

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

JULIANA MONGON PETRONI

DEMOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO: o debate entre Habermas e
Michelman.

São Paulo
2015

JULIANA MONGON PETRONI

DEMOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO: o debate entre Habermas e
Michelman.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-
Graduação *stricto sensu* da Universidade
Presbiteriana Mackenzie, como requisito parcial à
obtenção do título de Mestre em Direito.

ORIENTADOR: Prof. Dr. Hécio Ribeiro.

São Paulo
2015

P497d Petroni, Juliana Mongon

Democracia e constitucionalismo: o debate entre Habermas e Michelman.
/ Juliana Mongon Petroni. – 2015.

92 f.; 30 cm

Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Universidade
Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2015.

Orientador: Hécio Ribeiro

Bibliografia: f. 89-92

1. Democracia. 2. Constitucionalismo. 3. Paradoxo. 4. Pré-compromisso.
5. Autogoverno. I. Título

CDDir 323.5

JULIANA MONGON PETRONI

DEMOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO: o debate entre Habermas e
Michelman

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa
de Pós-Graduação stricto sensu da Universidade
Presbiteriana Mackenzie, como requisito parcial
para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Hécio Ribeiro

Aprovada em 18 de agosto de 2015.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Hécio Ribeiro
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Prof. Dr. José de Resende Junior
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Profª. Dra. Margareth Anne Leister
Centro Universitário FIEO

Aos meus pais, pelo carinho e colaboração ao longo deste trabalho.

Aos meus irmãos Fernanda e Maurício, companheiros dos bons e maus momentos.

Aos meus sobrinhos Leonardo e Lara, motivo de sorrisos imotivados.

Ao Caio, meu marido e melhor amigo, por acreditar em mim, me incentivar e por estar sempre ao meu lado em todos os meus projetos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao professor Hécio Ribeiro pela seriedade e coordenação do presente trabalho, exemplo de professor e de ser humano, pelo brilhantismo e capacidade ímpar.

Aos professores Monica Herman Caggiano e Cláudio Lembo que me despertaram interesse e paixão pelo tema.

Aos professores José de Resende Junior, Daniel Damasio Borges e Margareth Anne Leister, pelas preciosas sugestões que em muito contribuíram ao desenvolvimento e aprimoramento deste trabalho.

“(...) temos o ideal de não violência: jamais esqueci o ensinamento de Karl Popper segundo o qual o que distingue essencialmente um governo democrático de um não democrático é que apenas no primeiro os cidadãos podem livrar-se de seus governantes sem derramamento de sangue. As tão frequentemente ridicularizadas regras formais da democracia introduziram pela primeira vez na história as técnicas de convivência, destinadas a resolver os conflitos sociais sem o recurso à violência. Apenas onde essas regras são respeitadas o adversário não é mais um inimigo (que deve ser destruído), mas um opositor que amanhã poderá ocupar nosso lugar”. (Norberto Bobbio)

RESUMO

O presente estudo tem como proposta apresentar e discutir questões relacionadas à aparente relação paradoxal entre democracia e constitucionalismo demonstrada por Frank Michelman. Com base no pensamento de Post (“democracia procedimental”) e de Dworkin (“democracia como direito”), Michelman busca demonstrar o que denomina de “paradoxo da democracia constitucional”, i.e., por um lado, na visão procedimental, afirma-se que não haverá democracia se o conteúdo da lei básica não puder ser decidido pelo povo e, por outro, busca-se retirar do processo político decisório parte do conteúdo de um regime democrático. Tais estudos de Michelman trouxeram um grande efeito na doutrina constitucional e implicaram o pronunciamento de Jünger Habermas, o qual, ao analisar as principais ideias apresentadas por Michelman, demonstrou que, na verdade, tratam-se de noções complementares, e não de um paradoxo. Este interessante debate entre Habermas e Michelman traz um enorme impacto para as democracias que, instituídas por meio de uma Constituição, estabelecem limites à soberania popular, os quais, segundo Michelman, seriam antidemocráticos, um paradoxo.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia. Constitucionalismo. Paradoxo. Pré-compromisso. Autogoverno.

ABSTRACT

The proposal of this study is to present and discuss issues related to the apparent paradox of constitutional democracy demonstrated by Frank Michelman. Based on Post's ("procedural democracy") and Dworkin's ("democracy as a right") ideas, Michelman seeks to demonstrate the "paradox of constitutional democracy", i.e., on the one hand, for the procedural view, it is stated that there won't be a democracy if the contents of the basic law can not be decided by the people and, second, it seeks to withdraw from the political decision-making process the content of a democratic regime. Those Michelman's studies brought a huge impact on constitutional doctrine and made Jünger Habermas pronounce himself about this issue. Habermas, analyzed the main ideas presented by Michelman and demonstrated that, in fact, these are complementary notions, not a paradox. This interesting debate between Habermas and Michelman brought a big impact for democracies that, created by a Constitution, established limits on popular sovereignty, which, according to Michelman, would be undemocratic, a paradox.

