é que a substancialização das constituições democráticas e o reconhecimento de sua força normativa transformam o momento constituinte no único ato legislativo de exercício da soberania popular.<sup>133</sup>

Se no período feudal a soberania do direito frente à política justificava-se pela ausência da noção de soberania popular como autolegislação e autodeterminação, no contexto atual a preponderância do direito representa a substituição anacrônica da democracia e o

---

<sup>129</sup> Ibidem, p. 27.

<sup>130</sup> Ibidem, p. 28.

<sup>131</sup> Ibidem, p. 28.

<sup>132</sup> SCHMITT, Carl. **O guardião da constituição**. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte : Del Rey, 2007. p. 21-22.

<sup>133</sup> MAUS, Ingeborg. **O Direito e a Política**: Teoria da democracia. Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte : Del Rey, 2009. p. 29.

impedimento para o desenvolvimento do processo político, uma vez que as constituições substancializadas representam uma imposição jurídica insuficientemente democratizada.<sup>134</sup>

A autonomia pública dos cidadãos, enquanto coautores e destinatários da ordem jurídica, tem se resumido ao momento constituinte, já que a validade dos atos legislativos editados pelo parlamento não tem como parâmetro o procedimento discursivo de formação de consenso, mas a interpretação judicial realizada pelos tribunais. Assim, o processo político-legislativo é relegado a um plano secundário no ambiente democrático.

Segundo Maus, esse fenômeno torna-se evidente pelo jogo conjunto travado entre os movimentos sociais e os tribunais. Esses movimentos de base utilizam-se do instituto feudal do direito de resistência para provocar a atuação judicial ou, em alguns casos, já submetem suas práticas à doutrina judicial dominante. Ao violarem simbolicamente a ordem vigente, provocando a manifestação do judiciário, ou ao se aliarem à ideologia por ele reforçada, o agir desses movimentos não busca construir um espaço livre para a discussão e para a formação da vontade que resultaria em modificação legislativa. Ao contrário, optam imediatamente pela via judicial.<sup>135</sup>

Da mesma forma, as minorias parlamentares contrapõem-se às perdas inerentes ao processo político democrático mediante a provocação do poder judiciário para que decida sobre a inconstitucionalidade dos atos legislativos.

Nesse processo, o direito cada vez mais se distancia do momento democrático representado pelo processo político-legislativo, devolvendo-se a iniciativa de sua criação e de seu desenvolvimento aos tribunais.

Essa aproximação da nossa sociedade às sociedades feudais produz consequências sérias, especialmente sob o prisma democrático, considerando as contingências de contextos sociais altamente complexos e pluralistas.

Às dificuldades da descentralização do processo político, resultante da contínua especialização funcional e da formação de subsistemas políticos no interior dos demais sistemas (CITAR EXEMPLOS), aliam-se as dificuldades de um direito construído judicialmente por meio de conflitos isolados, porque os tribunais não são capazes de assegurar

---

<sup>134</sup> Ibidem, p. 29.

<sup>135</sup> Ibidem, p. 29.

uma aplicação uniforme das normas jurídicas, tampouco de prever adequadamente as consequências de suas decisões.

Essa utilização estatal-judicial do direito revela uma compreensão deturpada da democracia como sinônimo de confiança autoritária na justiça, dispensando legislação democrática e consenso empírico. À semelhança da tradição medieval, pretende-se limitar a arbitrariedade do poder político por meio da indisponibilidade do direito material e não por meio do processo democrático.<sup>136</sup>

A soberania do direito em relação ao processo político-legislativo tem um sentido específico para a soberania popular, que fica limitada ao momento de concepção da lei fundamental, a qual, em decorrência de sua força normativa, efetiva-se no âmbito do sistema do direito. Significa que a conformação do texto constitucional torna-se uma atividade interpretativa dos tribunais e não uma manifestação política do poder soberano.

É exatamente nesse sentido que a autonomização do direito torna-se paradoxal nas sociedades democráticas. O constitucionalismo atual pretende refutar o caráter pré-estatal e pré-jurídico da soberania popular, desconsiderando que a ordem jurídico-constitucional somente possui validade sob o princípio da soberania popular, enquanto e porque o soberano democrático ainda não a modificou.<sup>137</sup>

O princípio da soberania popular é justamente incompatível com a ideia de que a ordem jurídica possa se legitimar a si mesma. Significa que, quanto maior a preponderância da ordem jurídica sobre a ordem política, maior será o declínio do princípio metafísico da soberania popular.

Na teoria dos sistemas, a repressão da soberania democrática é representada pela autopoiese do direito (autorreprodução conceitual), que caracteriza a reprodução recursiva de um sistema jurídico que se desenvolve seguindo as próprias coerções de anexação, protegendo seus limites de sistema contra inovações adversas e, desse modo, impondo sua soberania contra o resto da sociedade.<sup>138</sup>

---

<sup>136</sup> Ibidem, p. 31.

<sup>137</sup> Ibidem, p. 33.

<sup>138</sup> Ibidem, p. 33.



É justamente por isso que o instituto do direito de resistência em Kant é considerado pré-jurídico, porque consistia um instrumento de resistência à supremacia do direito medieval. Nas sociedades pós-democráticas, em que o princípio da soberania popular possui natureza pré-jurídica e representa o poder de autolegislação dos cidadãos, não há sentido algum em se restabelecer o direito de resistência como um instrumento de conservação do direito vigente contra o poder político.

É que o direito é resultado do exercício do poder político soberano e nele encontra o seu fundamento racional. Portanto, a autonomização do direito e a sua supremacia em relação ao processo político acarreta necessariamente a usurpação do princípio metafísico da soberania popular e, conseqüentemente, a restrição da capacidade de autodeterminação política e jurídica dos cidadãos.

## CAPÍTULO 2 – A DIGNIDADE DA LEGISLAÇÃO: O RESGATE DA LEGITIMIDADE POR MEIO DA LEGALIDADE

A partir do paradoxo consubstanciado no retorno às características de uma sociedade feudal pré-democrática, na qual cada vez mais as instâncias de decisão política pulverizam-se e o direito distancia-se do processo político-legislativo, o resgate da legitimidade por meio da legalidade distancia-se da concepção moderna de legitimidade democrática pela via da representação para assegurar um caráter emancipatório<sup>139</sup> legislação em face de uma racionalidade dialógica, exercitada por cidadãos autônomos, que se reconhecem como autores e destinatários da ordem jurídica.

Reaproxima-se, assim, a legislação de um sentido pós-moderno e pós-metafísico de soberania popular, no qual o Estado Democrático de Direito encontra o seu fundamento de

---

<sup>139</sup> Adota-se a expressão *caráter emancipatório da racionalidade legislativa* a partir das reflexões de Jürgen Habermas acerca da relação entre conhecimento, interesse e racionalidade comunicativa. Ao afastar a intenção sistemática da doutrina da ciência, em face da qual os indivíduos são pensados como seres solitários, contemplativos de um *eu* que produz absolutamente ao mundo e a si mesmo, Habermas parte da fenomenologia de Hegel para compreender o indivíduo como um ser que percorre os estágios da consciência como os estágios da reflexão. Nesse sentido, o movimento da reflexão que toma a consciência empírica como ponto de partida une razão e interesse. O processo de formação do ser depende simultaneamente de condições subjetivas e de condições objetivas, ou seja, depende de condições de societarização individualizadora de particulares interagindo e, de outro lado, da ‘troca metabólica’ entre agentes comunicativos e um meio que precisa estar tecnicamente disponível. Para o autor, na medida em que o interesse da razão pela emancipação (que faz parte do processo formativo e ultrapassa a reflexão) volta-se para a efetivação das condições peculiares à interação, mediatizada por símbolos e própria ao agir instrumental, ele (o interesse) assume a forma restrita do interesse inerente ao conhecimento prático e técnico. Assim, o interesse emancipatório depende dos interesses que orientam ações intersubjetivas possíveis e controlam a disponibilidade técnica. In: **Conhecimento e interesse**. Trad. José N. Heck. Rio de Janeiro : Zahar Editores, 1982. Cap. III. p. 230-233. Há que se observar que Habermas, a partir da sua teoria do agir comunicativo, submete o próprio método Kantiano a uma guinada, porque, em vez de abordar o conhecimento segundo uma razão centrada no sujeito singular ou numa consciência transcendental, propõe que o sujeito, ao tentar conhecer um objeto, interaja com outros sujeitos e produza um conhecimento racional produto de um intercâmbio linguístico. Assim, para Habermas o conhecimento surge da interação de sujeitos dotados de fala e ação, ou seja, dotados de competência comunicativa, e é a partir dessas relações intersubjetivas que se tornam possíveis processos de entendimento. Essas regras pragmáticas do uso da linguagem voltado para o entendimento constituem um saber pré-teórico, hipotético e sempre passível de crítica, do qual se servem os sujeitos para a aquisição e a utilização do saber. Sob essa perspectiva, a racionalidade adotada na teoria do agir comunicativo relaciona-se aos pressupostos pragmático-formais da comunicação, dotados de pretensão de universalidade, mas cujo critério está constantemente sujeito à crítica e à revisão. Ver: HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo: racionalidade da ação e racionalização social**. v. I. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo : Martins Fontes, 2012. A partir de tais perspectivas, é possível pensar o caráter emancipatório e libertador da racionalidade comunicativa no sentido de que o conhecimento constitui um saber intersubjetivamente partilhado, sempre passível de aperfeiçoamento e de reconstrução por sujeitos comunicativos. Conforme as pretensões deste trabalho, o caráter emancipatório da racionalidade legislativa repousa justamente no fato de a legislação ser o produto do exercício comunicativo do poder político de cidadãos que, mediante um processo político-legislativo discursivo, responsabilizam-se pela construção e pelo aperfeiçoamento constante da ordem jurídica.

validade na possibilidade de transformação do poder comunicativo em poder administrativo pela ação comunicativa dos cidadãos, a partir da ideia de cooriginalidade entre soberania e direitos fundamentais, resgatando-se a importância da interação entre parlamento e esfera pública nos processos políticos de formação da vontade política e, conseqüentemente, a dignidade da legislação.

## **2.1 Estado de Direito e soberania popular: uma análise da relação entre o direito e a política à luz do poder comunicativo**

A teoria sistêmica de Luhmann compreende a sociedade como o sistema mais abrangente, no interior do qual se desenvolvem os demais subsistemas ou sistemas parciais. As comunicações (síntese da informação, mensagem e compreensão) são as unidades elementares de todos os sistemas sociais e desenvolvem-se no ambiente do sistema e dos seus subsistemas. São comunicações sobre o ambiente e também comunicações com o ambiente.<sup>140</sup> Quando um sistema diferencia-se por meio de uma estrutura de código binário – positivo e negativo, as unidades elementares de comunicação reproduzem-se internamente e distinguem-se das comunicações externas. O sistema parcial torna-se operacionalmente fechado, embora se mantenha cognitivamente aberto.

Nesse sentido, as comunicações que se estabelecem entre os sistemas parciais ou entre um sistema parcial e o ambiente do sistema social são comunicações parciais, que inviabilizam uma reflexão sobre a sociedade como um todo. A diferença entre sistema e ambiente apresenta-se nos diversos subsistemas sociais autopoieticos, cada qual com uma perspectiva própria do mundo e da sociedade. É por isso que a sociedade, para a teoria sistêmica, apresenta-se como multicêntrica ou policontextual.<sup>141</sup>

---

<sup>140</sup> NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma difícil relação. 3 ed. São Paulo : Martins Fontes, 2013. p. 67. No mesmo sentido, ver: HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. 2 ed. v. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 2010. p. 70-78.

<sup>141</sup> *Ibidem*, p. 67.

Sob esse prisma, o direito torna-se um sistema autogerido e a comunicação entre o jurídico e o injurídico perde o seu sentido social-integrador, ou seja, não pode ser reportada a processos de entendimento motivados racionalmente. A validade do direito deduzida internamente desconsidera pretensões de validade que exorbitam o direito posto, de modo que as interferências empiricamente observáveis do processo político, da esfera pública e da cultura política são comunicações não reconhecidas pelo sistema jurídico e tampouco constituem fonte de sua legitimação.<sup>142</sup>

Essa crítica à teoria de Luhmann relaciona-se com a compreensão da soberania popular sob o viés exclusivamente jurídico, ou seja, como atribuição de direitos fundamentais oponíveis ao Estado, restringindo o exercício do poder do povo exclusivamente à representação no momento constituinte, à participação no processo eleitoral e, eventualmente, aos referendos e aos plebiscitos.

Tal concepção corrobora a ideia de que o povo aparece na teoria jurídica da democracia como um elemento imóvel e sem vida, como um conceito metafísico da teoria da soberania popular, o qual tem o propósito específico de justificar as futuras decisões do Estado.

Sob essa perspectiva, afirma-se criticamente que as constituições modernas repousam sua pretensão à legitimidade no ato fundador constituinte, partindo-se da ideia de que esse poder conduziria a sociedade ao apogeu civilizatório, cultural e organizativo. Por meio da constituição, seria reedificado o Estado e reconfigurados os propósitos da sociedade, sendo constituídas e fundamentadas todas as relações a ela subjacentes. Esse arranjo contém em si um simulacro da teoria da constituição, consubstanciado na tentativa de transformar um consenso sobre a forma de constituir e ordenar o sistema jurídico, obtido em dado momento histórico, em algo atemporal. Transforma-se o processo comum de formulação de normas jurídicas em ato fundador, a partir do qual os questionamentos e os problemas posteriores são solucionados pela remissão incontestada e necessária a tal estrutura.<sup>143</sup>

Encerrado o ato constituinte, desprestigia-se o fato de que são os sujeitos, em ato soberano, que conferem existência e autorizam o exercício potestativo do poder constituinte.

---

<sup>142</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. 2 ed. v. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 2010. p. 75-77.

<sup>143</sup> MOREIRA, Luiz; BIGONHA, Antonio Carlos Alpino. Apresentação – Direito e democracia. p. ix-x. In: ACKERMAN, Bruce. **A nova separação de poderes**. Trad. Isabelle Maria Campos Vasconcellos; Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro : *Lumen Juris*, 2009.

Este não é, portanto, sede de poder algum, mas tão somente detém o exercício de uma faculdade que emana diretamente dos sujeitos de direito. Desse modo, a disposição dos sujeitos de direito em atribuir obrigatoriedade às normas jurídicas constitui um processo de ordenação da própria liberdade e jamais pode resultar em um processo de alienação.<sup>144</sup>

Se, por um lado, os ideais de liberdade e de autonomia consolidados na modernidade representam significativo avanço ao encerrar um prolongado período de submissão do homem à natureza e ao divino, por outro, sob a pretensa emancipação de um cidadão titular de direitos, que voluntariamente adere ao pacto social, constrói-se uma estrutura política, jurídica, econômica e social que, em última instância, acaba por submeter o homem a um novo processo de alienação.

É nesse sentido que Adorno e Horkheimer sustentam que o despertar do sujeito tem por preço o reconhecimento do poder como o princípio de todas as relações. Tidos como soberanos da natureza, o deus criador e o espírito ordenador se igualam. A imagem e semelhança divina do homem consistem na soberania da existência, no olhar do senhor e no comando. Assim é que o mito transforma-se em esclarecimento. O preço do aumento de poder é a alienação sobre aquilo em face do que exercem o poder. O esclarecimento torna-se um ditador em face do objeto, na medida em que pode manipulá-lo. Alteram-se apenas as formas de dominação.<sup>145</sup>

Para esses autores, a redução do pensamento a uma aparelhagem matemática, ou seja, o triunfo da racionalidade objetiva e a submissão de todo o ente ao formalismo lógico têm como consequência a subordinação obediente da razão ao imediatamente dado.<sup>146</sup>

Nesse contexto, o preço da dominação não se restringe à alienação dos homens em relação aos objetos. A coisificação do espírito faz com que o homem se aliene de si mesmo. A dominação econômica contribui para esse processo. Com a consideração mercadológica de todas as coisas, com a produção em massa e com a disseminação da cultura do consumismo, o homem passa a ser definido socialmente pelo sucesso ou insucesso da sua

---

<sup>144</sup> Ibidem, p. x-xi.

<sup>145</sup> ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento**: Fragmentos filosóficos. p. 7. Disponível em <http://antivalor.vilabol.uol.com.br>

<sup>146</sup> Ibidem, p. 15.

função. Estabelece-se, assim, um padrão único de comportamento que se impõe como racional, como normalidade, a todos os indivíduos.<sup>147</sup>

A racionalidade transcendental de Kant, sob o pretexto de libertar os homens da sua menoridade, acaba por contribuir para esse processo de alienação. O autor desconsidera que os homens encontram-se em oposição uns aos outros e, muitas vezes, não comungam da mesma razão. Para contornar essa realidade, Kant apresenta a distinção entre razão teórica e razão prática (entre ego transcendental e ego empírico). Aquela (a razão teórica) contém em si a ideia de que os homens convivem entre si como livres e iguais, pautados por princípios universais, relegando ao mundo empírico toda a sorte de conflitos.<sup>148</sup>

A ideia de uma racionalidade transcendental, sustentada na neutralidade, serve ao propósito de manter o *status quo* e de perpetuar a manipulação do homem na sociedade baseada no capital e no trabalho.

A esse respeito, Karl Marx demonstra criticamente as contradições internas de uma sociedade moderna sustentada na concepção burguesa de cidadania. A partir da distinção constante na declaração revolucionária francesa entre direitos do homem e direitos do cidadão, o autor revela a distinção entre o indivíduo, cuja posição na sociedade civil era determinada pela desigual distribuição de bens, e o cidadão burguês, titular de direitos iguais na comunidade política. Assim, a ideologia burguesa trai os ideais revolucionários, uma vez que a cidadania burguesa constitui uma exaltação ao egoísmo, desconsiderando que todos os homens integram igualmente a espécie humana. Para Marx, a autenticidade da função libertadora do conceito de cidadania vê-se desmentido.<sup>149</sup>

Se o discurso da cidadania no projeto da modernidade fracassa em assegurar uma igualdade formal aos cidadãos, livrando-os da opressão política, pode-se dizer que também fracassa no Estado Social, em que pretende estender o ideal de emancipação iluminista ao domínio econômico, eliminando obstáculos dessa natureza que impedem ou dificultam o exercício efetivo das liberdades pelos cidadãos.<sup>150</sup>

---

<sup>147</sup> Ibidem, p. 16.

<sup>148</sup> Ibidem, p. 41.

<sup>149</sup> LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *Ciberciudadaní@ o ciudadaní@.com?* Barcelona : Editorial Gedisa, 2004. p. 30-31.

<sup>150</sup> Ibidem, p. 34.

Outro aspecto relevante é que, na modernidade, o exercício do poder político resulta no arranjo – vigente até os dias de hoje – da representação. Com as revoluções do século XVIII, universaliza-se a associação do conceito de representação ao conceito de democracia. Ao conceito de representação política atribui-se o significado de uma autorização, no sentido de tornar o representado presente na ação do representante, que age pelo representado como se ele próprio estivesse agindo.<sup>151</sup>

Esse sentido de representação possui, em si, um paradoxo, uma vez que fazer presente o ausente significa que alguém não está, em certo sentido, presente. Em outras palavras, o paradoxo está na simultaneidade da presença e da ausência na representação. E ambas justificam-se e validam-se reciprocamente: a presença do representante justifica-se e valida-se na ausência do representado e a ausência deste se justifica e se valida na presença do representante. Num sentido mais complexo, a ausência do representado impõe uma presença: a presença da ausência.<sup>152</sup>

A ideia de ausência do representado que adquire forma no representante e se manifesta por meio dele revela um elemento normativo contido na gênese do conceito de representação, do qual decorrem consequências empíricas.<sup>153</sup> Como o representante deve lidar com a presença da ausência do representado no exercício da sua atividade de representação política? Qual a relação que se estabelece entre o mandato do representante e a independência da sua ação?

A *controvérsia mandato-independência*<sup>154</sup> traduz um dilema da representação política consubstanciado na relação que se estabelece entre representante e representado. Aquele deve agir conforme as instruções deste ou com total independência, supondo-se agir no interesse geral ou no interesse individual agregado? Esse problema teórico inafastável traduz-se, na prática, em diversas tentativas de controle e responsabilização do representante (*accountability*).

Mas o elemento normativo de representação política permanece vinculado à dualidade conceitual de sua gênese moderna. O princípio da soberania popular, em face do qual os cidadãos são titulares do poder político soberano, continua restrito ao momento

---

<sup>151</sup> JÚNIOR, João Feres; POGREBINSCH, Thamy. **Teoria política contemporânea**: uma introdução. Rio de Janeiro : Elsevier, 2010. p. 138-139.

<sup>152</sup> Ibidem, p. 139.

<sup>153</sup> Ibidem, 139.

<sup>154</sup> Ibidem, p. 140.

originário do contrato social e à ideia de representação popular. Com o desenvolvimento do constitucionalismo, o instituto do contrato social é substituído pelo poder constituinte, mas se perpetuam o instituto da representação e alguns instrumentos de participação direta (plebiscito e referendo).

Ocorre que a ausência de identidade entre representantes e representados e o distanciamento do exercício do poder político pelos cidadãos progressivamente têm reforçado o déficit democrático da representação. O modelo de democracia representativa, que ainda mantém seus contornos clássicos de delegação de soberania, descaracteriza-se como mecanismo de exercício de poder político pelos cidadãos.

Muito embora poder constituinte e parlamento constituam manifestações da soberania popular, o legislador transforma-se em apêndice da democracia numa engenharia constitucional em que a representação do poder também se desloca a outras instâncias, ou seja, ao poder executivo eleito e ao poder judiciário, ao qual incumbe a efetividade da constituição.<sup>155</sup>

Soma-se a isso o fato de que a atividade preponderante de juízes e tribunais consolida socialmente a imagem do parlamento como maculador da pureza constitucional herdada da assembleia constituinte. Como resultado, a sociedade sente-se alijada de formas de expressão da vontade e de representação.<sup>156</sup>

Os contornos assumidos pelo princípio da soberania popular tornam-se anacrônicos para as sociedades contemporâneas, altamente complexas, pluralistas e exigentes de formas efetivas de participação na formação da opinião e da vontade política. A relação entre o direito e a política deve se alicerçar, portanto, sobre novas bases legitimadoras, capazes de pensar um conceito de *representação democrática*<sup>157</sup>, ou seja, um conceito de representação que possa ser, ou vir a ser, mais democrático.

---

<sup>155</sup> MOREIRA, Luiz; BIGONHA, Antonio Carlos Alpino. Apresentação – Direito e democracia. p. xi-xii. In: ACKERMAN, Bruce. **A nova separação de poderes**. Trad. Isabelle Maria Campos Vasconcellos; Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro : *Lumen Juris*, 2009.

<sup>156</sup> *Ibidem*, p. xii.

<sup>157</sup> JÚNIOR, João Feres; POGREBINSCH, Thamy. **Teoria política contemporânea: uma introdução**. Rio de Janeiro : Elsevier, 2010. p. 141. A ideia de uma *representação democrática* é extraída do trabalho desenvolvido por Nadia Urbinati, para quem o problema da representação política é o seu déficit democrático. Assim a autora investiga a relação entre representação e democracia, concluindo que a representação pertence à história e à prática da democratização, e que tão importante quanto pensar o conceito de representação é pensar um conceito de representação democrática.



Significa dizer que a dualidade existente entre Estado e sociedade, traduzida no conceito moderno de representação, deve ser substituída por um modelo que coloque a representação como uma instituição que possibilite à sociedade civil identificar-se politicamente e influenciar a direção política do Estado, transformando o poder social em poder político.<sup>158</sup>

O escopo de democratizar a representação significa pensá-la em termos de democracia deliberativa. A ideia de representatividade deve induzir a relações políticas (e não meramente jurídicas) de controle e responsabilidade, de modo que se construa um processo circular de participação política entre instituições estatais e práticas sociais. Nesse cenário, as fontes de informação e comunicação e a influência dos cidadãos por meio da mídia, dos movimentos sociais e dos partidos políticos podem assegurar um tom mais democrático à representação, que não ficaria restrita a deliberação e decisão dos parlamentares, mas se estenderia a formas indiretas ou informais de participação difusas na sociedade civil.<sup>159</sup>

Nesse sentido, são significativas as contribuições da teoria da ação comunicativa, desenvolvida por Jürgen Habermas. Como aspecto central, o autor realiza uma distinção entre sistema e mundo da vida, uma vez que a sociedade não é concebida exclusivamente como sistema, nem como mundo da vida. A sociedade é simultaneamente sistema e mundo da vida e essas duas dimensões da realidade social diferenciam-se, respectivamente, pelo aumento da complexidade dos sistemas e pelo aumento da racionalidade das relações sociais.<sup>160</sup>

O modelo habermasiano não desconhece o aumento da complexidade dos sistemas como parte do processo evolutivo da sociedade, mas confere ênfase aos estágios evolutivos da consciência moral, sob o fundamento de que a complexificação e a consequente diferenciação social dependem do desenvolvimento de mecanismos de aprendizagem.<sup>161</sup>

Nesse sentido, Habermas parte dos trabalhos de Piaget (psicologia cognitiva) e Kohlberg (níveis de desenvolvimento da consciência moral) e reconstrói, no âmbito da teoria da ação comunicativa e da teoria do discurso, o modelo de desenvolvimento do indivíduo (modelo ontogenético) e o adapta ao modelo de desenvolvimento da sociedade (modelo

---

<sup>158</sup> Ibidem, p. 141.

<sup>159</sup> Ibidem, p. 142.

<sup>160</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. 2 ed. v. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 2010. p. 67-68.

<sup>161</sup> Ibidem, p. 25.

filogenético), a partir de três níveis de desenvolvimento da consciência moral: o nível pré-convencional, o nível convencional e o pós-convencional.<sup>162</sup>

Para o autor, o amadurecimento cognitivo e moral está vinculado ao *descentramento progressivo da compreensão do mundo* em três domínios distintos, assim compreendidos como o mundo subjetivo, o mundo objetivo e o mundo social, bem como à distinção entre os tipos de ação comunicativa e estratégica. Assim é que, no nível pré-convencional, tem-se uma perspectiva egocêntrica ou individualista concreta do mundo, no sentido de que o *eu* não distingue claramente entre subjetividade, objetividade (realidade) e intersubjetividade (social). Correspondentemente, não se distinguem nexos de causalidade e validade normativa, tampouco agir voltado para o êxito e agir voltado para o entendimento. No nível convencional, já se verifica uma compreensão descentrada de mundo, porque diferenciadas a subjetividade, a objetividade e a intersubjetividade, mas as pretensões de validade de cada um desses mundos – sinceridade, verdade ou retidão e validade normativa – encontram-se num plano intuitivo. Correspondentemente, distinguem-se agir estratégico e agir comunicativo, mas não se distinguem ação e discurso. Por fim, no nível pós-convencional, a compreensão descentrada de mundo intensifica-se com o questionamento das pretensões de validade à luz de princípios com pretensão de universalidade e, posteriormente, a partir de procedimentos de fundamentação de normas. Há, nesse estágio, um aumento do grau de reflexividade, uma vez que os princípios são discutidos no ambiente de procedimentos discursivo-rationais.<sup>163</sup>

A esses três níveis de desenvolvimento da consciência moral correspondem, segundo Habermas, os três níveis de desenvolvimento das sociedades arcaicas, de cultura avançada e moderna. Nas sociedades arcaicas, não há suficiente distinção entre o mundo objetivo, o mundo subjetivo e o mundo social. As confusões entre cultura e natureza, indivíduo e sociedade e normativo e cognitivo manifestam-se no plano sacro, por meio de rituais. O indivíduo afirma a sua identidade pelo pertencimento ao grupo, tribo ou clã.<sup>164</sup>

Já nas sociedades de cultura avançada, observa-se uma distinção entre mundo subjetivo, objetivo e social. A identidade do indivíduo não mais se confunde com a do grupo, mas, sob a influência do plano sacro, não se diferenciam claramente as pretensões de

---

<sup>162</sup> Ibidem, 26.

<sup>163</sup> Ibidem, p. 34-37.

<sup>164</sup> Ibidem, p. 40-44.

sinceridade, verdade e validade normativa. Distinguem-se ações estratégicas e comunicativas, mas não há prática discursiva. A sociedade está organizada estatalmente e os indivíduos devem obedecer a uma ordem normativa legítima, emanada do soberano e fundamentada na tradição, à qual não está disponível à crítica.<sup>165</sup>

Nas sociedades modernas, a secularização do direito, da arte e da moral (em sequência à autonomia das pretensões de validade da ciência) possibilita o surgimento de discursos críticos contra as próprias instituições, criando espaço para a discussão das pretensões de validade normativa. Nesse momento, verificam-se as condições para a autonomia e a diferenciação do agir voltado ao êxito e do agir voltado ao entendimento. O primeiro aproxima-se do sistema científico, do qual retira informações para o desenvolvimento de estratégias e técnicas. O segundo desenvolve-se em direção a uma racionalidade discursiva. Como resultado, tem-se o desacoplamento entre sistemas e mundo da vida.<sup>166</sup>

Nesse processo, Habermas sustenta que a modernidade é compreendida por Marx e Weber como a diferenciação racional-finalística dos sistemas econômico, político e jurídico, com a suas respectivas neutralizações morais. Entretanto, o autor afirma que tal compreensão não considera adequadamente os aspectos normativos, reduzindo a modernidade ao agir racional com respeito a fins – estratégicos ou instrumentais. Significa que, no nível pós-convencional, a concepção universalista do direito e da moral pressupõe uma racionalização intersubjetivo-prática da vida social, projetada contrafactivamente, que ainda não se realizou.<sup>167</sup>

Em outras palavras, também os sistemas do direito e da moral fundamentam-se numa racionalidade com respeito a fins – desenvolvimento técnico em si mesmo, interno ao sistema, em detrimento de uma racionalidade voltada para o entendimento, que não se subordina a determinações sistêmicas e que se realiza no mundo da vida.

Assim é que o agir racional com respeito a fins, próprio dos sistemas, invade a esfera do agir comunicativo, discursivamente fundamentável, provocando o que Habermas

---

<sup>165</sup> Ibidem, p. 40-44.

<sup>166</sup> Ibidem, p. 40-44.

<sup>167</sup> Ibidem, p. 46-47.

chamou de *colonização do mundo da vida*, ou seja, a subordinação do mundo da vida como horizonte dos agentes comunicativos a imperativos sistêmicos.<sup>168</sup>

Habermas reconhece que a modernidade caracteriza-se justamente pela relação existente entre racionalização dos sistemas e racionalização da ação. Mas sua teoria distancia-se da teoria sistêmica por conceber uma esfera social não subordinada a imperativos sistêmicos.

Para Luhmann, os sistemas autopoieticos relacionam-se apenas parcialmente com o ambiente e sob o ponto de vista interno. Toda a perspectiva é parcial e toda a racionalidade é sistêmica, voltada ao alcance dos fins sistêmicos. Não há um espaço a partir do qual se possa refletir discursivamente sobre a sociedade como uma unidade. Nesse sentido, a teoria sistêmica exclui qualquer possibilidade de um agir comunicativo entre agentes sociais, de racionalização do mundo da vida e de uma moral universalista em torno da qual se produza consenso.<sup>169</sup>

Especificamente para o sistema do direito, resulta que a sua validade é acessível apenas internamente e que a sua função social limita-se à estabilização de expectativas normativas de comportamento.

O sistema jurídico, enquanto círculo recursivamente fechado de comunicação, delimita-se autorreferencialmente em relação aos mundos circundantes, desenvolvendo suas relações com o mundo exterior apenas por meio da observação, sem manter uma troca direta de informações com o mundo circundante. A observação deste consiste tão somente em ocasião para que o direito influa sobre si mesmo autopoieticamente, impedindo que assuma qualquer função de orientação na sociedade como um todo.<sup>170</sup>

Tal visão funcionalista desconsidera o sentido complexo da validade do direito, porque pressupõe a desconexão de todas as suas relações internas com a moral e a política, reduzindo-o à função especial de aplicação de normas jurídicas. Significa que o direito torna-se autônomo em relação ao processo político-legislativo, identificando-se tão somente com os processos de adjudicação.

---

<sup>168</sup> Ibidem, p. 48.

<sup>169</sup> Ibidem, p. 50.

<sup>170</sup> **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. 2 ed. v. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 2010. p. 73.

Disso resultam duas consequências. De um lado, a teoria sistêmica desconsidera o nexo interno entre o direito e a organização democrático-constitucional do exercício o poder político,<sup>171</sup> e, de outro lado (paradoxalmente) não oferece respostas consistentes para a influência do sistema moral na aplicação de normas jurídicas com elevada carga axiológica.

Afastando-se de tal perspectiva, para Habermas a modernidade também representa a racionalização de uma esfera extrassistêmica – mundo da vida, no qual a sociedade reflete discursivamente a respeito da sua unidade. Essa unidade, entretanto, resulta da multiplicidade de vozes, uma vez que a razão prática se expressa numa multiplicidade de discursos que se complementam na formação da vontade política racional. As diferenças são respeitadas porque a sociedade estrutura-se em procedimentos imparciais e includentes (razão procedimental) orientados para o entendimento intersubjetivo (consenso) calcado num universalismo moral e jurídico.<sup>172</sup>

Disso resulta que o direito não pode mais ser compreendido como uma ordem estabilizada pelo monopólio da força e legitimada racionalmente, com base na ideia kantiana de razão prática – transcendental. A racionalização do mundo da vida implica o aumento da capacidade de os agentes sociais questionarem as pretensões de validade do direito, de modo que a sua legitimidade passa a depender da vontade política alcançada a partir de procedimentos intersubjetivos de entendimento, ou seja, da formação de consensos.

À facticidade do direito (ou seja, a sua positividade ou coercibilidade) corresponde uma crescente pressão social pela sua legitimidade, resultante justamente da formação discursiva da vontade política. Se, no âmbito da sociedade, a ação comunicativa assimila a tensão existente entre facticidade e validade e mantém a relação entre sociedade e razão,<sup>173</sup> no âmbito do direito, o agir comunicativo concilia a ameaça de sanção com a suposição de um acordo racionalmente motivado.

Significa que a tensão entre facticidade e validade transfere-se para pressupostos comunicativos, os quais, apesar de seu conteúdo ideal, têm de ser admitidos factualmente por todos os participantes sempre que for afirmada a verdade de uma proposição ou justificada a validade de uma pretensão normativa. Assim, a ideia de resgatar pretensões de validade

---

<sup>171</sup> Ibidem, p. 75.

<sup>172</sup> NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma difícil relação. 3 ed. São Paulo : Martins Fontes, 2013. p. 51-52.

<sup>173</sup> **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. 2 ed. v. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 2010. p. 25.

criticáveis impõe idealizações produzidas pelas pessoas que agem comunicativamente, de modo que elas saiam do plano transcendental e se coloquem no plano do mundo da vida, ou seja, das relações intersubjetivas. O agir comunicativo destranscendentaliza o inteligível, no sentido de que as idealizações transcendentais deslocam-se do conteúdo das pretensões de validade (antes fundamentadas na religião ou no direito natural) para os pressupostos pragmáticos dos atos de fala, de modo que as razões apresentadas são submetidas a um procedimento de justificação que as torne racionalmente aceitáveis pelos participantes.<sup>174</sup>

O agir voltado ao entendimento assume uma importância determinante na medida em que as sociedades tornam-se mais complexas, em decorrência da pluralização das formas de vida e da impossibilidade de sobreposição ou de convergência de convicções que se encontram na base do mundo da vida. Nesse contexto, as tradições são diluídas e as possibilidades de dissenso potencializam-se, distanciando-se cada vez mais facticidade e validade.<sup>175</sup>

Todos esses processos de diferenciação social implicam também o distanciamento de ações orientadas pelo interesse no sucesso individual e de ações orientadas comunicativamente. A integração social, diante das várias possibilidades de dissenso, passa a depender cada vez mais da regulamentação normativa de interações estratégicas, em face das quais é possível alcançar o consenso. Tal normatização impõe delimitações factuais à ação estratégica, tornando obrigatório ao ator social adaptar objetivamente o seu comportamento. De outro lado, a estabilização de comportamentos dependerá da força social integradora que resulta do reconhecimento intersubjetivo dessas pretensões de validade normativas.<sup>176</sup>

Com isso, coerção fática e validade legítima asseguram às normas não apenas uma obrigação em segui-las, por temor à sanção, mas igualmente uma disposição em segui-las, porquanto racionalmente aceitas pelos agentes sociais.

Sob esse prisma, a positivação inicial dos direitos privados à vida, à liberdade e à propriedade como direitos subjetivos representa justamente a regulamentação do agir estratégico em face do qual foi possível viabilizar o consenso. Com a secularização do direito,

---

<sup>174</sup> Ibidem, p. 34-37.

<sup>175</sup> Ibidem, p. 44-45.

<sup>176</sup> Ibidem, p. 45-46.

a facticidade da sua imposição pelo Estado interliga-se a um processo de normatização que tem a pretensão de racionalidade, por garantir a liberdade e por fundar a legitimidade.<sup>177</sup>

É nesse sentido que, para Habermas, a validade do direito em Kant repousa simultaneamente nas leis de coerção e nas leis de liberdade.<sup>178</sup> Aquelas são reguladas pelo próprio direito e autorizam o uso da força. Estas se relacionam à integração social, uma vez que conectam o arbítrio de um com o arbítrio de todos os outros, viabilizando o exercício geral da liberdade.

Significa que, para Kant, o direito extrai a sua validade dos planos moral e político, nos quais os cidadãos são capazes de se auto-organizarem racionalmente e sem violência para a produção de normas jurídicas de liberdade aplicáveis a todos os destinatários. Em outras palavras, a validade do direito sustenta-se na natureza pré-estatal e jurídico-legitimadora do princípio metafísico da soberania popular.

Habermas transporta esse duplo aspecto da validade para o âmbito da teoria da ação comunicativa. Tendo em vista que os atores sociais dispõem da coerção e da liberdade para fundamentar a observância ao direito, a facticidade relaciona-se à ameaça de sanção regulada normativamente e aplicada por um tribunal, enquanto a validade social depende da aceitabilidade das normas jurídicas, pela possibilidade de se resgatar discursivamente a sua pretensão de validade normativa. Em última instância, a validade social das normas jurídicas não resulta da sua possibilidade de imposição institucional, mas sim do fato de tais normas serem o produto de um processo político-legislativo racional.<sup>179</sup>

Assim, a estabilização da ordem jurídica decorre de um arranjo contextual entre facticidade e validade, no sentido de que, quanto maior for a aceitabilidade do direito como produto de um consenso discursivo, menor será a necessidade de sua imposição.

Considerando que, em sociedades complexas, a estabilização do direito tão somente pela coercibilidade torna-se inviável, o sistema normativo deve buscar instrumentos de legitimação. Desse modo, as leis devem assegurar direitos de liberdade a todos os cidadãos reciprocamente. Se a universalidade é uma característica ínsita às normas morais (imperativo

---

<sup>177</sup> Ibidem, p. 48.

<sup>178</sup> Ibidem, p. 49.

<sup>179</sup> Ibidem, p. 50.

categorico), a universalidade das normas jurídicas deve ser garantida por meio da atividade legislativa, *locus* próprio da integração social.<sup>180</sup>

Sob essa perspectiva, o legislador político, enquanto representante eleito, deixa de atuar como sujeito privado, motivado pelo êxito, e passa a atuar como cidadão membro de uma comunidade jurídica livremente associada, que, mediante um procedimento imparcial e equânime, edita atos legislativos resultantes de uma prática intersubjetiva voltada ao entendimento.<sup>181</sup>

É por isso que a positividade do direito traz consigo a ideia de que o processo democrático de formação da legislação fundamenta a aceitabilidade racional das normas jurídicas, não em face do seu conteúdo material, mas em face do procedimento de autolegislação de cidadãos livres e autônomos.

Nesse sentido, os direitos assegurados pela ordem jurídica não se restringem aos direitos privados de liberdade, que viabilizam o agir finalístico aos cidadãos, mas devem ser complementados por direitos políticos de autonomia pública, que viabilizam aos cidadãos serem coautores e destinatários da ordem jurídica mediante processos comunicativos.<sup>182</sup>

É justamente por isso que no Estado de Direito a soberania popular, ou o poder de autolegislação dos cidadãos, assume um papel diferenciado institucionalmente<sup>183</sup>, uma vez que realiza o elo entre o processo político-legislativo, fonte de legitimidade das normas jurídicas, e os mecanismos de autoaplicação do direito, que são fonte de coercibilidade e que pressupõem a autonomia em relação aos demais sistemas, mais especificamente em relação ao mercado e ao poder administrativo.

