

A aporia do estado de direito¹

*“A democracia é, portanto,
muito simples para as sociedades
complexas e muito complexa
para as simples”
(Sheldon Wolin)*

Enquanto a amplitude do processo de formação e tomada de decisões políticas, que se transformarão em comandos normativos, é uma condição para a aquisição de legitimação democrática nos Estados de Direito, também é correto que outros requisitos fundamentais devem ser igualmente preenchidos para este efeito.

A soberania popular é um atributo inafastável para os Estados democráticos. Todavia, soberania popular e democracia não se confundem. São conceitos distintos, mas que se inter-relacionam e se complementam reciprocamente. Isto porque a efetivação da democracia nos Estados também requer, além da participação política plena e irrestrita, a observação e o respeito a determinados valores indispensáveis para o desenvolvimento e a proteção da pessoa humana, sendo esta, ou devendo ser, a referência central de todas as ações, coletivas ou individuais.

Com efeito, a realização da democracia no seio das comunidades impõe algo mais do que o elemento de participação política universal nos moldes republicanos. É necessário, também, reconhecer demais referências valorativas que subjazem ao próprio espírito emancipatório que as revoluções liberais do Século das Luzes pretenderam sedimentar. A virtude democrática da soberania popular, que sobreveio com as reformulações a respeito da legitimidade política

¹ V. nota 21, *infra*

levadas a cabo pela modernidade, trouxe consigo a difícil indagação concernente à sua forma de exercício e ao estabelecimento de auto-limitações, estranhos às paixões das multidões reunidas e dignas de uma reflexão mais profunda, assim como de propostas práticas para sua realização.

Sob o prisma do seu exercício, adveio a tese esposada por SIEYÉS e outros, que, enquanto preservavam a autoridade política do povo soberano, convertiam sua participação direta no processo legislativo em participação indireta, por meio de representantes. Quanto às suas auto-limitações, não obstante a superioridade da deliberação coletiva – que chegou a ser expressa em termos matemáticos pelo Teorema do Marquês de Condorcet –, as Constituições se incumbiram de defini-las, registrando para a memória pública os fundamentos filosóficos e políticos que ensinaram a própria vitória da cidadania ativa. Assim é que, já na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, o art 2º do texto bradava:

“O fim de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão”.

Contemporaneamente, a Declaração de Independência das 13 colônias (1776) também assentou os limites da forma democrática de governo, elencando, ao lado da soberania popular, os limites ao seu exercício: os direitos naturais e a segurança futura contra qualquer forma de despotismo:

“Consideramos estas verdades como evidentes por si mesmas, que todos os homens foram criados iguais, que eles foram dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a busca da felicidade - que a fim de assegurar esses direitos, governos são instituídos entre os homens, derivando seus justos poderes do consentimento dos governados; que sempre que qualquer forma de governo se torne destrutiva de tais fins, é o direito do povo alterá-la ou aboli-la e instituir novo governo, repousando sua fundação em tais princípios e organizando os seus poderes por tal forma (...). Mas quando uma longa série de abusos e usurpações, perseguindo invariavelmente o mesmo objeto, indica o desígnio de reduzi-los ao despotismo absoluto, é o seu direito, é o seu dever livrar-se de tais governos e instituir novos Guardas para sua futura segurança”².

² Quando o Segundo Congresso Continental da Philadelphia se reuniu em maio de 1775, constituiu-se um comitê para elaborar um *draft* do que viria a ser a Declaração de Independência das Colônias. A Comissão era constituída por Benjamin Franklin, John Adams, Robert Livingston, Roger Sherman e, por último, Thomas Jefferson, a quem efetivamente se incumbiu a nobre tarefa redacional. Embora não haja evidências de que Jefferson houvesse lido os trabalhos de Rousseau ou Locke, certamente tinha conhecimento do pensamento dos iluministas. Isto ficou

Com efeito, por inferência lógica, poder-se-ia imaginar que em um sistema político onde impere a soberania popular, e no qual as decisões políticas são tomadas por todos os cidadãos, prevalecendo a vontade da maioria, se faça, em certo momento histórico, a opção por um sistema ditatorial de governo, abolindo-se a própria soberania do povo e delegando-a a um tirano. Da mesma forma, em um sistema democrático, sob a ótica da soberania popular apenas, poder-se-ia deliberar, pelo voto da maioria, que determinados indivíduos, pertencentes a esta ou aquela raça ou etnia, viessem a ser assassinados ou expatriados³.

Ou, nas palavras de JEREMY WALDRON, ao comentar as hipóteses acima:

“Mas não devemos confundir a razão para levar adiante uma proposta com a própria natureza da proposta (...). Essa é apenas outra maneira de dizer que não é impossível para a democracia votar por sua própria extinção. Deixe-me pôr a questão de modo mais teórico. Há uma distinção entre democracia e soberania popular. O princípio da soberania popular – básico para o pensamento liberal – requer que o povo deva ter qualquer constituição, qualquer forma de governo que bem entenda. Mas a soberania popular não remove ou obnubila as diferenças existentes entre as várias formas de governo constantes do *menu* a partir do qual o povo deve optar”⁴.

bem claro no conteúdo da redação feita pelo delegado de Virginia, ao consignar os postulados referidos de estabelecimento das origens, limites e objetivos para o exercício do poder político: “*WE hold these Truths to be self-evident, that all Men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the Pursuit of Happiness -- That to secure these Rights, Governments are instituted among Men, deriving their just Powers from the Consent of the Governed, that whenever any Form of Government becomes destructive of these Ends, it is the Right of the People to alter or to abolish it, and to institute new Government, laying its Foundation on such Principles, and organizing its Powers in such Form (...). But when a long Train of Abuses and Usurpations, pursuing invariably the same Object, evidences a Design to reduce them under absolute Despotism, it is their Right, it is their Duty, to throw off such Government, and to provide new Guards for their future Security.*” (Apud McGEEHAN, John; GALL, Morris, op. cit., p. 21).