KEY-WORDS: Democracy. Constitutionalism. Paradox. Precommitment. Self-government.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. DEMOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO: UM PARADOXO PARA MICHELMAN	16
1.1. A RELAÇÃO PARADOXAL ENTRE CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA NA VISÃO DE MICHELMAN.....	18
1.2. DEMOCRACIA SEGUNDO BRENNAN: NA PERSPECTIVA DE MICHELMAN.....	30
2. DEMOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO: AUSÊNCIA DE PARADOXO, SEGUNDO HABERMAS	34
2.1. O REPUBLICANISMO DE MICHELMAN PERSONIFICADO EM BRENNAN, NA ANÁLISE DE HABERMAS.....	34
2.2. A AUSÊNCIA DE PARADOXO NA RELAÇÃO ENTRE ESTADO DE DIREITO E DEMOCRACIA, NA VISÃO DE HABERMAS.....	38
3. DEMOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO: UM PARADOXO OU UMA RELAÇÃO COMPLEMENTAR?	59
CONCLUSÃO	77
BIBLIOGRAFIA	89

INTRODUÇÃO

A ideia de Constituição advém das postulações liberais que influenciaram as Revoluções Francesa e Americana do século XVIII com o escopo de limitar o poder a fim de proteger as liberdades. Diversamente desta concepção, a visão republicana visa a uma maior atuação do Estado e enxerga nele o principal elemento de coesão da sociedade. Michelman, conforme será explicado ao longo desta dissertação de mestrado, é adepto desta posição e desenvolve sua teoria enraizado em seu ideal republicano.

A preservação da liberdade sempre foi um tema fortemente debatido pela humanidade. Aliás, Aristóteles (2000, p. 146) justificava essa busca pelo fato de o homem ser um ser essencialmente sociável e político – um “zoon politikon” – e ao longo de sua existência experimentou diversas formas de convívio. Uma delas é a democracia, que parece ter melhor atendido às suas necessidades.

Conceituar democracia, no entanto, não é tarefa fácil. Democracia, conforme ressalta VILAS BÔAS FILHO (2013, p. 651-696), possui significados díspares e, por vezes, contraditórios. Para ele, a referência à democracia e o consenso sobre as suas virtudes parecem fundamentar o sistema simbólico de legitimação do poder político e do direito.

Em uma interessante incursão histórica, Vilas Bôas Filho demonstra a sua indeterminação e complexidade conceitual. Isto, para o autor, pode implicar a corrosão de sua capacidade legitimatória. Com base nas significativas mutações da sociedade contemporânea, explica a necessidade de uma abordagem histórica para a clarificação de seus conceitos.

Tendo em vista a necessidade de um recorte teórico e metodológico para a delimitação do tema desta dissertação de mestrado, não se pretende aprofundar em demasia esta questão, pois envolveria diversos outros autores e extrapolaria o seu escopo que consiste no debate sobre a relação entre constitucionalismo e democracia entre Habermas e Michelman. Desta forma, optou-se por cotejar os conceitos estudados por estes dois autores.

Além das duas concepções de democracia supra citadas, quais sejam: a liberal e a republicana, Jürgen Habermas desenvolve a sua teoria da democracia deliberativa. Segundo o filósofo alemão, para a primeira posição o processo democrático deve programar o Estado para que se volte ao interesse da sociedade; já o modelo republicano propõe uma auto-organização da sociedade por acordo dos cidadãos. A crítica feita pelo frankfurtiano é que este modelo, além de idealista, torna o processo democrático dependente das virtudes de cidadãos voltados ao bem comum. Desta maneira, propõe uma nova fórmula: a democracia

deliberativa, a qual se relaciona à concepção procedimentalista e à sua teoria do discurso (que assimila elementos de ambos os lados e os integra no conceito de um procedimento ideal para a deliberação e a tomada de decisão).

O constitucionalismo democrático traz a ideia da elaboração pelo próprio povo das normas que regularão sua vida em sociedade. Porém, Habermas questiona o elitismo democrático, em que a participação do cidadão se faz apenas no momento da escolha de seus representantes (que seriam a elite apta a governar), e afirma que isto gerou um descrédito do sistema representativo, juntamente com o afastamento do cidadão das decisões e uma crescente apatia política das sociedades na atualidade.

Há, no entanto, um verdadeiro conflito na doutrina quanto à relação entre constitucionalismo e democracia e o foco deste trabalho se voltará justamente ao debate teórico ocorrido entre Michelman e Habermas, essencial para a compreensão do constitucionalismo brasileiro, haja vista a redemocratização do Brasil, após um longo período autoritário, ter se dado, justamente, por meio da Constituição Federal de 1988, a qual trouxe, em seu preâmbulo, a imposição de um Estado Democrático de Direito.

Michelman demonstra o que denomina de “paradoxo da democracia constitucional” por meio da comparação entre o pensamento de dois autores, quais sejam: Post (democracia procedimental) e de Dworkin (democracia como direito). Por um lado, na visão procedimental, afirma-se que não haverá democracia se o conteúdo da lei básica não puder ser decidido pelo povo e, por outro, busca-se retirar do processo político decisório parte do conteúdo de um regime democrático.

O autor norte-americano critica o procedimentalismo de Post, para o qual o povo deve ter acesso irrestrito ao processo deliberativo e, para que efetivamente haja um autogoverno, entende necessária a ampliação do espaço do discurso público para que todos possam participar legitimamente da elaboração das leis básicas. O problema que ele vislumbra nesta teoria é que a abertura do processo decisório poderia implicar a violação dos direitos fundamentais e, inclusive, propiciar decisões tirânicas. Por outro lado, o constitucionalismo substancialista de Dworkin traz a ideia de que o indivíduo é agente da soberania popular, mas alguns direitos devem ser retirados do processo político decisório. Para Michelman, isto parece demonstrar um verdadeiro paradoxo, já que excluiria parcela da soberania popular.

Diante desta constatação de Michelman, questiona-se se há, de fato, um paradoxo na democracia constitucional ou uma postura antidemocrática da Constituição.