Em tal contexto, parece inegável que a teoria de Habermas é compatível com a teoria de Kant, no sentido de que a soberania popular possui uma natureza fática e jurídico-legitimadora, realizando uma mediação entre a política e o direito. Não obstante, a fundamentação racional da ordem jurídica, que em Kant é transcendental, torna-se destranscendentalizada na teoria de Habermas para conceber a legislação como o produto do

---

<sup>180</sup> Ibidem, p. 52.

<sup>181</sup> Ibidem, p. 53.

<sup>182</sup> Ibidem, p. 54.

<sup>183</sup> Ibidem, p. 61.



agir comunicativo de cidadãos capazes de exercer sua autonomia tanto na esfera privada como na esfera pública.

## **2.2 A destranscendentalização da razão e a construção do princípio (pós-metafísico) da soberania popular**

A partir da teoria da ação comunicativa, pretende-se demonstrar a possibilidade de ressignificação do poder soberano democrático a partir da destranscendentalização da razão no âmbito de uma esfera pública qualificada, de modo a atribuir aos cidadãos autônomos um papel central no Estado Democrático de Direito.

Conforme visto no Capítulo 1, a construção do princípio metafísico da soberania popular sustenta-se na teoria kantiana do autoconhecimento transcendental e intuitivo da razão humana, considerando-se o indivíduo sob a perspectiva de um ser que reflete monologicamente sobre si mesmo.

Nesse sentido, a compreensão da liberdade em Kant possui uma dupla conotação, negativa e positiva. No primeiro caso, a liberdade tem um sentido transcendental e representa a faculdade de iniciar espontaneamente um estado, sem a necessidade de uma causalidade anterior exigida pela lei da natureza.<sup>184</sup> Significa dizer que o homem é livre para iniciar um pensamento ou para conhecer objetos por meio de um processo que congrega o mundo real (objetivo) e o mundo sensível (subjetivo) – razão e sensibilidade, mas sempre sob a perspectiva do próprio sujeito cognoscente. Isso porque o indivíduo tem a consciência de ser – ele mesmo – o sujeito de suas próprias ideias.<sup>185</sup>

---

<sup>184</sup> PIRES, Terezinha Inês Teles. **O primado da razão prática em Kant**. Porto Alegre : Nuria Fabris, 2012. p 19-35.

<sup>185</sup> HABERMAS, Jürgen. From Kant to Hegel and back again – The move towards detranscendentalization. **European Journal of Philosophy**. Oxford : Blackwell Publishers, 1999. 7: 2. p. 132.

No segundo caso (positivo), a liberdade transcendental transforma-se em liberdade prática, uma vez que a capacidade de o indivíduo determinar-se com independência é pressuposto para que ele se determine – aja – segundo princípios morais universalizáveis.<sup>186</sup>

Simplificadamente, para Kant o ser racional é capaz de formular leis morais com pretensão de universalidade, porque presumivelmente válidas para todos os seres racionais, bem como de se autodeterminar segundo essas leis morais.

Conforme sustenta Habermas, a superação dessa razão transcendental kantiana inicia-se com a percepção de Hegel quanto ao equívoco de Kant em considerar a relação entre o sujeito e o objeto exclusivamente de uma perspectiva subjetivista, ou seja, aprisionada no interior do sujeito. Hegel percebe que o sujeito insere-se num determinado contexto que já oferece e antecipa as possibilidades de uma relação sujeito-objeto. Em outras palavras, o indivíduo encontra-se conectado a um ambiente e já se relaciona como parte do mesmo.<sup>187</sup>

Criticando a transcendência da razão, Hegel afirma que um sujeito que está – desde sempre – conectado com o mundo não pode distinguir adequadamente sua perspectiva interna de sua perspectiva externa, uma vez que falantes e atores percebem-se reproduzindo ações e práticas socialmente consolidadas, enquanto suas concepções e julgamentos são moldados por meio de modelos conceituais prévios. Significa que o indivíduo não pode conhecer a si mesmo senão enquanto um ser social, inserido entre outros.<sup>188</sup>

O desenvolvimento da consciência histórica e da filosofia do historicismo influencia o trabalho de Hegel em direção à ideia de uma razão destranscendentalizada. Isso porque, na medida em que se reconhece a origem e a base histórica dos padrões de racionalidade, os mesmos devem ser justificados por meio de um resgate histórico da consciência. Assim, a historicidade da razão implica reconhecer que a aceitação dos padrões atuais de racionalidade resulta do aprendizado com os erros dos padrões superados.<sup>189</sup>

Nesse sentido, a compreensão histórica do mundo revela o que os falantes, os atores e os crentes compartilham intersubjetivamente: visões de mundo, mentalidades,

---

<sup>186</sup> PIRES, Terezinha Inês Teles. **O primado da razão prática em Kant**. Porto Alegre : Nuria Fabris, 2012. p 19-35.

<sup>187</sup> HABERMAS, Jürgen. From Kant to Hegel and back again – The move towards detranscendentalization. **European Journal of Philosophy**. Oxford : Blackwell Publishers, 1999. 7: 2. p. 134.

<sup>188</sup> Ibidem, p. 134.

<sup>189</sup> Ibidem, p. 136.

tradições, valores, normas e instituições, práticas sociais e, mais genericamente, formas culturais de vida. Revela, igualmente, o modo como essas formas de vida se reproduzem por meio da linguagem, da comunicação, do agir finalístico e da cooperação.<sup>190</sup>

Mas, embora o ser racional reconheça-se como um indivíduo apenas quando inserido numa comunidade, não perde a consciência da sua própria individualidade, especificamente porque possui uma história de vida única e em razão da qual é reconhecido pelos demais na sua individualidade.

Desse modo, para Habermas, Hegel torna-se o primeiro filósofo a perceber o desafio contido na estrutura dialética das redes de reconhecimento mútuo, nas quais as pessoas são individualizadas por meio da socialização, iniciando o movimento no sentido da destranscendentalização da razão.<sup>191</sup>

É nesse sentido que a teoria do agir comunicativo compreende o conhecimento como a interação que se estabelece entre o sujeito cognoscente e os demais sujeitos, e não segundo uma consciência transcendental, uma vez que o conhecimento racional é o produto de um intercâmbio linguístico entre sujeitos dotados de competência comunicativa.

Isso porque, ao tentarem compreender algo no mundo, os sujeitos já se encontram situados num contexto – mundo da vida – em que predominam relações intersubjetivas e que permitem um entendimento entre eles. O mundo objetivo para Habermas é o mundo *dado* para os sujeitos como um mundo *idêntico para todos* e é por meio da prática linguística – o uso de termos singulares – que os sujeitos são levados à suposição pragmática de um mundo objetivo comum.<sup>192</sup>

Refutando dualismos da teoria kantiana acerca das distinções entre o mundo transcendental e o mundo empírico, o mundo das aparências e o mundo das coisas, Habermas parte da reconstrução pragmático-formal de um saber pré-teórico de regras detidas por sujeitos capazes de fala e de ação. Trata-se de regras pragmáticas de um uso da linguagem voltada para o entendimento, construídas historicamente e que justificam as pretensões de

---

<sup>190</sup> Ibidem, p. 136.

<sup>191</sup> Ibidem, p. 137.

<sup>192</sup> HABERMAS, Jürgen. **Agir comunicativo e razão destranscendentalizada**. Trad. Lúcia Aragão. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 2002. p. 39.

validade das ações comunicativas, as quais possuem um caráter hipotético e, como tal, são passíveis de crítica e reconstrução permanentes.

Quer dizer que a destranscendentalização do sujeito cognoscente não altera a lacuna entre o que é verdadeiro e o que se tem como justificado ou aceitável racionalmente, porque os discursos permanecem enraizados no mundo da vida e estabelecem uma correlação interna entre a orientação pela verdade na forma de certezas do agir e na forma de validade hipotética.<sup>193</sup>

Isso ocorre porque os sujeitos capazes de linguagem e ação orientam-se a partir dos seus respectivos mundos da vida para os mundos interiores, inexistindo referências mundanas livres de contexto.<sup>194</sup>

Também a esse respeito, Heidegger demonstra que a vida do ser (*Dasein*) envolve uma autointerpretação e é, ela própria, hermenêutica. O próprio ser é um *ser-no-mundo*, histórica e temporalmente situado, e o objeto não é senão um objeto historicamente situado a partir da compreensão do ser. Desse modo, não mais subsiste a separação entre o ser e o objeto sem mundo. Ao contrário, tem-se uma verdadeira fusão entre o sujeito e o objeto. As contribuições do autor são importantes porque permitem concluir pela temporalidade absoluta (e pela finitude) do ser, da verdade e da história.<sup>195</sup>

Logo, os contextos do mundo da vida e das práticas linguísticas, nas quais os sujeitos socializados encontram-se, revelam o mundo sob a perspectiva das tradições e dos costumes instituidores de significado. De tal modo, os pertencentes a uma comunidade de linguagem experimentam tudo o que ocorre no mundo à luz de uma pré-compreensão *gramatical* habitual, não como sujeitos neutros. A relação entre a objetividade do mundo e a intersubjetividade do entendimento entre os sujeitos é mediada pela linguagem. Toda a afirmação a respeito de um objeto, frente a outros sujeitos que possam contradizê-la, deve ser justificada racionalmente e aceita reciprocamente.<sup>196</sup>

---

<sup>193</sup> Ibidem, p. 45.

<sup>194</sup> Ibidem, p. 46.

<sup>195</sup> A esse respeito: SCHMIDT, Lawrence K. **Hermenêutica**. Trad. Fábio Ribeiro. Petrópolis : Ed. Vozes, 2012; SILVA, Kelly Susane Alflen da. **Hermenêutica jurídica e concretização judicial**. Porto Alegre : Fabris, 2000.

<sup>196</sup> HABERMAS, Jürgen. **Agir comunicativo e razão destranscendentalizada**. Trad. Lúcia Aragão. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 2002. p. 46-47.

Assim, a ideia de liberdade kantiana no sentido de razão prática, ou seja, a capacidade de o indivíduo determinar o seu querer e o seu agir segundo princípios, é transportada, na teoria do agir comunicativo, para a ideia de imputabilidade dos sujeitos, a qual ultrapassa a vontade livre para escolher entre critérios morais e agir racionalmente com respeito a fins, alcançando também o julgamento da verdade das asserções, da autenticidade das escolhas de vida, da sinceridade das declarações, das experiências estéticas, das explicações narrativas, dos padrões de valores culturais, das exigências de direitos, das convenções, entre outros. Resumidamente, a imputabilidade consiste universalmente na capacidade de um ator para orientar o seu agir por exigências de validade.<sup>197</sup>

É nesse sentido que não se pode falar em *certificação* da verdade, mas sim em processos de argumentação inclusivos e sempre abertos ao futuro, por meio dos quais é possível convencer por meio de argumentos aceitos racionalmente. Resulta que esse tipo de prática argumentativa voltada ao entendimento, sempre aberta a objeções e aperfeiçoamentos, circunscreve-se cada vez mais a contextos sociais, políticos e históricos, sempre mutáveis.

Nas referências a sujeitos que agem comunicativamente em face de um objeto situado no mundo, considera-se um mundo objetivo comum (compartilhado). É possível, contudo, que o agir comunicativo estabeleça-se em face de atos de fala regulativos – advertências, exigências e imperativos, por meio dos quais os atores se relacionam com ações a que estão obrigados os sujeitos destinatários, uma vez que, como membros de um grupo social, os sujeitos participam de práticas e orientações de valores, reconhecem normas comuns e observam convenções previamente determinadas. Significa dizer que, no uso regulativo da linguagem, os falantes apoiam-se num complexo intersubjetivamente reconhecido de costumes, instituições e normas, o qual orienta as relações interpessoais da coletividade e gera uma expectativa normativa (ou seja, uma expectativa legítima de comportamento segundo normas e convenções).<sup>198</sup>

Esse uso normativo da linguagem implica a coexistência, ao lado das coisas físicas e dos estados mentais do mundo objetivo, de expectativas normativas, práticas, instituições e regulamentações diversas, as quais constituem uma dimensão *de mundo social*, que serve como referência para as ações e as falas do mundo objetivo.<sup>199</sup> Quer dizer que os

---

<sup>197</sup> Ibidem, p. 49.

<sup>198</sup> Ibidem, p. 61.

<sup>199</sup> Ibidem, p. 62.

sujeitos, em suas relações interpessoais reguladas normativamente, compreendem-se como destinatários de normas reconhecidas como obrigatórias.

Especificamente no caso das afirmações normativas, a exigência de correção apoia-se na validade presumida de uma norma estabelecida fundamentadamente. Diferentemente do critério de validade/verdade de uma asserção descritiva (mundo objetivo), o critério de validade/correção de uma norma relaciona-se ao pano de fundo legitimador ou aos limites do mundo social. As normas morais exigem uma presunção absoluta de validade, ou seja, exigem o reconhecimento universal de suas pretensões de validade. É dessa exigência que se extrai o imperativo categórico kantiano ou a exigência de que as normas morais sejam universalizáveis.<sup>200</sup>

No sentido pretendido por Kant, as normas morais devem poder encontrar, acima dos limites históricos e culturais dos mundos sociais tão variados, o reconhecimento racionalmente motivado de todos os sujeitos capazes de linguagem e ação. Evitando o erro de pretender uma sociedade moralmente ordenada, Habermas faz valer o sentido construtivo da moral por meio da prática discursiva, ou seja, por meio de um procedimento inclusivo e equânime no qual os sujeitos resolvem consensualmente os seus conflitos morais.<sup>201</sup>

Significa que as exigências morais transferem-se dos fins a serem alcançados para os procedimentos racionais voltados para o entendimento, os quais devem assegurar a inclusão de todos os envolvidos e a igual consideração dos seus interesses.

Assim, o procedimento discursivo estabelece-se com quatro pressuposições indispensáveis: publicidade e inclusão (ninguém apto a contribuir pode ser excluído); iguais direitos comunicativos (todos têm as mesmas oportunidades de participação); exclusão de enganos e ilusões (os participantes devem pretender o que dizem – sinceridade); ausência de coação (a comunicação deve ser livre, permitindo que os melhores argumentos sejam trazidos para a discussão).<sup>202</sup>

É verdade que, na prática discursiva, esses pressupostos podem não se verificar integralmente por razões diversas, a exemplo da ausência de sinceridade de algum participante ou do seu agir instrumental. Entretanto, o procedimento discursivo é

---

<sup>200</sup> Ibidem, 63.

<sup>201</sup> Ibidem, p. 64-65.

<sup>202</sup> Ibidem, p. 67.

*autocorretivo*, já que é possível identificar quando participantes relevantes são deixados de fora, quando argumentos relevantes são desconsiderados ou quando são manipuladas a discussão e a tomada de posição, de modo que os próprios participantes encarregam-se do seu aperfeiçoamento diante de uma discussão pouco satisfatória.

Da mesma forma, tanto a pretensão de validade do consenso quanto o procedimento argumentativo estão permanentemente sujeitos a objeções e críticas em face de novos participantes e de um público cada vez maior.

Disso resulta que a validade das normas morais, e também das normas jurídicas, repousa sobre o seu reconhecimento universal, não em face de exigências de verdade (correspondência com o que é bom ou justo), mas em face do que seria racionalmente aceito sob condições ideais de justificação, ou seja, como o produto de um procedimento discursivo de tomada de decisão, sem prejuízo de que, esgotado esse sentido de correção ou adequação, a perturbação social advinda reinicie criticamente um novo ciclo de práticas argumentativas.<sup>203</sup>

É nesse sentido que a racionalização da sociedade apresenta-se como um movimento em direção à racionalização das normas, porque as normas são válidas se e enquanto apoiadas em razões. E essa razão é primeiramente transcendental, porque baseada na liberdade de cada indivíduo de se autodeterminar moralmente por meio de imperativos categóricos (matriz kantiana), e posteriormente se transforma em razão destranscendentalizada (dialógica), porque baseada num consenso discursivo, que se produz por meio de relações sociais intersubjetivas.

Com o advento do direito natural, as normas passam a ser concebidas como princípios jurídicos universalistas. As normas jurídicas são válidas porque compatíveis com princípios morais universalizáveis dados *a priori*. Sob essa perspectiva, o direito submete-se a razões metajurídicas e, também, metafísicas.<sup>204</sup>

Com a autonomização do direito em relação à moral, o direito pode ser considerado estatuído e, portanto, contestável. A validade das normas jurídicas não mais repousa em princípios metajurídicos, mas sim em princípios jurídicos, e é aferida internamente ao sistema. Nesse nível de desenvolvimento, o direito distingue-se pela sua

---

<sup>203</sup> Ibidem, p. 70.

<sup>204</sup> HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo**: racionalidade da ação e racionalização social. Trad. Paulo Astor Soethe. v. I. São Paulo : Martins Fontes, 2012. p. 451-452.

positividade (direito positivamente estatuído e que expressa a vontade de um legislador soberano), pelo seu legalismo (ressalvada a obrigação moral geral de observância do direito, as normas jurídicas não impõem obrigações morais às pessoas, mas tão somente obrigações de natureza jurídica e cujo descumprimento pode acarretar sanções) e pela sua formalidade (as pessoas são livres para exercerem o seu livre arbítrio e a coerção estatal somente pode ser exercida nos limites do direito).<sup>205</sup>

Com tais características, o direito viabiliza a organização de um tipo de agir jurídico que congrega o agir estratégico e, por meio de uma interação com o mundo da vida, um agir comunicativo.

Isso porque as pessoas comportam-se de maneira estratégica na medida em que observam normas jurídicas decorrentes de convenções publicamente sancionadas; na medida em que perseguem os seus interesses sem observar padrões morais de comportamento e; na medida em que tomam as melhores decisões possíveis segundo as leis vigentes e suas consequências jurídicas. Em síntese, os cidadãos utilizam sua autonomia particular de maneira racional-teleológica.<sup>206</sup>

Ao mesmo tempo, os cidadãos compreendem a ordem jurídica como um sistema permanentemente submetido à crítica e à alteração e que, nesse sentido, precisa se legitimar a todo instante. A impossibilidade de fundamentar o sistema jurídico em princípios morais dados impõe a sua fundamentação em critérios autônomos.

É verdade que, ainda sob a influência do direito natural racional, desenvolve-se a ideia de contrato social, ou seja, de uma convenção não coagida firmada por indivíduos que sejam, por princípio, livres e iguais. Com a segregação entre o direito e a moral, a legalidade como um todo passa a depender de uma justificação prática, a qual, com a positivação do direito, transfere-se para dentro do sistema. O critério de validade interno alivia os problemas de fundamentação, viabilizando a operacionalidade do direito, mas não os elimina. É a partir da estruturação do princípio da soberania popular e do estabelecimento de um rol de direitos fundamentais que se vai encontrar a justificação necessária ao direito.<sup>207</sup>

---

<sup>205</sup> Ibidem, p. 452.

<sup>206</sup> Ibidem, p. 453.

<sup>207</sup> Ibidem, p. 455-456.



De fato, o princípio pós-metafísico da soberania popular vincula a competência legislativa à formação discursiva da vontade política e o rol de direitos fundamentais assegura as condições ideais de participação da esfera pública nesse agir comunicativo. Esse arranjo, entendido por Habermas como cooriginalidade entre soberania popular e direitos fundamentais, constitui o fundamento legitimador do direito nas sociedades pós-convencionais por meio de uma racionalidade destrancendentalizada.

Esse é, precisamente, o sentido do princípio pós-metafísico da soberania popular, porque se sustenta na ideia de uma sociedade descentralizada, na qual o exercício da democracia resulta não apenas de processos eleitorais, de formas de representação ou de competências jurídico-constitucionais dos poderes constituídos, mas também de uma esfera pública composta por formas comunicacionais destituídas de sujeito, mas que influenciam os processos de formação da vontade democrática. Dito de outra forma, a soberania popular transforma-se num *poder produzido comunicativamente*.<sup>208</sup>

### **2.3 Democracia e constitucionalismo: a superação do paradoxo entre soberania popular e direitos fundamentais à luz da teoria discursiva**

O princípio pós-metafísico da soberania popular define-se por um poder comunicativo construído a partir de uma racionalidade destrancendentalizada, traduzida procedimentalmente, que permite a formação discursiva da vontade política democrática.

Sob tal perspectiva, a tensão entre soberania popular e direitos fundamentais, ou entre liberdade e igualdade, sustentada tão radicalmente por Carl Schmitt e por Chantal Mouffe, desfaz-se pela origem comum de tais institutos.

---

<sup>208</sup> Essa expressão foi utilizada por Habermas ao afirmar que “a soberania do povo retira-se para o anonimato de processos democráticos e para a implementação jurídica de seus pressupostos comunicativos pretensiosos para fazer-se valer como poder produzido comunicativamente”. In: **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. 2 ed. v. II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 2003. p. 24.

A questão, que pode ser sintetizada como o paradoxo da democracia, mostra-se complexa e relaciona-se diretamente com a possibilidade (ou não) de se assegurar a legitimidade do direito por meio de processos político-legislativos discursivos.

Segundo Mouffe, o que converte a democracia em moderna é que o velho princípio democrático da soberania do povo volta a emergir, mas com um marco simbólico configurado pelo discurso liberal, que enfatiza a liberdade individual e os direitos fundamentais, desconsiderando os valores centrais da igualdade e do poder do povo, considerados obsoletos. Desse modo, as democracias modernas possuem a especificidade de articular duas tradições distintas, embora historicamente convergentes. De um lado, tem-se a tradição liberal, constituída pelo império da lei, pela separação de poderes, pela defesa dos direitos fundamentais e pelo respeito à liberdade individual. De outro, tem-se a tradição democrática, sustentada nos ideais da igualdade, da identidade entre governantes e governados e da soberania popular.<sup>209</sup>

Para a autora, a tendência atual de identificar democracia com a defesa dos direitos fundamentais, em detrimento da soberania popular, tem como consequência um déficit democrático. Em realidade, as democracias modernas contêm em si um paradoxo, porque convivem com uma tensão constitutiva que nunca poderá ser superada, senão estabilizada temporalmente mediante negociações pragmáticas entre forças políticas, as quais estabelecem a hegemonia de um dos lados (liberdade ou igualdade).<sup>210</sup>

Significa que a lógica democrática impõe a criação de uma linha divisória entre *nós e eles*, entre os que pertencem ao *demos* e os que estão fora dele.<sup>211</sup> Sob tal perspectiva, a ênfase liberal pelo respeito aos direitos fundamentais acaba por estabelecer limites ao exercício da soberania popular, com o objetivo de evitar que decisões adotadas em procedimentos democráticos vulnerem as liberdades dos indivíduos, tidas como inegociáveis.

Nesse contexto, Mouffe refuta a possibilidade de se considerar o ideal democrático como a realização de um consenso racional, eliminando os antagonismos. Em sua visão, o modelo de consenso é incapaz de apreender a dinâmica constitutiva da teoria democrática moderna, que subjaz ao binômio liberal-democrático.

---

<sup>209</sup> MOUFFE, Chantal. **La paradoja democrática**. Trad. Tomás Fernandez Aúz e Beatriz Eguibar. Barcelona : Editora Gedisa, 2000. p. 20-21.

<sup>210</sup> Ibidem, p. 21-22.

<sup>211</sup> Ibidem, p. 21-22.

Em sentido semelhante, Antonio Negri afirma que a crise do poder constituinte pode ser analisada sob o prisma da ideologia constitucionalista e liberal, a qual o submete à crítica e à limitação institucional, por meio de uma análise que desmascara a pretensão soberana da comunidade. Para o autor, o constitucionalismo é a teoria e a prática do governo limitado pelo controle jurisdicional dos atos administrativos e pela organização do poder constituinte pela lei. Em contrapartida, o poder constituinte vincula-se à ideia democracia, concebida como um poder absoluto, revestindo-se da forma de um poder anterior à constituição da totalidade democrática. Pré-formadora e originária, essa dimensão do poder constituinte colide com o constitucionalismo de forma direta, forte e duradoura.<sup>212</sup>

Em sentido oposto, a teoria do direito e da política proposta por Habermas reconcilia liberdade e igualdade mediante procedimentos deliberativos sustentados na teoria do discurso. O aspecto central da sua teoria é a cooriginalidade dos direitos fundamentais e da soberania popular, de modo a desconstruir a ideia de paradoxo democrático.

Segundo o autor, o direito tem um papel central na mediação entre realidade e norma (facticidade e validade) e sua legitimidade repousa, em última instância, no conceito normativo de democracia. O processo da política deliberativa, constitucionalmente regulado, constitui o âmago do processo democrático.<sup>213</sup>

Significa que o direito constitucional, ao assegurar direitos fundamentais e ao estabelecer as condições procedimentais para a formação consensual da legislação, assegura aos cidadãos o exercício de suas liberdades políticas, tanto na esfera pública quanto na esfera privada.

Ao mesmo tempo em que garante aos indivíduos a intimidade e a livre escolha das suas formas de vida, o direito constitucional garante direitos políticos que viabilizam o exercício da soberania popular, já que é através da mediação do direito que os canais institucionais e não institucionais de participação política transformam o poder do povo em poder comunicativo, legitimando democraticamente a formação das leis.

---

<sup>212</sup> NEGRI, Antonio. **O poder constituinte**: ensaios sobre as alternativas da modernidade. Trad. Adriano Pilatti. Rio de Janeiro : DP & A, 2002. p. 20-21.

<sup>213</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. 2 ed. v. II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 2003. p. 18.

Tal compreensão de democracia produz consequências para a concepção de sociedade e de Estado, especialmente em face dos modelos tradicionais de democracia. Partindo desses modelos, o liberal e o republicano, Habermas assimila elementos de ambos e, utilizando-se da teoria do discurso, constrói um conceito de democracia sustentado num procedimento ideal para a deliberação e a tomada de decisão. Estabelecendo um nexos interno entre considerações pragmáticas e compromissos (de raiz liberal) e entre processos de autoentendimento e discursos de justiça (de raiz republicana), o autor transfere a razão prática dos direitos humanos universais e da eticidade concreta de uma comunidade para as regras do discurso e para as formas de argumentação, que extraem seu conteúdo normativo da base de validade do agir orientado pelo entendimento, da estrutura da comunicação linguística e da socialização comunicativa.<sup>214</sup>

Na tradição republicana, a democracia representa a auto-organização política da sociedade a partir do consenso entre sujeitos privados que se autodeterminam coletivamente, mediante a institucionalização do uso público da razão. O republicanismo considera, assim, as condições comunicativas que legitimam o processo político de formação da vontade e da opinião públicas, condições essas sob as quais se presume sejam produzidos resultados razoáveis. A política não tem apenas a função de mediação social, porque ela reflete a vida ética real, o instrumento por meio do qual os indivíduos, agindo como cidadãos, modelam e desenvolvem relações de reconhecimento recíproco.<sup>215</sup> Nessa concepção, a sociedade é um todo estruturado politicamente e separado da figura do Estado.

Por sua vez, na tradição liberal, a política tem a função de reunir os interesses privados e de encaminhá-los ao Estado mediante processos majoritários. A formação democrática da vontade e da opinião tem apenas a função de legitimar o exercício do poder político.<sup>216</sup> Para os liberais, a separação entre sociedade e Estado não pode ser eliminada, mas superada pelo processo democrático. O Estado de Direito revela-se o mediador entre o poder e os interesses privados. Tal compreensão política centra-se na figura do Estado e torna dispensável uma cidadania eficaz em termos de coletividade, porque não se volta à formação de uma vontade política racional.<sup>217</sup>

---

<sup>214</sup> Ibidem, p. 19.

<sup>215</sup> CATTONI, Marcelo. **Devido Processo Legislativo**. 2 ed. Belo Horizonte : Mandamentos, 2006. p. 92.

<sup>216</sup> Ibidem, p. 91.

<sup>217</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. 2 ed. v. II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 2003. p. 20.

A teoria do discurso assume elementos de ambas as partes, compondo-os em um novo modelo que atribui ao processo democrático maiores conotações normativas que o modelo liberal, embora mais fracas que o modelo republicano. Na linha deste, coloca no centro o processo da formação da opinião e da vontade, mas sem entender a constituição do Estado de Direito como algo secundário. Em verdade, os princípios do Estado de Direito são entendidos como respostas coerentes à necessidade de institucionalizar procedimentos discursivos de formação democrática da opinião e da vontade. Nesse sentido, a política deliberativa não depende de uma cidadania capaz de agir coletivamente, mas da institucionalização dos correspondentes processos e pressupostos comunicacionais, bem como do jogo entre deliberações institucionalizadas e opiniões públicas informais.<sup>218</sup>

Há, assim, uma procedimentalização do exercício da soberania popular e uma conexão entre o sistema político e as redes periféricas da esfera pública, do que resulta a ideia de uma sociedade descentralizada, ou seja, não mais centrada exclusivamente na figura do Estado. Nesse sentido, a teoria do discurso conta com a intersubjetividade de processos de entendimento que se realizam por meio de procedimentos democráticos ou das redes comunicacionais de esferas públicas políticas. Essas comunicações destituídas de sujeitos, que acontecem dentro e fora do parlamento, representam arenas nas quais podem se formar racionalmente a opinião e a vontade sobre matérias relevantes para a sociedade e carentes de regulamentação.<sup>219</sup>

Para Habermas, o fluxo comunicacional que se estabelece entre formação pública da vontade, decisões institucionalizadas e deliberações legislativas transforma o poder produzido comunicativamente em poder aplicável administrativamente por meio da legislação. A sociedade civil, compreendida como a base social de esferas públicas autônomas, diferencia-se do sistema econômico e da administração pública. Tal compreensão da democracia impõe um deslocamento de peso nas relações entre solidariedade, mercado e Estado, por meio das quais as sociedades modernas satisfazem suas necessidades de integração e regulação, permitindo que a força social e integradora da solidariedade influencie os demais mecanismos de integração social – mercado e administração – pelo *medium* do direito.<sup>220</sup>

---

<sup>218</sup> Ibidem, p. 21.

<sup>219</sup> Ibidem, p. 21-22.

<sup>220</sup> Ibidem, p. 22.

Ao invés de compreender a soberania popular exclusivamente como o processo eleitoral que legitima o exercício do poder político (modelo liberal) ou como uma comunidade política reafirmada a cada eleição (modelo republicano), a teoria do discurso compreende os processos e os pressupostos comunicativos para a formação democrática da opinião e da vontade como um mecanismo para a racionalização discursiva das decisões de um governo e de uma administração vinculados à lei e ao direito.<sup>221</sup>

Como resultado do processo eleitoral, o poder administrativo vincula-se, durante certo período de tempo, a um programa específico de exercício de poder político. Considerando que somente o poder político pode agir, enquanto sistema parcial especializado em decisões que obrigam coletivamente pela via do processo político-legislativo, as estruturas comunicativas da esfera pública formam uma rede de sensores que reagem às pressões de situações problemáticas da sociedade, estimulando a formação de opiniões públicas que, transformadas em poder comunicativo por processos democráticos, influenciam ou direcionam o poder administrativo.<sup>222</sup>

Assim é que o princípio pós-metafísico da soberania popular permite um fluxo constante de comunicação entre as formas institucionalizadas de exercício de poder político, constitucionalmente reguladas, e as formas não-institucionalizadas da esfera pública, as quais intersubjetivamente participam da formação da vontade política.

A democracia apoiada em procedimentos discursivos parte de uma sociedade descentralizada que congrega, ao lado da esfera pública política, uma arena para a percepção, a identificação e o tratamento dos problemas da sociedade. A identidade de uma comunidade que se auto-organiza é substituída por formas de comunicação destituídas de sujeito, as quais regulam de tal modo a formação discursiva da opinião e da vontade que os seus resultados – sempre criticáveis – têm a presunção de racionalidade.<sup>223</sup>

Não se desfaz a ideia de soberania popular, mas ela passa a ser interpretada de modo intersubjetivista. Sob essa perspectiva, a teoria discursiva reconstrói uma visão não conflitiva da relação entre soberania popular e direitos fundamentais, bem como da relação entre autonomia pública e autonomia privada.

---

<sup>221</sup> Ibidem, p. 23.

<sup>222</sup> Ibidem, p. 23.

<sup>223</sup> Ibidem, p. 24.

Isso porque, a partir do momento em que são superadas as concepções de liberdade pública como autodeterminação ética (republicanismo) e de liberdade privada como autodeterminação moral e escolha racional (liberalismo) e, juridicamente, compreendem-se as esferas pública e privada como faces da mesma moeda, a constituição torna-se a configuração de um sistema de direitos fundamentais que assegura as condições procedimentais para a institucionalização jurídica das formas de comunicação necessárias à legislação política autônoma, ou seja, que assegura as condições para um processo legislativo democrático.<sup>224</sup>

De um lado, a autonomia pública fundamenta politicamente a garantia jurídico-constitucional da autonomia privada e esta, de outro lado, viabiliza o exercício da autonomia pública mediante direitos de participação na formação da vontade democrática.

É por meio da relação entre soberania popular e direitos fundamentais que se estabelece um nexo interno entre autonomia pública e autonomia privada dos cidadãos. Essas autonomias são dimensões cooriginárias de uma autonomia jurídica. Significa que os cidadãos, sujeitos privados destinatários da ordem jurídica, tornam-se também autores dos seus próprios direitos e deveres ao participarem comunicativamente dos processos legislativos democráticos, que se realizam pela mediação jurídica dos canais formais e informais de construção da opinião e da vontade.<sup>225</sup>

É com base no conceito de autonomia jurídica e de suas dimensões pública e privada que Habermas contrapõe-se ao paradoxo da democracia, consubstanciado no conflito entre soberania e direitos fundamentais. Para o autor, a democracia pressupõe direitos fundamentais, porque é através da mediação entre direitos políticos e canais institucionais de formação da vontade democrática que a soberania popular manifesta-se enquanto poder comunicativo. Assim, os direitos fundamentais não constituem restrição ao exercício da soberania do povo; ao contrário, são esses direitos que asseguram a institucionalização jurídica do exercício das liberdades políticas dos cidadãos em suas práticas de autodeterminação.

---

<sup>224</sup> CATTONI, Marcelo. **Devido Processo Legislativo**. 2 ed. Belo Horizonte : Mandamentos, 2006. p. 114.

<sup>225</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. 2 ed. v. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 2003. p. 139.

## 2.4 Democracia procedimentalista: a legislação como o produto reflexivo da autonomia jurídica dos cidadãos

A diferenciação funcional dos sistemas do direito, da política e da moral representa um avanço para o desenvolvimento da sociedade. Especificamente em relação ao direito, a transferência do seu critério de validade do direito natural para o direito positivo (validade intrassistêmica) representa o incremento da racionalidade desse sistema.

Não obstante, com o advento do Estado Social, caracterizado por pressões políticas e morais no sentido da positivação e da efetivação de direitos fundamentais individuais e coletivos, tem-se o incremento de normas jurídicas com elevada carga axiológica (princípios). Consequentemente, retornam ao direito as discussões acerca da sua relação com os sistemas moral e político, bem como acerca da sua fundamentação racional.

Evidentemente que não se pode cogitar de uma reideologização do direito. De outro lado, segundo a teoria da sociedade de Habermas, tampouco se pode ignorar o fluxo comunicacional que se estabelece entre o sistema do direito e o mundo da vida, por meio do qual aquele se vê permeado por argumentos de ordem moral e política.

Não se trata de vincular a validade das normas jurídicas a um conteúdo moral predeterminado, o que seria incompatível com o pluralismo das sociedades contemporâneas, mas sim de reconhecer que a sociedade deve dispor de um fundamento prático-moral para respeitar o sistema jurídico como um todo e que esse fundamento não pode estar amparado exclusivamente no aspecto da facticidade (positividade ou coercibilidade).<sup>226</sup>

Além dessa consideração geral, relacionada ao dever de observância do sistema jurídico como um todo, é inegável que o fato de os princípios de direito natural encontrarem-se positivados no texto constitucional representa uma abertura do discurso jurídico ao discurso moral.

---

<sup>226</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. 2 ed. v. II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 2003. p. 201-202. A respeito de um dever moral de respeito à ordem jurídica, ver: NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do direito**. Trad. Elza Maria Gasparotto. São Paulo : Martins Fontes, 2010. p. 17-36.



Diante de tal realidade, Habermas defende a fundamentação procedimental do direito, ou seja, uma democracia em que a formação da vontade política seja o resultado de procedimentos institucionais discursivos, regulados pelo direito, por meio dos quais os argumentos morais são trazidos para o debate pelos participantes e permeiam os discursos jurídicos.

Segundo esse modelo de democracia procedimental, são as qualidades formais do procedimento – igualdade de participação e inclusão – que asseguram a correção de qualquer tipo de decisão tomada, e não o seu conteúdo material.<sup>227</sup>

Em sentido semelhante, Robert Dahl afirma que um procedimento democrático, em que os cidadãos se reconheçam como politicamente iguais, não pode prescindir de cinco critérios: participação efetiva (oportunidades iguais de falar e de convencer pelo argumento), igualdade de voto (iguais oportunidade e peso dos votos), entendimento esclarecido (oportunidades iguais e efetivas de conhecer as questões em debate, dentro do tempo disponível), controle definitivo do planejamento (possibilidade de alteração do planejamento; abertura para o futuro), inclusão dos adultos (ausência de exclusão).<sup>228</sup>

A opção pela democracia procedimental justifica-se porque é o procedimento racional discursivo de produção da legislação, e não o seu conteúdo material, que assegura a legitimidade por meio da legalidade, em face da suposição de que, num dado contexto político, social, econômico e jurídico, venceu o melhor argumento, que se estabilizará temporariamente, sob a forma de norma jurídica, até que a matéria seja submetida a novo procedimento discursivo.

Assim é que, para a democracia deliberativa, o nível discursivo do debate público constitui o aspecto mais relevante. A partir do aprimoramento dos métodos e das condições do debate, da discussão e da persuasão na esfera pública, viabiliza-se a construção de uma racionalidade comunicativa e emancipatória, por meio da qual a interação entre sociedade civil e parlamento transforma o poder comunicativo em legislação.

É por isso que Habermas centraliza a teoria da democracia procedimental na sociedade, especialmente na reorganização dos espaços destinados à discussão pública, por

---

<sup>227</sup> Ibidem, p. 203. Ver também: MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do direito em Habermas**. 3 ed. Belo Horizonte : Mandamentos, 2004. p. 71-72.

<sup>228</sup> DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Trad. Beatriz Sidou. Brasília : UnB, 2009. p. 49-50.

meio dos quais a sociedade civil deve encontrar meios institucionais (eleições, plebiscitos, referendos, processo legislativo) e não-institucionais para formar uma opinião pública qualificada e para influenciar as decisões políticas.

É através do fluxo comunicacional no interior do mundo da vida que se estabelece um diálogo entre os subsistemas do direito, da moral e da política, refutando-se a ideia de uma reprodução autônoma (autorreferencial) do sistema do direito. O processo político-legislativo torna-se um procedimento institucional discursivo de transferência de informações do mundo da vida (canais de participação da sociedade civil), do subsistema da política e do subsistema da moral para o subsistema do direito.

Habermas não ignora os problemas decorrentes da massificação social e da manipulação da informação, os quais constituem entraves a uma esfera pública esclarecida e capaz de produzir consensos democráticos. Entretanto, a comunicação aberta e irrestrita revela-se o meio mais adequado para o aperfeiçoamento das práticas democráticas de uma sociedade que se pretende cada vez mais racional e livre das formas de dominação e violência.

Ainda que a exigência de publicidade dos atos estatais remanesça importante como característica da esfera pública do Estado liberal burguês, Habermas reconhece que a esfera pública do Estado social transformou-se significativamente com a massificação da imprensa e da propaganda, desvinculando-se do estilo de vida e do nível cultural da burguesia. Essa perda de coerência da esfera pública resulta na sua invasão por demandas antes consideradas da esfera particular, as quais, sem possibilidade de serem atendidas na sociedade de mercado, são contrapostas ao Estado. A esfera pública torna-se um *lócus* invadido por conflitos entre distintos interesses particulares ou de grupos socialmente organizados, os quais exercem pressões sobre partidos políticos e sobre a administração pública e, em alguns casos, excluem a própria esfera pública dos espaços de discussão e deliberação.<sup>229</sup>

Esse enfraquecimento da capacidade de integração social, contudo, não afasta as possibilidades de construção de um mundo intersubjetivamente compartilhado. Embora evidente que os processos de decisão que se formam entre Estado e atores sociais, à revelia da esfera pública política e da própria vontade parlamentar, representam prejuízos à legitimação

---

<sup>229</sup> HABERMAS, Jürgen. The public sphere: an encyclopedia article. *New German Critique*. n. 3, 1974. p. 54.

democrática e à publicidade dos atos estatais, não se pode afastar as possibilidades de uma política deliberativa que seja o resultado de um debate público consistente, controlável e criticável pela opinião pública.