³ A este respeito, a história da humanidade é rica em exemplos.

⁴ Cf. “*Precommitment and Disagreement*”. In: ALEXANDER, Larry (ed.). *Constitutionalism – Philosophical Foundations– Cambridge Studies in Philosophy and Law*, p. 272. Trad. livre. No original: “*But we must not confuse the reason for carrying out a proposal with the character of the proposal itself (...) This is just another way of saying that it is not conceptually impossible for a democracy to vote itself out of existence. Let me put the matter more theoretically. There is a distinction between democracy and popular sovereignty. The principle of popular sovereignty – basic to liberal thought – requires that the people should have whatever constitution, whatever form of government they want. But popular sovereignty does not remove or blur the differences that exist among various forms of government on the menu from which the people are suppose to choose*”.

Portanto, é inegável que a soberania popular, por si só, é insuficiente para garantir aos Estados a legitimidade pretendida por um sistema democrático, tal qual hoje se o concebe. Outro elemento balizador exsurge firmemente como fator de equilíbrio à pretensão de legitimidade indigitada, que somente se realiza plenamente com o respeito aos direitos fundamentais do homem. O constitucionalismo, desde seu nascimento, pois, se apresenta como produto do assentamento da noção de preservação dos direitos humanos que, ao lado da inauguração de uma nova ordem jurídico-política de organização do Estado, consagra princípios elementares de respeito à pessoa humana.

Assim, o estudo do direito constitucional à luz da preservação dos direitos humanos e do exercício da soberania popular é tema sempre recorrente, tendo em vista que, conquanto os debates acerca dos sistemas democráticos da atualidade tenham resolvido a questão da legitimidade a partir do princípio da soberania popular e da ampliação cada vez maior dos direitos de participação política – sobretudo regozijando-se com o estabelecimento de uma comparação inútil com o falido sistema autocrático soviético⁵ -, em contrapartida, a pobreza, a tortura, o colossal abismo econômico existente entre diversos segmentos da população, o analfabetismo em largos contingentes populacionais, a fome, a prostituição infantil e, em última análise, a violação da dignidade humana em todos esses casos oferecem provas irrefutáveis de que as virtudes da democracia e seus ideais políticos longe estão de ser atingidos em muitas partes do globo. Magistral, neste sentido, a observação de STEPHEN HOLMES:

“Um jornalista polonês recentemente observou: em 1989, a maioria de nós pensou que o bem havia conquistado o mal (que havíamos conquistado uma revolução liberal). O que vemos, ao invés, é uma volta à Chicago dos anos 20.”⁶

⁵ Alberto Calsamiglia destaca que o ano de 1989 foi de grande importância para a democracia sobretudo porque passou a expor os seus débitos perante sua própria forma atual de realização, e não mais em face da já esgotada e inócua comparação com sistemas oponentes nacionais-socialistas, permitindo, com isso, uma reflexão mais objetiva e útil sobre as imperfeições de seu estágio hodierno e propostas sérias de efetivação dos direitos humanos sob constante ameaça ou violação. Cf. *Constitutionalism and Democracy*, in: HONGJU, Harold; SLYE, Ronald (ed.) *Deliberative Democracy and Human Rights*, p. 136-142. Não se pode deixar de mencionar, tampouco, a crassa impropriedade do uso do termo *comunismo*, até mesmo nos meios acadêmicos, para designar o sistema ditatorial nacionalista imposto na ex-URSS, bastante distante de qualquer das concepções razoáveis que se possam ter da ideologia defendida por Marx e Engels.

⁶ Cf. “*Constitutionalism, Democracy, and State Decay*”. In: HONGJU, Harold; SLYE, Ronald (ed.) *Deliberative Democracy and Human Rights*, p. 116-136. Trad. livre. No original: “*A polish*

5.1

A legitimação *a posteriori* do texto constitucional

O conceito de Estado de Direito que se importou do pensamento liberal moderno, por LOCKE, ROUSSEAU e KANT, contempla um aspecto dúplice que, a um lado, assenta a legitimidade do sistema jurídico na participação (autonomia) política isonômica de todos os sujeitos de direitos no processo de formação da vontade e das decisões políticas que serão cogentes – que é assegurada pelo procedimento democrático - e, a outro, na concepção de que as leis coercitivas emanadas do Estado legislador são garantidoras das liberdades individuais dos cidadãos. Em outras palavras, a força legitimadora da coerção estatal decorre dos próprios princípios do Estado liberal burguês, que privilegia a igualdade e a liberdade entre os concidadãos. Por haverem participado igualmente do processo legislativo democrático, e por ser a produção normativa fruto deste processo, assim como garantidora das liberdades fundamentais, a submissão dos cidadãos ao aparelho coercitivo estatal torna-se justificada, *ipso facto*. Assim, as normas que compõem o sistema normativo podiam ser vistas, na perspectiva liberal moderna, tanto como imposições com caráter coativo quanto como imposições com caráter protetor das liberdades individuais.