Habermas discorda da existência desse paradoxo e tenta esclarecer que as posições

levantadas por Michelman, na verdade, não se contrapõem, mas se complementam.

Diante do debate entre Michelman e Habermas, pretende-se, na presente dissertação, expor e analisar as principais obras e ideias desenvolvidas por estes quanto à existência ou não de uma relação paradoxal entre a democracia e constitucionalismo. Esse diálogo se mostra fundamental, pois discute, justamente, a base do sistema jurídico atual, que se desenvolveu por meio de um processo histórico de conquista de direitos, os quais foram estampados e assegurados no documento considerado mais importante e que representa um verdadeiro compromisso de um país com a democracia e a ruptura com o sistema anterior. Este documento, no caso brasileiro, representou o rompimento definitivo com o regime ditatorial anteriormente existente.

A Constituição foi estabelecida como norma ordenadora da sociedade e se impôs como uma manifestação da soberania popular e do poder constituinte.

O constitucionalismo, até então visto como protetor da democracia por possibilitar uma maior participação popular como um prévio compromisso (o qual pode ser reafirmado e corrigido pelas próximas gerações com a alteração ou inovação legislativa), passa a ser questionado por Michelman.

Defende-se que um procedimento de decisão política é considerado democrático caso haja a participação com relações apropriadas de igualdade, independência, liberdade e segurança.

Michelman traz novas reflexões, em especial em seu livro “Brennan and Democracy”, objeto de estudo desta dissertação. Tal obra foi objeto de análise por Habermas, o qual buscou demonstrar, por meio de seu “Constitutional Democracy: A Paradoxical Union of Contradictory Principles?”, que Michelman usa a figura de Brennan para exemplificar o papel de um “juiz responsivo”, o qual qualifica como “democraticamente acima de qualquer suspeita” para interpretar a Constituição e entende que a interação com o público supostamente contribui para a legitimação democrática das decisões de um juiz constitucional que não tenha sido democraticamente legitimado ou não suficientemente legitimado.

O filósofo alemão assevera que para verificar como esse modelo pode auxiliar a resolver o alegado paradoxo seria preciso analisar em detalhe, por um lado, o papel cognitivo desempenhado pelo discurso persuasivo como um meio de ampliar a esfera pública legal para a prática da Corte e, por outro lado, a contribuição funcional que tal discurso supostamente deve ter para a aceitação social da decisão.

No entanto, Habermas busca demonstrar que talvez razões pragmáticas e circunstâncias históricas sejam mais decisivas para determinar como a tarefa de supervisão judicial é melhor estabelecida num determinado contexto. Tais possibilidades institucionais devem ser avaliadas à luz dos princípios da soberania popular e constitucionalismo, mas explica que a constelação e interação desses princípios não fornecem respostas prontas.

Michelman chega ao seu modelo de juiz “responsivo”, debatendo contra essencialmente três posições: representadas por Ronald Dworkin, Robert Post e Habermas. Contudo, este último, com base em sua teoria do discurso, tenta demonstrar que essas três posições, na verdade, “emergem uma da outra” em boa forma dialética. Para tanto, mostra que na teoria do professor norte-americano há um problema de fundo conceitual em razão de seu ideal republicano. Por isso a importância de sua análise quanto às concepções liberal, republicana e deliberativa.

Com base no debate sobre a relação entre democracia e constitucionalismo existente nos Estados Unidos da América, em especial sobre a legitimidade da revisão judicial exercida pela Suprema Corte, Habermas mostra uma certa contradição no pensamento republicano (ao qual Michelman se filia). Estes, convencidos de que “todo governo é pelo povo” reagem ao poder da elite de especialistas jurídicos para anular as decisões de um legislador democraticamente eleito, embora esses especialistas em si não são legitimados por uma maioria democrática, mas apenas podem invocar a sua competência técnica na interpretação constitucional. Para o filósofo de Frankfurt, Michelman enxerga essa problemática personificada no juiz William J. Brennan.

Na visão de Habermas, Michelman, quando emprega o pragmatismo americano para descrever Brennan como um modelo de republicanismo contemporâneo, traz uma questão a ser analisada: quando um democrata com esta mentalidade, no papel de um magistrado da Suprema Corte altamente ativista, não hesita em fazer uso extensivo do instrumento duvidoso da supervisão judicial, então talvez a jurisprudência que ele moldou expõe o segredo de como se pode combinar o princípio da soberania popular com o constitucionalismo.

Habermas entende que uma reflexão sobre a dimensão histórica de realização do projeto constitucional pode, talvez, invalidar a objeção plausível em face da interpretação teórica discursiva da autoconstituição democrática do Estado constitucional. Mas, não foi demonstrado como os princípios do Estado de Direito encontrados na Constituição são inerentes à democracia em si. Para demonstrar que a democracia e constitucionalismo não

estão numa relação paradoxal, explica em que sentido os direitos fundamentais em sua totalidade (e não apenas os direitos políticos) são constitutivos para o processo de autorregulamentação.

O frankfurtiano argumenta que a relação supostamente paradoxal entre democracia e Estado de Direito é resolvida na dimensão do tempo histórico, desde que se conceba a Constituição como um projeto que torna o ato de fundação em um processo contínuo de elaboração que permanece ao longo de gerações.