Certo é que “a integração de uma sociedade altamente complexa não se efetua através de um sistema paternalista que ignora o poder comunicativo do público de cidadãos”.<sup>230</sup>

Em razão disso, não se pode conceber o direito e a política como sistemas autopoieticamente fechados, sem qualquer possibilidade de abertura ou fluxo comunicacional com o mundo da vida. Especialmente em relação ao sistema da política, a formação institucionalizada da opinião e da vontade precisa se abastecer nos contextos comunicacionais informais da esfera pública e da esfera privada, bem como das associações. O sistema político está necessariamente embutido em contextos do mundo da vida.<sup>231</sup>

Isso porque as decisões impositivas, para serem legítimas, têm que ser reguladas por fluxos comunicacionais que partem da periferia (poder comunicativo decorrente de relações interpessoais entre cidadãos, coletividades, associações, organizações, instituições culturais, profissionais, igrejas, instituições de caridade, etc.) para o centro do poder político (poder administrativo que compreende, em seu núcleo, o complexo parlamentar e o complexo administrativo e, nas margens, universidades, fundações, conselhos, conselhos profissionais e outro órgãos ou entidades que exerçam função pública ou de interesse público), atravessando os procedimentos próprios da democracia e do Estado de Direito. Significa que o poder comunicativo da periferia deve ser capaz de e deve ter razões para identificar e tematizar os problemas latentes de integração social, introduzindo-os no sistema político por meio da atividade parlamentar.<sup>232</sup>

Sob essa perspectiva, a esfera pública não constitui uma instituição ou uma organização e tampouco possui estrutura normativa, com definição de competências. Constitui uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e

---

<sup>230</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. 2 ed. v. II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 2003. p. 84.

<sup>231</sup> Ibidem, p. 84.

<sup>232</sup> Ibidem, p. 84-91.

formação de opiniões, na qual esses fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, condensando-se em opiniões públicas sobre assuntos específicos.<sup>233</sup>

Essa esfera pública reproduz-se por meio do agir comunicativo de cidadãos que compreendem e que julgam os assuntos que lhes são comuns, o relacionamento com o Estado e com a sociedade, os direitos fundamentais de que são titulares e as necessidades e as responsabilidades individuais e coletivas.<sup>234</sup>

É o espaço – real ou virtual – no qual os cidadãos expõem os seus argumentos, analisam as controvérsias e tomam posições diante dos atos de falas dos demais, visando à melhora do nível do debate público e ao convencimento pelo argumento mais racional (melhor argumento). Sob esse prisma, a qualidade da opinião pública não se mede pelo resultado do debate, mas pelas qualidades procedimentais em que esse debate se desenvolve.

Cabe ressaltar, ademais, que as estruturas da esfera pública aliviam o público da tarefa de tomar decisões institucionais vinculantes (normas gerais e abstratas),<sup>235</sup> uma vez que essas decisões permanecem sob a competência dos canais institucionais, especialmente do poder legislativo. Não obstante, a esfera pública deve encontrar formas de fazer pressão e de influenciar o poder político, viabilizando a sua participação na formação democrática da opinião e da vontade.

É por isso que, segundo Robert Dahl, a democracia não pode ser justificada somente como um sistema que transforma uma decisão majoritária de vontades desinformadas em política pública. O esclarecimento dos cidadãos e a publicidade dos atos estatais são fundamentais para uma prática democrática, porque o propósito do sistema está em assegurar aos membros da sociedade a realização de suas necessidades individuais e coletivas. Para tanto, os cidadãos devem dispor de um mínimo de compreensão das questões envolvidas na tomada de decisão, o que se torna possível por meio de procedimentos que garantam iguais possibilidades de informação e de participação.<sup>236</sup>

---

<sup>233</sup> Ibidem, p. 92.

<sup>234</sup> NASCIMENTO, Rosa Maria Freitas. **A problemática da esfera pública no pensamento de Jürgen Habermas**. p. 06.

<sup>235</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. 2 ed. v. II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 2003. p. 93-94.

<sup>236</sup> DAHL, Robert A. A democratic dilemma: system effectiveness versus citizen participation. **Political Science Quarterly**. v. 109. n. 01, 1994. p. 30-31.

É nesse sentido que a esfera pública, enquanto espaço no qual os cidadãos exercem a sua autonomia, constitui elemento fundamental do princípio pós-metafísico da soberania popular, pois é por meio do debate público e da formação discursiva de uma opinião pública qualificada que os cidadãos reciprocamente se reconhecem com coautores e destinatários das decisões políticas e, conseqüentemente, reconhecem como legítimos os atos legislativos que regem sua convivência em sociedade.

Ao tratar da complexa questão que envolve a definição de povo, Friedrich Müller contrapõe-se à ideia de soberania popular mais como símbolo (o povo como *ícone*) do que como realidade e se empenha em tornar o exercício dessa soberania uma prática efetiva, capaz de ultrapassar o problema da inércia fundamental do povo.

Desse modo, o autor afirma que nos Estados de Direito (mais ou menos democráticos) o povo frequentemente aparece sob distintas formas: como *povo ativo*, titular de capacidade eleitoral ativa e passiva, ou seja, fonte ativa da instituição de normas jurídicas mediante participação nas eleições e mediante o exercício da representação; como *instância global de atribuição de legitimidade*, enquanto instância de justificação de instituições com a função de fazer cumprir as normas jurídicas, como os poderes executivo e judiciário e; como *povo real*, destinatário de prestações civilizatórias do Estado, tais como direitos fundamentais e procedimentos justos e equitativos do poder público.<sup>237</sup>

O conceito de soberania popular como poder comunicativo compreende essas três dimensões do povo tratadas por Müller, mas atribui especial ênfase ao *povo real*, titular de direitos fundamentais e que, mediante procedimentos públicos discursivos, torna-se efetivamente capaz de influenciar as decisões estatais. Esse povo real corresponde ao povo difuso do mundo da vida, que, ora de forma organizada, ora de forma desorganizada, constrói e reconstrói a esfera pública e a opinião pública qualificada, viabilizando a participação dos cidadãos no exercício do poder político.

Assim, o mundo da vida vê-se permeado por fluxos comunicacionais resultantes do exercício da autonomia jurídica dos cidadãos, tanto no seu aspecto público quanto no seu aspecto privado. Não há propriamente uma distinção entre os canais de comunicação da esfera pública e da esfera privada. O que há é uma espécie de união entre *os membros da sociedade*,

---

<sup>237</sup> MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental de uma democracia. 3 ed. Trad. Peter Naumann. São Paulo : Ed. Max Limonad, 2003. p. 60-61 e 119.

titulares de uma esfera privada, e *os cidadãos do Estado*, titulares da esfera pública política, na medida em que os canais de comunicação ampliam seu poder de influência do âmbito das relações interpessoais da família e dos amigos em direção ao âmbito das relações interpessoais do trabalho e, em última instância, da comunidade.<sup>238</sup>

Em outras palavras, as condições de comunicação se estruturam num fluxo que vai da intimidade para a publicidade, e vice-versa, de modo que a esfera pública é impulsionada pela assimilação privada de problemas sociais, os quais, em contrapartida, afetam as pessoas individual e/ou coletivamente consideradas.

Esse elo de comunicação constante entre esfera pública política e esfera privada dá-se pelas estruturas da sociedade civil (associações e organizações livres) situadas no mundo da vida e não se estabeleceria sem que amparadas em direitos fundamentais que asseguram o exercício das autonomias pública e privada.

De um lado, os direitos fundamentais de liberdade de expressão, de liberdade de reunião e de associação, de participação política (capacidade eleitoral ativa e passiva), de liberdade de imprensa, entre outros, viabilizam o exercício da autonomia pública, seja pela formação de uma esfera pública e de uma opinião pública qualificada, seja pela participação no processo eleitoral. De outro lado, os direitos fundamentais à personalidade, à intimidade e à vida privada, à liberdade de crença e de consciência, à inviolabilidade da residência, ao sigilo de dados e comunicações e à proteção da família asseguram aos indivíduos a proteção de suas esferas pessoais e uma autodeterminação de suas formas de vida.<sup>239</sup>

Forma-se, assim, um estreito nexo entre cidadania e intimidade, sendo que uma constitui condição de possibilidade para o exercício da outra. Numa sociedade civil caracterizada por um pluralismo das formas de vida, a autonomia privada garante a liberdade de autodeterminação dos seus membros e o respeito a suas escolhas de vida; a autonomia pública cria as condições para a formação de uma esfera pública política capaz de refletir acerca dos problemas da sociedade e de influenciar positivamente os canais institucionais de tomada de decisão.

---

<sup>238</sup> Ibidem, p. 98.

<sup>239</sup> Ibidem, p. 101.

É nessa constante interação entre autonomia pública e autonomia privada e entre esfera pública e procedimentos institucionais de formação da vontade política, especialmente o complexo parlamentar, que se assenta o conceito de *política deliberativa*.

Não se há negar que as possibilidades de influência da esfera pública são limitadas e que o poder comunicativo não se substitui ao poder político. Ao contrário, o poder comunicativo deve passar pelo filtro dos processos institucionalizados de formação democrática da opinião e da vontade, porque a soberania do povo, diluída comunicativamente, não pode se impor apenas por meio de discursos públicos informais, mesmo que originados na esfera pública. Para gerar poder político, o poder comunicativo da soberania popular deve se somar às deliberações das instituições democráticas, assumindo uma forma constitucionalmente autorizada.<sup>240</sup>

É nesse sentido que o Estado Democrático de Direito compreende a autoconstituição de uma comunidade de parceiros do direito, livres e iguais, os quais assumem para si a tarefa contínua de exercer poder político e de constituir e interpretar um sistema de direitos, viabilizando a convivência justa e pacífica em sociedade.

E se esse projeto de poder político e de direitos, estabilizado por uma constituição, é duradouro, falível e sujeito a um aprendizado constante, parece evidente que o processo democrático da legislação adquire um *status* privilegiado,<sup>241</sup> uma vez que é essencialmente pelo fluxo comunicacional entre a esfera pública política e os canais institucionais do sistema da política, pelo *medium* do direito, que são produzidas decisões democráticas para os problemas de integração social.

E é precisamente esse o sentido do caráter emancipatório da racionalidade comunicativa inerente ao processo político-legislativo, por meio do qual se afirma a legitimidade por meio da legalidade.

Jean Cohen, referindo-se ao sentido de legitimidade democrática ou de validade do direito em Habermas, afirma que o direito positivo não pode ter como fundamento de validade uma lei moral hierarquicamente superior, a exemplo das teorias do direito natural. Ao contrário, o processo democrático suporta, ele mesmo, o peso da legitimidade das decisões políticas, baseado no princípio da soberania popular, segundo o qual os cidadãos são autores e

---

<sup>240</sup> Ibidem, p. 105.

<sup>241</sup> Ibidem, p. 119.

destinatários das leis a que estão submetidos. E como o processo democrático discursivo deve assegurar o exercício tanto da autonomia pública quanto da autonomia privada dos cidadãos, a teoria do discurso revela-se ao mesmo tempo uma teoria da legitimidade e uma teoria dos direitos fundamentais.<sup>242</sup>

É certo que a legitimidade pela legalidade, na perspectiva aqui proposta, não extirpa todas as complexidades advindas da fundamentação e da aplicação do direito, especialmente quando relacionadas às possibilidades (reais) de formação racional de um consenso discursivo e ao processo hermenêutico.

Entretanto, reconhecer que há uma relação interna entre direito, política e moral e que essa relação se estabiliza por meio de processos político-legislativos discursivos, os quais compreendem um fluxo de comunicação entre esfera pública e complexo parlamentar, é fundamental para o resgate da dignidade da legislação e para a efetividade do princípio pós-metafísico da soberania popular.

---

<sup>242</sup> COHEN, Jean. Jean Cohen Responds. *New German Critiques*. n. 62, 1994. p. 141-142.



### **CAPÍTULO 3 – DEMOCRACIA, LEGISLAÇÃO E RACIONALIDADE COMUNICATIVA: O CARÁTER INDISPONÍVEL DO DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO**

Nas sociedades democráticas atuais, altamente complexas e pluralistas, o caráter emancipatório da legislação assenta suas bases na ideia de um princípio pós-metafísico da soberania popular, por meio do qual os cidadãos, soberanos e titulares de direitos, tornam-se atores centrais do processo de transformação do poder comunicativo em poder administrativo mediante uma esfera pública política qualificada.

Contrapondo-se à tendência atual de autonomização do direito em relação à legislação, é possível repensar o processo político-legislativo como instituto essencial do princípio pós-metafísico da soberania popular e como fonte mais respeitável e mais democrática de direito.

Partindo da ideia de que o procedimento institucionalizado de formação das leis deve assegurar, na maior medida possível, a participação efetiva e igualitária dos cidadãos, defende-se a indisponibilidade do devido processo legislativo, uma vez que a racionalidade comunicativa e a legitimidade da ordem jurídica relacionam-se diretamente às qualidades procedimentais (irrenunciáveis) do processo de tomada de decisão política.

#### **3.1 Os fundamentos do processo político-legislativo: do princípio discursivo moral ao princípio discursivo democrático**

Segundo a perspectiva teórica adotada neste trabalho, o Estado Democrático de Direito constrói-se a partir da cooriginalidade entre democracia e direitos fundamentais, uma vez que os cidadãos titulares do poder soberano asseguram-se reciprocamente direitos políticos e direitos individuais básicos, por meio dos quais participam da formação discursiva

da vontade política, assumindo tanto o papel de autores quanto de destinatários da ordem jurídica que regula a sua convivência social pacífica.

Nesse sentido, o direito retira dos indivíduos o fardo das normas morais e o transfere para leis que devem garantir a compatibilidade da liberdade de ação.<sup>243</sup>

Observando-se o critério de validade das normas morais para Kant, tem-se a exigência de que cada máxima submeta-se ao imperativo categórico, ou seja, ao princípio de universalização U. A validade das normas jurídicas submete-se a essa mesma exigência, em decorrência do princípio da igualdade, fundamental para qualquer teoria da justiça e elevado ao *status* de direito fundamental. O dever jurídico de tratar todos os cidadãos de modo igual impõe às leis que sejam dotadas das características de generalidade e abstração.

Os direitos subjetivos surgem, historicamente, como uma garantia jurídica da autonomia da vontade e da liberdade moralmente reconhecidas aos homens, conforme se depreende da própria ideia de direito natural. A partir de algumas teorias positivistas, pretende-se negar qualquer relação entre direito e moral, especialmente entre direitos subjetivos e liberdades morais, atribuindo àquele um conceito meramente funcionalista (direitos subjetivos são meios para a satisfação de interesses juridicamente protegidos). Posteriormente à segunda guerra mundial, ressurgem teorias com a pretensão de restabelecer o elo entre o direito e a moral, embora não se afastem de uma concepção individualista e funcionalista dos direitos fundamentais.<sup>244</sup>

Nesse processo de construção dos direitos, nem todos os teóricos conseguem enxergar uma característica que, para Habermas, é fundamental na concepção de direitos, sejam morais, sejam jurídicos. Trata-se justamente do sentido intersubjetivo dos direitos, porque resultam do reconhecimento recíproco de direitos e de deveres entre sujeitos que cooperam.<sup>245</sup>

É possível afirmar, portanto, que os direitos morais subjetivos e os direitos subjetivos possuem uma origem comum, baseada no reconhecimento mútuo de liberdades e no agir cooperativo dos indivíduos. Entretanto, eles se separam no momento em que a

---

<sup>243</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. 2 ed. v. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 2010. p. 114.

<sup>244</sup> Ibidem, p. 119.

<sup>245</sup> Ibidem, p. 120-121.

institucionalização pela via do direito constitui o fundamento de validade dos direitos subjetivos. Significa que somente serão reconhecidos como direitos subjetivos aqueles direitos morais abstratamente normatizados pelo direito objetivo, mediante um processo legislativo democrático.

Torna-se claro, assim, que a teoria dos direitos estabelece uma relação entre os princípios da moral, do direito e da democracia, porquanto cada um deles consolida, a sua maneira, a ideia de *autolegislação*.<sup>246</sup> Significa que os direitos morais subjetivos somente podem assumir o *status* de direito posto pelo exercício da autonomia política dos cidadãos, de modo que o direito realiza uma mediação (ou uma harmonização) entre os princípios discursivos da moral e da democracia.

A autodeterminação do indivíduo no âmbito da moral guarda correspondência com a liberdade política da autolegislação democrática nos âmbitos político e jurídico, congregados na fórmula do Estado Democrático de Direito. É justamente por isso que democracia e direitos fundamentais são cooriginários e viabilizam-se reciprocamente pelo exercício das autonomias pública e privada dos cidadãos.

Sob a perspectiva da teoria discursiva, a validade das normas jurídicas, assim como a validade das normas morais, não resulta apenas do princípio da universalização, mas igualmente do princípio discursivo D, por meio do qual se exige a aplicação reflexiva do teste de generalização. Significa que a aceitabilidade racional das normas jurídicas depende de um processo mútuo de entendimento, por meio do qual se obtém a concordância de todos os envolvidos mediante práticas argumentativas.

No Estado Democrático de Direito, esse processo mútuo de entendimento traduz-se no processo político-legislativo, instrumento fundamental do princípio pós-metafísico da soberania popular, uma vez que é por meio da participação na formação da vontade política que os cidadãos assumem o duplo papel de autores e destinatários das normas jurídicas.

O direito assume, assim, uma função de integração da sociedade como um todo,<sup>247</sup> seja na sua relação com o mundo da vida, seja na sua relação com os demais sistemas político, moral e econômico. Significa dizer que toda a pressão por legitimidade, que antes recaía sobre fundamentos sagrados ou metafísicos, transfere-se para o direito.

---

<sup>246</sup> Ibidem, p. 122.

<sup>247</sup> Ibidem, p. 132.

Nesse novo contexto, pode-se dizer que o direito e a moral apresentam-se numa relação de complementaridade. A mencionada cooriginalidade entre direitos morais subjetivos e direitos fundamentais não tem o propósito de restabelecer critérios externos de validação do ordenamento jurídico, mas é preciso compreender em que medida os discursos morais diferenciam-se dos discursos jurídicos.

A relação entre o direito e a moral é complexa porque, num sentido geral, a estabilidade e a legitimidade de uma ordem jurídica dependem da assimilação de princípios morais básicos. Entretanto, essa perspectiva não pode ser compreendida como uma subordinação da validade das normas jurídicas às normas morais. Segundo Habermas, a ideia de uma hierarquia de leis faz parte do mundo pré-moderno do direito. Entre a moral autônoma e o direito positivo, que depende de fundamentação, estabelece-se uma relação de complementação recíproca.<sup>248</sup>

Com base na teoria do discurso, o princípio discursivo D, acima explicitado, refere-se a normas de ação em geral<sup>249</sup>, abrangendo tanto as normas morais quanto as normas jurídicas.

No âmbito da moral, o princípio discursivo D pode assumir a forma de discursos de fundamentação e de discursos de aplicação. No primeiro caso (discursos de fundamentação moral), o princípio do discurso equivale a um princípio de universalização, porque tem a função de uma regra de argumentação moral que garante a todos um tratamento imparcial.<sup>250</sup>

A distinção entre discursos de fundamentação e de aplicação somente é possível num estágio de moral autônoma, em que as condições de cooperação entre os atores separam-se das comunidades concretas. Assim, a validade das normas morais estende-se virtualmente a todos os participantes em face de princípios ou procedimentos pautados por condições ideais de cooperação. Essa ideia de cooperação e reconhecimento recíproco é que desloca a perspectiva individual para uma perspectiva universal-recíproca.<sup>251</sup>

---

<sup>248</sup> Ibidem, p. 141.

<sup>249</sup> Ibidem, p. 142. Saliente-se que para Habermas, normas de ação devem ser entendidas como expectativas de comportamento generalizadas temporal, social e objetivamente.

<sup>250</sup> Ibidem, p. 144.

<sup>251</sup> GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação. 2ª ed. Trad. Claudio Molz. Rio de Janeiro : Forense, 2011. p. 115.

Sob esse enfoque, a validade da norma moral é totalmente dissociada da situação concreta de aplicação e das relações concretas de uma comunidade. Significa que a validade da norma na perspectiva do indivíduo, bem como dos demais, distancia-se da situação de vida de cada um e torna-se universal, dependente apenas das condições ideais de cooperação do procedimento por meio do qual as normas são fixadas.

Assim é que Klaus Günther afirma que a cognitividade, a universalidade e o formalismo constituem três elementos mutuamente entrelaçados de fundamentação imparcial de normas.<sup>252</sup>

A adequação situacional da norma deixa de ser um critério de validade, tornando-se relevante apenas no momento de aplicação normativa. Desse modo, as opções individuais de vida não se constituem em objeto das normas morais, salvo se afetarem as condições ideais de cooperação entre os membros, uma vez que as normas morais devem tratar de questões que interessam a todos.

O nível pós-convencional da moral traz significativas contribuições para a distinção entre os discursos de fundamentação e de aplicação. Da mesma forma, permite distinguir entre questões de validade normativa e questões de conteúdo.<sup>253</sup> Isso porque o conteúdo das normas morais deve ser definido mediante procedimentos pautados por condições de cooperação idealizadas, dos quais resultem princípios universalizáveis, como a igualdade de direitos morais subjetivos e a dignidade humana. O agir moral é motivado pela convicção da validade dos princípios morais universalistas e pelo compromisso de cada um em observá-los.

Günther acrescenta, igualmente, que o conceito moral de direitos iguais de cada um, em termos de vida, liberdade e bem-estar, permite transcender a validade factual das normas ou sua aplicação numa determinada sociedade. Significa que normas, leis, ações e procedimentos morais devem se legitimar à luz desses direitos morais absolutos (fundamentais) e não à luz do contexto particular de uma sociedade. Essa compreensão não se limita apenas à fundamentação normativa, mas igualmente ao momento da aplicação, porque em nenhum dos momentos admite-se a violação desses direitos fundamentais.<sup>254</sup>

---

<sup>252</sup> Ibidem, p. 115.

<sup>253</sup> Ibidem, p. 117.

<sup>254</sup> Ibidem, p. 124.

O sentido do igual tratamento altera-se no nível pós-convencional. Se para a validade da norma importa o seu caráter universal-recíproco, para a aplicação da norma o que importa não é uma aplicação igual a todos os casos, mas uma aplicação que assegure, como resultado concreto, a proteção do direito de igualdade aos envolvidos.

Analisando o nível pós-convencional, Habermas afirma que a consciência moral posiciona-se criticamente em relação a todas as orientações de ação baseadas na tradição. A moral especializa-se em questões de justiça e analisa todos os conflitos com base no princípio da universalização. Mas a moral da razão torna-se uma forma de saber que se desloca para o sistema cultural e, conseqüentemente, perde eficácia quanto à motivação das ações morais dos indivíduos. O agir moral passa a depender mais dos valores morais assimilados criticamente pela consciência de cada um do que de bons argumentos. Desse modo, a eficácia da moral depende de processos de socialização que produzem as instâncias da consciência, ou seja, a formação do superego coletivo.<sup>255</sup>

Em face das dificuldades de se atingir tais processos de socialização, faz-se necessária a institucionalização de um sistema jurídico que complemente o sistema moral sob a perspectiva da eficácia. Isso porque o direito é, ao mesmo tempo, um sistema de saber e um sistema de ação, já que o seu aspecto normativo está acompanhado de instituições que asseguram a coercibilidade de suas normas.

Assim é que, no direito, os motivos e as orientações axiológicas das normas estão interligados entre si num sistema de ação, do que resulta que as normas jurídicas têm eficácia imediata, diferentemente das normas morais. Significa que a pessoa que julga e age moralmente tem que se apropriar desse saber e colocá-lo em prática de forma autônoma e isso acarreta uma série de problemas de fundamentação e de aplicação. No caso das normas jurídicas, o indivíduo é aliviado dessa responsabilidade enquanto um sujeito de direitos e de deveres jurídicos, porque o legislador político decide quais normas valem como direito e, em caso de conflito, o poder judiciário resolve os problemas de aplicação normativa.<sup>256</sup>

Verifica-se, portanto, que no âmbito do direito o princípio discursivo da democracia também se relaciona à validade e à aplicação de normas jurídicas. Assim é que o

---

<sup>255</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. 2 ed. v. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 2010. p. 149.

<sup>256</sup> *Ibidem*, p. 151.

discurso de fundamentação jurídico-normativo legitima o procedimento por meio do qual as normas jurídicas contam com o assentimento de todos os parceiros do direito.

Diferentemente do princípio moral, o princípio da democracia não funciona como uma regra de argumentação imparcial para a decisão racional de questões morais, mas, pressupondo a possibilidade de decisões racionais sobre problemas práticos, preocupa-se com as condições do procedimento por meio do qual essas decisões devem ser institucionalizadas por meio do direito,<sup>257</sup> ou seja, com o processo político-legislativo.

É por isso que, no Estado Democrático de Direito, a autonomia jurídica desdobra-se em privada e pública. Sob a perspectiva de um destinatário de normas jurídicas, o cidadão fica isento da responsabilidade de decidir quais normas submetem-se aos princípios da universalização e da reciprocidade (ou seja, quais normas são justas ou injustas), tampouco precisa expor os motivos pelos quais cumpre a norma. O sentido da autonomia privada está em liberar o cidadão da obrigação de cumprir com os pressupostos do agir comunicativo, retirando-se do espaço público de discussão. Posta a norma, ele não precisa agir orientado pelo entendimento, porquanto a positividade do direito torna indiferentes os motivos e enfoques que o levam a agir.

Já sob a perspectiva de um coautor de normas jurídicas, o cidadão está obrigado a agir comunicativamente para a formação da vontade política legítima. O exercício de sua autonomia pública implica a obrigação de participar do processo político-legislativo e, como resultado de consensos discursivos, decidir quais normas são válidas como direito para a sociedade.

É por isso que, conforme o princípio discursivo da democracia, a validade das normas jurídicas não depende de argumentos de um tipo específico, porque se pressupõe a possibilidade de todos os tipos de argumentação (moral, ético-política, pragmática e jurídica) no processo político-legislativo, desde que realizadas por meio de procedimentos discursivos (ou negociações reguladas) que assegurem pressupostos comunicativos e iguais direitos de participação aos envolvidos.

Disso resulta uma característica que é peculiar ao princípio discursivo democrático: o procedimento discursivo que institucionaliza a produção de normas jurídicas é

---

<sup>257</sup> Ibidem, p. 145.

igualmente regulado pelo direito, formando um conjunto de normas de ação reflexivas, ou seja, aplicáveis a si mesmas. Significa que o princípio da democracia não apenas fixa um processo legítimo de normatização, mas também normatiza esse modo de criação do direito (normatiza o procedimento de normatização).<sup>258</sup>

É assim que o aumento da complexidade social encontra no direito uma forma institucionalizada de organização e regulação. Esse é, precisamente, o sentido de complementaridade entre moral e direito. Como o direito estabelece-se nos níveis da cultura (saber) e da sociedade (ação), ele pode compensar as deficiências da moral enquanto uma forma de saber, à qual carecem formas institucionalizadas de coerção.

A institucionalização do direito não representa o desaparecimento da moral, mas sim a criação de um vínculo interno entre ambos, porquanto a moral pode irradiar-se a todos os campos de ação social através de um sistema de direitos positivado, o qual, como resultado das expectativas normativas de comportamento, desonera os cidadãos das exigências de fundamentação moral, à exceção de um critério geral de legitimidade, consubstanciado no dever de observância do direito como um todo.<sup>259</sup>

E esse sistema de direitos deve contemplar os direitos fundamentais básicos que os cidadãos reconhecem uns aos outros com o propósito de regular a sua convivência em sociedade por meio do direito. Esses direitos básicos são a expressão do princípio pós-metafísico da soberania popular ou, dito de outro modo, do princípio discursivo da democracia, porquanto tem a finalidade de viabilizar normativamente o exercício do poder político em condições de igualdade.

Como afirma Habermas, o princípio da democracia resulta da interligação que existe entre o princípio do discurso e a forma jurídica. Esse entrelaçamento é a *gênese lógica de direitos*, que começa com a aplicação do princípio do discurso ao direito a liberdades subjetivas de ação em geral, constitutivo para a forma jurídica, e termina quando as condições para o exercício discursivo da autonomia política são institucionalizadas juridicamente.<sup>260</sup>

O que o autor quer demonstrar é que o princípio discursivo da democracia é o núcleo do sistema de direitos. Por meio dele, os cidadãos se reconhecem como titulares de

---

<sup>258</sup> Ibidem, p. 146 e 152-153.

<sup>259</sup> Ibidem, p. 154.

<sup>260</sup> Ibidem, p. 158.



direitos morais a iguais liberdades subjetivas, optam cooperativamente pela via da institucionalização jurídica e, mediante processos de entendimento mútuo, fixam normativamente os procedimentos por meio dos quais exercerão suas autonomias jurídicas, tanto pública quanto privada. Sob esse prisma, o direito básico a iguais liberdades e o poder de regular o exercício da autonomia política constituem-se, assim, de modo cooriginário.

O sistema de direitos tem como base o direito ao maior número possível de iguais liberdades subjetivas, o que significa que deve haver uma compatibilidade entre o direito de todos. A liberdade deve ser distribuída igualmente. Para Habermas, entretanto, o sistema de direitos exige outros direitos correlatos e indispensáveis para a construção da ordem jurídica. O primeiro deles é o direito de ser cidadão, de pertencer à comunidade política e jurídica, do que resulta, igualmente, o direito de se retirar dessa associação voluntariamente. O segundo corresponde a um direito que garanta os próprios direitos, ou seja, um direito à prestação jurisdicional para a solução de conflitos mediante um procedimento imparcial. O terceiro corresponde aos direitos de participação política, por meio dos quais os cidadãos exercerão continuamente sua autonomia política, constituindo-se em autores das normas jurídicas que regularão a sua convivência em sociedade.<sup>261</sup>

Nenhum dos direitos mencionados corresponde propriamente ao rol de direitos fundamentais liberais, conhecidos como liberdades negativas, direitos de abstenção do Estado ou direitos de primeira geração ou dimensão. Tais direitos precisam ser definidos e interpretados, traduzidos para o sistema jurídico por meio de um legislador político e das circunstâncias de cada sociedade. Significa que os próprios cidadãos, já dotados de direitos de participação política, assumem o papel de legisladores constitucionais e traduzem para o sistema constitucional um rol de direitos fundamentais à vida, à liberdade, à integridade física e mental, à dignidade, à liberdade de profissão, à propriedade, à inviolabilidade de domicílio, etc., pautados apenas pelo direito nuclear da igualdade na distribuição da liberdade. Da mesma forma, fixam os deveres fundamentais e as garantias processuais.<sup>262</sup>

Nesse sentido, o exercício do poder constituinte já configura o exercício da autonomia pública de cidadãos que, mediante um procedimento discursivo, alcançam o consenso sobre direitos, deveres, garantias processuais, procedimentos e instituições que regularão a sua convivência em sociedade. E como aspecto fundamental, os cidadãos

---

<sup>261</sup> Ibidem, p. 159-163.

<sup>262</sup> Ibidem, p. 162.

normatizam o procedimento por meio do qual participarão continuamente da formação da vontade política e, nesse sentido, estabelecem uma conexão entre direitos e democracia, porquanto é da participação no processo político-legislativo que se renova constantemente a legitimidade do poder político traduzido em normas jurídicas.

É por isso que o princípio discursivo democrático não circunscreve limites, mas tão somente viabiliza as condições para que os próprios cidadãos regulem suas vidas em sociedade, pautados pelo direito moral de iguais liberdades a todos. Quanto aos direitos positivados no plano constitucional e infraconstitucional, não há qualquer vinculação com um direito natural, mas tão somente um aprendizado histórico que integra o saber dos cidadãos soberanos para conceberem o sistema de direitos de uma sociedade determinada.

Evidentemente que a tradição tem um papel importante na concepção do sistema de direitos, especialmente quando permeada pelo desenvolvimento do constitucionalismo. Não obstante, o princípio discursivo democrático pressupõe que os cidadãos exercem sua autonomia política no momento fundador do Estado e, continuamente, em todos os processos continuados de legislação, porque só assim é possível diminuir a distância entre a facticidade e a validade do direito. Nesse sentido, o princípio discursivo democrático é perfeitamente compatível com a ideia de que a identidade do sujeito constitucional está em constante processo de reconstrução, sempre aberta à crítica, ao aprendizado social e a novos momentos de legitimação.

### **3.2 Legislação e legislador: a construção dos discursos de fundamentação no processo político-legislativo**

A cooriginalidade entre direito e moral permite justificar a transformação do princípio discursivo moral no princípio discursivo democrático a partir da formação do Estado Democrático de Direito. A complementação das normas morais pelas normas jurídicas não

apenas resolve problemas significativos de imputabilidade<sup>263</sup>, de fraqueza de vontade<sup>264</sup> e de resolução de conflitos<sup>265</sup>, mas principalmente de legitimidade da ordem normativa.

O princípio democrático representa, assim, um entrelaçamento entre o direito, a moral e a política, porque, de um lado, o direito não pode ofender princípios universais de justiça e, de outro, o pluralismo das sociedades exige a consideração de valores divergentes nos procedimentos políticos.<sup>266</sup>

Nesse sentido, o poder político deve assumir a forma de um poder comunicativo para produzir um direito legítimo, seja por meio do processo eleitoral ou do processo legislativo, seja por meio de procedimentos discursivos em outros níveis da esfera pública.<sup>267</sup>

Esse cruzamento entre a *normatização discursiva do direito* e a *formação comunicativa do poder* é possível porque no agir comunicativo os argumentos também constituem motivos, fins para a ação. Significa que as comunidades concretas que desejam regular sua convivência com os meios do direito não conseguem separar a regulamentação de expectativas de comportamento da regulamentação de objetivos comuns.<sup>268</sup>

Para além do âmbito da moral, que dispõe sobre normas de ação em geral, o direito constitui instrumento de auto-organização política de uma comunidade historicamente determinada, bem como de acomodação de interesses muitas vezes divergentes e de fixação de prioridades e objetivos coletivos.

Nesse sentido, a vontade política de uma comunidade é a expressão de uma forma de vida compartilhada intersubjetivamente, de interesses e de fins pragmaticamente escolhidos. A natureza das questões políticas faz com que o *medium* do direito abra-se a finalidades coletivas. Consequentemente, ampliam-se as possibilidades argumentativas na

---

<sup>263</sup> Porque as normas jurídicas criam pessoas fictas e lhes atribuem responsabilidade, ao passo que as pessoas morais restringem-se aos indivíduos.

<sup>264</sup> Porque as normas jurídicas aliviam o indivíduo da obrigação de agir buscando o entendimento, dada a possibilidade de aplicação de sanções em caso de descumprimento das normas.

<sup>265</sup> Porque a resolução de conflitos dá-se pela atuação imparcial do poder judiciário.

<sup>266</sup> NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma difícil relação. 3 ed. São Paulo : Martins Fontes, 2013. p. 118.

<sup>267</sup> Ibidem, p. 118.

<sup>268</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. 2 ed. v. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 2010. p. 191.

formação da vontade política, acrescentando-se aos argumentos morais as razões pragmáticas e éticas.<sup>269</sup>

Segundo Marcelo Neves, na formação da vontade estatal consideram-se tanto discursos morais (constituem um dever-ser universal ou, na linguagem kantiana, imperativos categóricos) quanto discursos pragmáticos (justificam os fins e os meios adequados a sua consecução), ético-políticos (justificam o modo de vida que é considerado bom por uma comunidade determinada, sem pretensão de universalidade) e jurídicos (destinam-se a assegurar a coerência do sistema jurídico).<sup>270</sup>

Essa relação interna que se estabelece no processo político-legislativo entre direito, moral e política não elimina a forma jurídica, ou seja, a função própria do direito, que, para Habermas, permanece marcada pelo conteúdo das normas jurídicas, pelo seu sentido de validade e pelo modo de legislação.<sup>271</sup>

De fato, o autor afirma que as normas jurídicas não se encontram no mesmo nível de abstração das normas morais, porque não regulam apenas conflitos interpessoais com pretensão de universalidade, como as normas morais, mas igualmente dispõem sobre bens e fins coletivos, todos relacionados ao contexto dos cidadãos de uma determinada comunidade. Por isso, no direito os discursos de fundamentação e de aplicação não se restringem a argumentos morais, abarcando igualmente argumentos pragmáticos e ético-políticos.<sup>272</sup>

Ademais, o sentido de generalidade das normas jurídicas e das normas morais não é exatamente coincidente. Para ambas, a generalidade significa que essas normas dirigem-se a um número significativo de destinatários, excluindo-se privilégios e discriminações. Contudo, as normas morais têm uma pretensão de universalidade que exorbita uma comunidade jurídica determinada, em face da qual está limitada a existência, a validade e a eficácia das normas jurídicas.

Por fim, a igualdade de conteúdo jurídico não se transforma em justiça, porque as matérias reguladas pelo direito comumente não atingem o grau de abstração no qual se

---

<sup>269</sup> Ibidem, p. 191-192.

<sup>270</sup> NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma difícil relação. 3 ed. São Paulo : Martins Fontes, 2013. p. 119-120.

<sup>271</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. 2 ed. v. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 2010. p. 192.

<sup>272</sup> Ibidem, p. 193-194.

encontram as questões de justiça. As normas jurídicas dispõem sobre bens e fins coletivos que se relacionam com formas de vida concretas, com uma identidade comum, bem como com a escolha racional de meios para concretizá-los. A decisão sobre tais questões envolve problemas de compensação de interesses não generalizáveis e de formação de compromissos. Sob essa perspectiva, o sentido da validade das normas jurídicas mostra-se complexo e não coincide com o sentido de validade das normas morais, pautado unicamente por critérios de justiça.<sup>273</sup>

Tais distinções qualitativas entre as normas jurídicas e as normas morais reforçam os problemas decorrentes de uma assimilação irrefletida da moral pelo direito no processo hermenêutico realizado por juízes e tribunais, tendo em vista que o *locus* adequado para a acomodação dos discursos jurídico, moral, ético-político e pragmático é o processo discursivo de formação da vontade política.

A correta compreensão de como se estabelece a relação de complementaridade entre o direito e a moral é fundamental para a própria ideia de validade do direito. Embora, num sentido geral, o direito deva observar princípios morais, é possível que as normas jurídicas sejam válidas ainda que justificadas exclusivamente por razões pragmáticas ou ético-políticas ou por compromissos políticos.

Isso porque, diferentemente das normas morais, a correção dos discursos considerados na formação da norma jurídica relaciona-se à identidade histórica e cultural da comunidade jurídica, bem como às orientações axiológicas, aos fins e às situações de interesse de seus membros. Não fosse assim, os argumentos pragmáticos, ético-políticos e os compromissos perderiam o sentido.<sup>274</sup>

A partir dessas considerações, é possível atribuir ao processo legislativo (em contraposição à atividade de adjudicação) um papel fundamental para a validade do direito e das normas jurídicas.

Na teoria discursiva de Habermas, é possível extrair um duplo sentido de validade: do direito e das normas jurídicas. O direito é válido enquanto produto da vontade discursiva de cidadãos que se reconhecem como autores e destinatários da ordem jurídica. A

---

<sup>273</sup> Ibidem, p. 194-195.

<sup>274</sup> Ibidem, p. 196.

validade das normas jurídicas, por sua vez, conecta-se com o aspecto fático da vontade concreta de uma comunidade jurídica, vinculando-se a esse momento volitivo.<sup>275</sup>

Assim é que, nas normas jurídicas, o elemento teleológico (e não apenas o elemento moral) possui enorme relevância e conecta-se com o sentido de validade normativa. O momento de construção da norma jurídica, por meio do processo político-legislativo, é um momento de negociação racionalmente motivada por meio do qual os cidadãos fixam os direitos e os deveres que vão nortear a sua convivência em sociedade.

Sob essa perspectiva, a ideia de autolegislação moral, que representa a autonomia moral para a vontade particular, transforma-se em autolegislação política, não apenas porque assume a forma jurídica, mas porque as formas de vida, os interesses e os objetivos da comunidade criam uma identidade para a vontade política que se autodetermina.<sup>276</sup>

O processo político-legislativo compreende, portanto, uma complexa relação entre discursos de fundamentação pragmáticos, ético-políticos e morais, os quais, a depender da matéria a ser regulada, aparecem de forma complementar na atividade política do legislador.