No respeitante à fundamentação do direito, recorria-se a um supedâneo moral de validade eterna, porquanto oriundo de uma inspiração divina (teocracia), da própria natureza imutável do homem (jusnaturalismo) ou da vontade geral inequívoca do povo (ROUSSEAU). Tais fundamentações morais, entretanto, se afastam da realidade prática do processo legislativo contemporâneo, apoiado na democracia representativa, onde o momento deliberativo envolve uma miríade de fatores não imediatamente controláveis ou sequer possivelmente conhecidos em sua totalidade, tais quais a barganha, o convencimento, a utilização de informação privilegiada e o acesso a conhecimento especializado, que impedem uma justificação unicamente fundada no discurso moral. Além disso, as próprias tarefas a ser exercidas pelo direito, que requerem praticidade e segurança para os

journalist recently remarked, in 1989 most of us thought that good had conquered evil (that we had achieved a liberal revolution). What we have instead is a return to Chicago in the 1920s" Veja-se, ainda, a este respeito a já referenciada obra de SEN, Amartya, *Desenvolvimento como liberdade*, já referida na Introdução do presente trabalho.

membros de uma comunidade, moldam sua concretude com os atributos de validade (positividade), legitimidade (processo democrático) e efetividade (força cogente), dispensando e, com efeito, tornando inaceitáveis para a vida em sociedade, a abstratividade do produto cognitivo, motivacional e organizacional calcados exclusivamente na consciência individual⁷.

No campo da moral, nos moldes do imperativo categórico kantiano, os indivíduos exercem sua autonomia, a um só tempo, sem distinção, como sujeito e objeto de seu julgamento imparcial, de acordo com suas preferências e no exercício de suas liberdades individuais. Todavia, pelas características ínsitas ao direito, nomeadamente sua coercibilidade e sua alteridade, na seara do sistema jurídico, a autonomia dos indivíduos tem dupla natureza, a pública e a privada, porque os membros de uma comunidade se vêem obrigados ao cumprimento de prescrições normativas que, no mais das vezes, não são oriundas diretamente do exercício de sua autonomia política, como no caso das decisões judiciais e das normas administrativas. E, ainda, outras vezes, não se conformam aos seus julgamentos morais individuais, quando integrantes da minoria vencida no processo decisório democrático. Não obstante esta dicotomia, as liberdades individuais situadas no âmbito da autonomia privada e o exercício da autonomia política do cidadão são reciprocamente independentes e complementares.

O exercício da autonomia política, nas sociedades contemporâneas complexas, se dá mediante o instituto da representação, onde, em tese, os interesses prevalentes no interior das comunidades se fazem revelar pela atuação daqueles que foram escolhidos para representá-los na *agora* institucionalizada, isto é, nas casas parlamentares. Mas, como já afirmado, a mera decisão majoritária é insuficiente para assegurar a preservação dos direitos fundamentais, os quais dependem da adoção de instituições específicas, necessárias à sua proteção em face do eventual interesse tirânico de uma maioria presente em determinado período histórico e sob contingentes condições sociopolíticas e econômicas propícias à sua ocorrência nefasta. Assim é que surge uma questão problemática a ser superada pelo estudo do constitucionalismo e da filosofia política. A adoção de determinadas instituições capazes de assegurar a

⁷ Cf. HABERMAS, Jürgen. *The Inclusion ...*, p. 257

inviolabilidade da dignidade humana, quando não condizentes com a vontade da maioria, implica na violação do princípio da soberania popular, ambiente fértil para o (re)surgimento das teorias platônicas e elitistas do despotismo esclarecido. Esta problemática da coexistência do princípio da soberania popular com um elenco mínimo de instituições não necessariamente submetidas ao crivo da maioria tem sido denominada *a dificuldade contra-majoritária (countermajoritarian difficulty)*⁸.

Neste contexto, ganham força vital as propostas apresentadas pela linha de pensamento crítico-deliberativa, que, preocupada com as contradições e dificuldades inerentes ao processo democrático neste fim de século, desenha novas teorias sobre a deliberação pública e sobre a relação entre diferença e unidade, assim como a possibilidade de sua superação no espaço público pela argumentação, revitalizando as perspectivas da filosofia política pela referência a uma autoridade estruturante e condicionante que se forma com a interação comunicativa entre os sujeitos da sociedade. A ampliação dos fóruns de debate e de tomada de decisão, tanto no sentido espacial, quanto no que concerne aos temas em pauta, auxilia na reconstrução permanente dos valores substanciais essenciais das comunidades e tem grande utilidade no sentido de justificação do sistema democrático.

A garantia do debate livre e igual entre os membros da comunidade, a desmonopolização dos espaços públicos decisórios e a abertura das pautas de discussão, desta forma, ainda que tenham uma função manifestamente instrumental no que tange ao rol das instituições elementares do sistema democrático, fertilizam o campo onde se podem construir e reconstruir os valores substanciais indispensáveis para a realização dos ideais democráticos, sob a perspectiva do referencial supremo do respeito à dignidade da pessoa humana.

A este respeito, GISELE CITTADINO comenta que:

“é exatamente porque não se prescreve o regime da aplicabilidade imediata da maioria das normas relativas aos direitos fundamentais que se espera a decisão

⁸ Famosa expressão utilizada por Alexander Bickel para endereçar o problema concernente ao *judicial review*, no aspecto que juízes, não-eleitos e vitalícios, controlam os atos de agentes públicos – legisladores e administradores - democraticamente legitimados pelo voto popular.

política da comunidade histórica no sentido de efetivamente participar do grupo de intérpretes da Constituição. E não há outra forma de viabilizar esta participação jurídico-política senão por meio da criação, pelo próprio ordenamento constitucional, de uma série de instrumentos processuais-procedimentais que, utilizados pelo círculo de intérpretes da Constituição, possam vir a garantir a efetividade dos direitos fundamentais”⁹.