Propõe, então, a conciliação entre constitucionalismo e democracia por meio de sua teoria do discurso, em que a virada linguística permite vislumbrar o Direito e a política como um processo discursivo intersubjetivo. Demonstra a relação de complementaridade entre autonomia privada e pública, em que transparece a interdependência do constitucionalismo e democracia. Desenvolve, ainda, a sua principal ideia, qual seja: a “cooriginariedade”, em que os direitos individuais e os direitos políticos são igualmente originais e um é pressuposto do outro para o exercício de ambos os direitos, e, com isso, consegue conciliar a concepção procedimentalista de soberania popular com os direitos humanos e, também, superar o conflito entre o princípio da maioria e os direitos da minoria.

Aliás, neste ponto, é relevante a análise da questão do autogoverno. Ao povo foi conferido o poder de se autolegislar, mas, numa fórmula democrática em que prevalece a vontade da maioria, não seria viável o verdadeiro autogoverno de todos, pois a opinião divergente da minoria não seria capaz de influenciar o resultado final da decisão política. Logo, esta minoria teria que se submeter, mesmo contrariada, às normas estabelecidas por aquela.

Michelman traz uma importante opinião sobre o ativismo judicial e o papel do Poder Judiciário quanto à efetivação dos interesses das minorias, bem como a sua conciliação com a democracia. Discute o autor sobre a possibilidade de o autogoverno ser exercido, em uma democracia, a partir do Judiciário no momento da interpretação da lei constitucional.

Diante disto, cabe questionarmos se o autogoverno exercido pelo juiz poderia vir a fragilizar o próprio princípio da soberania popular a ponto de gerar um desequilíbrio na relação entre constitucionalismo e democracia, ou mesmo se esta seria uma postura aristocrática de Michelman, pois, ao retirar o autogoverno do povo e defender a possibilidade do autogoverno por meio do Poder Judiciário quando da interpretação da norma constitucional (conforme exemplifica por meio do juiz Brennan), parece não confiar no povo e busca conceder o autogoverno àquele que entende ser mais capacitado (no caso, o Poder

Judiciário). Essa questão do ativismo judicial, no entanto, será tratada apenas de maneira periférica neste trabalho, dado que uma análise pormenorizada escaparia ao escopo do tema central desta dissertação, que é delimitado na relação entre a democracia e o constitucionalismo com base no diálogo entre Habermas e Michelman.

Embora reconheça-se que o poder pertence ao povo, em uma democracia constitucional a soberania popular é limitada, isto é, parcela do conteúdo disposto na Constituição não pode ser deliberado democraticamente.

O problema levantado por Michelman e Habermas contribui justamente para tentarmos verificar se essa limitação à soberania popular imposta pela Constituição seria ou não antidemocrática.

A fim de obter o resultado acima estabelecido, utilizar-se-á na pesquisa principalmente o método analítico-dialético, buscando-se, através do estudo e avaliação das informações disponíveis, explicar o diálogo entre Michelman e Habermas. Como técnica de coleta de dados para a pesquisa, pode-se fixar a bibliográfica e documental, com consulta de doutrinas internacionais e nacionais que propiciam o aprofundamento do debate, além de publicações em revistas digitais e impressas que auxiliam verificar a repercussão dessas teorias na organização social.

A fim de facilitar o estudo e compreensão do presente trabalho, este foi dividido em três partes: Na primeira serão abordados os conceitos e os argumentos de Michelman sobre a existência de um paradoxo entre constitucionalismo e democracia. Em seguida, na segunda parte, serão expostos os principais argumentos de Habermas quanto à relação entre democracia e constitucionalismo. Por fim, na terceira parte, serão cotejados os principais entendimentos dos dois constitucionalistas, bem como serão trazidas algumas críticas relevantes de outros estudiosos, como Rosenfeld e Ferrara, sobre o debate entre os autores em questão com o escopo de averiguar se a proposta de Habermas traz, de fato, uma solução para o paradoxo descrito por Michelman.

1. DEMOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO: UM PARADOXO PARA MICHELMAN

Ao refletimos sobre o tema “democracia constitucional”, devemos questionar, primeiramente, o objetivo da democracia, bem como por que devemos nos preocupar com a criação e estabelecimento de um regime democrático no país, qual a maneira adequada para assegurar que as tomadas de decisão sejam democráticas e até onde esta garantia se mantém democrática, ou melhor, se existem limites aos pré-compromissos firmados pelo povo.

Frank Michelman (1999, p. 11) responde que, sem dúvida, nós nos preocupamos com a democracia, em parte, por razões de responsabilidade. Segundo o autor, queremos que os representantes do povo governem de acordo com os interesses do povo.

Para o autor norte-americano, se os que governam o povo exercerem o cargo em prol das maiorias populares, e se estes regimes eleitorais e de representação são voltados para uma reflexão justa dos interesses da população, então o governo provavelmente irá atender aos interesses dos governados. Assim, teremos um governo para o povo (MICHELMAN 1999, p. 11).

Abraham Lincoln, no discurso de Gettysbur, de 19 de novembro de 1863, definiu a democracia como *o governo do povo, pelo povo e para o povo*. Conforme Michelman (1999, p. 11), se Lincoln estava certo, os americanos se preocupam com a democracia por outro motivo também. Queremos que o governo seja pelas pessoas, bem como para elas. Para ele, pessoas que se autorrespeitam comandam as condições politicamente decidíveis de suas vidas. Eles, assim, percebem, no que diz respeito a essas condições, esse aspecto da dignidade humana e da liberdade que os filósofos às vezes chamam de “liberdade positiva”, e que mais comumente denominamos autogoverno. Nessa perspectiva, nós nos importamos com a democracia, então, porque nos importamos com as pessoas que governam a si mesmas.