As questões pragmáticas aparecem quando, diante de objetivos coletivos previamente dados, torna-se necessário escolher racionalmente os meios mais adequados para a concretização dos fins. A decisão entre meios alternativos implica análises técnicas e estratégias de ação fundamentadas, as quais serão debatidas pelos legisladores a partir de concepções e preferências axiológicas.<sup>277</sup> O aspecto relevante é a definição prévia dos resultados a serem alcançados em benefício da comunidade jurídica.

Contudo, há situações em que os objetivos coletivos não estão previamente definidos e a regulamentação da matéria envolve conflitos de interesses e de orientações axiológicas entre os membros da comunidade. Essas questões, de natureza ético-políticas, exigem um esforço de autoentendimento entre indivíduos interligados por formas de vida intersubjetivamente compartilhadas. A identidade do grupo é o resultado de tradições e formas de vida reconhecidas reciprocamente como identificadoras do coletivo (do *nós*). Essa

---

<sup>275</sup> Ibidem, p. 196.

<sup>276</sup> Ibidem, p. 197.

<sup>277</sup> Ibidem, p. 200.

autocompreensão da comunidade é fruto de um processo hermenêutico que se apropria criticamente das tradições, consolidando formas de vida e valores autênticos.<sup>278</sup>

Significa que a comunidade está em processo de aprendizado histórico e, pela via do autoentendimento, deve minimizar as discordâncias e definir aquilo que a une enquanto coletividade e aquilo que é bom para os seus membros.

Mas a formação racional da vontade política não pode se limitar a essas considerações de ordem pragmática e ética. A fundamentação das normas jurídicas também deve considerar a questão da justiça, de modo a definir se a vontade política é igualmente boa para todos.

As questões morais são mais abstratas e ultrapassam o ponto de vista teleológico para se preocuparem com o ponto de vista normativo de regular a convivência no interesse simétrico de todos. Os mandamentos morais têm a forma de imperativos categóricos ou incondicionais, constituem um dever-ser que independe de preferências subjetivas ou contextos e formas de vida. O discurso moral preocupa-se com interesses que sejam generalizáveis, de modo que a perspectiva etnocentrista de uma determinada coletividade alarga-se para abranger a perspectiva de uma comunidade não-circunscrita.<sup>279</sup>

Nesse sentido, o princípio discursivo moral assume a forma de um princípio de universalização, a fim de que a solução de conflitos a partir de hipóteses previsíveis encontre o assentimento refletido de todos os atingidos. Para tanto, exige-se elevado grau de abstração, ou seja, a desconsideração dos contextos e formas de vida da comunidade jurídica. A construção da norma moral pauta-se por casos hipotéticos, sem a exigência de que sejam levadas em consideração, *ex ante*, todas as possibilidades reais de incidência normativa, com a consequência de impor, no momento de aplicação, a realização de um juízo (mais complexo) de adequação normativa.

Tais considerações são relevantes porque o processo político-legislativo caracteriza-se por um modelo processual que, segundo Habermas, segue uma lógica de argumentação: “ele parte de questionamentos pragmáticos, passa pela formação de

---

<sup>278</sup> Ibidem, 201.

<sup>279</sup> Ibidem, p. 202-203.

compromissos e discursos éticos, atinge a clarificação de questões morais, chegando finalmente a um controle jurídico de normas”.<sup>280</sup>

Para o autor, nessa sequência modifica-se a relação entre razão e vontade contida no dever-ser, a depender dos aspectos considerados no discurso de fundamentação.<sup>281</sup> O dever-ser com conteúdo pragmático é válido mesmo que as recomendações subjacentes à norma jurídica não sejam consideradas no momento da ação, porque não há uma relação interna entre as razões que levam à escolha dos meios mais adequados e o ato de vontade que normatiza a decisão tomada. Nas normas jurídicas com conteúdo ético-político, razão e vontade determinam-se reciprocamente, porque as escolhas estão inseridas no contexto de uma comunidade histórica que se autocompreende hermeneuticamente. As orientações valorativas e as preferências influenciam a decisão racional e a ela se vinculam. Ao contrário, nos discursos morais, a vontade está isenta de orientações axiológicas e interesses, estando impregnada por uma razão teórica que se distancia das tradições que conferem identidade à comunidade.

Essas possibilidades argumentativas na fundamentação de normas jurídicas denotam as complexidades inerentes à formação de uma vontade política por meio do processo legislativo democrático.

Em sociedades complexas, em que as matérias reguláveis referem-se simultaneamente a diferentes interesses, nem sempre é possível fundamentar a vontade política em interesses universalizáveis ou na primazia de um valor determinado, produto de concordâncias mais profundas numa comunidade marcada por interesses e orientações axiológicas conflitantes. Quando a formação de consensos discursivos não se mostra viável, Habermas defende a possibilidade de as decisões políticas resultarem de negociações leais, pautadas por um espírito cooperativo.

Segundo o autor,

(...) processos de negociação são adequados para situações nas quais não é possível neutralizar as relações de poder, como é pressuposto nos discursos racionais. Os compromissos obtidos em tais negociações contêm um acordo que equilibra interesses conflitantes. Enquanto um acordo racionalmente motivado se apoia em argumentos que convencem da mesma maneira todos

---

<sup>280</sup> Ibidem, p. 204.

<sup>281</sup> Ibidem, p. 204.



os partidos, um compromisso pode ser aceito por diferentes partidos por razões diferentes.<sup>282</sup>

Disso não resulta que os processos de negociação dissociam-se da pretensão de racionalidade. Ao contrário, devem ser pautados por procedimentos que regulam formas cooperativas e leis de formação de compromissos políticos. Desse modo, as condições procedimentais que asseguram a formação equitativa de compromissos também se submetem a uma racionalidade prático-moral.

Assim é que, para Habermas, as negociações equitativas não destroem o princípio do discurso, mas antes o pressupõem. Mas o caminho do princípio do discurso, que deve garantir um consenso não-coercitivo, é indireto, manifestando-se por meio de procedimentos que regulam as condições de negociação sob o prisma da imparcialidade. Se o procedimento de negociação garantir a todos os interesses divergentes iguais chances de participação e de influencia, é possível supor que os compromissos resultantes são conformes à equidade.<sup>283</sup>

Com base em tais considerações, a formação da vontade política, sob a perspectiva do princípio democrático discursivo, pode ser o produto de consensos discursivos ou compromissos equitativos. Mas essa vontade política precisa ser traduzida para a linguagem do direito. Significa que, ao final do processo político-legislativo, o legislador precisa avaliar se as pretensões de normatização são coerentes com o sistema jurídico, ou seja, se os atos legislativos são compatíveis com a constituição e com o sistema normativo vigente.

É por isso que processo de formação da vontade política culmina com a introdução dos discursos jurídicos de fundamentação, os quais têm o sentido específico de assegurar unidade e segurança jurídica ao sistema do direito.<sup>284</sup> O exemplo mais significativo da utilização de discursos jurídicos na atividade legislativa é o controle preventivo de constitucionalidade, comumente realizado por comissões de constituição e justiça.

---

<sup>282</sup> Ibidem, p. 207.

<sup>283</sup> Ibidem, p. 208-209.

<sup>284</sup> Ibidem, p. 210.

### 3.3 Devido processo legislativo: a indisponibilidade da racionalidade comunicativa no procedimento de formação da vontade política

A relação de complementaridade entre direito e moral afasta qualquer possibilidade de legitimação da ordem jurídica exclusivamente com base numa racionalidade jurídica autônoma, destituída de qualidades morais. A questão não deve ser posta como uma limitação material do direito pela moral, mas sim como a institucionalização jurídica de procedimentos decisórios por meio dos quais a moral ingressa no direito, assumindo positividade.

Segundo Habermas, o poder exercido nas formas do direito positivo deve a sua legitimidade a um conteúdo moral implícito nas qualidades formais do direito. Mas esse formalismo não pode ficar restrito apenas às características semânticas. A força legitimadora do direito reside em processos que institucionalizam a sua produção como um caminho para seu resgate argumentativo.<sup>285</sup>

Em igual sentido, Luiz Moreira afirma que a racionalidade do sistema jurídico incorpora a dimensão de uma racionalidade procedimental prático-moral, quer dizer, de uma racionalidade jurídica que se dá através de um procedimento aberto à moralidade, a qual se põe como esfera deontológica.<sup>286</sup>

Esses processos institucionalizados juridicamente são os processos de formação discursiva da vontade estatal, nos âmbitos legislativo, executivo e judiciário, por meio dos quais se regulamenta juridicamente a produção de normas e decisões jurídicas vinculantes.

Para Habermas, a racionalidade dos procedimentos juridicamente institucionalizados deve assegurar a validade dos resultados obtidos conforme o processo. Em sua visão, os processos jurídicos aproximam-se mais de uma racionalidade procedimental completa, porque se submetem a critérios institucionais independentes, o que permite aferir,

---

<sup>285</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. 2 ed. v. II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 2010. p. 214.

<sup>286</sup> MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do direito em Habermas**. 3 ed. Belo Horizonte : Mandamentos, 2004. p. 72.

na perspectiva de um não-participante, se uma decisão foi obtida em observância (ou não) às regras.<sup>287</sup>

Significa que, por se tratar de procedimento institucionalizado por meio do direito, a formação da vontade estatal submete-se a uma dupla limitação: externamente, pelas normas que regulam a sua forma, e internamente, pela força do melhor argumento.<sup>288</sup> A necessidade de que os participantes decidam com base no melhor argumento permite a abertura do procedimento a discursos morais, os quais são introduzidos no sistema jurídico na forma de regras ou princípios.

Mas não são apenas os discursos morais que permeiam os procedimentos institucionalizados juridicamente. Na formação da vontade estatal consideram-se tanto discursos morais quanto discursos pragmáticos, éticos e jurídicos.

Esse aspecto é extremamente relevante quando se analisa a legitimidade por meio da legalidade, uma vez que o processo político-legislativo, enquanto procedimento institucionalizado de produção de normas jurídicas, torna-se necessariamente permeável por discursos extrajurídicos. O devido processo legislativo compreende, assim, uma racionalidade procedimental que se situa entre formas jurídicas e argumentos morais, ético-políticos, pragmáticos e jurídicos.

É que o processo de positivação do direito constitui normas jurídicas com força vinculante, amparadas pelo poder coercitivo do Estado. Embora modificáveis, as normas jurídicas são o resultado de decisões institucionais obrigatórias do legislador político, as quais não se limitam à solução imparcial de conflitos de ação, de natureza moral, mas igualmente à efetivação de programas políticos. Nesse sentido, o direito possui uma função instrumental em relação à política, porquanto o caráter obrigatório dos objetivos coletivos resulta da forma jurídica.<sup>289</sup>

Significa que o processo político-legislativo representa um ponto de intersecção entre o direito, a moral e a política. A relação que se estabelece entre esses sistemas é

---

<sup>287</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. 2 ed. v. II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 2010. p. 216.

<sup>288</sup> Ibidem, p. 73.

<sup>289</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. 2 ed. v. II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 2010. p. 218.

complexa e, por meio da legalidade, submete-se a condicionantes de ordem jurídica. Mas não significa que os argumentos morais e políticos percam a sua identidade.

Segundo Habermas, a moral que se estabelece no próprio direito é de natureza puramente procedimental. Ela se despoja de todos os conteúdos normativos determinados para se manifestar em processos de fundamentação e de aplicação de possíveis conteúdos normativos. Sob essa perspectiva, o direito e a moral procedimentalizada controlam-se mutuamente. Contudo, nos discursos jurídicos, o tratamento das questões práticas e morais é conformado pela institucionalização do direito. Significa que a argumentação moral é limitada:

- a) metodicamente, através da ligação com o direito vigente;
- b) objetivamente, em relação a temas e encargos de prova;
- c) socialmente, em relação a pressupostos de participação, imunidades e distribuição de papéis;
- d) temporalmente, em relação aos prazos de decisão.<sup>290</sup>

A moral, institucionalizada por meio do direito, é por este limitada, mas não a ponto de descaracterizá-la enquanto argumento moral, por meio do qual confere aos procedimentos decisórios um nível de racionalidade. Para Habermas, o direito permite e estimula uma dinâmica de fundamentação que transcende o próprio direito de um modo não determinado por ele.<sup>291</sup>

Mas a relação entre direito, moral e política manifesta-se de forma diferente conforme se está a tratar de processos juridicamente institucionalizados no âmbito legislativo, executivo ou judicial. Nesse sentido, é por meio do processo político-legislativo que o discurso de fundamentação do direito assume maior relevância no Estado Democrático de Direito.

A fonte primeira de legitimação do direito é o processo legislativo democrático, a partir do qual os próprios cidadãos investem-se simultaneamente dos papéis de autores e destinatários da ordem jurídica, interagindo com os membros do poder legislativo pelo exercício dos direitos políticos de participação e pela atuação de uma esfera pública qualificada.

---

<sup>290</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. 2 ed. v. II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 2010. p. 219.

<sup>291</sup> Ibidem, p. 219.

Habermas reconhece que a força legitimadora que se extrai da racionalidade dos processos jurídicos comunica-se com o poder legal por meio das decisões judiciais, mas igualmente reconhece que, em primeira linha, a legitimidade conecta-se com o processo de legislação. O autor acrescenta, inclusive, que inicialmente o processo parlamentar parece se motivar pela disputa de poder e de interesses conflitantes, o que afastaria qualquer possibilidade de um núcleo de racionalidade no sentido prático-moral. Entretanto, afirma que as diversas regras que conformam o devido processo legislativo podem ser vistas como processos de decisão que asseguram a consideração simétrica dos interesses de todos os envolvidos e de todos os aspectos relevantes da matéria sujeita a regulamentação.<sup>292</sup>

É perfeitamente possível, assim, que o processo político-legislativo, por meio de regras de formação de comissões temáticas, de formação de blocos parlamentares, de formação de maiorias e minorias, de definição de sessões deliberativas e não-deliberativas, de apresentação de proposições legislativas, de discussão e deliberação, de recurso a plenário, de convocação de audiências públicas, etc., institucionalize um procedimento imparcial de formação discursiva da vontade política.

Ademais, a racionalidade do processo legislativo democrático não se restringe à vontade parlamentar, já que essa mesma deve estar em constante interação com uma esfera pública política qualificada (ou seja, suficientemente educada e bem esclarecida), a qual deve encontrar mecanismos concretos para influir na formação discursiva da vontade política estatal.<sup>293</sup>

Nesse sentido, o procedimento parlamentar assume a perspectiva de uma racionalidade prático-moral, ou seja, de uma normatividade que decorre do fato de que, na formação da vontade do legislador, são consideradas todas as possíveis manifestações da vontade soberana do povo, sem qualquer possibilidade de exclusão, em decorrência de uma interação entre a vontade parlamentar e a vontade da esfera pública.<sup>294</sup>

Significa que a legitimidade da ordem jurídica repousa, em grande medida, na racionalidade do processo político-legislativo, ou seja, nas condições discursivas de um procedimento que deve assegurar a participação igualitária de todos os interessados

---

<sup>292</sup> *Ibidem*, p. 219-220.

<sup>293</sup> *Ibidem*, p. 220.

<sup>294</sup> MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do direito em Habermas**. 3 ed. Belo Horizonte : Mandamentos, 2004. p. 81.

(parlamentares, autoridades e representantes da sociedade civil), sem exclusão, bem como o debate baseado em argumentos, sejam eles de natureza moral, ético-política, pragmática ou jurídica.

O devido processo legislativo, pautado por uma racionalidade comunicativa, possui um significativo *caráter de juridicidade*, constituindo garantia do exercício do princípio pós-metafísico da soberania popular e, em última instância, do exercício da autonomia pública dos cidadãos.

Nesse sentido, o Estado Democrático de Direito é incompatível com a ideia de um processo legislativo de natureza eminentemente político-deliberativa, desprovido de qualquer juridicidade,<sup>295</sup> como tem sido reiteradamente afirmado pelo Congresso Nacional e reconhecido pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

A pretensão dos parlamentares de dispor do processo político-legislativo, à revelia das normas constitucionais e das normas regimentais, desnatura o devido processo legislativo e inviabiliza a formação discursiva da vontade política ou a formação de compromissos equitativos, prejudicando a participação efetiva das minorias e a interação com uma esfera pública política. Dito de outro modo, a violação das normas constitucionais e regimentais do processo legislativo rompe com a racionalidade comunicativa que lhe confere legitimidade democrática.

A preservação do Estado Democrático de Direito relaciona-se essencialmente com a preservação dos canais de participação do cidadão na construção da ordem jurídica, enquanto manifestação do princípio pós-metafísico da soberania popular. O Supremo Tribunal Federal tem se mostrado sensível a essa lógica em se tratando da proteção constitucional das minorias políticas, mais especificamente no que diz respeito ao processo eleitoral e à instauração de comissões parlamentares de inquérito.<sup>296</sup>

---

<sup>295</sup> CATTONI, Marcelo. **Devido Processo Legislativo**: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo. 2 ed. Belo Horizonte : Mandamentos, 2006. p. 44.

<sup>296</sup> LEI COMPLEMENTAR 135/2010, DENOMINADA LEI DA FICHA LIMPA. INAPLICABILIDADE ÀS ELEIÇÕES GERAIS 2010. PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE ELEITORAL (ART. 16 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA). I. O PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE ELEITORAL COMO GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL ELEITORAL. O pleno exercício de direitos políticos por seus titulares (eleitores, candidatos e partidos) é assegurado pela Constituição por meio de um sistema de normas que conformam o que se poderia denominar de devido processo legal eleitoral. Na medida em que estabelecem as garantias fundamentais para a efetividade dos direitos políticos, essas regras também compõem o rol das normas denominadas cláusulas pétreas e, por isso, estão imunes a qualquer reforma que vise a aboli-las. O art. 16 da

Constituição, ao submeter a alteração legal do processo eleitoral à regra da anualidade, constitui uma garantia fundamental para o pleno exercício de direitos políticos. Precedente: ADI 3.685, Rel. Min. Ellen Gracie, julg. em 22.3.2006. (...) II. O PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE ELEITORAL COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE DE CHANCES. Toda limitação legal ao direito de sufrágio passivo, isto é, qualquer restrição legal à elegibilidade do cidadão constitui uma limitação da igualdade de oportunidades na competição eleitoral. Não há como conceber causa de inelegibilidade que não restrinja a liberdade de acesso aos cargos públicos, por parte dos candidatos, assim como a liberdade para escolher e apresentar candidaturas por parte dos partidos políticos. E um dos fundamentos teleológicos do art. 16 da Constituição é impedir alterações no sistema eleitoral que venham a atingir a igualdade de participação no prélio eleitoral. III. O PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE ELEITORAL COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL DAS MINORIAS E O PAPEL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA DEMOCRACIA. **O princípio da anterioridade eleitoral constitui uma garantia fundamental também destinada a assegurar o próprio exercício do direito de minoria parlamentar em situações nas quais, por razões de conveniência da maioria, o Poder Legislativo pretenda modificar, a qualquer tempo, as regras e critérios que regerão o processo eleitoral.** A aplicação do princípio da anterioridade não depende de considerações sobre a moralidade da legislação. **O art. 16 é uma barreira objetiva contra abusos e desvios da maioria, e dessa forma deve ser aplicado por esta Corte. A proteção das minorias parlamentares exige reflexão acerca do papel da Jurisdição Constitucional nessa tarefa.** A Jurisdição Constitucional cumpre a sua função quando aplica rigorosamente, sem subterfúgios calcados em considerações subjetivas de moralidade, o princípio da anterioridade eleitoral previsto no art. 16 da Constituição, pois essa norma constitui uma garantia da minoria, portanto, uma barreira contra a atuação sempre ameaçadora da maioria. (...) (RE 633703, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 23/03/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-219 DIVULG 17-11-2011 PUBLIC 18-11-2011 RTJ VOL-00221- PP-00462 EMENT VOL-02628-01 PP-00065)

COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO - DIREITO DE OPOSIÇÃO - PRERROGATIVA DAS MINORIAS PARLAMENTARES - EXPRESSÃO DO POSTULADO DEMOCRÁTICO - DIREITO IMPREGNADO DE ESTATURA CONSTITUCIONAL - INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO PARLAMENTAR E COMPOSIÇÃO DA RESPECTIVA CPI - TEMA QUE EXTRAVASA OS LIMITES "INTERNA CORPORIS" DAS CASAS LEGISLATIVAS - VIABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL - IMPOSSIBILIDADE DE A MAIORIA PARLAMENTAR FRUSTRAR, NO ÂMBITO DO CONGRESSO NACIONAL, O EXERCÍCIO, PELAS MINORIAS LEGISLATIVAS, DO DIREITO CONSTITUCIONAL À INVESTIGAÇÃO PARLAMENTAR (CF, ART. 58, § 3º) - MANDADO DE SEGURANÇA CONCEDIDO. CRIAÇÃO DE COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO: REQUISITOS CONSTITUCIONAIS. - O Parlamento recebeu dos cidadãos, não só o poder de representação política e a competência para legislar, mas, também, o mandato para fiscalizar os órgãos e agentes do Estado, respeitados, nesse processo de fiscalização, os limites materiais e as exigências formais estabelecidas pela Constituição Federal. - O direito de investigar - que a Constituição da República atribuiu ao Congresso Nacional e às Casas que o compõem (art. 58, § 3º) - tem, no inquérito parlamentar, o instrumento mais expressivo de concretização desse relevantíssimo encargo constitucional, que traduz atribuição inerente à própria essência da instituição parlamentar. (...) **Preenchidos os requisitos constitucionais (CF, art. 58, § 3º), impõe-se a criação da Comissão Parlamentar de Inquérito, que não depende, por isso mesmo, da vontade aquiescente da maioria legislativa.** Atendidas tais exigências (CF, art. 58, § 3º), cumpre, ao Presidente da Casa legislativa, adotar os procedimentos subsequentes e necessários à efetiva instalação da CPI, não lhe cabendo qualquer apreciação de mérito sobre o objeto da investigação parlamentar, que se revela possível, dado o seu caráter autônomo (RTJ 177/229 - RTJ 180/191-193), ainda que já instaurados, em torno dos mesmos fatos, inquéritos policiais ou processos judiciais. O ESTATUTO CONSTITUCIONAL DAS MINORIAS PARLAMENTARES: A PARTICIPAÇÃO ATIVA, NO CONGRESSO NACIONAL, DOS GRUPOS MINORITÁRIOS, A QUEM ASSISTE O DIREITO DE FISCALIZAR O EXERCÍCIO DO PODER. - **A prerrogativa institucional de investigar, deferida ao Parlamento (especialmente aos grupos minoritários que atuam no âmbito dos corpos legislativos), não pode ser comprometida pelo bloco majoritário** existente no Congresso Nacional e que, por efeito de sua intencional recusa em indicar membros para determinada comissão de inquérito parlamentar (ainda que fundada em razões de estrita conveniência político-partidária), culmine por frustrar e nulificar, de modo inaceitável e arbitrário, o exercício, pelo Legislativo (e pelas minorias que o integram), do poder constitucional de fiscalização e de investigação do comportamento dos órgãos, agentes e instituições do Estado, notadamente daqueles que se estruturam na esfera orgânica do Poder Executivo. - Existe, no sistema político-jurídico brasileiro, um verdadeiro estatuto constitucional das minorias parlamentares, cujas prerrogativas - notadamente aquelas pertinentes ao direito de investigar - devem ser preservadas pelo Poder Judiciário, a quem incumbe proclamar o alto significado que assume, para o regime democrático, a essencialidade da proteção jurisdicional a ser dispensada ao direito de oposição, analisado na perspectiva da prática republicana das

Não obstante, em sede de controle de constitucionalidade, a Corte tem reiteradamente decidido que a interpretação e a aplicação de normas regimentais é competência exclusiva do Poder Legislativo, tratando-se de matéria *interna corporis*.<sup>297</sup>

---

instituições parlamentares. - A norma inscrita no art. 58, § 3º, da Constituição da República destina-se a ensejar a participação ativa das minorias parlamentares no processo de investigação legislativa, sem que, para tanto, mostre-se necessária a concordância das agremiações que compõem a maioria parlamentar. A CONCEPÇÃO DEMOCRÁTICA DO ESTADO DE DIREITO REFLETE UMA REALIDADE DENSA DE SIGNIFICAÇÃO E PLENA DE POTENCIALIDADE CONCRETIZADORA DOS DIREITOS E DAS LIBERDADES PÚBLICAS. (...) A opção pelo Estado democrático de direito, por isso mesmo, há de ter conseqüências efetivas no plano de nossa organização política, na esfera das relações institucionais entre os poderes da República e no âmbito da formulação de uma teoria das liberdades públicas e do próprio regime democrático. Em uma palavra: ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, aos princípios superiores consagrados pela Constituição da República. - **O direito de oposição, especialmente aquele reconhecido às minorias legislativas, para que não se transforme numa promessa constitucional inconseqüente, há de ser aparelhado com instrumentos de atuação que viabilizem a sua prática efetiva e concreta. - A maioria legislativa, mediante deliberada inércia de seus líderes na indicação de membros para compor determinada Comissão Parlamentar de Inquérito, não pode frustrar o exercício, pelos grupos minoritários que atuam no Congresso Nacional, do direito público subjetivo que lhes é assegurado pelo art. 58, § 3º, da Constituição e que lhes confere a prerrogativa de ver efetivamente instaurada a investigação parlamentar em torno de fato determinado e por período certo.** O CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS PARLAMENTARES: POSSIBILIDADE, DESDE QUE HAJA ALEGAÇÃO DE DESRESPEITO A DIREITOS E/OU GARANTIAS DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL. - O Poder Judiciário, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República, ainda que essa atuação institucional se projete na esfera orgânica do Poder Legislativo. - **Não obstante o caráter político dos atos parlamentares, revela-se legítima a intervenção jurisdicional, sempre que os corpos legislativos ultrapassem os limites delineados pela Constituição ou exerçam as suas atribuições institucionais com ofensa a direitos públicos subjetivos impregnados de qualificação constitucional e titularizados, ou não, por membros do Congresso Nacional.** Questões políticas. Doutrina. Precedentes. - A ocorrência de desvios jurídico-constitucionais nos quais incida uma Comissão Parlamentar de Inquérito justifica, plenamente, o exercício, pelo Judiciário, da atividade de controle jurisdicional sobre eventuais abusos legislativos (RTJ 173/805-810, 806), sem que isso caracterize situação de ilegítima interferência na esfera orgânica de outro Poder da República. (...) (MS 24849, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 22/06/2005, DJ 29-09-2006 PP-00035 EMENT VOL-02249-08 PP-01323)

<sup>297</sup> Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME DE EXECUÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA MEDIANTE PRECATÓRIO. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 62/2009. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL NÃO CONFIGURADA. **INEXISTÊNCIA DE INTERSTÍCIO CONSTITUCIONAL MÍNIMO ENTRE OS DOIS TURNOS DE VOTAÇÃO DE EMENDAS À LEI MAIOR (CF, ART. 60, §2º).** CONSTITUCIONALIDADE DA SISTEMÁTICA DE “SUPERPREFERÊNCIA” A CREDORES DE VERBAS ALIMENTÍCIAS QUANDO IDOSOS OU PORTADORES DE DOENÇA GRAVE. RESPEITO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E À PROPORCIONALIDADE. INVALIDADE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA LIMITAÇÃO DA PREFERÊNCIA A IDOSOS QUE COMPLETEM 60 (SESSENTA) ANOS ATÉ A EXPEDIÇÃO DO PRECATÓRIO. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA E VIOLAÇÃO À ISONOMIA (CF, ART. 5º, CAPUT). INCONSTITUCIONALIDADE DA SISTEMÁTICA DE COMPENSAÇÃO DE DÉBITOS INSCRITOS EM PRECATÓRIOS EM PROVEITO EXCLUSIVO DA FAZENDA PÚBLICA. EMBARAÇO À EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO (CF, ART. 5º, XXXV), DESRESPEITO À COISA JULGADA MATERIAL (CF, ART. 5º XXXVI), OFENSA À SEPARAÇÃO DOS PODERES (CF, ART. 2º) E ULTRAJE À ISONOMIA ENTRE O ESTADO E O PARTICULAR (CF, ART. 1º, CAPUT, C/C ART. 5º, CAPUT). IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DO ÍNDICE DE REMUNERAÇÃO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO CRITÉRIO DE CORREÇÃO MONETÁRIA. VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE (CF, ART. 5º, XXII). INADEQUAÇÃO MANIFESTA ENTRE MEIOS E FINS. INCONSTITUCIONALIDADE DA UTILIZAÇÃO DO RENDIMENTO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO ÍNDICE DEFINIDOR DOS JUROS MORATÓRIOS DOS CRÉDITOS INSCRITOS EM PRECATÓRIOS, QUANDO ORIUNDOS DE RELAÇÕES JURÍDICO-TRIBUTÁRIAS. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA E VIOLAÇÃO À ISONOMIA ENTRE DEVEDOR PÚBLICO E DEVEDOR PRIVADO (CF, ART. 5º, CAPUT).



INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME ESPECIAL DE PAGAMENTO. OFENSA À CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DO ESTADO DE DIREITO (CF, ART. 1º, CAPUT), AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES (CF, ART. 2º), AO POSTULADO DA ISONOMIA (CF, ART. 5º, CAPUT), À GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA E A EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL (CF, ART. 5º, XXXV) E AO DIREITO ADQUIRIDO E À COISA JULGADA (CF, ART. 5º, XXXVI). PEDIDO JULGADO PROCEDENTE EM PARTE. **1. A Constituição Federal de 1988 não fixou um intervalo temporal mínimo entre os dois turnos de votação para fins de aprovação de emendas à Constituição (CF, art. 62, §2º), de sorte que inexistente parâmetro objetivo que oriente o exame judicial do grau de solidez da vontade política de reformar a Lei Maior. A interferência judicial no âmbito do processo político, verdadeiro locus da atuação típica dos agentes do Poder Legislativo, tem de gozar de lastro forte e categórico no que prevê o texto da Constituição Federal. Inexistência de ofensa formal à Constituição brasileira. (...)** (ADI 4425, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 14/03/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-251 DIVULG 18-12-2013 PUBLIC 19-12-2013)

EMENTA Agravo regimental. Mandado de segurança. **Questão interna corporis. Atos do Poder Legislativo. Controle judicial. Precedente da Suprema Corte. 1. A sistemática interna dos procedimentos da Presidência da Câmara dos Deputados para processar os recursos dirigidos ao Plenário daquela Casa não é passível de questionamento perante o Poder Judiciário, inexistente qualquer violação da disciplina constitucional.** 2. Agravo regimental desprovido. (MS 25588 AgR, Relator(a): Min. MENEZES DIREITO, Tribunal Pleno, julgado em 02/04/2009, DJe-084 DIVULG 07-05-2009 PUBLIC 08-05-2009 EMENT VOL-02359-02 PP-00350 RTJ VOL-00210-01 PP-00241 RT v. 98, n. 886, 2009, p. 135-139)

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO CONTRA ATO DO PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS, RELATIVO À TRAMITAÇÃO DE EMENDA CONSTITUCIONAL. **ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DE DIVERSAS NORMAS DO REGIMENTO INTERNO E DO ART. 60, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRELIMINAR: IMPETRAÇÃO NÃO CONHECIDA QUANTO AOS FUNDAMENTOS REGIMENTAIS, POR SE TRATAR DE MATÉRIA INTERNA CORPORIS QUE SÓ PODE ENCONTRAR SOLUÇÃO NO ÂMBITO DO PODER LEGISLATIVO, NÃO SUJEITA À APRECIÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO;** CONHECIMENTO QUANTO AO FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. MÉRITO: REAPRESENTAÇÃO, NA MESMA SESSÃO LEGISLATIVA, DE PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL DO PODER EXECUTIVO, QUE MODIFICA O SISTEMA DE PREVIDÊNCIA SOCIAL, ESTABELECE NORMAS DE TRANSIÇÃO E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS (PEC Nº 33-A, DE 1995). I - Preliminar. 1. Impugnação de ato do Presidente da Câmara dos Deputados que submeteu a discussão e votação emenda aglutinativa, com alegação de que, além de ofender ao par. único do art. 43 e ao § 3º do art. 118, estava prejudicada nos termos do inc. VI do art. 163, e que deveria ter sido declarada prejudicada, a teor do que dispõe o n. 1 do inc. I do art. 17, todos do Regimento Interno, lesando o direito dos impetrantes de terem assegurados os princípios da legalidade e moralidade durante o processo de elaboração legislativa. **A alegação, contrariada pelas informações, de impedimento do relator - matéria de fato - e de que a emenda aglutinativa inova e aproveita matérias prejudicada e rejeitada, para reputá-la inadmissível de apreciação, é questão interna corporis do Poder Legislativo, não sujeita à reapreciação pelo Poder Judiciário.** Mandado de segurança não conhecido nesta parte. 2. Entretanto, ainda que a inicial não se refira ao § 5º do art. 60 da Constituição, ela menciona dispositivo regimental com a mesma regra; assim interpretada, chega-se à conclusão que nela há ínsita uma questão constitucional, esta sim, sujeita ao controle jurisdicional. Mandado de segurança conhecido quanto à alegação de impossibilidade de matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada poder ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa. II - Mérito. 1. Não ocorre contrariedade ao § 5º do art. 60 da Constituição na medida em que o Presidente da Câmara dos Deputados, autoridade coatora, aplica dispositivo regimental adequado e declara prejudicada a proposição que tiver substitutivo aprovado, e não rejeitado, ressalvados os destaques (art. 163, V). 2. É de ver-se, pois, que tendo a Câmara dos Deputados apenas rejeitado o substitutivo, e não o projeto que veio por mensagem do Poder Executivo, não se cuida de aplicar a norma do art. 60, § 5º, da Constituição. Por isso mesmo, afastada a rejeição do substitutivo, nada impede que se prossiga na votação do projeto originário. O que não pode ser votado na mesma sessão legislativa é a emenda rejeitada ou havida por prejudicada, e não o substitutivo que é uma subespécie do projeto originariamente proposto. 3. Mandado de segurança conhecido em parte, e nesta parte indeferido. (MS 22503, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 08/05/1996, DJ 06-06-1997 PP-24872 EMENT VOL-01872-03 PP-00385 RTJ VOL-00169-01 PP-00181)

Tal interpretação, sob o pretense fundamento de preservação da independência do poder legislativo, acarreta, ao contrário, uma usurpação do princípio pós-metafísico da soberania popular. Isso porque o poder político deve ser compreendido como o resultado do uso público de liberdades comunicativas dos cidadãos mobilizadas para a produção de instituições e de uma ordem jurídica legítima.<sup>298</sup>

Desse modo, o poder legislativo não dispõe de um poder político para concretizar interesses próprios. A soberania popular revela-se uma *força autorizadora* para que os poderes constituídos, especialmente o legislativo, atuem na proteção da liberdade política dos cidadãos, assegurando, da melhor maneira possível, a sua participação na formação da vontade política.

É justamente por isso que o devido processo legislativo não pode ser compreendido como um procedimento exclusivamente político, desprovido de juridicidade. O cerne da democracia deliberativa está em garantir os pressupostos comunicacionais do procedimento discursivo de formação da vontade estatal, viabilizando a participação direta ou indireta dos cidadãos.

Nesse sentido, Seyla Benhabib define o modelo de democracia deliberativa como aquele em que legitimidade e racionalidade podem se relacionar com o processo de decisão coletiva se, e somente se, as instituições e seus interlocutores estiverem organizados de modo a considerar o interesse comum como o resultado de um processo coletivo de deliberação conduzido de forma racional e equitativa entre indivíduos livres e iguais.<sup>299</sup>

Na visão da autora, a legitimidade democrática resulta da crença de que as instituições e as decisões por elas tomadas em nome do interesse público merecem ser reconhecidas como vinculantes e observadas, em face da presunção de que as instâncias de poder atuam no interesse equitativo de todos. Mas essa presunção depende de as decisões estarem abertas a um processo público de deliberação.<sup>300</sup>

Precisamente por isso é que o modelo de democracia deliberativa consentâneo com a teoria do discurso reconhece validade às normas produto da aceitação racional de todos

---

<sup>298</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. 2 ed. v. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 2010. p. 186.

<sup>299</sup> BENHABIB, Seyla. Deliberative rationality and models of democratic legitimacy. **Constellations**. v. 1. n. 1, 1994. p. 30-31.

<sup>300</sup> Ibidem, p. 31.

os participantes por meio de um processo de deliberação com as seguintes características: a participação é regida por normas de igualdade e simetria; todos têm as mesmas chances de falar, de questionar e de iniciar um debate; todos têm o direito de questionar os temas pautados; todos têm o direito de questionar as regras do procedimento discursivo e a forma como são aplicadas.<sup>301</sup>

O aspecto central de uma democracia procedimental é que não há restrições quanto aos temas passíveis de discussão, tampouco quanto à participação das pessoas afetadas pela decisão. É essencial, portanto, que as regras constitucionais e regimentais do processo político-legislativo sejam estritamente observadas pelos parlamentares, evitando manobras, especialmente de ordem regimental, que possam cercear o debate, prejudicar o direito de participação de partidos e minorias ou, ainda, a interação do poder legislativo com a esfera pública política.

Conforme salienta Benhabib, o processo deliberativo legitima-se pelo seu nível de racionalidade, o qual está relacionado a três questões essenciais: a) o processo deliberativo é um instrumento de informação do cidadão acerca das diferentes perspectivas de abordagem de um determinado assunto; b) a partir do confronto com interesses e opiniões divergentes, o processo deliberativo contribui para que os cidadãos desenvolvam senso crítico e formem opiniões mais coerentes; c) a necessidade de exposição e defesa de razões no espaço público demanda certo grau de reflexividade do falante para convencer os participantes com base no melhor argumento e para se colocar no lugar dos demais, deixando-se influenciar por novos argumentos.<sup>302</sup>

Nesse sentido, o conceito de democracia deliberativa abrange duas noções fundamentais: a participação e a comunicação, viabilizadas por um processo que deve contemplar a discussão, a consulta e a persuasão. É por isso que as instituições representativas não podem prescindir de um certo grau de deliberação interna, no que repousa sua grande virtude.<sup>303</sup>

---

<sup>301</sup> Ibidem, p. 31.

<sup>302</sup> Ibidem, p. 32-33.

<sup>303</sup> JÚNIOR, João Feres; POGREBINSCH, Thamy. **Teoria política contemporânea**: uma introdução. Rio de Janeiro : Elsevier, 2010. p. 154. Essa ideia é extraída do pensamento John Dewey. Sua concepção de democracia correspondia, em grande medida, ao que a teoria política contemporânea vem denominando de democracia deliberativa. Para o autor, além da participação, há outra noção igualmente essencial em jogo: a comunicação. Sua teoria política combina características das formas participativa e representativa de democracia, mas o que é imprescindível tanto em uma como em outra é que internamente funcionem de modo inteiramente deliberativo.

O quanto exposto denota que é a observância do devido processo legislativo, ou seja, das qualidades comunicacionais inerentes ao procedimento de formação da vontade política, que viabiliza a transformação legítima do poder comunicativo em poder administrativo, por meio de uma interação dinâmica entre parlamentares, esfera pública e cidadãos.

Obstar o cumprimento das regras constitucionais e regimentais do processo político-legislativo significa retirar dos seus participantes as possibilidades de informação, de argumentação e de deliberação adequadas, tidas como indispensáveis para uma decisão com presunção de aceitabilidade racional e, conseqüentemente, de legitimidade.

Não se há negar que, numa concepção deliberativa de democracia, os procedimentos possuem diferentes níveis de racionalidade comunicativa e não há como controlar a qualidade argumentativa do debate. Os modelos procedimentais de racionalidade são indeterminados e, ademais, podem ser mal interpretados ou mal aplicados. Da mesma forma, o modelo discursivo dispõe de instrumentos de autocorreção, especialmente relacionados às possibilidades de se reiniciar o debate sobre questões relevantes, a indicar que todas as decisões podem ser revisitadas.<sup>304</sup>

Tal consideração, contudo, não se estende aos casos de manobras políticas destinadas a inviabilizar a participação de parlamentares, partidos políticos, minorias ou esfera pública no processo político-legislativo. Um princípio moral irrecusável ao procedimento deliberativo é a abertura dos canais de participação a todos os potencialmente afetados pela decisão, sem exclusão. Isso se justifica porque as próprias possibilidades de autocorreção do modelo procedimental estão fundamentadas no direito mais básico dos atores, que é justamente o amplo e irrestrito direito de participação.