Além disso, aponta-se para o fato que, em democracias incipientes, há grande tendência para uma “solução mágica”, apresentada por agentes controladores do poder público, sempre recorrente em momentos de crise financeira e social do Estado, mas que, como documenta a história, são medidas que visam a satisfação de interesses particulares, vendidas sob o embrulho sofismático do bem comum ou do interesse geral da comunidade. Essas propostas criadas pelos magos de plantão, às sombras dos gabinetes secretos (*arcana imperii*) e distantes da vigília popular, têm o condão de ser facilmente assimiladas pelo público desinformado, enfraquecendo sobremaneira o processo democrático, na medida em que desprezam o debate público, a difusão de informações e a publicidade, privilegiando as decisões imperativas, preestabelecidas e heterônomas.

Por outro lado, a mera garantia prevista nos textos constitucionais, que atribui ao Tribunal Constitucional a prerrogativa de zelar pelos princípios neles inscritos, é insuficiente, posto que a manipulação e o controle das cortes superiores nestas condições não é algo raro¹⁰, além do que, como lembra HABERMAS:

“Quando se entende a constituição como interpretação e configuração de um sistema de direitos que faz valer o nexo interno entre autonomia privada e pública, é bem-vinda uma jurisdição constitucional ofensiva em casos nos quais se trata da imposição do procedimento democrático e da forma deliberativa da formação política da opinião e da vontade: uma tal jurisprudência é até exigida normativamente. Todavia, temos que livrar o conceito de política deliberativa de conotações excessivas, que colocariam o Tribunal Constitucional sob pressão permanente. Ele não pode assumir o papel de um regente que entra no lugar de um sucessor menor de idade. Sob os olhares críticos de uma esfera pública jurídica politizada – da cidadania que se transformou na ‘comunidade dos intérpretes da

⁹ Op. cit., p.32

¹⁰ Sobre a relação entre a atuação das cortes constitucionais e as orientações políticas prevalentes, veja-se o texto de TUSHNET, Mark, *The Politics of Constitutional Law*. In: KAYRYS, David (ed.), *The Politics of Law – A Progressive Critique*

constituição' (Häberle) -, o tribunal constitucional pode assumir, no melhor dos casos, o papel de um tutor.”¹¹

Por este motivo, sobreleva a importância suprema das liberdades de comunicação, como a prática dialógica permanente entre os membros da comunidade, a atuação aberta do parlamento e uma imprensa igualmente imune de constrangimentos. A importância do papel fiscalizador do parlamento e da imprensa, que transmitem continuamente para a população os fatos de relevância política, é inestimável para a eficácia e a manutenção do exercício da autonomia política e, conseqüentemente, do processo democrático, uma vez que põem sob o exame rigoroso da população, à luz de informações claras e disponíveis, os atos praticados pelo Poder Público¹².

Além disso, no que diz respeito aos direitos das minorias, a liberdade de comunicação enseja o reexame por toda a sociedade civil das decisões tomadas tanto nas cortes judiciais quanto nos fóruns parlamentares, a partir de argumentos produzidos livremente pelos vencidos em um processo judicial ou em uma votação nas assembleias representativas.

A legitimação (como reconhecimento) da Constituição também requer o desenvolvimento de um espírito constitucional por parte da sociedade. O acesso ao parlamento através do voto ou da comunicação com os congressistas reforça o vínculo participativo e o controle da atividade parlamentar pela população, exigindo a submissão de sua atuação aos princípios delineados pela Carta Fundamental, que vão se tornando cada vez mais prestigiados, na mesma proporção em que são respeitados pelos próprios representantes políticos. Da mesma sorte, a atividade jurisdicional, em especial das Cortes Constitucionais, propicia e alimenta, através do controle difuso ou direto de constitucionalidade das leis e dos atos executivos primários, o sentimento de envolvimento do cidadão com a prática diuturna das políticas públicas em conformidade com os parâmetros

¹¹ Apud CATTONI, Marcelo, *Devido Processo Legislativo*, p. 11 (epígrafe)

¹² No particular, caberia destacar, ainda, a importância da independência funcional do Ministério Público em nosso ordenamento constitucional, que, lançando mão de instrumentos processuais especiais previstos, coordenam-se com os Poderes da República para a fiscalização permanente do cumprimento da ordem jurídica, seja pelos cidadãos, seja pelos próprios detentores de cargos ou funções públicas.

fixados na Constituição. Este é o entendimento abonado igualmente por GISELE CITTADINO:

“se o vínculo entre ativismo judicial e cidadania ativa não pode considerar o direito como um entrave ao processo democrático, isto não significa que o processo de “judicialização da política” não tenha espaço em uma sociedade que valoriza a associação entre direito legítimo e democracia. (...) A própria Constituição de 1988 instituiu diversos mecanismos processuais que buscam dar eficácia aos seus princípios, e essa tarefa é de responsabilidade de uma cidadania juridicamente participativa que depende, é verdade, da atuação dos tribunais, mas sobretudo do nível de pressão e mobilização política que, sobre eles, se fizer”¹³.

Contudo, como adverte STEPHEN HOLMES, a sobranceira tarefa desempenhada pelas Cortes Constitucionais não deve ser superestimada, sob pena de esvaziamento do longo e extenuante, porém saudável e firme, processo político democrático realizado por meio da discussão pública no seio das casas parlamentares. Se é certo que se atribui às Cortes Constitucionais o indispensável papel de guardiãs dos princípios fundamentais estabelecidos nas constituições, também é certo que seu excesso de ativismo usurpa a função acometida à atividade parlamentar, até porque, em regra, as discussões travadas nos processos de controle de constitucionalidade não têm a imprescindível característica da abertura da discussão a todos os interessados, reduzindo-se a personagens limitadamente legitimados para tal, no caso do controle concentrado, ou a particulares que figuram como partes na demanda, no caso do controle difuso.