A democracia, tida como o governo de todos, pode não ser capaz de assegurar, de fato, o autogoverno de todos. De acordo com Michelman (1999, p. 13), o que moralmente importa só pode ser o autogoverno – a liberdade, a dignidade – das pessoas. Autogoverno – o estado de viver sua própria vida sob sua própria direção – é um bem do ser humano, mas que não parece que um grupo ou comunidade possa tê-lo.

O autor reconhece que uma noção tão individualista de autogoverno político de todos possui problemas graves. Para o autor, talvez os indivíduos possam ser mais ou menos autogovernados em alguns departamentos da vida. Mas, questiona como todos podem conseguir ser autogovernados no campo da política (MICHELMAN 1999, p. 14-15).

Explica que a criação de leis é irredutivelmente uma atividade social e coletiva, em dois aspectos cruciais: primeiro, o que é criado como lei para um deve valer como lei para todos; em segundo lugar, nenhuma previsão legal irá realmente funcionar como uma lei – as pessoas não vão reconhecer e respeitar como tal – a menos que haja uma base suficiente de acordo social sobre a autoridade para elaborá-la (MICHELMAN, 1999, p. 14-15).

Em uma democracia, todos devem participar em pé de igualdade das discussões que antecedem aos votos. No entanto, sempre existirão votos vencidos.

Logo, Michelman (1999, p. 15-16) questiona sobre como todos se consideram autogovernando se há divergências de opiniões, sem chance real de que apenas um voto individual influencie no resultado, e como esta pessoa se autogoverna por meio de leis que possam ser revoltantes para ela. Esta seria, em sua visão, uma “Dificuldade Institucional”.

A causa da “Dificuldade Institucional”, para ele, é que alguém tem que fazer as leis, e os demais não podem fazê-las por si próprios de maneira individual (MICHELMAN 1999, p. 16).

No entanto, o Poder Judiciário, para o autor, poderá vir a sanar esta dificuldade, pois poderá supervisionar o processo legislativo ordinário para garantir que a democracia esteja, na prática, sendo exercida como um meio de autogoverno dos indivíduos (MICHELMAN, 1999, p. 16).

Diferentemente dos substancialistas (os quais vislumbram a Constituição como um meio de assegurar os direitos fundamentais e realizar os valores de uma sociedade, os quais poderão ser efetivados por meio do Poder Judiciário) e dos procedimentalistas (que afirmam como uma forma de proteger o procedimento democrático e entendem que ao intérprete constitucional não cabe a faculdade de aplicar princípios de justiça, mas apenas a fiscalização e a implementação das condições procedimentais de democracia), para Michelman o intérprete constitucional poderá exercer o próprio autogoverno e, assim, garantir a democracia.

A ideia do Estado de Direito está ligada ao ideal democrático e se sustenta em dois pilares: a lei e o juiz. Logo, faz-se mister a submissão do poder à lei, um sistema adequado e suficiente de tutela dos direitos fundamentais e o *due process of law*.

O constitucionalismo aparece como um movimento que inspirou Constituições escritas, que, com o *status* de lei suprema, “obrigam o Poder, cingindo o seu exercício a balizas e limites pré-determinados, resguardando, pois, os direitos humanos fundamentais de ações arbitrárias e, pelo cerceamento do poder abusivo, salvaguardando a liberdade

individual” (HERMAN-CAGGIANO, 1995, p. 12). A ideia seria a elaboração pelo próprio povo, verdadeiro detentor do poder, de regras pré-estabelecidas que regerão suas relações sociais e políticas como forma de assegurar a manutenção da paz social, dentre outros. Porém, com a criação de um elitismo democrático, cogita-se a existência de uma verdadeira crise do sistema representativo no mundo.

Ribeiro (2015, p. 01) explica que, na história das democracias na Europa e nos Estados Unidos, houve uma paulatina reforma do sistema eleitoral com o fortalecimento dos partidos de centro e restrição do sufrágio universal, até praticamente suprimi-lo, sob o argumento de que as maiorias desestabilizam o sistema. Tal realidade tem refletido em outros países, como no Brasil, conforme demonstram pesquisas ressaltadas pelo professor, as quais mostram uma queda no apoio popular dos brasileiros à democracia de 54% para 45%. Um dos sintomas desta crise, conforme ilustra Ribeiro, é o crescente número de candidatos que se apresentam como “não-políticos” ou “apartidários”.

Aliás, é de se ressaltar que a “crise do sistema democrático contemporâneo encontra seu espelho na própria Revolução Francesa, no discurso de Robespierre perante a Convenção, no qual ele se coloca em defesa da nação e da República, falando para o povo e em nome do povo, encarnando o próprio Estado”, e alerta que onde a justiça não reina serão as paixões dos magistrados que irão reinar (LEISTER, 2005, p. 73-74).

Diante dessa crise do sistema representativo, faz-se importante verificar a questão levantada por Michelman de como uma democracia constitucional seria capaz de assegurar um autogoverno político e se essa representa um verdadeiro paradoxo.

1.1. A RELAÇÃO PARADOXAL ENTRE CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA, NA VISÃO DE MICHELMAN

A democracia constitucional, para Michelman (1999, p. 04), é marcada por um paradoxo. Conforme o autor, a teoria constitucional busca harmonizar dois compromissos conflitantes: um para o ideal de governo limitado pela lei com o intuito de proteger os direitos fundamentais (“constitucionalismo”), o outro para o ideal de governo por ato do povo (“democracia”). Esta tensão apontada por ele tem origem, em verdade, no constitucionalismo.