Sob essa perspectiva, manobras políticas de exclusão não podem ser equiparadas à regra da maioria, a qual, por limitações temporais, impõe que o processo argumentativo culmine com uma decisão majoritária. A necessidade de decisão não retira a presunção de racionalidade do procedimento, especialmente porque as matérias podem novamente ser

---

Pode-se dizer que, em alguma medida, Dewey antecipa o procedimentalismo que marca as teorias de Rawls e Habermas.

<sup>304</sup> BENHABIB, Seyla. Deliberative rationality and models of democratic legitimacy. *Constellations*. v. 1. n. 1, 1994. p. 33.

submetidas à discussão pelos canais institucionalizados e não-institucionalizados de participação.

A característica fundamental de um modelo procedimental de democracia é privilegiar a pluralidade das formas de associação a partir das quais os afetados podem articular seus pontos de vista (desde partidos políticos a cidadãos, associações, movimentos sociais, grupos comunitários, entre outros). É por meio da interlocução dessas diferentes formas de associação, de redes e de organizações que se constrói um diálogo público anônimo, difuso, constitutivo de uma esfera pública política.<sup>305</sup>

A abertura dos canais de participação é, portanto, aspecto indispensável ao devido processo legislativo e, na perspectiva de uma democracia procedimental, matéria passível de controle de constitucionalidade. Ao invés de se constituir em instância de controle moral da sociedade, a função contramajoritária principal de um Tribunal Constitucional está em assegurar os pressupostos comunicativos indispensáveis aos processos democráticos, evitando manobras que excluam ou discriminem minorias.

Ao desenvolver uma teoria do controle judicial de constitucionalidade, John Hart Ely enfatiza que a Corte Constitucional deve se preocupar com o aspecto processual num sentido mais amplo, ou seja, com o procedimento por meio do qual são feitas as leis que governam a sociedade. Ao se referir à Corte Warren, o autor afirma que suas decisões foram intervencionistas, mas não eram alimentadas por um desejo de impor certos valores substantivos considerados importantes ou fundamentais, e sim pelo desejo de assegurar que o processo político – contexto em que tais valores podem ser identificados, ponderados e proporcionados entre si – estivesse aberto aos adeptos de todos os pontos de vista, em condições de relativa igualdade.<sup>306</sup>

Ely defende que o mais relevante para a democracia é assegurar a participação na definição dos valores e dos bens do que o fornecimento em si de valores e bens considerados fundamentais pela Corte. Por isso, a ideia central do autor é a de que o controle de constitucionalidade deve manter a máquina do governo democrático funcionando como deveria, ou seja, garantir que os canais de participação e de comunicação políticas permaneçam abertos. Isso significa também que a Corte deve se preocupar com o que a

---

<sup>305</sup> Ibidem, p. 35.

<sup>306</sup> ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Trad. Juliana Lemos. São Paulo : Martins Fontes, 2010. p 98.

maioria faz com as minorias, particularmente com as leis direcionadas a minorias religiosas, nacionais e raciais.<sup>307</sup>

Sob esse prisma, a proteção do Estado Democrático de Direito coaduna-se com a preservação dos canais políticos de participação na formação da vontade política e, conseqüentemente, com a preservação da autonomia pública de cidadãos. Esse é o caráter emancipatório que o devido processo legislativo deve assumir, no sentido de reforçar o papel dos cidadãos como autores da ordem jurídica e não meramente como destinatários de provimentos estatais.

Nessa mesma linha, a função da jurisdição constitucional deve ser compatível com a democracia procedimental ao garantir os pressupostos comunicativos indispensáveis à formação de consensos discursivos ou de negociações equitativas. Em outras palavras, deve garantir a racionalidade comunicativa do processo político-legislativo e a legitimidade de suas decisões como produto da autodeterminação de cidadãos livres e iguais.

### **3.4 Legisladores *versus* juízes: a nova relação entre poderes a partir da distinção entre discursos de justificação e discursos de aplicação**

No Estado Democrático de Direito, o princípio discursivo democrático cumpre a função essencial de transformar o poder comunicativo em poder administrativo pela via da institucionalização do direito. Esse processo torna-se possível porque o princípio pós-metafísico da soberania popular constitui um poder comunicativo difuso, por meio do qual os cidadãos investem-se no exercício de sua autonomia pública e, interagindo com uma esfera pública política e com as corporações parlamentares, fundam a ordem jurídica.

Sob essa perspectiva, a lógica da separação de poderes somente faz sentido se a separação funcional garantir, ao mesmo tempo, a primazia da legislação democrática e a retroligação do poder administrativo ao poder comunicativo. Para que os cidadãos autônomos

---

<sup>307</sup> Ibidem, p. 101.

sejam considerados autores do direito, ao qual estão submetidos enquanto sujeitos privados, é necessário que o direito legitimamente estatuído determine a direção do poder político.<sup>308</sup>

Significa que a relação interna que se estabelece entre direito e política é a gênese constitutiva do próprio Estado Democrático de Direito e o seu fundamento maior de legitimidade. Nesse cenário, a legislação, longe de ocupar um papel secundário, ocupa um papel central no exercício do poder administrativo e na definição e aplicação do direito.

A vinculação da administração à lei resulta da necessidade de o poder administrativo se reconectar com o seu fundamento de legitimidade, ou seja, com o poder comunicativo soberano, mediante a concretização dos objetivos coletivos previamente definidos na lei pela comunidade jurídica.

Como afirma Habermas, se o direito deve ser normativamente fonte de legitimação e não simplesmente meio fático da organização do poder, então o poder administrativo tem que ser retroligado ao poder produzido comunicativamente. Para o autor, o ponto mais interessante do direito racional que opera com a ideia Rousseauniana e Kantiana da autodeterminação é o da união entre razão prática e vontade soberana, libertando o poder político de tudo que é apenas natural e conformando o seu exercício ao exercício da autonomia política dos cidadãos.<sup>309</sup>

É por essa razão que a lei constitui um elemento central do Estado Democrático de Direito, para cuja formação unem-se dois momentos: o do poder de uma vontade formada intersubjetivamente e o da razão do processo legitimador.<sup>310</sup> Portanto, não há sentido algum, sob o prisma democrático, de se promover a autonomização do direito em face dos processos políticos de decisão.

O que legitima a legislação não é o seu conteúdo material, sua necessidade de correspondência a princípios jurídicos *a priori*, mas sim a racionalidade do procedimento que assegura a formação discursiva da vontade política. Como consequência, o papel fundamental do texto constitucional numa democracia deliberativa é o de fixar as normas do devido

---

<sup>308</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. 2 ed. v. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 2010. p. 233.

<sup>309</sup> Ibidem, p. 234-235.

<sup>310</sup> Ibidem, p. 235.

processo legislativo, a fim de que os próprios cidadãos autonomamente instituíam os direitos e os deveres necessários a sua convivência pacífica e solidária.

Essa compreensão do papel da legislação impõe uma releitura do princípio da separação de poderes e do próprio conceito de lei, de cunho nitidamente liberal. Conforme Habermas, a ideia de lei como um conteúdo normativo geral e abstrato, ao qual o aplicador deve subsumir os casos concretos, restringe a legalidade à forma gramatical do provimento, desconsiderando o aspecto democrático ínsito ao processo legislativo. Sob essa lógica, a ligação do poder legislativo à constituição e do poder executivo ao poder legislativo estabelece-se pela subordinação lógica dos conteúdos normativos mais específicos aos mais gerais.<sup>311</sup>

A visão liberal da legislação corresponde exatamente ao sistema escalonado de normas proposto por Hans Kelsen, em face do qual as normas inferiores retiram sua validade da compatibilidade formal e material com as normas hierarquicamente superiores, extraindo-se da norma fundamental, pressuposta, o cerne da legitimidade de todo o ordenamento jurídico.

A partir da teoria do discurso, a clássica divisão de poderes e o conceito semântico de norma jurídica perdem o sentido. As funções de legislação, de justiça e de administração diferenciam-se de acordo com as formas de comunicação e potenciais de argumentos correspondentes, e a legislação deve ser compreendida a partir dos discursos e negociações que formam a vontade do legislador. São os argumentos justificadores das leis, advindos da atividade legislativa, que constituem um espectro de proteção assegurado judicialmente e que limitam a atuação do administrador à concretização de discursos pragmáticos.<sup>312</sup>

Para Habermas, do ponto de vista da lógica da argumentação, a separação de competências entre quem faz as leis, quem julga e quem as executa resulta da distribuição das possibilidades de utilização de diferentes tipos de argumentos e da subordinação dos mesmos às formas institucionalizadas de comunicação. Segundo ele, somente o legislador tem o poder ilimitado de dispor de argumentos normativos e pragmáticos, inclusive os decorrentes de negociações equitativas, desde que por meio de um processo legislativo democrático. A

---

<sup>311</sup> Ibidem, p. 236.

<sup>312</sup> Ibidem, p. 238.



justiça não pode dispor arbitrariamente dos argumentos enfeixados nas normas jurídicas, mas esses argumentos desempenham uma função diferente no momento da aplicação da norma a casos concretos, porque o discurso jurídico apoia-se em decisões consistentes e na coerência do sistema jurídico. A administração, por sua vez, não constrói nem reconstrói argumentos normativos.<sup>313</sup>

Da nova relação que se estabelece entre os poderes à luz da teoria do discurso, parece suscitar maior complexidade a relação entre a atividade legislativa e a prática da decisão judicial, uma vez que a interpretação construtiva do direito pode resultar na assunção de competências legislativas por parte dos juízes, especialmente no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade.

Para um Estado Democrático de Direito construído a partir do princípio pós-metafísico da soberania popular, a legislação representa o produto estatal mais importante na institucionalização do direito, ainda que não seja exclusivo. Isso porque a racionalidade da aplicação do direito e da lei (ou seja, da atividade jurisdicional) vincula-se à racionalidade da própria lei, a qual resulta da racionalidade do processo político-legislativo.

O nascedouro da legitimidade da fundamentação e da aplicação da ordem jurídica repousa na garantia de um devido processo legislativo e, portanto, no exercício de uma competência tipicamente legislativa. Nesse sentido, a compreensão do Tribunal Constitucional como uma instância de controle do mérito das decisões legislativas subverte o sentido da divisão de poderes e retira dos cidadãos a possibilidade de exercício da sua autonomia pública, condenando-os a meros destinatários de um direito ditado pelo poder judiciário.

Muito embora um número significativo de Estados disponha de Tribunais Constitucionais, Habermas afirma que a existência de tais instituições não é autoevidente e que suas competências são controversas. Para ele, no curso do processo legislativo democrático o próprio parlamento realiza um controle preventivo de constitucionalidade das proposições legislativas. Posteriormente, o reexame da decisão parlamentar poderia realizar-

---

<sup>313</sup> Ibidem, p. 239.

se na forma de um controle autorreflexivo, ou seja, por meio de uma comissão parlamentar integrada por juristas especializados.<sup>314</sup>

Tal sistemática de controle de constitucionalidade forçaria o legislador a considerar, durante suas deliberações, o conteúdo normativo das normas constitucionais, o que não acontece quando questões morais e éticas são transformadas em questões negociáveis, fortalecendo o caráter racional do processo político-legislativo.<sup>315</sup>

A proposta de Habermas é a de que o poder legislativo disponha de instâncias internas de controle de sua atividade típica, assim como o poder judiciário é o revisor de suas próprias decisões, inexistindo qualquer possibilidade de o legislador discutir os argumentos jurídicos contidos numa decisão judicial.

Distinta seria a situação se o controle de constitucionalidade ficasse circunscrito à garantia do devido processo legislativo, já que a intervenção do Tribunal Constitucional teria o propósito de preservar as condições comunicativas do procedimento discursivo de formação da vontade política.

Contudo, a questão sensível na atuação dos Tribunais Constitucionais diz respeito à indeterminação do direito, decorrente de uma ordem jurídica materializada para atender às demandas do Estado Social. Segundo Habermas, a materialização do direito carrega em si uma remoralização, que afrouxa a ligação linear da justiça às vantagens do legislador político, uma vez que a argumentação jurídica abre-se a argumentos políticos visando à determinação dos fins contidos nas normas.<sup>316</sup>

Essa abertura do direito amplia as possibilidades de contextualização da norma no momento de sua aplicação, com a consequência de aumentar o poder de decisão dos juízes e, cada vez mais, autonomizar o direito em relação ao processo político-legislativo. A confiança autoritária no poder judiciário para a definição dos objetivos políticos de uma comunidade jurídica, dispensando a legislação democrática e a formação de consensos empíricos pelo exercício da autonomia dos cidadãos, deturpa por completo o sentido do princípio pós-metafísico da soberania popular.

---

<sup>314</sup> Ibidem, p. 300.

<sup>315</sup> Ibidem, p. 300.

<sup>316</sup> Ibidem, p. 306.

Sob a perspectiva judicialista, a pretensão de conformação dos direitos fundamentais por parte do legislador político torna-se uma ameaça ao texto constitucional, já que a definição do conteúdo de suas normas passa a ser uma atividade interpretativa dos guardiões da constituição.

Na visão de Habermas, o problema da indeterminação do direito relaciona-se também a um equívoco metodológico de se compreender a interpretação construtiva como uma interpretação que assimila direitos a valores.<sup>317</sup>

Para o autor, teorias que transformam princípios em mandados de otimização, realizáveis em maior ou menor medida, como a proposta por Robert Alexy, retiram o sentido deontológico das normas jurídicas para lhes atribuir o sentido teleológico dos valores. Entretanto, Habermas sustenta que normas não se confundem com valores. Normas válidas obrigam os seus destinatários, sem exceção e em igual medida. Valores são preferências intersubjetivamente compartilhadas. Normas são válidas ou inválidas. Valores estabelecem relações de preferência, de modo que alguns bens são mais atrativos que outros. Normas constituem uma obrigação universal e incondicional. Valores refletem a escolha de bens no âmbito de formas de vida compartilhadas, a partir daquilo que é bom para todos. Normas que pretendem validade no mesmo círculo de destinatários não podem se contradizer. Valores distintos concorrem entre si para obter primazia.<sup>318</sup>

Há uma distinção significativa entre compreender os direitos fundamentais como princípios deontológicos e como bens otimizáveis pelo direito.<sup>319</sup> Desconsiderar as diferenças entre direito e valor significa desconsiderar que, sob o prisma da fundamentação, os argumentos normativos e teleológicos também desempenham papéis distintos.

Muito embora argumentos teleológicos assumam conteúdo normativo pela via da institucionalização do direito, Habermas defende que o direito, a partir de um sistema de direitos, é capaz de domesticar o campo de ação dos argumentos axiológicos e teleológicos considerados pelo legislador em face da primazia dos conteúdos normativos. Desse modo, transformar a constituição numa ordem de valores é desconhecer o seu caráter jurídico

---

<sup>317</sup> Ibidem, p. 315.

<sup>318</sup> Ibidem, p. 316-317.

<sup>319</sup> Ibidem, p. 317.

específico, porque os direitos fundamentais, enquanto normas jurídicas, constituem normas de ação obrigatórias e não bens atraentes.<sup>320</sup>

Essa questão é essencial para a legitimidade democrática da atividade jurisdicional. Se o legislador dispõe de liberdade para a fundamentação de normas jurídicas utilizando-se de discursos pragmáticos, ético-políticos, morais e jurídicos, o juiz, de outro lado, deve aplicar as normas jurídicas utilizando-se de discursos jurídicos, voltados a garantir segurança jurídica e coerência ao sistema. É por isso que, sob o pretexto de interpretar normas jurídicas para um caso concreto, o juiz não está autorizado a se substituir ao legislador na decisão de como concretizar direitos fundamentais.

Além de constituir prática antidemocrática, a equiparação de direitos a valores vulnera a posição dos direitos fundamentais na ordem jurídica, uma vez que o caráter normativo dos direitos lhes assegura uma obrigatoriedade geral, inviabilizando uma ponderação de valores que possa restringir o seu âmbito de proteção.

Disso resulta que os juízes não podem aplicar direitos fundamentais com base em argumentos funcionalistas, em detrimento de argumentos normativos.<sup>321</sup>

A questão da indeterminação do direito não deve ser resolvida pela ponderação de valores, o que implicaria reintroduzir na decisão judicial discursos de justificação inerentes à atividade do legislador, mas sim à luz da aplicação da norma mais adequada ao caso concreto.

Sob esse enfoque, a distinção entre discursos de fundamentação e de aplicação oferece um critério lógico-argumentativo para a delimitação de tarefas legitimadoras da legislação e da jurisdição.<sup>322</sup>

Embora divergindo de Habermas quanto ao papel da razão prática, Klaus Günther<sup>323</sup> também defende a necessidade de uma distinção entre os momentos de fundamentação e de aplicação de normas, tanto morais quanto jurídicas.

---

<sup>320</sup> Ibidem, p. 318.

<sup>321</sup> Ibidem, p. 321.

<sup>322</sup> Ibidem, p. 324.

<sup>323</sup> Conforme apontado por Luiz Moreira, Günther defende a tese de que não é possível abdicar da razão prática. Para este autor, a racionalidade das normas jurídicas é deduzida diretamente das normas morais, conforme a estrutura prescritiva da razão prática. Habermas, ao contrário, não deduz a validade das normas jurídicas da moralidade, tampouco de uma estrutura prescritiva *a priori*, própria à razão prática. A racionalidade

Para o autor, o princípio de universalização assume a forma de uma regra de argumentação que deve permitir a formação de um juízo imparcial acerca das pretensões de validade da norma. Significa que a pretensão de validade da correção normativa relaciona-se à capacidade geral de concordância das razões alegadas para a justificação da norma.<sup>324</sup>

A aceitabilidade racional da norma, no caso, é *contrafáctica*,<sup>325</sup> uma vez que dissociada de qualquer situação de aplicação. Em realidade, a pretensão de validade normativa sustenta-se em argumentos universalizáveis que estão disponíveis aos participantes segundo suas limitações temporais e cognitivas, já que, na realidade das instituições, os procedimentos argumentativos não podem se estender indefinidamente.

É por isso que o princípio discursivo democrático assume tanto a forma de discursos de fundamentação quanto de discursos de aplicação. É que as razões de ação possuem uma dimensão de validade e uma dimensão de aplicação. Segundo Günther, cada dimensão representa um processo cognitivo importante, mas diferente. Há que se considerar que uma norma, geral e abstrata, não pode regular todas as situações às quais será aplicada. Da mesma forma, a justificação geral de uma norma não pode ser realizada em cada contexto de aplicação, sob pena de se tornar mera retórica.<sup>326</sup>

Os discursos de fundamentação pretendem a validade normativa a partir de disposições hipotéticas, para além da situação concreta, porque generalizam uma norma tida como adequada (em face do estágio presente de conhecimento), com o propósito de examinar se, sob a óptica de cada um, as consequências e os efeitos da observância geral da norma poderão ser aceitos por todos, em conjunto e sem coação.<sup>327</sup>

De outro lado, os discursos de aplicação combinam a pretensão de validade normativa com o contexto determinado dentro do qual a norma é aplicada. Eles têm o propósito de *recontextualizar* a norma, extraída de seu contexto para verificação da validade, a cada nova situação de aplicação por meio da consideração adequada de todos os sinais característicos relevantes para a solução do caso concreto. Desse modo, em cada circunstância

---

comunicativa relaciona-se à prescritividade *a posteriori*. Ver: GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação. 2ª ed. Trad. Claudio Molz. Rio de Janeiro : Forense, 2011. p. 2.

<sup>324</sup> GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação. 2ª ed. Trad. Claudio Molz. Rio de Janeiro : Forense, 2011. p. 35.

<sup>325</sup> Ibidem, p. 35.

<sup>326</sup> Ibidem, p. VIII (Prefácio).

<sup>327</sup> Ibidem, p. 38.

de aplicação acrescentam-se novos elementos ao conteúdo semântico das normas, obrigando a variações de interpretação para a adequada consideração de todas as características relevantes ao contexto.<sup>328</sup>

Com tal distinção, o autor pretende demonstrar que é possível (e necessário) fundamentar a validade de uma norma independentemente das situações de sua aplicação.

Embora reconheça que o conteúdo semântico das normas (morais ou jurídicas), por si só, contém referência a situações ou a sinais de descrição de uma situação e que essas características são relevantes no momento de se avaliar a aceitabilidade racional da norma por todos, Günther sustenta que esses aspectos devem ser considerados independentemente de uma situação real de aplicação.<sup>329</sup>

Há, portanto, uma distinção essencial entre aferir a validade de uma norma a partir da análise das características de uma situação de aplicação e aferir a validade de uma norma considerando as características de situações hipotéticas semelhantes. Isso porque, neste caso, a seleção dos fatos relevantes tem a finalidade exclusiva de examinar as possibilidades de universalização da norma e não a sua adequação a uma situação específica.

O cerne da verificação, em se tratando de uma pretensão de universalização, é a proposta normativa com o seu conteúdo semântico. Nesse sentido, a norma está fundamentada se for possível aceitá-la em situações semelhantes e no âmbito do seu conteúdo semântico. Observando a norma sob o ponto de vista do destinatário, a validade limita-se ao alcance do conteúdo semântico da norma. O conteúdo semântico é, pois, o pressuposto da fundamentação.<sup>330</sup>

Ocorre que, mesmo quando observada a racionalidade procedimental na formação das leis, não há forma semântica que deixe ao juiz, como única opção, a aplicação exata do dispositivo. Conforme afirma Habermas, a hermenêutica filosófica demonstra que o processo de interpretação envolve sempre um processo criativo de significado que desenvolve o direito.

---

<sup>328</sup> Ibidem, p. 38.

<sup>329</sup> Ibidem, p. 16.

<sup>330</sup> Ibidem, p. 16.

Desse modo, o problema da racionalidade do procedimento coloca-se de forma distinta para a decisão judicial.<sup>331</sup>

Sob a perspectiva do legislador, a racionalidade do processo político-legislativo relaciona-se com a possibilidade de assentimento geral dos fundamentos justificadores da norma. Com base na teoria do discurso, deve-se considerar igualmente a alteração da dimensão monológica para a dimensão dialógica do princípio da universalização. Significa que a aceitabilidade racional da norma não mais será aferida a partir da perspectiva de um único observador, mas sim a partir da perspectiva de todos os participantes mediante uma argumentação na forma de discurso.

Sob a perspectiva do juiz, o procedimento de aplicação de normas relaciona-se à imparcialidade de um juízo sensível a todas as características possivelmente relevantes para o contexto. É importante, assim, uma descrição completa e adequada do contexto.

Segundo Habermas, as abordagens deontológicas separam as questões de fundamentação das questões de aplicação. A abstração de contextos práticos e das circunstâncias do caso particular é indispensável para se averiguar se as normas e os modos de conduta são moralmente corretos e merecem o reconhecimento intersubjetivo entre os destinatários. Por outro lado, na aplicação imparcial de princípios e regras justificados ao caso particular, esta abstração tem de ser anulada. Em face das circunstâncias concretas e dos interesses particulares envolvidos, normas válidas podem ser excepcionadas.<sup>332</sup>

Para o autor, diferentemente do plano convencional, em que os problemas de fundamentação e de aplicação não se desintegraram, no plano pós-convencional os juízos normativos distinguem-se em face de dois aspectos inconfundíveis. O primeiro deles diz respeito a um procedimento por meio do qual as normas podem ser criticadas ou fundamentadas. O segundo, deixado a um momento posterior, diz respeito à aplicação imparcial de princípios e regras válidos.

Habermas afirma que os participantes do discurso colocam-se na posição de legisladores e de juízes, conforme o momento do juízo normativo. Ao avaliarem

---

<sup>331</sup> HABERMAS, Jürgen. Como es posible la legitimidad por vía de legalidad? Trad. Manuel Jiménez Redondo. *Doxa* 5, 1988. p. 36.

<sup>332</sup> HABERMAS, Jürgen. *Comentários à ética do discurso*. Trad. Gilda Lopes Encarnação. Lisboa : Instituto Piaget, 1991. p. 66.

imparcialmente os modos de conduta que, enquanto prática geral, merecem anuência de todos, comportam-se como legisladores. Ao aplicarem imparcialmente princípios e regras válidos a um caso concreto, comportam-se como juízes.<sup>333</sup>

A distinção entre discursos de justificação e de adequação não significa apenas que a validade universal de uma norma deva se dissociar das circunstâncias especiais da situação, mas igualmente que as normas válidas não podem ser aplicadas sem a avaliação dessas mesmas circunstâncias.

Segundo Günther, a relação complementar entre fundamentação e aplicação libera, de um lado, a justificação da norma de contextos e formas de vida particulares e, de outro lado, libera a aplicação de qualquer consideração de validade. Nesse sentido, os discursos de aplicação devem contemplar todos os aspectos normativamente relevantes, sem se limitar aos aspectos que integram o conteúdo semântico das normas abstratamente válidas.<sup>334</sup>

A consideração de questões de vida boa na aplicação de normas válidas justifica-se, para o autor, porque esse procedimento não deve, sem razão, violar formas de vida. O juízo de adequação da norma ao caso concreto deve considerar todos os aspectos relevantes possíveis, no intuito de se obter a decisão mais justa.

Entretanto, isso não significa que questões de justiça devem ser retomadas na dimensão da aplicação, porque isso representaria o retorno ao estágio convencional, no qual as questões de formas de vida condicionam a validade normativa, ainda que despidas de um caráter universalista.<sup>335</sup>

Significa que a aplicação de princípios universalistas válidos pode e deve considerar concepções de vida boa. Não obstante, verificando-se um conflito entre princípios universalistas e orientações de vida no nível pós-convencional, necessariamente devem prevalecer aqueles (universalistas), porque o contrário reverteria a distinção evolutiva entre moralidade e eticidade.

---

<sup>333</sup> Ibidem, p. 75.

<sup>334</sup> GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação. 2ª ed. Trad. Claudio Molz. Rio de Janeiro : Forense, 2011. p. 143.

<sup>335</sup> Ibidem, p. 144.



Assim é que, em situações de conflito entre orientações religiosas ou morais e direitos fundamentais, as decisões estatais, inclusive judiciais, devem fazer prevalecer as normas constitucionais de caráter universalista.

É certo que não há respostas simples para o problema da indeterminação das normas jurídicas, tampouco critérios objetivos limitadores das atividades legislativa e judicial. Não obstante, a compreensão da relação entre poderes, especialmente entre o poder legislativo e o poder judiciário, a partir da legitimidade das formas de comunicação constitui um critério metodológico consistente e compatível com o respeito à legislação e com a noção de uma democracia procedimental.

A partir da distinção entre discursos de fundamentação e discursos de aplicação, reserva-se ao poder legislativo a tarefa de justificar a aceitabilidade racional das normas jurídicas com base em argumentos pragmáticos, ético-políticos, morais e jurídicos, os quais não podem ser retomados ou revisados pelo poder judiciário. Nesse sentido, a aferição da validade normativa é competência indelegável do poder legislativo e não pode ser atribuída a um Tribunal Constitucional, pela via do controle abstrato de constitucionalidade.

Ao poder judiciário reserva-se a aplicação das normas jurídicas a casos concretos, mediante a consideração imparcial de todas as características relevantes do contexto. A decisão judicial deve buscar a solução mais correta possível ao caso *sub judice*, sustentando-se em argumentos jurídicos capazes de melhor adequar o conteúdo normativo ao fato e, concomitantemente, de manter a coerência do sistema jurídico.

## **CAPÍTULO 4 – LEGISLAÇÃO E CONSENSO: O DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO COMO *MEDIUM* PARA A CONSTRUÇÃO DISCURSIVA E DEMOCRÁTICA DA ORDEM JURÍDICA**

Este trabalho parte da constatação de que o Estado Democrático de Direito experimenta uma crise decorrente da refeudalização do processo político e da autonomização do direito em face da legislação. Em contraposição a esse movimento constitucional, defende-se um conceito pós-metafísico de soberania popular, por meio do qual os cidadãos transformam o poder comunicativo em poder administrativo, reconhecendo-se reciprocamente como autores e destinatários da ordem jurídica.

Nesse contexto, o devido processo legislativo torna-se a principal fonte de legitimação da ordem jurídica. Pautado por um procedimento participativo e inclusivo, o caráter emancipatório da legislação assenta-se na racionalidade comunicativa a partir da qual se constrói a ideia de um devido processo legislativo.

Mas o resgate da dignidade da legislação depende, ainda, de se demonstrar as possibilidades de o processo legislativo assegurar a formação de consensos discursivos em sociedades altamente pluralistas e complexas.

Nesse sentido, a racionalidade emancipatória da legislação relaciona-se à definição de procedimentos compatíveis com o pluralismo, ou seja, com o abandono de uma concepção universalista de vida boa, e, mesmo assim, capazes de assegurar a formação democrática de consensos.

### **4.1 Pluralismo e democracia: o processo político-legislativo como procedimento legítimo para a acomodação (possível) das divergências políticas**

Num contexto em que as discussões acerca da legitimidade do direito concentram-se no aprofundamento de teorias da decisão judicial, Jeremy Waldron ressalta a importância do desenvolvimento de uma teoria normativa da legislação, capaz de sufragar o senso comum predominante na jurisprudência de que a atividade legislativa restringe-se a negociata, troca de favores e procedimentos eleitoreiros, ou seja, qualquer coisa menos decisão política baseada em princípios.

Essa postura preconceituosa em relação à atividade legislativa alia-se ao propósito de conferir maior credibilidade à ideia de revisão judicial da legislação, sob a autoridade de uma carta de direitos, silenciando quanto às dificuldades democráticas que essa mesma revisão judicial implica.<sup>336</sup>

Contrariamente a essa ideia, Waldron concebe a legislatura, tanto na filosofia jurídica quanto na filosofia política, como um modo de governança dignificado e como uma fonte de direito respeitável, contestando a formulação persistente de que o direito produzido pelos juízes, e não o direito produzido pela legislatura, vincula-se mais naturalmente aos valores políticos evocados pela justiça, pela legalidade e pelo Estado de Direito.<sup>337</sup>

A crítica do autor dirige-se, inclusive, aos positivistas mais modernos como H. L. A. Hart e Joseph Raz (ver subitem 1.3. do capítulo 1), pois, embora o positivismo tradicionalmente tenha assegurado um lugar de distinção à legislação como fonte do direito, atualmente os positivistas estão mais interessados no processo pelo qual o direito é desenvolvido pelos tribunais.<sup>338</sup> Apesar de se preservar a característica fundamental do positivismo, no sentido de que o direito provém de uma fonte institucional – e não de sua qualidade moral, as instituições ressaltadas como legitimadoras do direito têm sido os tribunais e não as legislaturas, como se estas fossem dispensáveis ao Estado Democrático de Direito.

Em reação a essas construções teóricas, Waldron propõe-se a defender a legitimidade do corpo legislativo para a edição de normas jurídicas.

---

<sup>336</sup> WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo : Martins Fontes, 2003. p. 02.

<sup>337</sup> Ibidem, p. 13.

<sup>338</sup> Ibidem, p. 17-18. Ver também: WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. New York : Oxford University, 1999. p. 33 e ss.

Tendo como pressuposto que as sociedades pluralistas e complexas são compostas por muitos cidadãos, os quais divergem significativamente a respeito da justiça e, conseqüentemente, a respeito de decisões políticas em assuntos de justiça e de direitos, o autor defende que um convívio social pacífico exige que as discordâncias sobre justiça sejam equacionadas por meio do processo político-legislativo. Isso porque a própria comunidade, mesmo que conflitante quanto ao mérito de questões fundamentais, tem como necessária uma decisão institucional acerca dos direitos e dos deveres dos cidadãos.

As legislaturas são grandes assembleias que representam – ou deveriam representar – as divergências mais substanciais da sociedade. Desse modo, a legislação torna-se o produto de um processo deliberativo complexo que considera seriamente as divergências morais e as acomoda de modo democrático, conforme a posição que, em dado contexto, alcançar o maior apoio entre os parlamentares. A autoridade da lei reside justamente em fixar normas coletivamente vinculantes em circunstâncias de desentendimento.<sup>339</sup>

Em tal perspectiva, a posição política da comunidade deve ser o resultado de um processo político democrático que concilie ou, ao menos, considere as posições divergentes na tomada de decisão, uma vez que é da natureza do legislador ser parcial em suas opiniões e em seus votos, justamente porque corporifica as discordâncias da sociedade.

Segundo Waldron, a questão central de uma assembleia legislativa é representar as diferentes facções da sociedade e legislar de modo que essas diferenças sejam levadas a sério, ao invés de se pretender que elas não existam ou que possam ser conciliadas.<sup>340</sup>

É por isso que, na visão do autor, o Estado de Direito implica o dever de aplicar e obedecer à lei mesmo quando ela contraria interesses dos cidadãos, se mostra injusta ou moralmente incorreta ou, ainda, quando parece mal orientada como questão de política. Isso se justifica porque, sendo a lei o produto de um processo político que define a posição política da comunidade, a opinião dissonante do indivíduo demonstra que há, no seio daquela comunidade, uma discordância moral quanto à questão subjacente e, ao mesmo tempo, reforça

---

<sup>339</sup> WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. New York : Oxford University, 1999. p. 23.

<sup>340</sup> *Ibidem*, p. 27.

a importância de se adotar uma posição política que seja da comunidade e não de cada um individualmente.<sup>341</sup>

Deixar de aplicar uma lei sob o fundamento de sua injustiça ou imoralidade equivale a abandonar a ideia de legislação e de uma comunidade que assume posições institucionais sobre questões políticas divergentes. Significa retornar ao estado em que cada pessoa age com base no seu próprio julgamento do que é bom e justo.

Para Waldron, ainda que se reconheça a importância da atividade legislativa nas sociedades contemporâneas, parece haver enorme dificuldade dos teóricos e dos cidadãos comuns em identificá-la com as decisões políticas da comunidade, conferindo-lhe dignidade.

É por isso que o autor ressalta a legitimidade do corpo legislativo enquanto o órgão mais adequado e mais democrático para a tomada de decisões políticas em nome da comunidade, em contraposição aos juízes, especialmente porque não há garantia de maior justiça no direito criado pelos juízes do que no direito criado pelos legisladores. Esse aspecto é extremamente relevante, porque nem o juiz nem o legislador decidem o que fazer enquanto indivíduo, mas sim enquanto sociedade, e as circunstâncias da atividade jurisdicional, relacionadas à natureza dos casos e ao ambiente de decisão dos magistrados, podem ser muito diferentes do ambiente em que, na sociedade, as questões morais são debatidas e solucionadas. Isso requer, igualmente, a compreensão de que os julgamentos morais realizados pelos juízes dificilmente estão dissociados do elemento jurídico, diferindo significativamente dos julgamentos puramente morais.<sup>342</sup>

Essa questão relaciona-se diretamente com as peculiaridades da atividade legislativa, por meio da qual os discursos jurídicos são confrontados com discursos pragmáticos, ético-políticos e morais, ao passo que a atividade judicial de aplicação da norma deve se restringir aos discursos jurídicos.

Assim é que as decisões majoritárias da população, diretamente ou por seus representantes eleitos, têm a qualidade essencial de respeitar o direito de participação dos indivíduos (um ideal de igualdade e de igual capacidade de autolegislação), tornando-as

---

<sup>341</sup> WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo : Martins Fontes, 2003. p. 44.

<sup>342</sup> WALDRON, Jeremy. Judges as moral reasoners. *CON*. v. 7. n. 1, 2009. p. 12-13.

preferíveis a qualquer outro modelo de escolha, especialmente aqueles que se amparam num pretense consenso.

Nesse sentido, embora atribua à legislação um papel central no Estado Democrático de Direito, Waldron opõe-se à ideia de formação de consensos discursivos. Para o autor, o processo político-legislativo não tem o propósito de formar consensos, mas tão somente de assegurar uma decisão institucional que ponha termo, ainda que temporariamente, às divergências encontradas na sociedade.

Em sua visão, embora os membros de uma sociedade possam compartilhar uma ideia comum de justiça, disso não resulta que as discordâncias sobre justiça, ou sobre como concretizá-la, desapareçam. Faz-se necessário, então, um procedimento institucional de tomada de decisão que resolva os problemas urgentes e importantes, e a decisão majoritária é a que melhor combina a contingência social e o respeito aos cidadãos.

Assim, a legislação é o produto legítimo de um procedimento deliberativo que, diante das divergências sobre moral e justiça, permite que essas discordâncias sejam consideradas e internalizadas da melhor maneira possível.

Segundo Waldron, a questão central é que a decisão majoritária não resolve a fundo o problema das divergências sobre justiça, mas tão somente assegura uma decisão institucional que deve ser tomada pela sociedade para resolver problemas concretos. Tendo em vista que resolver conflitos entre justiça e equidade seria ilusório, a sociedade precisa de parâmetros para evitar e solucionar conflitos, e esses parâmetros estão representados, conforme as possibilidades, na legislação.

Não se pode negar que, à princípio, a ideia de respeito às decisões majoritárias, sem qualquer preocupação com a coerência, parece permitir avanços e retrocessos institucionais, inclusive em matéria de direitos fundamentais, uma vez que os cidadãos divergem profundamente sobre os direitos que possuem e sobre como concretizá-los.

Desse modo, a resposta adequada de Waldron ao problema do pluralismo está no direito de participação (a base de todos os direitos). O autor defende que as divergências sobre princípios e políticas devem ser alcançadas por meio do princípio majoritário, o qual não é contraditório em relação à ideia de direitos fundamentais, mas complementar. A ideia básica sobre direitos repousa no fato de que os indivíduos são moralmente capazes e responsáveis

por decidir que direitos eles têm, em condições de igualdade. O procedimento majoritário apenas confere autoridade a essa decisão, embora não seja o único procedimento que possa fazê-lo. O aspecto central está em estabelecer o procedimento pelo qual são reconhecidos direitos: se o dos indivíduos (majoritário) ou se o dos estudiosos (juízes, bispos, etc.).<sup>343</sup>

Segundo o autor, não há uma contradição entre direitos fundamentais e democracia, especialmente porque não há democracia sem que os cidadãos sejam titulares e exerçam o direito básico de participação. Ao contrário, há uma congruência natural entre direitos e democracia, porque a identificação de alguém como titular de direitos expressa a confiança de que essa pessoa tem capacidade moral, no sentido de se responsabilizar pela relação moral que existe entre os seus interesses e os interesses dos demais. Esse tipo de capacidade, ou senso de justiça, é a base mais elementar da democracia.<sup>344</sup>

Sob essa perspectiva, o conflito existente nas democracias dá-se entre direitos e legitimidade da decisão que põe termo às divergências entre direitos. Se a democracia assenta-se no direito de igual participação dos indivíduos no procedimento de decisão das questões que lhes dizem respeito, uma teoria dos direitos não pode ignorar que a ideia de direitos surgiu justamente do reconhecimento da racionalidade dos indivíduos, ou seja, do reconhecimento de que os indivíduos são suficientemente capazes e responsáveis para decidir sobre os direitos que se atribuem mutuamente. As bases são comuns. O problema está nas discordâncias entre quais direitos são esses, qual o seu âmbito de proteção e quem deve dispor de autoridade para reconhecê-los em caráter definitivo.

Ao analisar os problemas da democracia sob o prisma da teoria da legislação, Waldron não se afasta da ideia de racionalidade, a despeito do pluralismo. No mesmo sentido de Habermas, o autor parte da cooriginalidade entre democracia e direitos fundamentais, sustentando a sua teoria no direito básico dos cidadãos de igual participação na formação da vontade política da comunidade. O aspecto divergente entre ambos está no critério de racionalidade adotado. Enquanto para Waldron a racionalidade assenta-se no procedimento legislativo que culmina numa decisão majoritária, para Habermas a racionalidade assenta-se no procedimento deliberativo que culmina num consenso discursivo.

---

<sup>343</sup> Ibidem, p. 232-254.

<sup>344</sup> Ibidem, p. 282.

Waldron não pode ser definido como adepto do pragmatismo, o qual defende que os direitos humanos são relativos e exclusivamente dependentes de contextos culturais. A questão fundamental para Waldron está em quem deve ter a autoridade para decidir sobre as divergências entre os direitos e a justiça, se os cidadãos ou os juízes.

Desse modo, Waldron não se opõe à ideia de uma racionalidade pautada por uma teoria geral dos direitos fundamentais. Se Waldron defendesse o abandono da racionalidade, seu pensamento tornar-se-ia contraditório. Ainda que ele se oponha ao consenso discursivo, sua teoria tem como base a importância da legislação para a formação de uma vontade política que realiza escolhas sobre questões de justiça e de direitos em nome da comunidade. Logo, Waldron defende uma racionalidade que é representada pela lei, enquanto produto de um procedimento deliberativo majoritário, e que é dotada de generalidade e abstração.