Ademais, a supervalorização do trabalho desempenhado pelos Tribunais Constitucionais também implica - como que se em uma aplicação direta da regra dos equilíbrios na natureza - no desprestígio da representação popular, que se torna desacreditada. É neste contexto que se reforça a tese esposada por alguns autores no sentido de que seja uma prioridade de atuação das Cortes Constitucionais a defesa e o asseguramento dos direitos de comunicação, reforçando e fomentando a prática discursiva:

“Elas [as cortes] deveriam portanto usar sua credibilidade limitada primariamente para ajudar a reassegurar o cumprimento dos direitos de comunicação, que já

¹³ Op. cit., p. 39

começaram a se enraizar e que são tão centrais para o desenvolvimento de longo prazo da vida política democrática”¹⁴

Ainda quanto à relação entre autonomia política e o texto constitucional, deve-se observar que a legitimidade das cartas fundamentais mais próxima está de suas conseqüências práticas e resultados do que de sua existência formal. Isso é facilmente observável nos países cujas experiências com a democracia são recentes e cujas instituições democráticas de base ainda são túbias. A materialização de uma constituição através de sua publicação, por si só, não garante, de modo algum, a efetividade dos valores ou garantias nela assentados. Pelo contrário, a eficácia do conteúdo do texto constitucional é corolário do reconhecimento pela sociedade à qual se aplicará de que ela permitirá uma organização sociopolítica que assegure a preservação dos valores compartilhados e fomenta o desenvolvimento das condições de vida dos cidadãos, além de favorecer um sistema de governo decente, sob a ótica da moralidade administrativa.

É, pois, o convencimento dos membros da comunidade quanto aos resultados perseguidos pela carta constitucional que irá dar vida ao texto publicado, garantindo seu reconhecimento no presente e assegurando sua perenidade para o futuro. Por isso é que se afirma que as constituições são instrumentos. Esta característica instrumental do texto constitucional torna-se mais evidente na medida em que a sociedade vai desenvolvendo a percepção de sua importância, principalmente no que diz respeito à forma de organização política do Estado e, conseqüentemente, de preservação e respeito aos direitos fundamentais dos indivíduos.

A percepção deste aspecto de instrumentalidade da Constituição, por parte de todos os agentes políticos envolvidos, sociedade civil e governo¹⁵, também desempenha um papel de estabilização do Estado. Como observa STEPHEN HOLMES, ao contrário do direito infraconstitucional que retira sua autoridade de

¹⁴ HOLMES, Stephen, op. cit., p. 132. Trad. livre. No original: “*They [the courts] should therefore use their limited credibility primarily to help reinforce the communication rights which have already begun to take root and which are so central to the long-term development of democratic political life*”.

¹⁵ Aqui entendido em suas três funções clássicas

um provimento normativo superior, as normas constitucionais se tornam vinculantes a partir do momento em que os membros da comunidade percebem que seu cumprimento irá produzir resultados favoráveis para si mesmos e para a comunidade, inclusive através da formação de um governo justo e razoável, que tenha capacidade de adaptação, inovação e aprendizado em relação às demandas impostas pelas sociedades, consoante sua sempre permanente mutação ao longo do tempo¹⁶. Até mesmo porque o direito, tal qual aponta HABERMAS¹⁷, sendo uma forma organizacional de política, não apenas serve para a composição de interesses contrapostos, mas também para a busca de objetivos políticos e implementação de políticas gerais.

Resta mais nítida, destarte, que a legitimação dos textos constitucionais está mais próxima de suas conseqüências na vida real da sociedade do que de sua fonte. Isto é, mais importante do que a identificação da fonte formal do texto constitucional, seja ela resultado de uma inspiração divina do imperador, uma tradição cultivada ao longo dos anos, ou uma assembléia constituinte realizada há tempos imemoriais, é o resultado obtido em relação aos fins colimados pelo Estado, dos quais ela é, aliás, a sua própria consolidação político-normativa¹⁸.

5.2

A dignidade da pessoa humana como elemento regulador da soberania popular

A regra majoritária como elemento fulcral do exercício da soberania popular tem apoio no princípio da igualdade entre os homens. Os homens, sendo iguais, adotam resoluções necessárias para o convívio em sociedade por meio do processo deliberativo e do voto, as quais irão reger o modo de funcionamento do governo, impondo-lhe limites de acordo com o interesse geral e fundando princípios, direitos e garantias basilares que atendem ao desiderato da proteção do exercício da *autonomia pública*. Por esta via, segue o princípio da separação dos

¹⁶ HOLMES, Stephen. op. cit., p. 124

¹⁷ Op. cit., p. 256

¹⁸ Sobre a relação entre o texto constitucional e a realidade social e política existente, consulte-se a já referenciada obra célebre de Konrad Hesse.

Poderes (na verdade, funções) do Estado, cabendo a materialização das regras de administração ao Executivo e a dicção do direito vigente ao Judiciário, de acordo com a manifestação do povo, reunido em assembléias, através de seus representantes parlamentares.