Sabe-se que “democracia” é uma palavra polissêmica e que Michelman desenvolve sua teoria com base no ideal republicano, especificamente no aristocrático. Isto porque, segundo Robert Dahl (1989, p. 26-27), existem, ao menos, duas vertentes no republicanismo,

quais sejam: a aristocrática e a democrática. A primeira, por não confiar no povo, concede o poder àqueles que entende ser mais capacitados, já a segunda não confia em elites e atribui ao povo a responsabilidade de deliberar sobre assuntos considerados relevantes para a comunidade.

O estudo do republicanismo, portanto, se faz necessário para uma melhor compreensão do pensamento de Michelman sobre a democracia e o motivo do impacto desse conceito para a sua tese sobre o paradoxo da democracia constitucional. Adiante passar-se-á a explicar, em resumo, os diferentes pensamentos de alguns dos principais teóricos republicanos e, de antemão, com base na definição de republicanismo trazida por Dahl, poder-se-á verificar que o republicanismo de Michelman se enquadra como aristocrático, pois ele acredita na possibilidade do autogoverno por meio do Poder Judiciário quando da interpretação da norma constitucional, conforme será analisado neste capítulo. Na mesma vertente podem ser inseridos os ideais de Madison. Thomas Jefferson, por sua vez, é enquadrado no republicanismo democrático.

Para, logo no início, refletirmos sobre a crítica de Jürgen Habermas¹ sobre o pensamento de Michelman a respeito do paradoxo da democracia constitucional é importante deixar claro que o conceito de democracia utilizado em sua tese encontra base em ideal republicano. Habermas, então, aborda três concepções de democracia, quais sejam: a liberal, a republicana e a deliberativa. Para a primeira, o processo democrático deve programar o Estado para que se volte ao interesse da sociedade. O modelo republicano propõe uma auto-organização da sociedade por acordo dos cidadãos, mas, segundo o filósofo alemão, além de idealista, esse modelo torna o processo democrático dependente das virtudes de cidadãos voltados ao bem comum. Por último, a corrente deliberativa se relaciona à concepção procedimentalista e à sua teoria do discurso (que assimila elementos de ambos os lados e os integra no conceito de um procedimento ideal para a deliberação e a tomada de decisão).²

O paradoxo entre democracia e constitucionalismo, conforme explica Ribeiro (2015, p. 08), com base nas ideias de Vera Karam de Chueiri e Miguel G. Godoy, “nasce na própria tensão que já se dá no momento de elaboração da Constituição, ou seja, entre soberania e

¹ A fim de não confundir o leitor e por uma questão metodológica, as críticas de Habermas serão tratadas com maior profundidade no próximo capítulo.

² Neste contexto, para reforçar os conceitos de liberalismo e republicanismo aqui expostos, Bresser Pereira (2009, p. 170) explicita que tratam-se de ideias opostas, uma vez que o primeiro traz uma liberdade negativa, que opõe o cidadão ao Estado; já o segundo vislumbra uma liberdade positiva, a qual obriga o Estado a agir. Ou melhor, o liberalismo busca a limitação do papel do Estado; diferentemente do republicanismo que visa a uma atuação mais proativa do Estado.

poder constituinte. O paradoxo decorre do fato de que o poder constituinte é em si mesmo democrático pois expressa a vontade popular e a Constituição limita esse poder”.

Thomas Jefferson (1964, p. 118) parece ter reconhecido a existência dessa tensão e entendeu que, para atingir ideais democráticos, a Constituição, emanada diretamente do povo, não poderia ser perpétua. O objetivo de Jefferson era que a Constituição fosse capaz de se adequar ao seu tempo. Logo, deveria possibilitar reformas e emendas, pois, já que cada geração é independente da que a precedeu, deve ter direito de escolher a forma de governo que se amolde às atuais circunstâncias. O autor traz, então, um curioso prazo de dezenove ou vinte anos para que haja uma oportunidade solene de serem estabelecidos na Constituição reparos periódicos, de geração a geração.

Essa questão sobre a possibilidade de uma geração submeter suas leis às gerações futuras e a auto-vinculação de um indivíduo ou nação é relevante para um maior aprofundamento do debate sobre a ideia da relação paradoxal entre democracia e constitucionalismo e traz reflexos no estudo sobre a legitimidade para a criação de uma nova ordem constitucional, conforme será visto oportunamente. Neste ponto, Holmes (1999, p. 195-240) faz um interessante relato histórico das principais ideias de Thomas Jefferson, Tom Paine e James Madison desenvolvidas sobre esse tema e demonstra uma certa contradição desde o século XVIII na teoria republicana (a qual Michelman se filia).

Segundo afirma Holmes (1999, p. 197-212), pela ficção do contrato social, supunha-se o consenso dos pais para vincular os filhos. Entretanto, os republicanos em geral entendiam que uma geração fundadora não poderia condicionar seus sucessores a uma norma constitucional fixa. Aliás, na Declaração de Independência, Jefferson defendeu o mesmo princípio, qual seja, o de que o povo possui o direito de alterar e abolir uma forma de governo que se tornou destrutiva da vida, da liberdade e da busca da felicidade.

A ideia predominante no final do século XVIII era a de que uma geração não poderia impor suas leis às gerações futuras. Paine atacou o pré-compromisso constitucional e afirmou que cada geração deve ser livre para decidir assim como as que as precederem foram. Entendia que o sistema constitucional herdado era imoral e violava a justiça natural. No entanto, Holmes observa que essa posição de Paine provém de sua concepção de democracia, pois, para ele, esta é uma guerra contra o passado, contra a ostentação do antigo regime.