Sob essa perspectiva, Waldron opõe-se fortemente à criação judicial do direito em detrimento da autoridade da legislação, pois, em sociedades repletas de divergências morais, torna-se arbitrário o prevalecimento da moral do juiz em relação às demais, acarretando problemas de imprevisibilidade, irracionalidade e ilegitimidade democrática.<sup>345</sup>

Por isso, a questão da interpretação das leis deve ser compreendida mais sob a óptica do processo político-legislativo e menos sob a óptica da atividade de adjudicação. Significa que, embora a deliberação seja o ato central do processo legislativo, não pode prescindir de um procedimento específico que assegure, ao final, uma decisão baseada num texto, o qual é tão preciso quanto a linguagem permite. E a despeito de a previsibilidade do texto ser relativa, certamente é maior do que a de outras fontes do direito, como o precedente.

Ademais, para o autor, sempre há a possibilidade de que a decisão final (coercitiva) esteja errada, independentemente de a fonte institucional ser o processo político-legislativo ou a decisão judicial. Neste caso, entretanto, os cidadãos veem-se tolhidos do seu direito político de participação, o qual, em última instância, é a própria fonte de legitimidade do processo legislativo e dos direitos fundamentais.

É por isso que, num sistema de democracia deliberativa, a decisão dos tribunais constitucionais retira dos cidadãos, diretamente ou por meio dos seus representantes, o poder e a responsabilidade de decidirem sobre direitos. Além do mais, torna o aspecto substancial

---

<sup>345</sup> WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. New York : Oxford University, 1999. p. 180-187.



dos direitos a questão mais relevante da democracia, quando a sua essência repousa no procedimento deliberativo (garantia de participação), cuja inobservância pode acarretar outras formas de tirania, como a supremacia judicial.<sup>346</sup>

Nesse contexto, o movimento constitucional atual de se reconhecer uma confiança autoritária no poder judiciário decorre da falsa ideia de que as cortes são um espaço neutro e mais apropriado para resolver definitivamente as discordâncias sobre direitos, em oposição aos cidadãos e ao processo político-legislativo.

Não obstante, a efetividade da democracia e do princípio pós-metafísico da soberania popular está em garantir um procedimento legítimo de decisão, pautado pela participação de indivíduos respeitados e reconhecidos como agentes morais autônomos e por uma esfera pública qualificada, na qual há espaço para a expressão da oposição política e do dissenso.

Sob esse prisma, Waldron compreende uma carta de direitos como uma autorrestrrição estabelecida pelos indivíduos, em seu próprio benefício, porque estão conscientes de que as decisões majoritárias podem ser injustas. Não obstante, se a garantia dessa restrição deve ser entregue a uma instituição com poder decisório, como um tribunal, há que se reconhecer que ele tomará decisões para evitar males que não foram inicialmente previstos ou em face dos quais há discordâncias na sociedade, de modo que, em alguns casos, pode-se subverter o próprio sentido de soberania popular (autonomia), assim entendida como a soberania da decisão racional resultante de uma deliberação entre iguais no espaço público.

Sob o prisma democrático, é preferível deixar que os próprios cidadãos decidam sobre suas divergências de tempos em tempos, da melhor forma possível. Trata-se de favorecer a democracia deliberativa, confiando na capacidade e no senso de responsabilidade dos cidadãos para resolverem suas discordâncias, deixando a proteção judicial para as situações de violações concretas de direitos.

Trata-se, assim, de compatibilizar o Estado Democrático de Direito com a ideia de uma *democracia possível*, no sentido defendido por Gustavo Zagrebelsky. Para o autor, a democracia crítica é uma democracia pautada pelo pensamento da possibilidade, destituída de ilusões e sempre aberta à busca do melhor. É uma democracia que retira o povo da

---

<sup>346</sup> Ibidem, p. 295-296.

passividade, transforma-o de objeto em sujeito da política, mas, por outro lado, não o qualifica como divindade. Reconhece que o princípio da soberania popular está acima de qualquer autoridade numa democracia, mas recusa a ele a qualidade de ilimitado, porque a democracia é um sistema de regimento político imperfeito e justamente extrai a sua força dessa imperfeição.<sup>347</sup>

Em decorrência da pluralidade da sociedade e das dificuldades de se institucionalizar o princípio da soberania popular, Zagrebelsky afirma que a democracia deve primeiramente reconhecer suas limitações e, conseqüentemente, compreender todas as suas decisões como revogáveis e passíveis de revisão.<sup>348</sup>

Na sua visão de democracia crítica, a autoridade do povo não depende de suas virtudes ou qualidades supra-humanas. Ao contrário, repousa no reconhecimento de que os homens são falíveis e limitados e que, mesmo assim, a soberania popular é o melhor sistema disponível. As qualidades e as deficiências do sistema são compartilhadas por todos e essa é a força que move a democracia em direção a resultados melhores.

A democracia crítica é, portanto, um regime inquieto, desconfiado de si mesmo, pronto para reconhecer os erros e recomeçar.<sup>349</sup>

É por isso que, em tal sistema democrático, não são admissíveis as teorias que idolatram o povo e que o concebem como um ente coletivo de poder ilimitado e incapaz de errar. Tal postura carrega a ilusão de uma democracia baseada diretamente na voz do povo, dispensando instituições intermediárias como o parlamento, os representantes e os partidos políticos. Caracteriza a *democracia das pesquisas de opinião*,<sup>350</sup> na qual não há espaço para o debate público e para a transparência, tampouco garantias de uma ausência de manipulação.

Tampouco são admissíveis as teorias que caracterizam o povo como uma massa desprovida de qualquer aptidão para discutir questões de política e de justiça. Tais teorias, que tratam a vontade popular como a vontade de imbecis agrupados, pretendem justificar a

---

<sup>347</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **A crucificação e a democracia**. Trad. Monica de Sanctis Viana. São Paulo : Saraiva, 2011. p. 139.

<sup>348</sup> Ibidem, p. 139-140.

<sup>349</sup> Ibidem, p. 132.

<sup>350</sup> Ibidem, p. 143.

condução de assuntos políticos por grupos elitizados, tidos como mais sábios, mais honestos e mais competentes.<sup>351</sup>

A advertência quanto às concepções elitistas de democracia aplica-se, muito propriamente, às pretensões dos juízes de se afirmarem como a classe mais preparada para tomar decisões políticas em nome da comunidade, o que acaba por infantilizar os cidadãos e restringir significativamente a efetividade do princípio pós-metafísico da soberania popular.

Sem adular e nem desprezar o povo, o sentido da democracia está na qualidade média que envolve a todos, tanto aos cidadãos quanto às instituições democraticamente constituídas. Não há respeito à autonomia dos cidadãos se qualquer classe ou instituição pretende lhes suprimir a responsabilidade pela acomodação das divergências políticas, éticas e morais inerentes às sociedades pluralistas e complexas, bem como pelos erros e acertos na condução desses assuntos.

É justamente por isso que a legislação merece um espaço de destaque no sistema democrático e não pode ser relegada a elemento secundário na definição do direito pelos tribunais. A lei é o resultado do processo político-legislativo e a manifestação mais evidente do princípio pós-metafísico da soberania popular. Nesse sentido, deve ser considerada a fonte por excelência do direito e aquela que mais se aproxima do exercício da autonomia jurídica dos cidadãos.

Em tal contexto, é possível atribuir ao devido processo legislativo uma racionalidade emancipatória, uma vez que é por intermédio de um procedimento discursivo que os cidadãos, em interação com o parlamento e com uma esfera pública qualificada, participam da formação da vontade política, realizando escolhas e acomodando as divergências existentes numa determinada comunidade.

Em maior medida que outros procedimentos institucionalizados de decisão, o processo político-legislativo é o espaço mais plural e inclusivo para a acomodação das discordâncias em sociedades pluralistas e complexas, mas disso não resulta necessariamente a formação de uma vontade política consensuada. Resta saber, então, se esse procedimento é capaz de compatibilizar as categorias teóricas do pluralismo e do consenso.

---

<sup>351</sup> Ibidem, p. 136-137.

## 4.2 Pluralismo, legislação e o consenso sobreposto em John Rawls

John Rawls pretende construir uma teoria da justiça que represente uma concepção política de justiça, válida e aplicável a uma sociedade democrática, no sentido de que justifique as instituições políticas e sociais, mas também no sentido de que assegure estabilidade de uma geração para outra. Para tanto, o autor busca uma solução para o real problema do liberalismo político, consubstanciado em definir como uma sociedade estável e justa, composta por cidadãos livres e iguais, é capaz de coexistir de maneira durável se os seus membros estão altamente divididos por doutrinas religiosas, filosóficas e morais incompatíveis entre si.

A resposta de Rawls está na formação de sociedades democráticas sustentadas num *consenso por sobreposição* (*overlapping consensus*), de natureza política e compatível com a o fato do pluralismo. Sua teoria sustenta-se em três concepções-modelo: a de uma *sociedade bem ordenada*; a de *peças morais* e a de uma *posição original*.<sup>352</sup>

O autor parte da ideia de um contrato social hipotético entre sujeitos morais, livres e iguais, os quais se encontram numa *posição original*, na qual estão isentos das desigualdades e da influência das contingências presentes em contextos sociais reais. Em decorrência do *véu da ignorância*, essas pessoas também desconhecem qualidades e características pessoais, tampouco as posições sociais que ocupam. O propósito é estabelecer uma verdadeira equidade entre parceiros sociais, compreendidos exclusivamente como pessoas morais capazes de tomar decisões racionais e razoáveis.<sup>353</sup>

Em tal situação, as pessoas selecionam os princípios básicos de justiça que serão aplicáveis a uma sociedade bem ordenada e que nortearão as relações entre sujeitos morais.

---

<sup>352</sup> RAWLS, John. **Justiça e democracia**. Trad. Irene A. Paternot. São Paulo : Martins Fontes, 2002. p. 53.

<sup>353</sup> Ibidem, p. 21-22 e 53.

Segundo Roberto Gargarella, a ideia desse contrato social hipotético constitui um recurso teórico com o propósito específico de assegurar algumas premissas de cunho moral, no sentido de que todos os cidadãos possuem um *status* moral igual, equivalem entre si e, portanto, têm a mesma importância para o coletivo. Nesse sentido, a igualdade que interessa a Rawls não é uma igualdade física, nos moldes do contrato real hobbesiano, mas sim uma igualdade de *status* moral, relacionada à ideia de imparcialidade.<sup>354</sup>

Essa compreensão de Rawls parte do construtivismo kantiano, mas não pretende legitimar o contrato social numa ideia de verdade moral previamente dada, seja por uma ordem divina, seja por uma ordem natural, mas sim a partir de argumentos razoáveis e compatíveis com a história e com a tradição de uma determinada sociedade.

Os parceiros, na posição original, agem como sujeitos racionalmente autônomos de um processo de construção de uma sociedade cooperativa, que visa ao alcance de vantagens mútuas e não apenas à satisfação de interesses. Representam o aspecto da racionalidade inerente às pessoas morais e, como tais, Rawls as compreende como titulares de uma *autonomia racional*. Em tal sentido, os parceiros no contrato social aproximam-se das pessoas morais definidas por Kant e da noção de imperativos categóricos.<sup>355</sup>

Partindo de tais pressupostos, os parceiros na posição original recorrem a um critério de *justiça processualística pura*, ou seja, a um processo de deliberação no qual o justo define-se exclusivamente pelo resultado do procedimento equitativo, não se admitindo qualquer critério anterior e independente de justiça.<sup>356</sup>

Desse processo deliberativo são extraídos os princípios gerais (excluem-se princípios aplicáveis a situações concretas), universais (aplicam-se indistintamente a todos os cidadãos), completos (aplicam-se a quaisquer situações) e finais (são parâmetros para decidir os conflitos em caráter definitivo) que os cidadãos comprometem-se a respeitar após a posição original.

---

<sup>354</sup> GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**: um breve manual de filosofia política. Trad. Alonso Reis Freire. São Paulo : Martins Fontes, 2008. p. 17-18.

<sup>355</sup> RAWLS, John. **Justiça e democracia**. Trad. Irene A. Paternot. São Paulo : Martins Fontes, 2002. p. 54.

<sup>356</sup> *Ibidem*, p. 58-59.

O véu da ignorância, nesse sentido, é um teste intuitivo de equidade, uma vez que as partes na posição original deliberam para alcançar um acordo capaz de considerar imparcialmente os pontos de vista de todos os participantes.<sup>357</sup>

Rawls reconhece que as condições históricas, sociais e econômicas das sociedades democráticas contemporâneas acarretam uma diversidade de doutrinas morais, filosóficas e econômicas, definidas por Rawls como *doutrinas gerais e abrangentes*. O fato do pluralismo representa uma pluralidade de concepções opostas e impossíveis de serem conciliadas, mas, mesmo assim, razoáveis.

Significa que a diversidade moral é uma característica das sociedades democráticas. Não obstante, o contrato social por ele defendido não se confunde com qualquer das doutrinas gerais e abrangentes. O acordo público e estável deve contemplar tão somente exigências constitucionais essenciais, capazes de formar uma base comum a todas as doutrinas gerais e abrangentes, denominado *consenso por justaposição*.<sup>358</sup>

Rawls reconhece que nem toda sociedade logrará um acordo nesses níveis. Por outro lado, tem como possível, a despeito de uma pluralidade de doutrinas, a convergência numa doutrina política de justiça que assegure unidade social para a presente e para as futuras gerações.

Assim é que, em sua teoria liberal, a concepção política adequada corresponde à ideia de *justiça como equidade*, sustentada em dois princípios básicos de justiça: o princípio da igualdade de liberdades básicas (cada pessoa tem o mesmo direito a um esquema plenamente adequado de liberdades básicas iguais que seja compatível com o esquema de liberdade dos outros) e o princípio da igualdade equitativa de oportunidades (as desigualdades sociais e econômicas devem estar vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos em igualdade de oportunidades e devem beneficiar ao máximo os membros menos favorecidos da sociedade – aplicação específica do princípio subordinado da diferença).<sup>359</sup>

---

<sup>357</sup> GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**: um breve manual de filosofia política. Trad. Alonso Reis Freire. São Paulo : Martins Fontes, 2008. p. 22.

<sup>358</sup> Ibidem, p. 252-253.

<sup>359</sup> RAWLS, John. **Justiça como equidade**: uma reformulação. Trad. Claudia Berliner. São Paulo : Martins Fontes, 2003. p. 60. Ver também: RAWLS, John. **Justiça e democracia**. Trad. Irene A. Paternot. São Paulo : Martins Fontes, 2002. p. 20.

Tendo em vista a ideia de que os cidadãos são livres e iguais, a liberdade e a igualdade devem ser compreendidas na linguagem de uma cultura política pública, cujo conteúdo está assegurado mediante um rol de direitos fundamentais. Significa que as liberdades básicas constituem um conjunto de direitos e garantias assegurados numa constituição, escrita ou não, os quais resultam de um consenso numa sociedade pluralista e complexa, permeada por doutrinas gerais e abrangentes razoáveis e conflitantes. São questões fundamentais em face das quais é mais urgente a formulação de um acordo político.

Nesse sentido, o liberalismo político de Rawls apoia-se na ideia de que o poder político deve ser exercido em conformidade com uma constituição, cujos elementos essenciais se pode razoavelmente esperar que todos os cidadãos, livres e iguais, endossem à luz de princípios e ideais aceitáveis segundo a razão humana comum. Esse é o sentido maior da legitimidade para o exercício do poder político, de modo que todas as controvérsias que se apresentem à legislatura e que envolvam questões constitucionais devem ser solucionadas pressupondo-se a aceitação dos cidadãos, a despeito do pluralismo razoável.<sup>360</sup>

Essa concepção de liberalismo atribui um sentido específico ao princípio da soberania popular, no qual o poder político é o poder coercitivo dos cidadãos livres e iguais como corpo coletivo.<sup>361</sup> E esse poder manifesta-se quando, na tomada de decisões políticas que envolvam princípios de justiça, se puder razoavelmente pressupor que todos os cidadãos aceitem tais decisões à luz da razão pública comum.

Rawls reconhece que, sob o prisma do cidadão, o consenso sobreposto não representa a mera aceitação da autoridade e das instituições. Ao contrário, todos aqueles que afirmam a concepção política partem do interior de suas doutrinas abrangentes e se valem das suas razões religiosas, filosóficas ou morais para legitimar o consenso.<sup>362</sup> O fato de cada doutrina apoiar a concepção política por si mesma, a partir de suas próprias razões, não retira a legitimidade do consenso ou a sua estabilidade, desde que se assegure o direito de professar todas as doutrinas razoáveis. Com o tempo, é possível que as posições de poder entre essas doutrinas se alterem, sem que seja afetada a estabilidade social.

---

<sup>360</sup> RAWLS, John. **O liberalismo político**. Trad. Álvaro de Vita. São Paulo : Martins Fontes, 2011. p. 161.

<sup>361</sup> Ibidem, p. 164.

<sup>362</sup> Ibidem, p. 174.

O consenso sobreposto coloca-se, assim, num nível significativo de abstração, embora mantenha a função importante de fomentar a cooperação social e de evitar conflitos sociais intratáveis.

Esse aspecto é relevante, porque relacionado à distinção realizada por Rawls entre consenso constitucional e consenso sobreposto, os quais se apresentam respectivamente como graus de evolução da sociedade em direção a uma concepção política de justiça. O primeiro (consenso constitucional) trata de estabelecer no texto constitucional alguns princípios básicos e procedimentos eleitorais democráticos para moderar a disputa de poder na sociedade. Entretanto, o consenso constitucional não é profundo, pois, a despeito do acordo a respeito de alguns direitos fundamentais, há significativas divergências quanto ao conteúdo e à abrangência desses direitos.<sup>363</sup>

O autor reconhece que um consenso constitucional pode se manter estável, preenchidas certas condições: dado o fato do pluralismo razoável, a constituição deve definir o conteúdo de certos direitos e liberdades, conferindo-lhes prioridade especial; deve constituir uma razão pública que esteja acessível aos cidadãos comuns e; as instituições políticas básicas devem aplicar esses princípios básicos, encorajando virtudes cooperativas da vida política aceitas publicamente.<sup>364</sup>

Diferentemente, o consenso sobreposto compreende um nível mais profundo e mais complexo de consenso político. Isso porque esse consenso envolve não apenas um rol de direitos e liberdades fundamentais e procedimentos democráticos de delimitação do exercício do poder, mas igualmente princípios que estabeleçam direitos substantivos, a igualdade equitativa de oportunidades e princípios que satisfaçam necessidades básicas dos cidadãos, como educação, saúde, moradia e alimentação.<sup>365</sup>

A passagem de um consenso constitucional para um consenso sobreposto baseia-se, fundamentalmente, na concepção de psicologia moral que Rawls admite como presente nas pessoas morais. Disso resulta que as pessoas têm, juntamente com a sua capacidade de

---

<sup>363</sup> Ibidem, p. 188.

<sup>364</sup> Ibidem, p. 190-193.

<sup>365</sup> Ibidem, p. 194.



formar uma concepção do bem e de aceitar concepções de justiça e equidade, um desejo de se comportar segundo tais virtudes.<sup>366</sup>

O consenso sobreposto exige, portanto, o compartilhamento de uma concepção *política* de justiça (no caso de Rawls, a concepção de justiça como equidade), num nível de abstração capaz de permitir a convivência de tal concepção com doutrinas abrangentes e razoáveis, sejam elas de natureza moral, filosófica ou religiosa.

Essa concepção política de justiça também é relevante para o autor, na medida em que deverá nortear a conformação e a interpretação da constituição e a resolução dos casos constitucionais importantes, servindo, inclusive, de parâmetro para o controle de constitucionalidade.

Portanto, essas questões são debatidas em *fóruns políticos públicos*, a partir de uma ideia de *razão pública* que possui uma estrutura pré-definida: debate apenas questões políticas fundamentais, relacionadas à concepção política razoável de justiça; abrange apenas autoridades públicas e candidatos a cargos públicos; as discussões submetem-se a um procedimento que resulta em normas coercitivas, sob a forma de direito legítimo e; a participação dos cidadãos dá-se pela verificação da aplicação (ou não) do critério de reciprocidade aos princípios derivados da concepção de justiça.<sup>367</sup>

Nesse sentido, a razão pública de Rawls compreende a argumentação dos juízes em suas decisões, especialmente dos juízes de tribunais constitucionais, o discurso das autoridades públicas, especialmente chefes do poder executivo e legisladores, e, por último, os discursos e as declarações dos candidatos a cargos públicos.

Em outro nível, o autor insere a *cultura de fundo* ou a cultura da sociedade civil, composta por várias agências e associações, as quais, mediante o exercício dos direitos de associação e de liberdade de pensamento e expressão, compartilham uma razão não pública. Tanto a cultura da sociedade civil quanto os meios de comunicação ficam excluídos da ideia de razão pública.<sup>368</sup>

---

<sup>366</sup> GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**: um breve manual de filosofia política. Trad. Alonso Reis Freire. São Paulo : Martins Fontes, 2008. p. 235-236.

<sup>367</sup> RAWLS, John. **O liberalismo político**. Trad. Álvaro de Vita. São Paulo : Martins Fontes, 2011. p. 524.

<sup>368</sup> *Ibidem*, p. 526.

Ademais, os cidadãos participam da razão pública de uma forma muito específica e ideal, uma vez que devem se conceber como legisladores e, nessa qualidade hipotética, perquirir quais leis, e sustentadas por quais razões, satisfazem o critério da reciprocidade e seriam por eles aprovadas para a sociedade. A partir da disposição dos cidadãos de se verem como legisladores ideais é que eles são capazes de repudiar as autoridades públicas e os candidatos que violam a razão pública e esse aspecto constitui a base política e social da democracia.<sup>369</sup>

Para Rawls, os cidadãos têm o dever moral de exigir que as autoridades mantenham-se fiéis à razão pública da sociedade bem ordenada e, conseqüentemente, concretizem a concepção política de justiça resultante do consenso sobreposto.

Desse modo, a legitimidade política da constituição e da legislação infraconstitucional repousa justamente no critério da reciprocidade: o exercício do poder político é legítimo quando as normas jurídicas são fundamentadas em razões que as autoridades públicas acreditam seriam igualmente endossadas pelos cidadãos, caso investidos de autoridade para decidir.

Sob esse prisma, uma democracia constitucional bem ordenada deve ser compreendida como uma democracia deliberativa, uma vez que pautada pela ideia de razão pública, por instituições democráticas constitucionais e pelo desejo dos cidadãos em geral de seguir a razão pública e de concretizá-la na conduta política.<sup>370</sup>

Para Rawls, o repeito ao princípio da legitimidade é o que promove nos cidadãos um dever moral de recorrer a razões públicas toda a vez que se discute o conteúdo essencial da constituição. A esse dever moral o autor denomina *dever de civilidade*, o qual representa um ideal de cidadania, no sentido de que os cidadãos devem ser capazes de explicar uns aos

---

<sup>369</sup> Ibidem, p. 527. Ao tratar da relação dos cidadãos com a estrutura básica da sociedade, Rawls afirma que “os cidadãos são razoáveis quando, considerando-se reciprocamente como livres e iguais em um sistema de cooperação social ao longo de gerações, eles se dispõem a oferecer uns aos outros termos equitativos de cooperação segundo o que consideram ser a concepção mais razoável de justiça política e quando concordam em agir com base nesses termos, mesmo que isso lhes custe sacrificar os próprios interesses em determinadas situações, contanto que os outros cidadãos também aceitem esses mesmos termos. O critério de reciprocidade exige que, quando esses termos são propostos como os mais razoáveis de cooperação equitativa, quem os propõe pense também que é ao menos razoável que outros possam aceitá-los em sua condição de cidadãos livres e iguais, não dominados nem manipulados ou sob a pressão de uma posição política ou social inferior”. In: RAWLS, John. **O liberalismo político**. Trad. Álvaro de Vita. São Paulo : Martins Fontes, 2011. p. 528-529.

<sup>370</sup> Ibidem, p. 531-532.

outros de que modo os princípios e as políticas que eles propõem, em relação às questões fundamentais, são compatíveis com os valores da razão pública.<sup>371</sup>

Não se há negar que há uma convergência parcial entre as teorias de Rawls e Habermas. Para ambos, o propósito da democracia deliberativa é restabelecer uma dimensão moral que seja compatível com as diferentes concepções de vida boa e definir procedimentos que permitam acordos que satisfaçam tanto a racionalidade (entendida como a proteção a direitos fundamentais) quanto a legitimidade democrática (entendida como soberania popular).<sup>372</sup>

Outro ponto de convergência é a construção de uma forma de *racionalidade normativa*<sup>373</sup> que não é apenas fundamentada no procedimento, mas também na ideia de razoabilidade (Rawls) ou razão comunicativa (Habermas) que permite que cidadãos razoáveis, guiados pelo princípio da imparcialidade, estabeleçam consensos sobre questões políticas fundamentais no espaço público.

Contudo, o modo como esses autores compreendem a razão pública e a dimensão normativa da racionalidade nas instituições democráticas é distinta.<sup>374</sup> Enquanto Habermas parte de uma abordagem estritamente procedimental, na qual apenas as condições ideais do discurso asseguram a participação de todos em igualdade, legitimando a formação dos consensos na esfera pública, Rawls parte de uma concepção política de justiça (justiça como equidade) cujos princípios fundamentais são definidos de modo imparcial por cidadãos na posição original. A partir desses princípios de liberdade e igualdade, viabiliza-se o exercício da razão pública e, conseqüentemente, a interação entre cidadãos e instituições democráticas.

Disso resultam duas conseqüências. A primeira delas é que a teoria de Rawls assume uma conotação substancial, na medida em que destinada a concretizar valores predeterminados na posição original, em face dos quais fica limitada a discussão pública. A segunda é que a responsabilidade pela construção da ordem jurídica no espaço público é atribuída aos juízes, tanto quanto aos legisladores, relegando aos cidadãos um papel secundário no exercício do poder político, sempre mediado pela atuação das instituições.

---

<sup>371</sup> GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**: um breve manual de filosofia política. Trad. Alonso Reis Freire. São Paulo : Martins Fontes, 2008. p. 238.

<sup>372</sup> MOUFFE, CHANTAL. Por um modelo agonístico de democracia. **Rev. Sociol. Polit.**, Curitiba, 25, nov., 2005. p. 12-13.

<sup>373</sup> Ibidem, p. 13.

<sup>374</sup> Ibidem, p. 14.

O próprio Habermas tece críticas à teoria da justiça de Rawls. A primeira delas diz respeito à ausência de uma total autonomia dos cidadãos na posição original. Para ele, os homens são, por pressuposto, pessoas morais, ou seja, possuidoras de um senso de justiça e de uma capacidade de formar uma concepção própria de bem, além de possuírem um interesse em que essas capacidades sejam racionalmente aperfeiçoadas.<sup>375</sup>

Ocorre que o véu da ignorância impõe aos cidadãos na posição original, enquanto representantes dos demais membros da sociedade, uma neutralidade moral que visa a assegurar a imparcialidade das suas escolhas. O problema é que justamente essa limitação da autonomia, porque restringe a capacidade de formar uma concepção de bem, impede um julgamento imparcial das questões de justiça, ou seja, impede a consideração do que seria o interesse homogêneo de todos.

Segundo Habermas, como os cidadãos representantes desconhecem as posições que eles e que os demais cidadãos ocuparão na sociedade ordenada, eles realizam as escolhas do ponto de vista de suas próprias orientações de valor, ou seja, do que acreditam seja uniformemente bom para todos.<sup>376</sup>

Nesse sentido, ainda que Rawls pretenda sustentar o consenso sobreposto numa racionalidade intersubjetiva, pautada por princípios que seriam aceitos por todos os envolvidos com boas razões, as condições cognitivas limitadas da posição original acabam por inviabilizar que a razão dialógica entre os cidadãos representantes corresponda à razão dialógica verificada entre os cidadãos representados, a partir da perspectiva real das suas capacidades morais.

O que Rawls pretende é transferir o imperativo categórico kantiano a um procedimento aplicado intersubjetivamente por vários participantes que, em condições de igualdade e sob o véu da ignorância, fixam os princípios e os bens fundamentais para uma sociedade bem ordenada. Para Habermas, contudo, os ganhos de uma racionalidade intersubjetiva nesses moldes são dissipados pela privação sistemática de informações.<sup>377</sup>

---

<sup>375</sup> HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Trad. George Sperber; Paulo Astor Soethe. São Paulo : Edições Loyola, 2002. p. 65.

<sup>376</sup> Ibidem, p. 64-65.

<sup>377</sup> Ibidem, p. 70.

Isso porque os cidadãos na posição original, marcados pela insciência, somente podem avaliar o interesse uniforme dos demais se tomarem como pressuposto uma consciência transcendental, ou seja, uma compreensão de mundo universalmente válida, o que se contrapõe ao moderno pluralismo. A limitação de informação impede a multiplicidade de perspectivas particulares que são fundamentais para uma razão dialógica. Em contrapartida, a ética do discurso concebe os distintos pontos de vista morais como inerentes a um procedimento de argumentação intersubjetivo que exorta os participantes a abandonarem a sua própria perspectiva de interpretação.<sup>378</sup>

É por isso que, na teoria do discurso, o princípio da universalização compreende um procedimento em que os participantes são considerados livres e iguais e, sob pressupostos comunicacionais de um discurso não coativo, esforçam-se para compreender os demais e as suas perspectivas de mundo, de modo a alcançarem uma perspectiva comum a todos, que servirá de base para a validação normativa.

Outra questão relevante é que, segundo Rawls, sua teoria da justiça submete-se a dois planos: o de formação do consenso sobreposto na posição original e o da submissão desse consenso à discussão pública dos cidadãos, por meio do uso da razão pública, para garantir a sua compatibilidade com o pluralismo de visões de mundo e, conseqüentemente, estabilidade política e social.

No entender de Habermas, a submissão do consenso sobreposto à crítica dos cidadãos torna absolutamente sem sentido o primeiro plano da teoria, uma vez que a finalidade do consenso sobreposto está na suposição de aceitabilidade racional dos princípios de justiça que são estruturantes da sociedade bem ordenada e que conferem legitimidade à teoria da justiça.<sup>379</sup>

Desse modo, se a ideia de razão pública para Rawls for entendida sob a perspectiva comum em que os cidadãos reciprocamente se convencem, mediante uma prática argumentativa, da justiça ou injustiça do consenso sobreposto, a racionalidade a que se refere o autor pode ser compreendida como a exigência de uma aceitabilidade racional ou de uma validação normativa compatível com o consenso discursivo.

---

<sup>378</sup> Ibidem, p. 71.

<sup>379</sup> Ibidem, p. 76.

Ocorre que, na visão do próprio Habermas, Rawls não se refere à racionalidade como pretensão de validade normativa, mas sim como pretensão de verdade de concepções de mundo.<sup>380</sup> Assim, para Rawls, as doutrinas abrangentes e razoáveis, de natureza metafísica ou religiosa, podem ser verdadeiras ou falsas à luz de uma doutrina mais abrangente de natureza política. O autor refere-se a uma concepção política de justiça tida como verdadeira.

Nesse momento, retoma-se a discussão acerca da relação entre o justo e o bom. As questões de justiça não são verdadeiras ou falsas. Ao contrário, são acessíveis a decisões fundamentadas, racionalmente aceitas, porque correspondem equanimemente ao interesse de todos. Portanto, questões éticas não admitem um julgamento do que seja verdadeiro ou falso para todas as pessoas morais.<sup>381</sup>

Sendo assim, não se pode falar da verdade de uma concepção política de justiça, muito menos avaliar a verdade ou a falsidade de doutrinas abrangentes e razoáveis a partir da pressuposição de verdade daquela concepção. As imagens de mundo metafísicas ou religiosas contêm em si respostas a perguntas éticas, porque nelas se articulam identidades e esboços de vida, ou seja, porque interpretam o mundo da maneira que entendem ser a melhor.<sup>382</sup> Significa que cada doutrina abrangente contém em si uma visão de mundo que representa o seu particular conceito do que é bom.

É justamente por isso que a primazia do justo sobre o bom não é compatível com a ideia fundamental da teoria de Rawls de que uma concepção política de justiça, de viés liberal, seja a melhor ou a verdadeira e, portanto, inquestionável.

A crítica de Cattoni ao pensamento de Rawls é semelhante. Segundo ele, o modelo liberal Rawlsoniano afasta-se de uma concepção mercadológica para construir uma concepção política e liberal de justiça sustentada na relação entre liberdade e igualdade. Sua teoria da justiça apoia-se num consenso por sobreposição acerca de princípios de justiça e da garantia de certos direitos, liberdades e oportunidades fundamentais, o qual deve ser compatível com o fato do pluralismo razoável de visões de mundo e formas de vida.<sup>383</sup>

---

<sup>380</sup> Ibidem, p. 81.

<sup>381</sup> Ibidem, p. 81.

<sup>382</sup> Ibidem, p. 81.

<sup>383</sup> CATTONI, Marcelo. **Devido Processo Legislativo**. 2ª ed. Belo Horizonte : Mandamentos, 2006. P. 101-102.

Entretanto, Cattoni afirma que a racionalidade desse consenso não se afasta de um acentuado caráter monológico, uma vez que a garantia da razoabilidade nos processos de justificação e aplicação dos princípios de justiça acordados resulta de restrições formais e materiais da racionalidade atribuída aos representantes na posição original e, posteriormente, aos cidadãos no debate político.<sup>384</sup>

Isso porque, embora a posição original seja um mecanismo de representação que visa a assegurar imparcialidade, o raciocínio prático dos atores torna-se solitário e limitado quanto aos temas, especialmente porque as questões constitucionais essenciais são identificadas à luz do que Rawls define previamente como a doutrina do liberalismo político. E igual restrição verifica-se em relação ao debate na esfera pública.

Também nesse sentido, Gargarella ressalta que a teoria de Rawls recebe críticas por restringir a discussão pública às questões constitucionais essenciais ou às questões básicas de justiça. Especialmente para os defensores de uma democracia deliberativa, o âmbito de discussão pública não pode ficar restrito a questões tão específicas.<sup>385</sup>

Ademais, nos debates políticos, os cidadãos são impedidos de recorrer a razões que são próprias a suas visões particulares de mundo (moral, filosófica ou religiosa). Assim, a esfera pública em Rawls limita-se aos argumentos que podem ser aceitos como razoáveis por todos, à luz de uma concepção política de justiça e dos valores políticos em que se fundamenta o consenso sobreposto. Significa que o debate público dos cidadãos está adstrito a uma concepção definida *a priori*, o que os impede de discutir argumentativamente os aspectos fundamentais em face dos quais se assenta esse consenso.<sup>386</sup>

Outra crítica de Gargarella diz respeito à preocupação de Rawls com a estabilidade da sua concepção política de justiça, que aparece claramente na obra *Liberalismo Político*. Considerando as desigualdades de qualquer sociedade real em que fosse aplicada a teoria da justiça como equidade, a pretensão de estabilidade política acabaria por desfazer os seus conteúdos mais igualitários. Assim, Rawls acaba por sacrificar o segundo princípio da teoria da justiça – o princípio igualitário da diferença – em prol de uma concepção liberal de justiça que seja passível de estabilidade social.

---

<sup>384</sup> Ibidem, p. 102.

<sup>385</sup> GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**: um breve manual de filosofia política. Trad. Alonso Reis Freire. São Paulo : Martins Fontes, 2008. p. 242.

<sup>386</sup> Ibidem, p. 242.

Sob essa perspectiva, a concepção política de justiça defendida por Rawls em sua última obra privilegia os direitos de liberdade em detrimento da igualdade, contribuindo para a formação de uma identidade coletiva com um sentido fraco de alteridade, de reconhecimento e de inclusão. Em contrapartida, a teoria do discurso coaduna-se com a formação de uma identidade coletiva inclusiva e em constante processo de crítica e aperfeiçoamento pela contribuição das gerações presentes e futuras.

### **4.3 Democracia radical e o consenso conflitivo na perspectiva de Chantal Mouffe**

Chantal Mouffe defende um conceito de democracia radical e plural, em contrapartida a uma democracia racionalista, universalista e individualista. Para a autora, é preciso reconhecer as especificidades do político, a sua dimensão de conflito/decisão e a impossibilidade de se acabar com o antagonismo na vida social para, num segundo momento, conceber e manter uma ordem democrática pluralista.<sup>387</sup>

Nesse sentido, as ilusões do consenso e da unanimidade, assim como os apelos ao antipolítico, devem ser consideradas fatais à democracia. Para ela, o problema não está apenas na busca de consenso e fidelidade a valores sociais, mas em travar a dinâmica combativa da sociedade por um aparente consenso que, normalmente, mascara uma apatia inquietante.<sup>388</sup>

Partindo da crítica à democracia liberal feita por Carl Schmitt, Mouffe ressalta o papel central da relação amigo/inimigo na política, uma vez que esta se relaciona à existência de uma hostilidade constante entre os seres humanos. Considerando que toda a identidade é relacional e que o reconhecimento de uma identidade significa a afirmação de uma diferença,

---

<sup>387</sup> MOUFFE, Chantal. **O regresso do político**. Trad. Ana Cecília Simões. Lisboa : Gradiva, 1996. p. 15.

<sup>388</sup> Ibidem, p. 16-17.



de um *outro* como elemento constitutivo externo, tem-se como inegável que cada identidade é (em si) constitutiva de antagonismos.<sup>389</sup>

Schmitt afirma que o político somente pode ser definido por categorias especificamente políticas e não a partir de categorias morais, estéticas ou econômicas. Para ele, a diferenciação especificamente política, relacionada a ações e motivos políticos, é a diferenciação contida na antítese amigo/inimigo, a qual caracteriza um grau extremo de união ou desunião, de associação ou dissociação. O inimigo é o *outro*, é o desconhecido e o diferente que, em casos extremos, torna-se um fundamento potencial de conflito na medida em que se revela a negação de certo tipo de existência.<sup>390</sup>

Considerando essa questão da identidade no domínio coletivo, a delimitação de um grupo (*nós*) implica a exclusão de outro diferente (*eles*) e, em política, essa relação pode assumir as características de uma relação amigo/inimigo no momento em que um grupo passa a enxergar o outro como ameaçando a sua própria identidade. Quando a diferença passa a ser compreendida como negação da identidade, surge o antagonismo político.

No contexto de uma comunidade política, Mouffe considera que o opositor não seja considerado um inimigo a destruir, mas um adversário cuja existência é legítima e cujo espaço deve ser tolerado por todos. A luta deve remanescer no plano das ideias, mas deve ser sempre assegurado a todos o direito de defendê-las.<sup>391</sup>

Segundo a autora, a perda da combatividade da política nas democracias liberais é o resultado da restrição da dimensão política ao domínio da legalidade, circunstância que apenas reforça os processos de exclusão e o apoio dos marginalizados a grupos fundamentalistas ou a formas de democracia populistas ou antiliberais.<sup>392</sup>

Com o propósito de alcançar um processo verdadeiramente democrático, em que esteja presente um choque de posições políticas e um conflito aberto de interesses, Mouffe propõe a adoção de um conceito de *democracia radical e plural*, centrada na noção de *cidadania democrática radical*.

<sup>389</sup> Ibidem, p. 13. Ver também: MOUFFE, Chantal. **La paradoja democrática**. Trad. Tomás Fernandez Aúz e Beatriz Eguibar. Barcelona : Editora Gedisa, 2000. p. 51-61.

<sup>390</sup> SCHMITT, Carl. **O conceito do político**: teoria do *partisan*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte : Del Rey, 2009. p. 27-28.

<sup>391</sup> MOUFFE, Chantal. **O regresso do político**. Trad. Ana Cecília Simões. Lisboa : Gradiva, 1996. p. 15.

<sup>392</sup> Ibidem, p. 17.

Em seu entender, essa cidadania não se confunde com a concepção neutra de cidadania, de matriz iluminista e liberal, porque reconhece que as ideias de racionalidade, universalidade e individualidade são comprometidas com relações de poder. Tampouco é compatível com a concepção comunitarista de cidadania, na qual a sociedade compartilha uma visão de bem comum, refutando o pluralismo.