No plano da elaboração constitucional, a decisão majoritária irradia sua vontade por toda a organização sociopolítica do Estado, cumprindo aos poderes da República e seus integrantes, conduzir-se em acordo com os ditames constitucionais. Ao mesmo tempo, estas prescrições constitucionais, desde a era moderna, passaram a contemplar também os direitos de natureza individualista, isto é, aqueles que garantem o pleno exercício da autonomia privada dos indivíduos. A legitimidade do Estado Constitucional de Direito é haurida, portanto, simultaneamente da soberania popular e da *rule of law*, ou pelo assecuramento das liberdades de comunicação e participação *dos antigos* e pelas liberdades individualistas *dos modernos*. Ou, nas palavras de HABERMAS,

“a autonomia política dos cidadãos é supostamente incorporada na auto-organização de uma comunidade que atribui a si própria suas leis através da vontade soberana do povo”¹⁹.

Mas, como visto, estes elementos não satisfazem integralmente as demandas da democracia, como a história logrou demonstrar nas diversas hecatombes registradas ao longo de seu curso, onde as decisões emanadas da maioria deliberante cancelaram os maiores absurdos já conhecidos, como o fascismo e o nazismo. Assim, a democracia, na perspectiva hodierna, passou a requerer um outro elemento travejador: a dignidade da pessoa humana. Além dos princípios oriundos do constitucionalismo moderno e do modelo liberal-burguês de Estado, e somando-se aos direitos agregados durante a passagem pelo Estado providencial, o respeito à dignidade do homem tornou-se um referencial supremo nas atividades de interpretação e aplicação dos princípios fundamentais afirmados nas cartas constitucionais. Tanto é que, como já se observou, os constitucionalistas democráticos passaram a preferir a utilização da expressão *direitos fundamentais do homem* à locução *direitos públicos subjetivos*, porquanto aquela prendia-se a

um superado conceito de matriz individualística, enquanto esta mais bem traduz “as prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual para todas as pessoas”²⁰.

A referência à dignidade da pessoa humana, com efeito, tornou-se um elemento norteador para o deslinde da aparente contradição entre soberania popular e democracia, já acima referida, e que se traduz no fato de que, por força da vontade majoritária, o soberano povo pode ab-rogar o próprio direito estabelecido por ele a qualquer tempo, tornando-se, por via de consequência, refém de seu próprio poder político, gerando insegurança geral e ameaçando os princípios fundamentais anteriormente firmados. Tal contradição já foi batizada pelo jusfilósofo português, PAULO FERREIRA DA CUNHA, de *aporia do Estado de Direito*²¹.

A imposição de limites ao Estado de Direito, destarte, é um imperativo da própria noção constitucional democrática de Estado; limites estes que devem ser amplamente reconhecidos pela comunidade, não somente por estarem delineados no texto fundamental, mas, principalmente, por representarem para os destinatários destas regras-limite um elemento garantidor das condições mínimas de subsistência humana digna²².

¹⁹ *The Inclusion...*, p. 258. Trad. livre. No original: “*The political autonomy of citizens is supposed to be embodied in the self-organization of a community that gives itself its laws through the sovereign will of the people*”.

²⁰ CITTADINO, Gisele, op. cit. P. 30

²¹ Cf. *Teoria da Constituição – II.*, p. 254. Aduz o notável autor que “*um velho brocardo dizia do soberano ou ao soberano: sofrerás ou suportarás a lei que tu mesmo fizeste...*”

²² Naturalmente que a própria expressão “digna” comporta uma discussão tautológica incessante acerca de seu conteúdo. Mas, certamente, pode-se ousar dizer intuitivamente que digno é ter acesso garantido à educação fundamental, é não ter um salário-mínimo patentemente insuficiente para fazer frente às despesas mínimas necessárias para uma vida decente, é poder usufruir de um sistema de saúde que assegure a própria vida independentemente de classe social, de habitar uma residência com condições mínimas de higiene, iluminação e segurança, ter assegurado o processo legal devido antes da cassação de qualquer das liberdades fundamentais, ou vê-las suspensas nos prazos expressamente previstos, não sofrer humilhação em razão da cor-de-pele nas blitzes policiais extemporâneas e inócuas praticadas pelo Poder Público e tanto quanto a mente humana possa projetar para si de acordo com o imperativo kantiano que se deve adotar como regra geral aquela que se contempla ser aplicável a si próprio.

5.3

A mediação habermasiana: a co-originalidade

A *co-originalidade* das noções de soberania popular e direitos humanos, tal qual preconizada pelo constitucionalismo moderno, sucumbiu à evidente constatação – hoje, materializada através do embate entre as perspectivas liberal e republicana – de que a imposição de limites externos baseados nos direitos humanos ao legislador afeta sensivelmente a noção de autonomia política da comunidade, enquanto a eventual tirania de uma maioria política opressora ameaça a autonomia individual dos cidadãos, podendo-lhes violar os direitos humanos fundamentais a qualquer momento.

A proposta de HABERMAS, no plano da produção das normas jurídicas, compreende uma concepção dúplice de formação legítima da vontade. A primeira se dá através do processo legislativo tradicional, por meio de corpos formalmente instituídos e institucionalizados, que compõem os parlamentos. A segunda, através de arenas informais de manifestação e revelação da vontade geral, onde a comunicação cotidiana, subsidiária e suplementar aos entes formais permite o exercício ininterrupto do debate argumentativo segundo um modelo dialógico de prática discursiva, orientada para o entendimento mútuo, a transferência e a afirmação do conhecimento.