Jefferson se demonstrou um constitucionalista inconstante, pois, embora tenha afirmado que a Constituição é uma condição da liberdade de ação do povo ou da maioria (e não meramente uma restrição ao seu governo), apoiou as limitações constitucionais ao poder e

escreveu que a segurança do povo está na posse de uma Constituição escrita, em outro momento passou a repudiar a ideia de pré-compromisso constitucional e afirmou que uma geração não poderia vincular a outra (HOLMES, 1999, p. 200-205).

Um dos principais argumentos do constitucionalismo é baseado nas ideias de Madison (1993, p. 343). Este entendia que a Constituição tem um caráter criativo (quanto à criação e organização das regras de exercício do poder político), mas também restritivo, pois deve limitar o autogoverno popular a fim de salvaguardar os direitos fundamentais e assegurar a estabilidade política.

Diferentemente de Jefferson, Madison pregava que deveriam ser retirados do debate político alguns temas para evitar que o povo, motivado por paixões ou interesses diversos, prejudique a paz social e o interesse da comunidade política. Madison (1993, p. 311-312) entende que é legítimo e compatível com a república a existência de um meio constitucional sempre existente para consultar a vontade popular no caso de ocasiões importantes e extraordinárias, como no caso de reter os diferentes poderes nos seus limites constitucionais.

No entanto, Madison (1993, p. 311-312) não concordava com a consulta frequente ao povo, pois, entendia que não seria eficiente nem eficaz. Além de asseverar que haveria a possibilidade de conluio entre dois poderes contra o terceiro e temer especialmente o Poder Legislativo (principalmente em razão de ter mais força social, bem como por possuir uma maior quantidade de membros do que os demais poderes), asseverava que o apelo frequente à decisão popular caracterizaria um defeito do governo, o que poderia o privar de adquirir a estabilidade que precisa, e, também, poderia comprometer a tranquilidade pública pelo estímulo excessivo das paixões públicas e, ainda, não corresponderia ao intento de manter o equilíbrio constitucional no governo. Para ele, a estabilidade do governo seria a condição de liberdade para os cidadãos.

A ideia de perpetuidade, para Jefferson, seria moralmente repugnante e associada à perpetuação da servidão e dos monopólios, logo, nenhuma sociedade poderia fazer uma Constituição ou uma lei perpétua.

Holmes entende que a promessa de um indivíduo ou geração não pode obrigar outra, exceto se alguém herdar o patrimônio de outrem, caso em que também deverá herdar suas dívidas (até porque o princípio de que a propriedade se deve transferir com todas as suas obrigações data do estabelecimento dos direitos de proprietário). Dessa forma, conclui que os reis estavam obrigados pelas promessas e contratos de seus predecessores porque voluntariamente aceitaram o reinado que era inseparável dessas promessas.

Madison fez uma interessante crítica ao ataque de Jefferson ao pré-compromisso constitucional. Para ele, enquanto que uma promessa de um homem não poderia vincular diretamente os outros, indiretamente isso poderia ser feito por meio da propriedade herdada em conjunto com as suas obrigações. Nessa perspectiva, as restrições constitucionais poderiam assegurar a liberdade e corrigir erros passados. Para o autor, uma Constituição herdada possibilitaria a estabilização de uma democracia (como se fosse uma divisão de trabalho entre gerações). Madison justificava a possibilidade das obrigações financeiras serem transmitidas por herança para a próxima geração, pois estas receberam os seus benefícios. Logo, os pré-compromissos não escravizariam as futuras gerações, mas as libertariam.

Jefferson, conforme explica Holmes, relacionava a sua tese de governo dos vivos com uma ideia inverídica de gerações nascidas e mortas no mesmo dia. Contudo, essa tese se mostra falha, pois as gerações, na verdade, são sobrepostas e cada nova geração convive com a anterior, de forma que os vivos não teriam o direito de rejeitar em prazos fixos o legado do passado. Para Madison, não seria preciso o consentimento da nova geração em relação ao sistema constitucional anterior. Aliás, a ideia de governo dos vivos traz outro problema, pois as decisões do presente logo mais pertencerão ao passado.

Poucos teóricos notaram que a democracia e a soberania do presente dependem dos prévios compromissos firmados no passado. Holmes, ao fazer esta reflexão, entende que ao receber uma Constituição pré-estabelecida, um povo ata as suas próprias mãos, mas também se liberta. Uma assembleia constituinte pode vir a representar um privilégio em relação às próximas gerações que dela não participaram, uma vez que estabelece as regras fundamentais que deverão ser observadas pelo povo. Mas, os descendentes, mesmo pré-comprometidos com o passado, terão o poder de reformar o seu texto. O processo de criar uma Constituição, para o autor, permanece mesmo após a dissolução da referida assembleia, pois as gerações posteriores provavelmente terão um poder maior do que o daqueles dos autores originários, já que os sucessores não serão vítimas de um caos vivenciado em um dado momento histórico.

Holmes enxerga um paradoxo, mas não uma contradição entre os pré-compromissos constitucionais e a democracia. Uma geração anterior não pode impedir que a posterior venha a não querer mais a liberdade, por exemplo, mas esta incapacidade não implica que os predecessores não tenham direito ou razão para formar instituições pensando em dificultar decisões semelhantes. O pré-compromisso se justifica, para ele, porque, no lugar de simplesmente quitar opções, põe a sua disposição certas possibilidades que de outra maneira ficariam fora de alcance.