Considerando que a democracia liberal pretende conciliar uma tensão permanente e indissolúvel entre liberdade e igualdade, a cidadania democrática radical tem em seu cerne a ideia de antagonismo, de um espaço em que coexistem concepções divergentes da própria identidade de cidadãos.<sup>393</sup>

Nesse sentido, a democracia plural e radical nega a possibilidade de resolução de conflitos mediante consensos discursivos, permeados por uma comunicação livre e ilimitada, porque, ao contrário de viabilizar o projeto democrático, esses procedimentos deliberativos colocam-no em risco. Para Mouffe, a democracia pluralista contém um paradoxo, já que o momento de sua realização seria também o da sua desintegração. Significa que tal democracia é sempre uma *democracia futura, uma vez que o conflito e o antagonismo são simultaneamente condição de possibilidade e condição de impossibilidade de sua total realização*.<sup>394</sup>

Conforme sua visão, a característica fundamental da modernidade é, indubitavelmente, o advento da revolução democrática, por meio da qual o poder transforma-se num lugar vazio. O poder, a lei e o conhecimento experimentam uma total indeterminação. A democracia é a própria dissolução dos sinalizadores de certeza.<sup>395</sup>

Nesse sentido, o poder que antes estava encarnado no príncipe e vinculado a uma autoridade transcendente (deus e natureza) precisa de uma nova fonte de legitimação, que os teóricos do iluminismo pretenderam encontrar no homem e na razão, por meio dos direitos de liberdade e igualdade (autodeterminação e autogoverno).

Entretanto, Mouffe afirma que a crise experimentada pela modernidade ou, em outras palavras, o sentido filosófico da pós-modernidade significa justamente o

---

<sup>393</sup> Ibidem, p. 18.

<sup>394</sup> Ibidem, p. 19.

<sup>395</sup> Ibidem, p. 24.

reconhecimento da impossibilidade de qualquer fundamento último ou legitimação final, aspecto que caracterizou, desde o início, a natureza constitutiva da democracia.<sup>396</sup>

É por isso que, para a autora, a reformulação do projeto democrático implica abandonar a ideia universalista do iluminismo e reconhecer a diversidade da natureza humana e as diversas lutas travadas na sociedade, as quais não mantêm entre si qualquer unidade. Ao contrário, são lutas particulares e específicas, incompatíveis com a lógica da neutralidade contida no discurso universalista.

Compreender essas relações sociais antagônicas é fundamental para o desenvolvimento do que Mouffe denomina de *teoria do sujeito como um agente descentrado*, e não total, um sujeito constituído do ponto de intersecção entre múltiplas posições subjetivas, sem prioridade ou relação necessária, e que resulta de práticas hegemônicas.<sup>397</sup>

Significa que nenhuma identidade é definitivamente estabelecida, senão precária e constantemente aberta a novas possibilidades. Significa, também, que nunca é possível atingir um equilíbrio entre os sujeitos em conflito, porque as negociações são temporárias e instáveis. Sob essa perspectiva, não há como se alcançar um consenso racional sem exclusão,<sup>398</sup> uma vez que toda decisão representa a hegemonia (momentânea) de um dos interesses em contrapostos.

Mouffe refuta, assim, o pressuposto racional básico da democracia deliberativa de que as decisões políticas obtidas por meio de processos públicos de deliberação representam um ponto de vista imparcial que satisfaça por igual o interesse de todos os cidadãos. Isso porque somente em condições ideais é possível alcançar um consenso racional que seja o produto de uma deliberação imparcial, igualitária, aberta, sem coerção e unânime.

Na prática, especialmente em face da natureza conflitiva da política, para a autora não há como se produzir consenso sem relações de inclusão/exclusão. Numa sociedade liberal democrática, o consenso é (e sempre será) a expressão de uma hegemonia e a cristalização de relações de poder e a sua legitimidade é de natureza política e, como tal, discutível. Ao contrário de uma decisão ditada pela racionalidade ou pela moralidade, para a autora é preciso

---

<sup>396</sup> Ibidem, p. 25.

<sup>397</sup> Ibidem, p. 26.

<sup>398</sup> MOUFFE, Chantal. **La paradoja democrática**. Trad. Tomás Fernandez Aúz e Beatriz Eguibar. Barcelona : Editora Gedisa, 2000. p. 61.

reconhecer que há um momento de fechamento, uma articulação contingente e temporária do poder hegemônico do povo mediante um regime de inclusão/exclusão, sob pena de se desnaturalizar a identidade do povo ao reduzi-la a uma de suas muitas formas de identidade possíveis.<sup>399</sup>

Nesse sentido, as pretensões de formação de consenso acabariam por eliminar o pluralismo da esfera pública. Segundo Mouffe, Rawls relega o pluralismo para a esfera privada e Habermas elimina o pluralismo da esfera pública mediante procedimentos de argumentação voltados ao entendimento.

Tendo em vista que as democracias modernas são marcadas pela aceitação do pluralismo,<sup>400</sup> entendido como o fim de uma concepção substantiva e universal de vida boa, a autora afirma que essa compreensão de pluralismo está ausente na teoria política de John Rawls, já que este se propõe a definir um núcleo moral que especifique os termos em que as pessoas com diferentes concepções do bem possam viver de modo estável e pacífico em associação política.

Para Rawls, as divergências dos cidadãos sobre doutrinas religiosas, filosóficas e morais podem ser equacionadas pela diferenciação entre pluralismo simples e pluralismo razoável. O pluralismo simples seria um mero reconhecimento empírico das diferentes concepções do bem. O pluralismo razoável, de outro lado, pressupõe que a pluralidade de doutrinas incompatíveis, embora razoáveis, é o resultado do exercício da razão humana sob o marco de um regime democrático. E é justamente essa racionalidade que permite aos cidadãos apoiarem uma concepção razoável de justiça, a despeito das divergências doutrinárias em outras questões.<sup>401</sup>

Para Mouffe, não se trata apenas de constatar as diferenças no plano empírico, mas igualmente no plano simbólico, porque o aspecto central do pluralismo é a legitimação do conflito e da divisão. A distinção entre pluralismo simples e pluralismo razoável pretende assegurar um consenso moral sobre a justiça (a partir da concepção política de justiça como

---

<sup>399</sup> Ibidem, p. 64.

<sup>400</sup> Segundo Carl Schmitt, o pluralismo designa uma maioria de complexos sociais de poder, organizados e que se estendem por diversas áreas da vida estatal, tornando-se não apenas um produto exclusivamente social (não-estatal). O pluralismo representa o poder de várias grandezas sociais sobre o poder estatal. In: SCHMITT, Carl. **O guardião da constituição**. Trad. de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte : Del Rey, 2007. p. 105-106.

<sup>401</sup> MOUFFE, Chantal. **La paradoja democrática**. Trad. de Tomás Fernandez Aúz e Beatriz Eguibar. Barcelona : Editora Gedisa, 2000. p. 41.

equidade) e evitar que se estabeleçam compromissos em torno de concepções não razoáveis de bem. Significa, em outros termos, a imposição de certos princípios básicos de moralidade política (do liberalismo) para a esfera pública, com a exclusão de quaisquer outros princípios morais, relegando as divergências religiosas, morais e filosóficas à esfera privada dos cidadãos.

Nesse sentido, a teoria de Rawls afasta o pluralismo no tocante aos princípios da associação política, excluindo, porque não razoáveis, as concepções que rechaçam os princípios do liberalismo político. O consenso quanto aos princípios básicos de justiça revela uma opção política e não um requisito moral. Afirmar que os antiliberais não são razoáveis é uma forma de excluí-los, como atores, do processo político democrático.

É por isso que Mouffe parte do pressuposto de que a unidade do povo é uma construção política e não um dado empírico. As diversas identidades do povo estão em constante articulação e não se restringem ao momento constituinte, razão pela qual a identidade do povo momentaneamente no poder deve ser compreendida com o resultado de um processo político de articulação hegemônica.<sup>402</sup>

Assim, o pluralismo exerce um papel fundamental na democracia, porque mantém acesos o debate político e o princípio fundamental da soberania do povo, preservando a luta entre adversários que compartilham princípios liberais democráticos, mas defendem interpretações distintas a respeito da liberdade e da igualdade. A democracia liberal é precisamente o reconhecimento dessa distância inerente entre o povo e suas diversas identidades.

Desse modo, e tomando como base a teoria contextualista,<sup>403</sup> Mouffe enfatiza o caráter particular, pluralista e contraditório do político, negando as possibilidades de juízos universais independentes do contexto. Afirmar que a democracia não exige uma teoria da verdade ou uma noção de validade incondicional e universal, mas sim práticas e iniciativas

---

<sup>402</sup> Ibidem, p. 70-71.

<sup>403</sup> Segundo Mouffe, a teoria contextualista defendida por Wittgenstein, Michael Walzer e Richard Rorty, entre outros, opõe-se à teoria universalista-racionalista, atualmente dominante na teoria política. In: **La paradoja democrática**. Trad. de Tomás Fernández Aúz e Beatriz Eguibar. Barcelona : Editora Gedisa, 2000. p. 78.

pragmáticas orientadas a persuadir os cidadãos a ampliarem sua gama de compromissos, de modo construir uma comunidade mais inclusiva.<sup>404</sup>

Para tanto, a autora defende a criação de novas posições de sujeito que permitirão a articulação comum de lutas distintas, a formação de um *sensu comum* que permita a articulação dos interesses divergentes dos grupos segundo o *princípio da equivalência democrática*. Propõe, de um lado, um conceito de direitos democráticos que, embora na titularidade do indivíduo, somente possam ser exercidos coletivamente e pressuponham a existência de direitos iguais a todos. De outro lado, propõe uma ideia de liberdade que transcenda o falso dilema entre liberdade dos antigos e dos modernos e permita pensar conjuntamente as liberdades individuais e as liberdades políticas.<sup>405</sup>

Desse modo, desvinculando-se do viés liberal individualista e do viés comunitário de valores morais compartilhados, Mouffe reaproxima-se do republicanismo cívico de Maquiavel para defender uma cidadania baseada em ideais de participação política e virtude cívica, mas que também reconhece a necessidade de certo grau de liberdade pessoal para que os indivíduos persigam os seus próprios fins.<sup>406</sup>

Para ela, essa concepção de liberdade de Maquiavel é ponto de partida fundamental para o desenvolvimento de uma filosofia política da democracia radical. Isso porque cada vez mais se proliferam espaços políticos novos e diferentes, sendo descabida a percepção liberal ou comunitária de um único espaço de constituição do político. Tanto a ideia liberal do *ser unitário livre*, quanto a ideia comunitária do *ser unitário situado* são insatisfatórias, porque não se desvinculam do sujeito unitário.<sup>407</sup>

Defende, portanto, que é preciso reconhecer a existência de sujeitos múltiplos e contraditórios, inseridos em diversas comunidades e que articulam discursos variados. Nesse sentido, o *sensu comum* da cidadania deve ser compatível com o pluralismo inerente ao político e não deve ser confundido com a busca de um consenso plenamente inclusivo, conforme defendido por Habermas.

---

<sup>404</sup> MOUFFE, Chantal. **La paradoja democrática**. Trad. de Tomás Fernandez Aúz e Beatriz Eguibar. Barcelona : Editora Gedisa, 2000. p. 80.

<sup>405</sup> MOUFFE, Chantal. **O regresso do político**. Trad. Ana Cecília Simões. Lisboa : Gradiva, 1996. p. 33-34.

<sup>406</sup> Ibidem, p. 35.

<sup>407</sup> Ibidem, p. 36.

O pluralismo da democracia radical é intitulado por Mouffe como um *pluralismo agonista*. Seguindo uma perspectiva de Wittgenstein, trata-se de uma forma de valorizar a diversidade e de refutar qualquer intento de reduzi-la a um modelo uniforme de cidadania. A pluralidade implica o reconhecimento de variadas formas de ser um cidadão democrático, bem como de variadas formas de observância das leis (e não uma única forma correta e racional de observância da lei), ainda que isso acarrete conflitos, porque seria um erro imaginar que todas essas diferentes concepções pudessem coexistir sem colisão.<sup>408</sup>

Desse modo, o aspecto central desse modelo de política democrática é reconhecer a dimensão de antagonismo que implica o pluralismo de valores numa sociedade e a impossibilidade de erradicá-lo. É aceitar que a legitimidade resulta de uma forma momentaneamente exitosa de poder e não de deliberações de uma sociedade racional, harmônica e transparente.

O modelo de democracia defendido por Mouffe pressupõe uma distinção entre *o político* e *a política*. O primeiro refere-se às dimensões de antagonismo inerentes às relações humanas. A segunda refere-se ao conjunto de práticas, discursos e instituições que trata de ordenar e organizar a coexistência humana em condições potencialmente conflitivas, porque afetadas pela dimensão de *o político*. Nesse sentido, *a política* destina-se a domesticar a hostilidade e a atenuar o antagonismo potencial existente nas relações humanas, sem eliminá-lo, já que isso implicaria a extinção de *o político*. A política busca criar uma unidade num contexto de conflito e diversidade, ou seja, busca criar um *nós* mediante a determinação de um *eles*, uma forma de discriminação que seja compatível com a democracia.<sup>409</sup>

Para o *pluralismo agonístico*, a política democrática pretende construir um *eles* que deixe de ser percebido como um inimigo, mas sim como um adversário, cujas ideias contrapostas lhe é assegurado o direito de defendê-las. A categoria de adversário não elimina o antagonismo. Entretanto, o adversário é um inimigo considerado legítimo e com quem compartilhamos princípios ético-políticos comuns da democracia liberal, ou seja, a liberdade e a igualdade, ainda que estejamos em desacordo acerca do significado e da forma de concretização desses princípios, o que não pode ser solucionado por um debate racional.<sup>410</sup>

---

<sup>408</sup> MOUFFE, Chantal. **La paradoja democrática**. Trad. de Tomás Fernandez Aúz e Beatriz Eguibar. Barcelona : Editora Gedisa, 2000. p. 87-88.

<sup>409</sup> Ibidem, p. 114.

<sup>410</sup> Ibidem, p. 115.

Sob esse prisma, os compromissos políticos são um alívio temporário numa confrontação que não cessa, justamente porque o papel da política democrática é criar mecanismos de vazão dos antagonismos, transformando inimigos em adversário. A política não pretende eliminar as paixões e as diferenças da esfera pública para se alcançar o consenso racional, senão mobilizar essas discordâncias para os objetivos democráticos.

Não obstante, Mouffe reconhece que uma democracia pluralista demanda uma certa medida de consenso e de lealdade quanto aos valores que constituem os princípios ético-políticos da sociedade. Mas considerando que tais princípios somente existem mediante um grande número de interpretações diferentes e conflitivas, o consenso obtido no âmbito da política será forçosamente um *consenso conflitivo*, no qual as diversas concepções de cidadania – que correspondem às diferentes concepções de bem comum – tratam de pôr em prática uma forma diferente de hegemonia.<sup>411</sup>

Nesse sentido, a ideia de um consenso racional na esfera pública, voltado para o entendimento, afasta a confrontação e conduz à apatia e ao distanciamento em relação à participação política. Para a autora, o consenso racional da democracia deliberativa nega o caráter inconciliável e erradicável do antagonismo, que é constitutivo mesmo do político. Ademais, canaliza as paixões coletivas para questões que não podem ser resolvidas mediante um processo democrático.

Segundo Mouffe, é essencial que o processo legislativo, mediado pelo direito, não encerre o processo político.

A teoria da democracia radical defendida pela autora, sustentada no pluralismo agonístico e no consenso conflitivo, é compatível com os pressupostos teóricos deste trabalho, na medida em que atribui ao sistema político e ao pluralismo um papel fundamental no Estado Democrático de Direito, em contraposição à tendência atual de absorção, pelo sistema do direito, de todas as formas de manifestação do social.

Entretanto, Mouffe refuta qualquer possibilidade se vincular o exercício do princípio da soberania popular a procedimentos racionais, voltados ao entendimento. Diferentemente da ideia de devido processo legislativo construída no capítulo anterior, por meio do qual os cidadãos autônomos participam da construção da ordem jurídica e investem a

---

<sup>411</sup> Ibidem, p. 116.



legislação de uma racionalidade emancipatória e libertadora, para a autora o exercício do poder político (inclusive o soberano) constitui sempre manifestação de uma forma temporária de hegemonia e, portanto, de exclusão.

#### **4.4 Alteridade e diferença: as possibilidades de um consenso discursivo em sociedades multiculturais**

Tendo em vista a incompatibilidade do consenso sobreposto e do consenso conflitivo com os pressupostos teóricos deste trabalho, especialmente com as categorias teóricas do princípio pós-metafísico da soberania popular, do devido processo legislativo e do caráter emancipatório da legislação, busca-se analisar, alternativamente, a possibilidade de formação de consensos discursivos em sociedades pluralistas e complexas, em que crescentes os contrastes multiculturais.

A partir das críticas de Mouffe, é preciso avaliar se o universalismo liberal tem o sentido de um princípio moral que iguala artificialmente os diferentes, perpetuando situações de dominação, ou se é possível defender o conteúdo de uma moral racional baseada no igual respeito a todos e na responsabilidade geral de cada um pelo outro. Em outras palavras, se é possível, por meio da teoria do discurso, alcançar-se um universalismo no âmbito da moral e do direito dotado de uma sensibilidade para as diferenças, pautado pela solidariedade e pelo reconhecimento e inclusão do outro.

Com a passagem para as sociedades de cosmovisão pluralistas, os mandamentos morais não mais podem ser justificados publicamente segundo um ponto de vista divino transcendente. Assim, a força obrigatória das normas e dos valores em geral passa a ser fundamentada na liberdade subjetiva e na razão prática do homem abandonado por Deus.<sup>412</sup>

---

<sup>412</sup> HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Trad. George Sperber; Paulo Astor Soethe. São Paulo : Edições Loyola, 2002. p. 16.

Em substituição à ideia de uma autoridade superior divina, onisciente e onipotente, absolutamente justa e bondosa, a sociedade moderna deve encontrar um fundamento público de validação das normas morais que possa ser compartilhado por todos e para todos.

É nesse processo que a racionalidade moral, baseada na objetividade da natureza ou da história da salvação, transfere-se para a subjetividade de sujeitos atuantes e julgadores. O conteúdo cognitivo da moral reconstrói-se a partir da *vontade* e da *razão* dos indivíduos. Essa razão, segundo o empirismo, é uma razão instrumental, porque o homem age de certa forma para alcançar um resultado que é por ele esperado. E para Kant, além dos motivos racionais (*razão instrumental*), a liberdade do indivíduo implica uma autovinculação da vontade motivada pelo discernimento, ou seja, um livre-arbítrio. O ator age racionalmente quando o faz a partir de razões e quando sabe por que está observando uma máxima.<sup>413</sup>

Sob esse prisma, o contratualismo tem a sua origem no direito privado, no qual o direito subjetivo das partes é assegurado simetricamente e destina-se a atender aos interesses/fins das partes envolvidas. O contrato social está relacionado à ideia de que qualquer aspirante precisa ter um motivo racional para aderir de forma livre e espontânea, submetendo-se às normas e aos procedimentos. A ordem moral ou jurídica decorrente de tal acordo mútuo resulta da satisfação uniforme dos interesses dos participantes. O conteúdo cognitivo que faz com a ordem seja moral ou justa repousa na aquiescência agregada de todos e de cada um dos participantes e, mais especificamente, na avaliação individual de satisfação de interesses próprios.<sup>414</sup>

É por isso que, segundo Habermas, o contratualismo abandona desde o início o aspecto da *solidariedade*, uma vez que a sua fundamentação normativa vincula-se aos interesses dos indivíduos, isoladamente considerados, deslocando o aspecto central da consciência moral dos deveres para os direitos e dificultando a formação de uma moral universalista. Isso porque uma interação regrada pressupõe pessoas que assumem obrigações reciprocamente. Uma associação de titulares de direitos deve ser formada por pessoas que devem cooperar e, conseqüentemente, devem estar dispostas a dar uma contrapartida.

---

<sup>413</sup> Ibidem, p. 22-23.

<sup>414</sup> Ibidem, p. 25.

Desse modo, diferentemente do mundo objetivo, *no mundo social a razão transforma-se de instrumental em comunicativa*, porque as pessoas não agem exclusivamente com o propósito de alcançar fins (satisfazer preferências), mas sim com o propósito de cooperar.

Com a perda da base tradicional de validação de uma moral em comum, os indivíduos têm de refletir a respeito de quais normas morais eles devem se pôr de acordo. A esse respeito, ninguém pode reivindicar mais autoridade do que qualquer outro, porquanto os pontos de vista privilegiados de acesso à verdade estão invalidados. A superação da religião e da metafísica tem como consequência a fundamentação da moral na igual consideração de todos. Na linguagem de Habermas, é a *intersubjetividade da consciência moral* que passa a ocupar o lugar da transcendência moral kantiana.<sup>415</sup>

Desse modo, sendo as obrigações mútuas a forma que caracteriza a obrigação moral, pela exigência de universalização ou generalização das normas morais (princípio de universalização), o respeito por todos ou a solidariedade, antes forma, torna-se o próprio conteúdo da moral, com o que se alcança uma correspondência entre conteúdo e forma.

Nessas condições, todos os participantes estão em posição de igualdade para acordar a respeito das normas fundamentais que podem ser aceitas racionalmente, e não o fazem em decorrência de uma autoridade superior, mas em decorrência da boa vontade e da compreensão de todos os que buscam o entendimento para definir as regras de sua convivência, mediante procedimentos que permitem o convencimento mútuo baseado em argumentos.<sup>416</sup>

A base para a validade moral assenta-se no *entendimento cooperativo*, o qual pressupõe que todos os participantes aceitem tacitamente a condição de considerar os interesses de todos de modo igual. Significa que, quando argumentam, os participantes têm que partir do princípio de que todos os indivíduos tomam parte, enquanto livres e iguais, na busca cooperante da verdade, para a qual interessa apenas a força do melhor argumento. O procedimento discursivo revela-se uma forma exigente de formação argumentativa da vontade

---

<sup>415</sup> Ibidem, p. 35.

<sup>416</sup> Ibidem, p. 36.

que deve garantir, em função dos pressupostos gerais de comunicação, a correção (ou justiça) de todo o consenso normativo possível sob tais condições.<sup>417</sup>

Esse é o aspecto central do princípio da teoria do discurso. Somente as normas que possam obter a anuência de todos os participantes de um discurso prático podem reclamar validade. Nesse sentido, o discurso prático revela-se um processo de comunicação que, pela sua forma, ou seja, pelos pressupostos de argumentação gerais e incontornáveis, obriga os participantes a assumirem simultaneamente posições ideias num espaço público em que todos se manifestam conjuntamente, e não sob uma perspectiva particular e privada.<sup>418</sup>

Essa assunção de papéis ideais pelos participantes é, sem dúvida, uma ideia puramente reguladora, que deve ser compreendida como o dever de cada participante seriamente envolvido no processo comunicativo de considerar os interesses de todos igualmente. Por meio dessa intersubjetividade do entendimento mútuo, ultrapassam-se os limites da razão instrumental, ou prática, para abranger igualmente uma razão epistêmica (condução consciente da vida).

Habermas afirma que o discernimento kantiano, entendido como a autovinculação da vontade pelo discernimento, transforma-se na possibilidade de uma decisão baseada em razões epistêmicas, possíveis tão somente pela consciência de um mundo intersubjetivamente compartilhado. A reflexão sobre as experiências, as práticas e as formas de vida comuns tornam os participantes conscientes de um saber ético, um saber que os indivíduos comunicativamente socializados adquirem na medida em que crescem para dentro de sua cultura.<sup>419</sup>

Trata-se de um saber compartilhado no mundo vivido e que é fundamental para a formação das identidades individuais. Isso porque, quanto mais as estruturas sociais se diferenciam, mais claramente se percebe que a autodeterminação do ser particular entrelaça-se com a sua integração a múltiplos esquemas de dependência social.<sup>420</sup>

---

<sup>417</sup> HABERMAS, Jürgen. **Comentários à ética do discurso**. Trad. Gilda Lopes Encarnação. Lisboa : Instituto Piaget, 1991. p. 17.

<sup>418</sup> Ibidem, p. 62.

<sup>419</sup> HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. Trad. George Sperber; Paulo Astor Soethe. São Paulo : Edições Loyola, 2002. p. 37.

<sup>420</sup> HABERMAS, Jürgen. **Comentários à ética do discurso**. Trad. Gilda Lopes Encarnação. Lisboa : Instituto Piaget, 1991. p. 18-19.

Significa que o processo de individualização do ser compreende paulatinamente um processo de socialização e revela uma fragilidade crônica da identidade, na medida em que a busca do autoconhecimento depende da exposição constante do indivíduo a relações interpessoais construídas sobre uma base comunicativa.

Segundo Habermas, ninguém, por si só, consegue afirmar a sua identidade. Disso resulta que o ponto de vista moral é o resultado da confluência de uma deferência mútua, que compreende, num sentido, a integridade da pessoa individual, e noutro, as relações mútuas de reconhecimento. Dito de outro modo, a imparcialidade do juízo moral vincula-se à intangibilidade dos indivíduos, pela exigência de igual respeito e consideração, bem como à proteção das relações intersubjetivas de reconhecimento recíproco. São aspectos complementares que correspondem, respectivamente, aos princípios da justiça e da solidariedade. O primeiro diz respeito às liberdades subjetivas e inalienáveis dos indivíduos. O segundo diz respeito ao bem-estar das pessoas que partilham intersubjetivamente uma forma de vida.<sup>421</sup>

Nesse sentido, a teoria ou ética do discurso explica por que esses dois princípios remontam à mesma origem da moral, caracterizada pela vulnerabilidade de um indivíduo que somente se reconhece por meio da socialização.<sup>422</sup> Portanto, ao assegurar direitos individuais, a moral também é obrigada a assegurar direitos de bem-estar a todos os indivíduos que integram a comunidade.

A teoria do discurso reaproxima as tradições da liberdade e da igualdade, tidas como antagônicas na filosofia moral e na filosofia política. Ao invés de insistir na dualidade entre as éticas do dever, que se especializam no princípio da justiça, e as éticas do bem, que se especializam no princípio do bem-estar geral, Habermas resgata a relação íntima que se estabelece entre esses dois princípios morais a partir do pensamento de Hegel, segundo o qual a unidade do fenômeno moral perde-se quando se opõe um princípio ao outro.

Criticando essa cisão, Hegel contesta tanto o universalismo abstrato da justiça e sua abordagem individualista da modernidade quanto o particularismo concreto do bem-estar geral,<sup>423</sup> e Habermas parte dessa compreensão para, utilizando-se da ética do discurso,

---

<sup>421</sup> Ibidem, p. 19.

<sup>422</sup> Ibidem, p. 20.

<sup>423</sup> Ibidem, p. 20.

destranscendentalizar a racionalidade da moral kantiana sustentada no imperativo categórico (princípio da universalização).

Isso porque os procedimentos discursivos são pautados por ações comunicativas que se tornam reflexivas, de modo que os pressupostos ideais da argumentação estendem-se a todos igualmente, com vistas ao estabelecimento de uma comunicação genuína. Nesse contexto, se o processo de interação linguística inerente à socialização expõe os indivíduos a vulnerabilidades, essa mesma interação deve compensar tais fragilidades. É por isso que toda a moral parte de um mesmo ponto comum, ou seja, toda a moral constrói-se em torno de princípios que visam à igualdade de tratamento e à solidariedade.<sup>424</sup>

A ação comunicativa pauta-se também por noções fundamentais de simetria e de reciprocidade. De acordo com Habermas, a igualdade de tratamento e a solidariedade fundam-se no reconhecimento recíproco de sujeitos responsáveis, que orientam a sua ação por pretensões de validade. Entretanto, essas obrigações normativas não se ampliam para além da família, da cidade ou do Estado. No que concerne à abstrativização dos conteúdos de uma moral universalista, o autor afirma que a teoria do discurso estabelece uma forma de comunicação mais exigente e que transcende as formas concretas de vida, tornando-se mais geral e abstrata, no sentido de estabelecer uma comunicação ideal e inclusiva de todos os sujeitos dotados de capacidade de ação e linguagem.<sup>425</sup>

A pretensão de Habermas é encontrar um meio termo entre um conceito universalista e abstrato da moral, de um lado, e um conceito contextualista e relativista, de outro. A teoria do discurso defende a possibilidade de que um procedimento discursivo seja ele mesmo pautado por um conteúdo substancial que aproxime justiça e bem-estar geral, liberdade e igualdade, com o propósito de que a formação da vontade (moral ou política) assegure a participação e a consideração dos interesses de todos os envolvidos, sem, contudo, desfazer o elo que liga objetivamente todos os membros de uma sociedade.

Significa que, embora os participantes da argumentação não abandonem a sua própria perspectiva, tampouco deixam de reconhecer que se conectam com os demais por um sentimento de pertença, de reconhecimento recíproco. Isso faz com que o consenso produzido dependa da participação individual de cada um e, ao mesmo tempo, da superação de uma

---

<sup>424</sup> Ibidem, p. 20.

<sup>425</sup> Ibidem, p. 21.

perspectiva egocêntrica pela exigência de reconhecimento do outro, uma vez que não se obterá a anuência geral acerca das pretensões de validade sem empatia, ou seja, sem que os indivíduos projetem-se uns nos outros.<sup>426</sup>

Desse modo, o procedimento de formação discursiva da vontade contempla a relação que se estabelece entre a autonomia dos indivíduos e a sua inserção em formas de vida partilhadas intersubjetivamente, do que resulta que a liberdade e a dignidade pessoal somente podem ser usufruídas se houver igual respeito e reconhecimento pela liberdade e pela dignidade dos demais.

Essa questão é relevante justamente porque os conteúdos avaliados à luz de um princípio moral não são previamente definidos pela filosofia, mas sim conhecidos pela própria experiência de vida e pela prática comunicativa quotidiana. Desse modo, uma norma moral tida como controversa somente se torna obrigatória se todos os envolvidos assim decidirem consensualmente.

Para as éticas processuais, é fundamental distinguir entre estrutura e conteúdo do juízo moral. A teoria do discurso amplia o conceito deontológico de justiça para incluir aspectos estruturais do bem viver que, do ponto de vista da socialização comunicativa, não se confundem com as formas de vida particulares. Significa que o princípio moral de universalização, pelo seu caráter geral e abstrato, retira das questões práticas aquelas em face das quais é possível uma discussão racional, submetendo-as a um teste de fundamentação. Assim, as normas presumivelmente justas, oriundas de um consenso discursivo, são separadas das afirmações valorativas sobre preferências no âmbito da tradição cultural, ou seja, sobre questões de bem viver.<sup>427</sup>

O cerne está na possibilidade de definir conceitos de justiça universal independentemente da visão contextualizada e particular de bem viver. Em outras palavras, se as questões morais racionalmente passíveis de uma decisão (ou escolha) que obrigue a todos podem ser compreendidas como questão de justiça, excluindo-se questões morais que digam respeito a formas de vida pessoais e coletivas.

Para Habermas, a teoria do discurso permite reaproximar essas categorias, mas não ignora a necessidade de preponderância do justo sobre o bom.

---

<sup>426</sup> Ibidem, p. 22.

<sup>427</sup> Ibidem, p. 22 e 24.

Para o autor, as possibilidades de uma moral universalista devem ser analisadas tendo em vista a pluralidade das condições de vida e dos interesses existentes numa sociedade. Quanto mais as orientações axiológicas se diferenciam, mais gerais e abstratas devem ser as normas moralmente justificadas que regulam a ação dos indivíduos.<sup>428</sup>

Desse modo, o pluralismo e a complexidade das sociedades modernas não se apresentam como um impeditivo para a formação de consensos discursivos. Não obstante, a teoria do discurso reconhece que a moral universalista deve se assentar em *formas de vida correspondentes*. Significa que a ética do discurso projeta uma harmonia entre a moral universalista e as instituições políticas e sociais, nas quais já estão incorporadas concepções jurídicas e morais pós-convencionais.<sup>429</sup>

E não poderia ser diferente, uma vez que a perspectiva do indivíduo em relação a suas preferências e metas não é puramente egocêntrica, mas se encontra imiscuída numa história de vida permeada por tradições e formas de vida intersubjetivamente partilhadas.<sup>430</sup> Nesse sentido, a interioridade do ser não se restringe ao mundo subjetivo, de acesso privilegiado, mas é também influenciada pelo mundo intersubjetivo, num processo hermenêutico que torna as opções individuais sempre passíveis de crítica e discussão.

Sob o prisma da teoria do discurso, os indivíduos são seres que se autocompreendem a partir do modo como compreendem a vida socialmente compartilhada. São seres capazes de um *discernimento* que vincula a vontade em direção a uma condução *consciente* e crítica da vida. A liberdade da vontade, do ponto de vista ético, é a liberdade que cada um tem de se decidir por uma vida autêntica.<sup>431</sup>

Disso resulta que os consensos discursivos são também influenciados, num certo sentido, pelo aprendizado histórico dado pela tradição, embora não estejam por ela aprisionados. Na medida em que a teoria do discurso privilegia um procedimento para a formação da vontade moral ou política, são os próprios participantes que devem decidir, por si próprios, quais as soluções legítimas para os problemas de filosofia moral ou política existentes.

---

<sup>428</sup> Ibidem, p. 25.

<sup>429</sup> Ibidem, p. 27.

<sup>430</sup> HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Trad. George Sperber; Paulo Astor Soethe. São Paulo : Edições Loyola, 2002. P. 38-39.

<sup>431</sup> Ibidem, p. 39.



A primazia da justiça sobre o bom permite a formação de consensos discursivos acerca de uma moral universalista compatível com as diversas concepções de bem coexistentes e conflitantes numa sociedade pluralista. Essa é a razão pela qual a ética do discurso reforça o caráter deontológico da justiça já existente no pensamento de Kant. Tendo em vista a impossibilidade de que a igualdade de direitos seja fundamentada em concepções de bem viver dissonantes, a primazia do justo em face do bom viabiliza um consenso em torno de uma concepção neutra de justiça, pautada pela igual consideração e respeito de todos os envolvidos.

A relação entre o justo e o bom é extremamente complexa. Segundo afirma Habermas, uma concepção acabada do ponto de vista do conteúdo acarreta um paternalismo insuportável, especialmente em face da felicidade das gerações futuras. De outro lado, uma concepção totalmente isenta de substância e distanciada de todos os contextos locais acaba por destruir o conceito de bem.<sup>432</sup>

Para o autor, a presunção de imparcialidade dos julgamentos morais e a pretensão de validade das normas morais dependem da separação de duas perspectivas da filosofia moral: a vertical, que diz respeito aos projetos individuais de vida, e a horizontal, que diz respeito ao regramento das relações interpessoais. Essa cisão torna independente o questionamento genuinamente moral (de justiça), em face do qual é possível a discussão e o consenso racionais. Em outras palavras, o questionamento abstrato sobre o que é do interesse uniforme de todos ultrapassa o questionamento contextualizado sobre o que é melhor para nós.<sup>433</sup>

Entretanto, no pensamento de Habermas, esse conceito de justiça não implica desconsiderar totalmente o que é bom. Na medida em que o princípio moral universal exige a igual consideração pelo interesse de todos e o respeito às divergências, estabelece-se uma ponte entre a justiça e a solidariedade e, conseqüentemente, uma obrigação para que as pessoas se responsabilizem uma pelas outras, inclusive quando estranhas.

É nesse aspecto que repousa o equilíbrio entre uma ética universalista e uma ética particularista. Para a ética do discurso, a liberdade individual, enquanto condução consciente da vida, também compreende a responsabilidade pelo outro, que, assim como eu, pertence à

---

<sup>432</sup> Ibidem, p. 41.

<sup>433</sup> Ibidem, p. 41.

comunidade moral na qual estamos socializados e na qual gozamos de reconhecimento recíproco.

Em tal comunidade, os indivíduos esperam uns dos outros uma igualdade de tratamento em decorrência de uma concepção de justiça que exige considerar cada pessoa como pertencente. O bom que se subsume no justo é a forma de um *ethos* intersubjetivo compartilhado, de modo que a comunidade torna-se uma estrutura que não exclui ninguém, a despeito das diferenças. Sob tal perspectiva, Habermas afirma que justiça significa simultaneamente solidariedade.<sup>434</sup>

Essa íntima relação entre justiça e solidariedade está presente no pensamento de Kant quando trata do modelo de autolegislação, segundo o qual cada indivíduo deve agir moralmente como se fosse um legislador no reino dos fins. Considerando que, para Kant, os homens são um fim em si mesmo, eles assumem uma dupla posição de legisladores morais e de destinatários dessa mesma legislação. Significa que, enquanto legisladores, não submetem a sua vontade a nenhum elemento estranho, e que, enquanto destinatários, submetem-se às leis como todos os demais.

Sob essa perspectiva, Kant reúne num só os dois papéis da moral, separados do ponto de vista do direito: o papel do cidadão que participa da legislação e o do indivíduo privado submetido às leis.<sup>435</sup>

Para a teoria do discurso, a ideia de cidadãos autores e destinatários de normas morais depende da sua efetiva participação na construção dessa ordem normativa, no sentido de que essas leis devem ter sido decididas *por cada um para todos e por todos para cada um*. É que a razão prática, enquanto regra de conduta individual, não tem o condão de obrigar universalmente. Somente quando as normas são universalizáveis a partir da perspectiva de todos os envolvidos é que se pode cogitar de uma aceitação racional e, portanto, de validade.

Desse modo, Habermas defende que a validade de uma norma moral depende da aceitação de todos os atores, a partir da perspectiva de cada um. Depende de uma postura cooperativa do cidadão que, agindo como legislador democrático, consulta a si mesmo acerca da aceitação da norma hipotética por todos os demais legisladores potenciais, numa prática

---

<sup>434</sup> Ibidem, p. 42-43.

<sup>435</sup> Ibidem, p. 43-44.

intersubjetiva que exorbita o ponto de vista individual e que está voltado para o mútuo entendimento.<sup>436</sup>

Assim é que, na teoria do discurso, o princípio moral de universalização distancia-se do princípio de universalização U formulado por Kant, pautado por uma generalização monológica e egocêntrica (percepção do indivíduo acerca do que seria razoável para os demais), para se transformar no princípio discursivo D, pautado por uma aplicação reflexiva do teste de generalização. Logo, a validade normativa não depende de uma avaliação interna realizada por cada indivíduo, quando o convém, mas de uma prática discursiva em que os indivíduos, reunidos em conselho, veem-se obrigados a considerar a perspectiva e os argumentos dos demais e a produzir uma decisão baseada num consenso.

Na definição do próprio Habermas, o princípio discursivo D determina que “só podem requerer validação normas que possam contar com a concordância de todos os envolvidos como partícipes de um discurso prático”.<sup>437</sup>

Desse modo, o universalismo da ética do discurso é um universalismo sensível às diferenças, porque o respeito igual e recíproco por cada um é do tipo que promove uma *inclusão não-niveladora e não-apreensória do outro em sua alteridade*,<sup>438</sup> refutando qualquer possibilidade de que os consensos obtidos sejam fruto de relações de dominação e poder.

Habermas reconhece que a teoria do discurso pode representar, em alguns casos, uma base muito frágil.<sup>439</sup> Entretanto, ultrapassado o momento de validação religiosa da moral, as sociedades pluralistas devem buscar a validação da ordem moral (e, inclusive, da ordem jurídica) a partir daquilo que pode ser intersubjetivamente partilhado. Desse modo, a neutralidade conteudística do procedimento discursivo torna-se compatível com o pluralismo de cosmovisões.

---

<sup>436</sup> Ibidem, p. 44.

<sup>437</sup> Ibidem, p. 47.

<sup>438</sup> Ibidem, p. 55.

<sup>439</sup> Ibidem, p. 55.

#### 4.5 Legislação e consenso discursivo: a superação das críticas e a afirmação da possibilidade de uma racionalidade emancipatória por meio do devido processo legislativo

A teoria do discurso não é isenta de críticas, especialmente em decorrência de a razão comunicativa estabelecer uma pragmática não-empírica. Lenio Luiz Streck afirma que, ao pretender substituir a razão prática eivada de subjetividade, Habermas constrói uma razão comunicativa descontextualizada e pautada por um consenso racional alcançado sob condições ideais (e não reais) de comunicação. Nesse sentido, a verdade consensuada não seria uma verdade conteudística, mas uma verdade como idealização necessária, uma verdade argumentativa.<sup>440</sup>

A preocupação de Streck revela-se no sacrifício do mundo prático, da conteudística, notadamente em matéria de direitos sociais, desprestigiados por uma concepção abstrata e *a priori* das necessidades fundamentais.