A posição de HABERMAS situa-se em um eixo meridiano que postula a superação dialética de duas vertentes antagônicas da teoria política: o republicanismo cívico e o liberalismo. Sua proposta, no campo da justificação do direito e da política, é inequivocamente procedimental, sem perder de vista, todavia, certos pressupostos conteudísticos indispensáveis para a efetivação da democracia. Difere, pois, tanto da proposta liberal de Estado - que visa garantir uma sociedade livre, regulada tão-somente pelo mercado, lastreada nas liberdades privadas, e que entende o processo democrático de formação da vontade enquanto resultado de acertos entre interesses particulares a partir de regras definidoras da transparência, honestidade e respeitadoras dos direitos individuais fundamentais -, quanto da perspectiva republicana - que vê na figura do Estado um ente catalisador e institucionalizador de uma comunidade ética, composta pela união de

certos valores que se vêm revelados mediante o processo democrático de deliberação.

Com base na sua concepção de razão discursiva, HABERMAS reconstrói uma posição teórica a partir das duas posições polarizadas acima apontadas, a qual, ao mesmo tempo em que refuta a exclusividade dos direitos humanos como elemento regulador do processo de formação da vontade, afasta o assentamento único da noção de soberania popular como substrato ético comum de determinada comunidade política. E o conteúdo normativo das regras de discurso e formas de argumentação é que surgem com importância suprema, haurindo sua substância do supedâneo de validade das ações orientadas para o busca da compreensão.

A teoria habermasiana desenvolve-se com o reconhecimento de existência de uma plêiade de processos comunicacionais, que compreendem tanto o parlamentar quanto outros espaços informais da esfera pública igualmente legítimos, onde se desenvolvem as atividades democráticas de formação da opinião. O Direito torna-se a via pela qual o poder comunicativo gerado nestas diversas *agoras* é convertido em poder administrativo, aplicável pelo Estado Democrático. E essa conversão, que é uma saudável conquista e a maior virtude da democracia, ocorre, necessariamente, com a observância de regras procedimentais garantidoras de sua validade e legitimidade.

A legitimação da ordem política é indispensável para qualquer sistema que pretende a lealdade e o apoio de, ao menos, parte de seus componentes, como condição necessária à sua própria manutenção. Segundo HABERMAS, a legitimação é a própria tentativa de se validar o reconhecimento, a aceitação e a adesão (cumprimento) dos mandamentos produzidos por meio da demonstração da habilidade das instituições para concretizar e preservar, com o exercício do poder político, aqueles valores que são vitais para a continuidade da comunidade política. Ao mesmo tempo, a dimensão informal do processo deliberativo democrático, conquanto represente o próprio ideal da participação democrática efetiva, requer uma configuração institucionalizada de direitos fundamentais que constituem a condição de possibilidade para o exercício do debate argumentativo; nomeadamente, os direitos de comunicação e participação, mas, igualmente, direitos de natureza conteudística, como o acesso à educação, à alimentação e à

saúde, que, obviamente antecedem a própria possibilidade fática de expressão política livre e igual.

Nesse sentido, apenas a Constituição tem o condão de assegurar as condições necessárias à realização e atuação espontânea da esfera pública, racionalmente comunicativa, pluralista e anarquicamente organizada, servindo o Direito - e o regime democrático - desta forma, como elemento factual e normativo, configurador do espaço comunicacional. Ou seja, o sistema de direitos, materializados na Constituição, cuja conformação concreta depende do regime democrático, tem como função estabelecer as condições mínimas indispensáveis para a institucionalização dos processos discursivos pretendidos. Os direitos humanos fundamentais cumprem, destarte, o papel indispensável de satisfação das condições necessárias para o exercício da liberdade de comunicação, tornando a soberania popular legalmente possível, sem, contudo, se tornar em um fator condicionador. Não pode ser confundida uma limitação com aquilo que é uma condição de possibilidade²³. É nesse sentido que HABERMAS propõe a *mediação* entre os princípios da soberania popular e dos direitos fundamentais.

No atinente à legitimidade do direito, HABERMAS rejeita a posição legalista do positivismo jurídico, que a vincula à observância dos procedimentos legais estabelecidos previamente para sua elaboração. Ao mesmo tempo, o direito natural e as concepções *a priori* – como visto no caso do imperativo categórico de KANT – são igualmente rejeitadas em prol de uma defesa firme da democracia radical, isto é, em que a única premissa anterior à autodeterminação dos indivíduos de uma comunidade política é o princípio do discurso. A concepção de HABERMAS proclama que a legitimidade do Direito é baseada em uma racionalidade imanente ao próprio Direito, não obstante se reconheça que tal racionalidade é aberta às vicissitudes e dimensões próprias da razão comunicativa, que excedem o “meio” legal.

Servindo-se da dicotomia realizada por KANT, entre a autonomia individual associada à moralidade e a noção coletiva de autodeterminação identificada com o contratualismo, HABERMAS procede a uma composição não-

hierarquizada de dois princípios complementares entre si: democracia e moralidade discursiva. Neste desenho, o princípio do discurso racional situa-se em um patamar mais genérico, aplicável a toda e qualquer norma, seja ela de natureza moral, aferida pela universalizabilidade do preceito (Princípio <U>), seja ela de natureza legal, que recebe a chancela de legitimidade pelo princípio da democracia, pelo qual são assentados os procedimentos gerais para a produção normativa.

Essa é a ponte teórica que HABERMAS lança para a afirmação de um *sistema de direitos*²⁴ que não se reduz a uma leitura moral dos direitos humanos individuais (liberais) por si só, nem tampouco a uma leitura ética da soberania popular (republicanos), conciliando, a um só tempo, a autonomia privada dos indivíduos com sua autonomia política pública. A perspectiva habermasiana a respeito da legitimação do direito estabelece uma relação direta com a força de integração social da ação comunicacional, que requer a presença de um sistema de direitos institucionalizado, de tal forma que o produto daquela – como visto, nas diversas formas de realização da razão discursiva, formais ou anarquicamente organizadas – possa vir a ser efetivado perante a própria esfera legal da comunidade política. Um sistema de direitos é decorrência lógica da institucionalização pelo princípio democrático do processo de formação de opinião e vontade política, em que cada pessoa tenha assegurada tanto sua posição igualitária como participante da discussão política, como sua liberdade comunicacional. Assim, esclarece HABERMAS, enquanto no plano moral a argumentação correlata se constitui e opera em um nível interior, o princípio democrático enseja uma forma externa de argumentação, que é institucionalizada e legalmente garantida, assegurando a participação política efetiva de todos os envolvidos na discussão e na formação da vontade coletiva.

A efetividade da aplicação das normas produzidas dentro de uma concepção procedimentalista de democracia, ao mesmo tempo em que reconhece a necessidade de existência de um *meio* que possa servir de ponte para a transformação do poder comunicativo dos indivíduos em poder administrativo, também não ignora que a efetividade das leis requer a instituição de um poder

²³ HABERMAS, Jürgen, *The Inclusion...*, p. 259

político centralizado que possa fazer valer os comandos contidos nas decisões políticas convertidas em mandamentos legais.

Em *Between Facts and Norms*, HABERMAS afirma sua proposta de composição das concepções liberal e comunitária, destacando, como condição de possibilidade, a construção necessária de uma base de princípios do Estado Constitucional, que envolve tanto o estabelecimento da garantia das condições necessárias para a geração do poder comunicacional, quanto seu exercício. Ao fazer isso, alcança o autor sua meta de definir um critério de legitimação do direito a partir de sua origem, o poder comunicacional, e a conversão deste em poder administrativo.

O pensamento desenvolvido por HABERMAS identifica a força da ação comunicacional com a formação da vontade e da opinião públicas num ambiente discursivo racional, que deságua em um processo de produção normativa compreensivo de um amplo espaço para o debate, da perseguição do entendimento mútuo, da transferência de conhecimento e da “barganha”, no sentido de se negociar posições previamente antagônicas.

O estabelecimento de certos princípios no Estado Constitucional²⁵ garante a possibilidade de nascimento de um processo pelo qual os indivíduos de uma comunidade política podem vir a se governar autonomamente, ponto a partir do

²⁴ *Between Facts and Norms*, p. 104

²⁵ A natureza destes princípios garantidores da realização do discurso livre e igual entre os membros da comunidade enseja grandes debates no pensamento constitucional contemporâneo. É assaz conhecida a discussão travada entre John Hart Ely (*Democracy and Distrust*) e Laurence Tribe (*Constitutional Choice*) a este respeito. Para Ely, o papel das Cortes Constitucionais se restringiria à guarda dos postulados garantidores da legitimidade do processo político, que, segundo este autor, têm natureza essencialmente procedimental, cumprindo à atividade legislativa da representação democrática a fixação dos valores substanciais da Constituição. Já para Tribe, esta linha divisória entre a natureza procedimental e substantiva dos preceitos constitucionais não são tão bem definidas; ao contrário, defende o autor que a plena realização do processo político legítimo não prescinde de concepções valorativas abrangentes da sociedade, sendo que as regras pertinentes ao processo político são indissociáveis do aspecto substantivo do texto constitucional, refletindo a própria noção acerca do papel do Estado perante os cidadãos, em particular no que respeita à proteção da dignidade humana. Até mesmo porque as proteções e garantias de natureza manifestamente conteudística, como o acesso à educação fundamental e a liberdade de expressão, *inter alia*, não podem ser descoladas da discussão acerca da legitimidade do processo político como um todo. Da mesma forma se posiciona Joshua Cohen, em seu texto “*Procedure and Substance*”, publicado na obra *Democracy and Difference – Contesting the Boundaries of the Political*, Seyla Benhabib (ed.), Princeton: Princeton Press, 1996, ps. 95-119. Para uma análise detalhada do embate teórico entre Ely e Tribe, leia-se interessante artigo de Daniel Cahlman de Miranda, *Uma Perspectiva de Jurisdição Constitucional: Democracy and Distrust*, Arquivos do Ministério da Justiça, Ano 49, nº187, p. 167-182, jan./jun. 1996

qual se instala a democracia procedimental. E a pretensão maior de um modelo procedimental democrático é pavimentar o campo necessário para o possível engajamento de todos os cidadãos envolvidos e interessados em um processo de debate argumentativo que possa eventualmente promover a transformação das preferências políticas ou reafirmá-las, ponderando-se, sincera e seriamente, as posições divergentes ou contrárias de outros e filtrando as preferências irracionais ou moralmente repulsivas de uma forma não excessivamente paternalista.

É pertinente ilustrar a presente discussão com uma lúcida passagem de excelente artigo da lavra da Prof. DENISE MENDES, já anteriormente referido, onde assevera a autora, ao comparar o pensamento de HANNAH ARENDT e HABERMAS, dentro do paradigma da ação comunicativa, que:

“(...) a abertura do espaço para a discussão pública, que permite o encontro entre as diferenças de opiniões e identidades de cada cidadão e a superação da extrema insuficiência do voto anônimo e individual, conduzido exclusivamente pelas convicções íntimas de cada um. A solução comum e as opiniões públicas só podem ser legitimamente construídas quando resultantes desse amplo processo”²⁶.

No capítulo que se segue, ver-se-á, pois, com maior profundidade no plano prático, os benefícios que, sob o ponto de vista da construção do entendimento comum e da melhor decisão possível em face da pluralidade e da complexidade das sociedades atuais, o processo deliberativo ousa proporcionar.

²⁶ Op. cit., p. 91