Ademais, o autor objeta a teoria de Habermas quanto à substituição da razão prática pela razão comunicativa, sob o fundamento de que a subjetividade da razão prática transforma-se já no momento do câmbio paradigmático dado pelo giro linguístico, a partir do pensamento de Wittgenstein e Heidegger. Significa que a razão prática adquire outra dimensão com as contribuições da filosofia da linguagem e com o modo de ser no mundo e não com a razão comunicativa.<sup>441</sup>

A crítica de Streck à teoria do discurso é consistente em muitos aspectos, mas não desmerece as contribuições de Habermas, especialmente quanto às possibilidades de uma racionalidade comunicativa legitimadora da ordem jurídica.

De fato, a teoria do discurso promove um equilíbrio entre uma moral universalista e um contextualismo relativista, no sentido de viabilizar o consenso discursivo em relação a questões de justiça que ultrapassam meras concepções de bem viver.

---

<sup>440</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3 ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2009. p. 41.

<sup>441</sup> Ibidem, p. 45-47.

Sob essa perspectiva, o pensamento de Habermas é fortemente influenciado pelo pragmatismo e pelo contextualismo e, ademais, questiona as bases epistemológicas da filosofia kantiana. Não obstante, o autor filia-se ao pensamento jusfilosófico pós-kantiano, uma vez que reconhece a limitação do raciocínio puramente iluminista, mas constrói a sua teoria na ideia de um discurso universalizante, embora não transcendental.<sup>442</sup>

Disso não resulta que Habermas ignore as contribuições da hermenêutica, pós-gramática linguística, porquanto a teoria do discurso expressamente reconhece e considera que o processo de autocompreensão do indivíduo dá-se por meio do processo de socialização. Esse aspecto foi trabalhado pelo autor a partir da perspectiva de filósofos como Hegel, Heidegger, Gadamer, entre outros, e, posteriormente, a partir de autores do novo republicanismo cívico, não-comunitarista.<sup>443</sup>

Em se tratando da legitimidade de um Estado Democrático de Direito, a questão central para Habermas é que, a despeito das divergências existentes na interpretação das normas constitucionais, é possível formar um consenso discursivo quanto a questões constitucionais essenciais. A legitimidade democrática assenta-se na existência de razões para que os cidadãos concebam o texto constitucional como um acordo respeitável e fundamental, ainda que esses mesmos cidadãos diverjam a respeito do âmbito de proteção dos direitos e garantias fundamentais ali normatizados.<sup>444</sup>

---

<sup>442</sup> KAUFMAN, Rodrigo Oliveira. **Direitos humanos, direito constitucional e neopragmatismo**. Tese de doutoramento. Banco de teses e dissertações da UnB. 2010. p. 218.

<sup>443</sup> Apenas a título exemplificativo, cita-se um trecho em que Habermas refere-se às contribuições da filosofia hermenêutica e discute o papel da tradição no contexto de uma racionalidade intersubjetiva: “a conduta pessoal de vida e a tradição cultural são transpostas cada vez mais para discursos de autoentendimento. Shleiermacher, Droysen e Dilthey, inclusive Gadamer, passam a questionar, no âmbito das ciências históricas, o modo como nos apropriamos das tradições que compartilhamos intersubjetivamente. A história vai substituir as autointerpretações religiosas ou metafísicas, tornando-se o *medium* da autoconscientização de culturas e povos. A hermenêutica filosófica parte, é verdade, de questões metódicas das ciências históricas, porém ela também responde a uma insegurança desencadeada pelo historicismo – a um fracionamento no modo da apropriação pública da tradição, que é realizada na primeira pessoa plural. Durante o século XIX, formou-se a primeira figura de uma identidade pós-tradicional, sob o signo de um amálgama de historicismo e nacionalismo. Porém esta identidade ainda se alimentava de um dogmatismo histórico nacionalista atualmente em dissolução. Um pluralismo de modos de ler tradições ambivalentes sempre fornece a ocasião para discussões de autoentendimento, que esclarecem os partidos litigantes sobre a necessidade de decidir conscientemente sobre o modo de vida que desejam assumir, sobre as tradições que pretendem continuar ou romper. E, na medida em que identidades coletivas só se podem formar na figura quebradiça, dinâmica e desfiada de tal consciência pública descentralizada, tornam-se possíveis e inevitáveis discursos ético-políticos que atingem o fundo.” In: **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. 2 ed. v. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 2010. P. 130-131.

<sup>444</sup> HABERMAS, Jürgen. On law and disagreement. Some comments on “interpretative pluralism”. **Ratio Juris**. v. 16. n. 2. June, 2003. p. 188.

É por isso que o princípio discursivo D possui um caráter deontológico e abstrato, no sentido de viabilizar a aceitabilidade racional da essência da constituição independentemente das concepções pessoais divergentes a respeito do que é bom. Nesse sentido, o consenso constitucional não é incompatível com as interpretações dissonantes dos direitos fundamentais ou às denúncias sobre práticas institucionais injustas.

O consenso discursivo assenta-se, assim, na noção de *patriotismo constitucional*, ou seja, na construção de uma cultura política pluralista baseada numa constituição democrática, que reconhece aos seus cidadãos a titularidade de direitos fundamentais de participação político-constitucional, viabilizando-lhes o exercício de uma autonomia jurídica pública.<sup>445</sup>

A coexistência de um rol de direitos e garantias fundamentais de participação e de uma cultura política pluralista fomenta a formação de sentidos críticos e de uma esfera pública que, composta de organizações da sociedade civil e de movimentos sociais, está em constante processo de discussão com o parlamento acerca do âmbito de proteção e da efetividade das normas constitucionais.

Sob tal perspectiva, constitucionalismo e democracia alimentam-se mutuamente e estão em constante aperfeiçoamento. A partir da noção de patriotismo constitucional, viabiliza-se o projeto do constitucionalismo democrático como um processo de aprendizado social, que se perpetua por gerações e que, embora suscetível a tropeços, é capaz de corrigir a si mesmo porque assume uma postura crítica e reflexiva, mantendo-se aberto e inclusivo.<sup>446</sup>

Assim é que o *consenso em nível constitucional* não reflete o produto de relações antagônicas de poder e dominação, na linha defendida por Schmitt ou Mouffe, mas sim a adesão racionalmente justificável dos cidadãos às instituições político-constitucionais e a assunção do compromisso de participarem efetivamente do processo democrático de construção de uma *identidade coletiva*<sup>447</sup> pautada por princípios universalistas, cujas pretensões de validade encontram-se numa dimensão superior aos contextos particulares de vida.

---

<sup>445</sup> CATTONI, Marcelo. **Poder constituinte e patriotismo constitucional**. Belo Horizonte : Mandamentos, 2006. p. 67-68.

<sup>446</sup> Ibidem, p. 68.

<sup>447</sup> Ibidem, p. 68.

Para a teoria do discurso, o conceito de sujeito de direito compreende simultaneamente *universalidade plural* e *reciprocidade associativa*. No primeiro caso, o sujeito de direito não é visto como um membro isolado ou como uma unidade associada, mas a partir de uma relação de *correspondência mútua* viabilizadora de direitos e deveres. Dessa correspondência emanam vínculos múltiplos, especialmente o da inclusão, porque o sujeito coloca-se na qualidade de coautor da normatividade jurídico-estatal. No caso da reciprocidade associativa, a universalidade concretiza-se como igualdade. Significa que do reconhecimento universal da liberdade como medida de isonomia é que se pode falar de reciprocidade jurídica da liberdade. Assim, a normatividade estatal é concebida como emanção da vontade livre de cidadãos associados (liberdade qualitativa) e como lei múltipla de reconhecimento universal (igualdade na diferença) e, portanto, como uma ordem jurídica isonômica que efetiva a liberdade.<sup>448</sup>

No Estado Democrático de Direito, a estrutura intersubjetiva de direitos mostra-se como inclusão e reconhecimento. Inclusão e reconhecimento interpessoal que resultam da universalidade da liberdade e da isonomia supressumida no conceito de sujeito de direito.<sup>449</sup>

As tensões internas, sempre existentes, não constituem fundamento para a exclusão, mas, ao contrário, reforçam a necessidade de igual respeito e consideração, já que o consenso discursivo é uma síntese das demandas de justiça e solidariedade. Desse modo, a cada nova luta por reconhecimento os pressupostos em que se assentam o consenso constitucional são submetidos a novos processos democráticos de formação da identidade coletiva, com vistas a atender às demandas de inclusão.

É nesse sentido que, segundo Marcelo Cattoni, a noção de patriotismo constitucional é compatível com uma sociedade pluralista do ponto de vista cultural e político. A formação de uma identidade constitucional comum não inviabiliza o desenvolvimento contextualizado de subculturas e de formas de vida não-fundamentalistas.<sup>450</sup>

Em sentido semelhante, Michel Rosenfeld defende que a identidade do sujeito constitucional forma-se como algo complexo, fragmentado, parcial e incompleto. Sobretudo

---

<sup>448</sup> BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. A questão democrática. **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Coleção ANPR de Direito e Democracia. Org. Antonio Carlos Alpino Bigonha; Luiz Moreira. Trad. Adauto Vilela e Geraldo de Carvalho. Rio de Janeiro : *Lumen Juris*, 2010. p. 9.

<sup>449</sup> *Ibidem*, p. 9.

<sup>450</sup> *Ibidem*, p. 70.

no contexto de uma constituição viva (*living constitution*), a identidade constitucional é o produto de um processo dinâmico e aberto à elaboração e à revisão permanentes.<sup>451</sup>

O autor demonstra que a identidade do sujeito constitucional constrói-se, assim como a identidade do sujeito, pelo confronto e pelo reconhecimento do outro. Embora aparentemente o poder constituinte revolucionário molde uma ordem jurídica totalmente nova e em posição de absoluto domínio, não há uma diferenciação absoluta entre a ordem política pré-revolucionária e a ordem política revolucionária. As tradições não são erradicadas, mas transformadas e seletivamente incorporadas na nova ordem fundada pelo sujeito constitucional.<sup>452</sup>

Assim é que tanto o passado, quanto o presente e o futuro influenciam a formação do *eu* constitucional e nesse processo tem-se como inerente a consideração do *outro*, especialmente em sociedades tão pluralistas e complexas. O constitucionalismo deve necessariamente considerar o aspecto do pluralismo.

Para Rosenfeld, o sujeito constitucional tem que permanecer distinto das várias identidades culturais ou nacionais relevantes, mas, ao mesmo tempo, vê-se forçado a incorporá-las parcialmente para que possa adquirir um sentido determinado ou determinável.<sup>453</sup>

A identidade do sujeito constitucional surge como um vazio, uma ausência gerada pela distância que separa a autoimagem dos constituintes das várias imagens existentes numa comunidade política pluralista. Significa que os constituintes devem forjar uma identidade que transcenda a sua própria subjetividade. Assim, o *eu* constitucional surge no espaço existente entre os constituintes e os outros, com o propósito de construir uma identidade comum que possa ser traduzida num texto constitucional compartilhado.<sup>454</sup>

Esse texto torna-se a base para um discurso constitucional que, segundo um contexto sempre mutável no tempo, constrói e reconstrói discursivamente a identidade do sujeito constitucional.

---

<sup>451</sup> ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Trad. Menelick de Carvalho Neto. Belo Horizonte : Mandamentos, 2003.p. 23.

<sup>452</sup> Ibidem, p. 29-35.

<sup>453</sup> Ibidem, p. 22 e 36.

<sup>454</sup> Ibidem, p. 36.



É justamente por isso que não se pode admitir qualquer tentativa de personificação do sujeito constitucional, com especial advertência às cortes constitucionais que se colocam como guardiãs e intérpretes definitivas do texto constitucional.

O sujeito constitucional é o resultado da cooperação complexa que se estabelece entre atores e instituições, a exemplo dos constituintes, dos poderes legislativo, executivo e judiciário, da esfera pública e dos cidadãos. Em realidade, a identidade do sujeito constitucional somente pode ser apreendida enquanto um discurso intersubjetivo que vincula todos os atores que estão e que serão submetidos à constituição.<sup>455</sup>

Sob essa perspectiva, o *eu* constitucional é compatível com o projeto de um consenso constitucional discursivo, em termos de um arranjo possível, precário e temporário, sujeito a constante revisitação pelo agir crítico das instituições, dos cidadãos e de uma esfera pública qualificada e atuante. O consenso discursivo não representa a formação de uma vontade que aprisiona. É, em realidade, um ponto de partida ao qual retornam as sucessivas gerações para formar, cada uma a seu tempo histórico, político e social, um discurso constitucional compartilhado.

Nesse sentido, a formação da identidade do sujeito constitucional por meio de consensos discursivos, sempre abertos e inclusivos, confere um sentido libertador ao projeto pós-moderno de racionalidade, ao invés de abandoná-lo. Ao reposicionar os cidadãos para o centro da teoria democrática e ao conferir um contorno pós-metafísico ao princípio da soberania popular, a legitimidade do Estado Democrático de Direito transfere-se para as qualidades procedimentais do processo político-legislativo, as quais devem assegurar a formação intersubjetiva da vontade política por cidadãos que são, ao mesmo tempo, autores e destinatários da ordem jurídica.

É inegável, então, que a aplicação da teoria do discurso ao Estado Democrático de Direito assegura uma racionalidade emancipatória ao devido processo legislativo e, conseqüentemente, uma posição de destaque à legislação, em detrimento de outras fontes de direito, especialmente a judicial. A respeitabilidade da legislação decorre do fato específico de que deve ser compreendida como o produto do exercício da autonomia jurídica de cidadãos que, pelo uso de uma razão pública e destranscendentalizada, responsabilizam-se pelas escolhas políticas necessárias a sua convivência pacífica, a despeito das divergências.

---

<sup>455</sup> Ibidem, p. 41.

## CONCLUSÕES

O presente trabalho acadêmico orientou-se pela pergunta-problema: em sociedades complexas e pluralistas, em que medida o princípio pós-metafísico da soberania popular assegura uma racionalidade emancipatória e libertadora ao processo político-legislativo, de modo que a legislação represente a vontade política de cidadãos autônomos que, mediante um consenso discursivo, reconheçam-se como autores e destinatários da ordem jurídica?

A complexidade dos temas tratados inviabiliza qualquer espécie de resposta simples ou dada em termos absolutos. Reconhece-se, igualmente, que todo trabalho científico é incompleto e passível de críticas. Entretanto, neste momento de conclusão, é possível sintetizar a resposta ao problema nestes termos: considerando o princípio pós-metafísico da soberania popular como um poder comunicativo titularizado por cidadãos que, mediante a constante interação da esfera pública política com a instituição parlamentar, transformam-no (o poder comunicativo) em poder administrativo por meio de um processo político-legislativo de natureza deliberativa e pautado por uma racionalidade comunicativa, voltada à formação de consensos discursivos, é possível atribuir à legislação uma racionalidade emancipatória e libertadora, reposicionando o cidadão como elemento fundamental e legitimador do Estado Democrático de Direito.

Na busca de tal resposta, partiu-se de uma crítica ao movimento atual de teorias do direito e do constitucionalismo no sentido de identificar o direito como o produto das decisões de juízes e tribunais, em detrimento da legislação e dos processos políticos de deliberação e de decisão. Tais características, preocupantes para o Estado Democrático de Direito, remontam a institutos das sociedades medievais, nas quais era ausente a noção de soberania popular.

As atuais refeudalização do processo político, mediante a descentralização das instâncias de decisão, e autonomização do direito em face da legislação revelam uma disfunção entre os sistemas da política e do direito na ordem democrática, com a consequência de tornar praticamente inócuo o princípio da soberania popular, bem como de atribuir uma confiança autoritária na atividade desenvolvida pelo poder judiciário.

A teoria política de Kant, sustentada no conceito de autonomia ou liberdade moral do indivíduo enquanto poder de estabelecer leis para si mesmo, com pretensão de universalidade, fixa as bases para a compreensão da sociedade baseada na lei como um produto da razão. A instituição da sociedade, a partir do contrato social, é uma consequência do poder de autodeterminação e de autolegislação de indivíduos racionais. Sob essa perspectiva, Kant funda as bases do princípio da soberania popular a partir da ideia de que o direito não pode se opor ao poder político soberano, porquanto os direitos naturais não são instituídos pelo pacto social, mas o antecedem e justificam racionalmente a organização do governo civil.

Significa que o poder do soberano é manifestação do poder pré-estatal de homens livres e iguais e, conseqüentemente, possui uma natureza extrajurídica e jurídico-legitimadora.

Não se há negar que a relação entre o direito e a política evoluiu significativamente durante a transição das sociedades pré-democráticas para as sociedades democráticas. Mais recentemente, essa relação tem sido analisada sob o prisma da especialização e da diferenciação funcional, considerando-se o direito e a política como subsistemas no interior do sistema social.

Não obstante, com o desenvolvimento do constitucionalismo, o complexo arranjo estrutural que acopla os sistemas do direito e da política tem perdido a sua estabilidade, acentuando a irritação entre os sistemas do direito e da política. Aliado à descentralização das instâncias de decisão política, que cada vez mais migram do poder legislativo para os poderes executivo e judiciário, bem como a outras instituições com poder regulatório, o direito passa a lidar com as complexidades do Estado do Bem Estar Social e com o caráter axiológico das normas constitucionais.

À luz da teoria sistêmica, e enquanto círculo recursivamente fechado de comunicação, o sistema jurídico reage a tais irritações por meio da observação do ambiente e da posterior modificação de si mesmo, pela via legislativa (normatização de compromissos políticos) ou pela via judicial (interpretação das normas jurídicas).

Em razão das dificuldades do processo político-legislativo, o direito cada vez mais responde às irritações do ambiente, especialmente relacionadas ao sistema político, com a

reprodução autorreferencial de conceitos, ou seja, por meio de decisões judiciais, transferindo-se o processo de criação do direito do ato legislativo para o ato judicial.

Essa autonomização do sistema jurídico em face do processo político representa, em última instância, uma descaracterização do princípio da soberania popular e da própria estrutura basilar do Estado Democrático de Direito.

Se, no período feudal, a soberania do direito em relação à política justificava-se pela ausência da noção de soberania popular como autolegislação e autodeterminação dos indivíduos, no presente contexto, representa a substituição anacrônica da democracia e um obstáculo ao desenvolvimento dos processos políticos.

Tanto é assim que, diante de uma postura autoritária do poder judiciário, as leis são compreendidas pelos juízes como meros elementos ou premissas do conteúdo normativo fixado na decisão judicial e o poder judiciário legitima a si próprio como a instituição mais competente para prestar jurisdição em nome do povo.

Nesse contexto, a autonomia jurídica dos cidadãos, enquanto autores e destinatários da ordem jurídica, resume-se ao momento constituinte, porquanto o parâmetro de validade dos atos legislativos distancia-se do procedimento de formação da vontade política e transfere-se para o processo hermenêutico realizado por juízes e tribunais.

Como forma de reagir ao plano secundário a que o processo político-legislativo foi relegado nos Estados constitucionais, este trabalho constrói um conceito pós-metafísico de soberania popular enquanto poder comunicativo, de natureza fática e jurídico-legitimadora, por meio do qual o cidadão é reposicionado no centro do cenário democrático.

Desse modo, a fundamentação racional da ordem jurídica descentraliza-se para conceber a legislação como o produto do agir comunicativo de cidadãos livres e iguais, capazes de exercer sua autonomia tanto na esfera privada como na esfera pública.

Sob essa perspectiva, o exercício da soberania popular vincula a competência legislativa para a formação discursiva da vontade política à garantia de um rol de direitos fundamentais que viabilize as condições ideais de participação dos cidadãos nesse processo, resultando na cooriginalidade entre soberania popular e direitos fundamentais.

Ao se sustentar na ideia de uma sociedade descentralizada, o princípio pós-metafísico da soberania popular não pode se restringir ao momento constituinte ou aos processos eleitorais. Ao contrário, manifesta-se por meio de uma esfera pública composta por formas comunicacionais destituídas de sujeito, mas que influenciam os processos de formação da vontade democrática. A soberania popular assume a forma de um poder produzido comunicativamente.

É nesse sentido que o Estado Democrático de Direito compreende a autoconstituição de uma comunidade de parceiros do direito, livres e iguais, os quais assumem para si a tarefa contínua de exercer poder político e de constituir e interpretar um sistema de direitos, viabilizando a sua convivência justa e pacífica em sociedade.

Esse projeto de poder político e de direitos, estabilizado por uma constituição, é duradouro, falível e sujeito a um aprendizado constante. Nesse contexto, o processo democrático da legislação adquire um *status* privilegiado, uma vez que é essencialmente pelo fluxo comunicacional entre a esfera pública política e os canais institucionais do sistema da política, pelo *medium* do direito, que são produzidas decisões democráticas para os problemas de integração social.

É precisamente esse o sentido do caráter emancipatório da racionalidade comunicativa inerente ao processo político-legislativo, por meio do qual se afirma a legitimidade por meio da legalidade.

É claro que tal concepção (de legitimidade pela via da legalidade) não extirpa todas as complexidades advindas da fundamentação e da aplicação do direito, notadamente quanto às possibilidades de formação racional de consensos discursivos e ao processo hermenêutico.

Não obstante, reconhecer que há uma relação interna entre direito, política e moral e que essa relação se estabiliza por meio de processos político-legislativos discursivos, os quais viabilizam um fluxo de comunicação entre esfera pública e complexo parlamentar, mostra-se fundamental para o resgate da dignidade da legislação e para a efetividade do princípio pós-metafísico da soberania popular.

A centralidade da legislação como instância legitimadora da ordem jurídica tem o efeito específico de colocar em evidência as qualidades procedimentais do processo de

formação da vontade política. Por isso, defende-se que o devido processo legislativo, pautado por uma racionalidade comunicativa, possui um caráter de juridicidade, constituindo garantia indisponível do exercício da autonomia jurídica dos cidadãos.

Nesse sentido, a democracia procedimental é incompatível com a ideia de um processo legislativo de natureza eminentemente político, em que disponível ao legislador a observância das normas constitucionais e regimentais. Tal interpretação, sob o pretenso fundamento de preservação da independência do poder legislativo, acarreta, ao contrário, uma usurpação do princípio pós-metafísico da soberania popular.

É preciso compreender o poder político como o resultado do uso público de liberdades comunicativas dos cidadãos mobilizadas para a produção de instituições e de uma ordem jurídica legítima. Portanto, o poder legislativo não dispõe de um poder político para concretizar interesses próprios. A soberania popular revela-se uma força autorizadora para que os poderes constituídos, especialmente o legislativo, atuem na proteção da liberdade política dos cidadãos, assegurando, da melhor maneira possível, a sua participação na formação da vontade política.

Sob esse prisma, é indispensável ao Estado Democrático de Direito a preservação dos canais políticos de participação na formação da vontade política e nesse aspecto repousa, justamente, o caráter emancipatório e libertador que a racionalidade comunicativa presente no devido processo legislativo deve assumir, no sentido de reforçar o papel dos cidadãos como autores da ordem jurídica e não meramente como destinatários de provimentos estatais.

Nessa linha, a função da jurisdição constitucional deve ser compatível com a democracia procedimental ao garantir os pressupostos comunicativos indispensáveis à formação de consensos discursivos ou de negociações equitativas. Em outras palavras, deve garantir a racionalidade comunicativa do processo político-legislativo e a legitimidade de suas decisões como produto da autodeterminação de cidadãos livres e iguais.

No contexto de um princípio pós-metafísico da soberania popular, a lógica da separação de poderes somente faz sentido se a separação funcional garantir simultaneamente a primazia da legislação democrática e a retroligação do poder administrativo ao poder comunicativo, assegurando que o direito legitimamente estatuído reflita a direção do poder político.

Assim é que a legislação representa o produto estatal mais importante na institucionalização do direito, ainda que não seja exclusivo. Isso porque a racionalidade da aplicação do direito e da lei (ou seja, da atividade jurisdicional) reporta-se à racionalidade da própria lei que, por sua vez, reporta-se à racionalidade do processo político-legislativo. O nascedouro da legitimidade da fundamentação e da aplicação das normas jurídicas está no devido processo legislativo e, portanto, no exercício de uma competência tipicamente legislativa.

Não há respostas simples para o problema da indeterminação das normas jurídicas, tampouco critérios objetivos limitadores das atividades legislativa e judicial. Entretanto, a compreensão da relação entre poderes, especialmente entre o poder legislativo e o poder judiciário, a partir da legitimidade das formas de comunicação constitui um critério metodológico consistente e compatível com o respeito à legislação e com a noção de democracia procedimental.

A distinção entre discursos de fundamentação e de aplicação normativos reserva ao poder legislativo a competência de justificar a aceitabilidade racional das normas jurídicas com base em argumentos pragmáticos, ético-políticos e morais, que não podem ser revisados pelo poder judiciário. Sob essa óptica, a aferição da validade normativa é competência indelegável do poder legislativo e não poderia ser atribuída a um Tribunal Constitucional, pela via do controle abstrato de constitucionalidade.

Em sociedades pluralistas e complexas, o processo político-legislativo é o espaço mais plural e inclusivo para a acomodação das discordâncias políticas, éticas e morais, comparativamente a outros procedimentos institucionalizados de decisão. Significa que, a despeito do pluralismo, o devido processo legislativo é capaz de viabilizar a formação de consensos discursivos no nível de uma moral universalista (ou de uma concepção neutra de justiça) compatível com as diversas concepções de bem coexistentes e conflitantes numa sociedade multicultural.

Desse modo, o procedimento de formação discursiva da vontade contempla a relação que se estabelece entre a autonomia dos indivíduos e a sua inserção em formas de vida partilhadas intersubjetivamente, do que resulta que a liberdade e a dignidade pessoal somente podem ser usufruídas se houver igual respeito e reconhecimento pela liberdade e pela dignidade dos demais.

Assim é que o universalismo da teoria do discurso é um universalismo sensível às diferenças, porque o respeito igual e recíproco por cada um promove a inclusão e a solidariedade, refutando qualquer possibilidade de que os consensos obtidos sejam fruto de relações de dominação e poder.

É certo que um consenso discursivo sustentado em tais premissas constitui um consenso temporário, sempre sujeito à crítica e à reconstrução. Coaduna-se, portanto, com a ideia de uma elaboração constante da identidade do sujeito constitucional como resultado de uma cooperação complexa que se estabelece entre atores e instituições, a exemplo dos constituintes, dos poderes legislativo, executivo e judiciário, da esfera pública e dos cidadãos.

Sob essa perspectiva, a formação da identidade do sujeito constitucional por meio de consensos discursivos, sempre abertos e inclusivos, confere um sentido libertador ao projeto moderno de racionalidade, ao invés de abandoná-lo. Ao reposicionar os cidadãos para o centro da teoria democrática e ao conferir um contorno pós-metafísico ao princípio da soberania popular, a legitimidade do Estado Democrático de Direito transfere-se para as qualidades procedimentais do processo político-legislativo, as quais devem assegurar a formação intersubjetiva da vontade política por cidadãos que são, ao mesmo tempo, autores e destinatários da ordem jurídica.

Assim, a racionalidade emancipatória inerente ao devido processo legislativo assegura uma posição de protagonismo à legislação, em detrimento de outras fontes de direito, especialmente a judicial. A dignidade da legislação decorre da circunstância específica de representar o produto do exercício da autonomia jurídica de cidadãos que, pelo uso de uma razão pública e destranscendentalizada, responsabilizam-se pelas escolhas políticas necessárias a sua convivência pacífica, a despeito (e por causa) das divergências.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASTIT, Michel. **Nascimento da lei moderna**: o pensamento da lei de Santo Tomás a Suarez. São Paulo : Ed. Martins Fontes, 2010.

BENHABIB, Seyla. Deliberative rationality and models of democratic legitimacy. **Constellations**. v. 1, n. 1. 1994. p. 26-52.

BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. A questão democrática. **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Coleção ANPR de Direito e Democracia. Org. Antonio Carlos Alpino Bigonha; Luiz Moreira. Trad. Adauto Villela e Geraldo de Carvalho. Rio de Janeiro : *Lumen Juris*, 2010. p. 1-16.

CATTONI, Marcelo. **Devido Processo Legislativo**: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo. 2 ed. Belo Horizonte : Mandamentos, 2006.

\_\_\_\_\_ **Poder constituinte e patriotismo constitucional**. Belo Horizonte : Mandamentos, 2006.

CASPAR, THIMOTY W. Whose enlightenment is the right enlightenment? What Cicero's *De Legibus* can teach us about the dispute between Locke and Rousseau. **69<sup>th</sup> Annual Meeting of the Midwest Political Science Association**, Chicago/Illinois. March-April, 3. 2011. p. 1-33. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=2168204>

CIARLINI, Alvaro Luis de A. S.. A hermenêutica constitucional à luz da racionalidade emancipatória. **Temas de jurisdição constitucional e cidadania**. Org. Alvaro Luis de A. S. Ciarlini. Brasília : Editora IDP, 2012.

COHEN, Jean. Jean Cohen Responds. **New German Critiques**. n. 62. 1994. p. 137-148. Disponível em <http://jstor.org/stable/488512>

COSTA, Reginaldo da. Discurso, direito e democracia em Habermas. **Direito e Legitimidade**. Org. Jean Christophe Merle; Luiz Moreira. São Paulo : Landy Livraria, 2003. p. 37-52.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Trad. Beatriz Sidou. Brasília : UnB, 2009.

\_\_\_\_\_ A democratic dilemma: system effectiveness versus citizen participation. **Political Science Quarterly**. v. 109, n. 01. 1994. p. 23-34. Disponível em <http://jstor.org/stable/2151659>

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. 2 ed. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo : Martins Fontes, 2010.

\_\_\_\_\_ **A Justiça de Toga**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo : Martins Fontes, 2010.

\_\_\_\_\_ **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo : Martins Fontes, 2010.

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

ESTRADA, Fernando. The Leviathan of Thomas Hobbes. **Centro de Investigaciones y Projectos Especiales** - CIPE, 2010.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**. De la antigüedad a nuestros días. Trad. Manuel Martínez Neira. Madri : Editorial Trotta, 2011. Cap. 3. p. 71-164.

GADAMER, Hans-George. **Verdade e Método**. 6 ed. v. I. Trad. Ênio Paulo Giachini. Petrópolis : Editora Vozes; Bragança Paulista : Editora Universitária São Francisco, 2011.

\_\_\_\_\_ **Verdade e Método**. 6 ed. v. II. Trad. Ênio Paulo Giachini. Petrópolis : Editora Vozes; Bragança Paulista : Editora Universitária São Francisco, 2011.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**: um breve manual de filosofia política. Trad. Alonso Reis Freire. São Paulo : Martins Fontes, 2008.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 2 ed. Trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa : Fund. Galouste Gulbenkian, 1995.

GRIFFIN, Stephen M. Enfim a hora da democracia? A nova crítica ao *Judicial Review*. **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Coleção ANPR de Direito e Democracia. Org. Antonio Carlos Alpino Bigonha; Luiz Moreira. Trad. Adauto Villela e Geraldo de Carvalho. Rio de Janeiro : *Lumen Juris*, 2010. p. 281-298.

GROSSI, Paolo. **O Direito entre poder e ordenamento**. Trad. Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte : Del Rey, 2010.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação. 2 ed. Trad. Claudio Molz. Rio de Janeiro : Forense, 2011.

\_\_\_\_\_ Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. Trad. Juan Carlos Velasco Arroyo. p. 271-302.

GUSTIN, Miracy B. S.; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**. 3 ed. Belo Horizonte : Del Rey, 2010.

HABERMAS, Jürgen. **Comentários à ética do discurso**. Trad. Gilda Lopes Encarnação. Lisboa : Instituto Piaget, 1991.

\_\_\_\_\_ **Racionalidade e comunicação**. Trad. Paulo Rodrigues. Lisboa : Edições 70, 1996.

\_\_\_\_\_ **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2 ed. v. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 2010.

\_\_\_\_\_ **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2 ed. v. II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 2010.

\_\_\_\_\_ **Agir comunicativo e razão destranscendentalizada**. Trad. Lúcia Aragão. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 2002.

\_\_\_\_\_ **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Trad. George Sperbe e Paulo Astor Soethe. São Paulo : Edições Loyola, 2002.

\_\_\_\_\_ **Teoria do agir comunicativo**: racionalidade da ação e racionalização social. v. I. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo : Martins Fontes, 2012.

\_\_\_\_\_ **Mudança estrutural da esfera pública**: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. 2 ed. Trad. Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 2003.

\_\_\_\_\_ **Pensamento pós-metafísico**: estudos filosóficos. 2 ed. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 2002.

\_\_\_\_\_ **O discurso filosófico da modernidade**: doze lições. Trad. Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo : Martins Fontes, 2000.

\_\_\_\_\_ **Conhecimento e interesse**. Trad. José N. Heck. Rio de Janeiro : Zahar Editores, 1982. Cap. III. p. 211- 319.

\_\_\_\_\_ The public sphere: an encyclopedia article. **New German Critique**. p. 49-55. n. 3, 1974. Disponível em <http://www.jstor.org/stable/487737>

\_\_\_\_\_ Como es posible la legitimidad por vía de legalidad? Trad. Manuel Jiménez Redondo. **Doxa** 5, 1988. p. 21-45.

\_\_\_\_\_ From Kant to Hegel and back again: the move towards detranscendentalization. **European Journal of Philosophy**. Oxford : Blackwell Publishers, 1999. p. 129-157. 7: 2.

\_\_\_\_\_ On law and disagreement. Some comments on “interpretative pluralism”. **Ratio Juris**. v. 16. n. 2. June, 2003. p. 187-194.

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

JÚNIOR, João Feres; POGREBINSCH, Thamy. **Teoria política contemporânea**: uma introdução. Rio de Janeiro : Elsevier, 2010.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Guido Antônio de Almeida. São Paulo : Discurso Editorial/Bacarolla, 2009.

KAUFMAN, Rodrigo Oliveira. **Direitos humanos, direito constitucional e neopragmatismo**. Tese de doutoramento. Banco de teses e dissertações da UnB, 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo : Martins Fontes, 2011.

LE GOFF, Jacques. **História e memória**. Trad. Bernardo Leitão. São Paulo : Ed. UNICAMP, 1990. p. 13-62.

\_\_\_\_\_ **O imaginário medieval**. Trad. Manuel Ruas. Portugal : Editorial Estampa, 1994. Prefácio. p.11-33.

\_\_\_\_\_ **Em busca da Idade Média.** Trad. Marcos de Castro. 4 ed. Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 2011.

\_\_\_\_\_ **A civilização do ocidente medieval.** v. I. Lisboa : Editorial Estampa, 1983.

LOCKE, John. **Ensaio político.** Org. Mark Goldie. Trad. Eunice Ostrensky. São Paulo : Martins Fontes, 2007.

LUHMANN, Niklas. System as difference. Trad. Peter Gilgen. **Organization.** London : SAGE. p. 37-57. v. 13 (1)/dec. 2005.

\_\_\_\_\_ **El derecho de la sociedad.** Org. Juliana Neuenschwander de Magalhães. Versão eletrônica 5.0. 2003.

\_\_\_\_\_ **A legitimação pelo procedimento.** Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília : Ed. UnB, 1980.

\_\_\_\_\_ **O enfoque sociológico da teoria e prática do direito.** Trad. Cristiano Paixão; Daniela Nicola; Samantha Dobrowolski. n. 28, jun. 2004. p. 15-29.

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. **Cibercidadaní@ o cidadaní@.com?** Barcelona : Editorial Gedisa, 2004.

MAGALHÃES, Marionilde Dias Brepohl de. KOSELLECK, Reinhart. Crítica e crise. **Revista Brasileira de História.** São Paulo, v. 21, n. 42. 2001. p. 517-524.

MARTÍ, José Luiz. El realismo jurídico: una amenaza para el liberalismo e para la democracia? **Isonomía.** n. 17. Octubre, 2002.

MAUS, Ingeborg. **O Direito e a Política: Teoria da democracia.** Trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte : Del Rey, 2009.

\_\_\_\_\_ **O judiciário como superego da sociedade.** Trad. Geraldo de Carvalho, Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro : *Lumen Juris*, 2010.

\_\_\_\_\_ Separação de poderes e função judiciária: uma perspectiva teórico democrática. **Legitimidade da jurisdição constitucional.** Coleção ANPR de Direito e Democracia. Org.

Antonio Carlos Alpino Bigonha; Luiz Moreira. Trad. Adauto Villela e Geraldo de Carvalho. Rio de Janeiro : *Lumen Juris*, 2010. p. 17-63.

MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do direito em Habermas**. 3 ed. Belo Horizonte : Mandamentos, 2004.

MOUFFE, Chantal. **O regresso do político**. Trad. Ana Cecília Simões. Lisboa : Gradiva, 1996.

\_\_\_\_\_ **La paradoja democrática**. Trad. Tomás Fernandez Aúz e Beatriz Eguibar. Barcelona : Editora Gedisa, 2000.

\_\_\_\_\_ Por um modelo agonístico de democracia. **Rev. Sociol. Polit.**, Curitiba, 25, nov. 2005. p. 11-23.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental de uma democracia. 3 ed. Trad. Peter Naumann. São Paulo : Ed. Max Limonad, 2003.

NASCIMENTO, Rosa Maria Freitas. A problemática da esfera pública no pensamento de Jürgen Habermas. p. 01-20.

NEGRI, Antonio. **O poder constituinte**: ensaios sobre as alternativas da modernidade. Trad. Adriano Pilatti. Rio de Janeiro : DP &A, 2002.

NETTO, Menelick de Carvalho. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. **Notícia do Direito Brasileiro**, n. 06. p. 233-250.

\_\_\_\_\_ SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito**: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte : Fórum, 2011.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma difícil relação. 3 ed. São Paulo : Martins Fontes, 2013.

NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do direito**. Trad. Elza Maria Gasparotto. São Paulo : Martins Fontes, 2010.

ORTS, Adela Cortina. El contrato social como ideal del estado de derecho. El dudoso contractualismo de I. Kant. **Revista de Estudios Políticos**, Nueva Epoca, n. 59, Enero-marzo. 1988. p. 49-64.

PETIT, Philip N. Liberty and Leviathan. **Princeton Law and Public Affairs**. Princeton University. n. 04-22. p. 01-32. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=600701>

PIRES, Terezinha Inês Teles. **O primado da razão prática em Kant**. Porto Alegre : Nuria Fabris, 2012.

POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou representação?** Política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro : Elsevier, 2011.

RAWLS, John. **Justiça como equidade**: uma reformulação. Trad. Claudia Berliner. São Paulo : Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. **Justiça e democracia**. Trad. Irene A. Paternot. São Paulo : Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **O liberalismo político**. Trad. Álvaro de Vita. São Paulo : Martins Fontes, 2011.

RAZ, Joseph. **O conceito de sistema jurídico**: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos. Trad. Maria Cecília Almeida. São Paulo : Martins Fontes, 2012.

RIPSTEIN, Arthur. Foundationalism in Political Theory. **Philosophy and Public Affairs**. Princeton University Press. v. 16, n. 02, Spring. 1987. p. 115-137.

ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte : Mandamentos, 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **El contrato social**. 2 ed. Trad. Dr. Doppelheim. Madrid : Melsa, 2005.

SCHMIDT, Lawrence K. **Hermenêutica**. Trad. Fábio Ribeiro. Petrópolis : Ed. Vozes, 2012.

SCHMITT, Carl. **O guardião da constituição**. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte : Del Rey, 2007.

\_\_\_\_\_ **O conceito do político**: teoria do *partisan*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte : Del Rey, 2009.

SILVA, Kelly Susane Alflen da. **Hermenêutica jurídica e concretização judicial**. Porto Alegre : Fabris, 2000.

SKINNER, Quentin. **As fundações do pensamento político moderno**. Trad. Renado Janine Ribeiro e Laura Teixeira Motta. São Paulo : Companhia das Letras, 1996.

\_\_\_\_\_ La libertad de las repúblicas: un tercer concepto de libertad? **ISEGORÍA**, 33. 2005. p. 19-49.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3 ed. Rio de Janeiro : *Lumen Juris*, 2009.

WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. New York : Oxford University, 1999.

\_\_\_\_\_ **A dignidade da legislação**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo : Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_ Judges as moral reasoners. **I.CON**, v. 7. n. 1. 2009. p. 2–24. Disponível em <http://icon.oxfordjournals.org/>

\_\_\_\_\_ A essência da oposição ao *Judicial Review*. **Legitimidade da jurisdição constitucional**. Coleção ANPR de Direito e Democracia. Org. Antonio Carlos Alpino Bigonha; Luiz Moreira. Trad. Adauto Villela e Geraldo de Carvalho. Rio de Janeiro : *Lumen Juris*, 2010. p. 93-157.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **A crucificação e a democracia**. Trad. Monica de Sanctis Viana. São Paulo : Saraiva, 2011.