A fórmula de Paine e Jefferson, para Holmes, somente parece convincente em relações entre apenas duas gerações, pois uma perspectiva mais ampla modificaria essa equação. Por meio da Constituição, seus criadores se empenharam em estabelecer um governo popular apto a perdurar e procuraram vincular o mínimo possível a presente geração a fim de evitar que esta amarrasse totalmente os seus sucessores. De certo, os mortos não devem governar os vivos, mas podem auxiliar que estes se governem. Desta forma, Holmes defende os pré-compromissos constitucionais e afirma que tais compromissos permitem o exercício de atos democráticos pelas próximas gerações, as quais se sobrepõem de forma que a sucessora herda a dívida política da antecedente, de maneira semelhante a uma divisão de trabalho entre elas.

O constitucionalismo, diante desta ideia, não conflita com a democracia, uma vez que assegura e resguarda a possibilidade de maior participação do povo: as gerações passadas, presente e futuras, como um prévio compromisso. Tal compromisso é firmado por meio de leis e princípios, quando da constituição de um Estado, a fim de organizar os poderes dos governantes e garantir os direitos do povo, bem como para preservar o direito das futuras gerações de praticar atos democráticos em seu tempo.

Essas ideias se mostram relevantes para uma melhor compreensão do pensamento de Michelman, também inserido no republicanismo. Michelman entende também pela tensão entre democracia e constitucionalismo, mas a enfrenta sob uma outra ótica, qual seja: com base na relação entre democracia e revisão judicial.

O autor norte-americano assevera que o paradoxo da democracia constitucional assume várias formas. Em sua versão mais simples, a sua forma normal, a “democracia” parece significar o autogoverno do povo (as pessoas de um país decidindo por si mesmas os conteúdos decisivos e fundamentais das normas que organizam e regulam a sua comunidade política); já o “constitucionalismo” aparece como a contenção da tomada de decisão popular por meio de uma lei fundamental, qual seja, a Constituição (“law of lawmaking”), projetada para controlar os limites da elaboração das normas, bem como por quem e através de quais procedimentos. É, obviamente, uma parte essencial da noção de constitucionalismo que a lei fundamental deva ser intocável pela política majoritária que se destina a conter (MICHELMAN, 1999, p. 05-06).

Logo, pode-se afirmar que em uma democracia constitucional a soberania popular é limitada, isto é, parcela do conteúdo disposto na Constituição não pode ser deliberado democraticamente.

Por este motivo, passou-se a pensar que o constitucionalismo seria essencialmente

antidemocrático. Esta questão tem sido muito discutida na atualidade e, a fim de enriquecer o debate, Stephen Holmes realiza uma interessante análise e explica que o fato de uma lei básica retirar certos temas do processo democrático poderia demonstrar uma postura antidemocrática. Para justificar este sistema, poder-se-ia afirmar que os direitos fundamentais, como direitos inscritos na natureza, estão acima de todo consentimento, ou até mesmo enfocar o caráter autodestrutivo da democracia constitucionalmente ilimitada e a Constituição a solução para limitar o poder do governo. Uma Constituição, segundo Holmes (1999, p. 195-197), é um remédio institucionalizado, que tira temporariamente o poder da maioria (composta, muitas vezes, por cidadãos que tendem a sacrificar princípios em prol de prazeres e benefícios imediatos) em nome de normas obrigatórias. Para ele, as restrições constitucionais não significam necessariamente uma postura antidemocrática, pois podem, inclusive, reforçar a democracia, reparando periodicamente falhas passadas.

Sobre essa questão da retirada temporária do poder da maioria, Jon Elster (1989, p. 49 e 119), diante da história de Ulisses – descrita por Homero no Livro XII da Odisseia, que ordenou aos seus companheiros que o amarrassem ao mastro para não sucumbir ao encantador canto das sereias – desenvolveu sua teoria da racionalidade imperfeita. Para o autor, a estratégia utilizada por Ulisses de se auto-incapacitar em um momento de lucidez poderia evitar a adoção de decisões turvas em caso de tentações ou fraqueza da vontade e alcançar a racionalidade por meios indiretos (pré-compromissos). Com isso, por analogia, Elster demonstra o papel do constitucionalismo na sua relação com a democracia. A Constituição representa, assim, o pré-compromisso ou autorrestrição da sociedade perante eventuais paixões. Os compromissos prévios, em seu entendimento, são criados para que os políticos se protejam de suas próprias tendências previsíveis de tomar decisões em momentos de racionalidade distorcida ou de debilidade da vontade, da mesma forma como as amarras de Ulisses foram auto-impostas para que ele não cedesse ao canto das sereias.

Embora muitos tenham tentado justificar esse sistema e conciliar a relação entre democracia e constitucionalismo, Michelman se posicionou contrário a tais entendimentos e asseverou que há um verdadeiro “paradoxo da democracia constitucional”.

O autor desenvolve o seu pensamento com base na comparação das teorias de Post (democracia procedimental) e de Dworkin (democracia como direito), ou seja, por um lado, na visão procedimental, afirma-se que não haverá democracia se o conteúdo da lei básica não puder ser decidido pelo povo e, por outro, busca-se retirar do processo político decisório parte do conteúdo de um regime democrático.

Para melhor contextualização do paradoxo vislumbrado por Michelman, passar-se-á a expor os principais pensamentos de Post e Dworkin que servem de base teórica para a justificação de sua teoria.

Dworkin propõe um constitucionalismo substancialista, relacionando, assim, a democracia com direitos. Para ele, normas substantivas contêm disposições sobre direitos ou obrigações das pessoas. Logo, o padrão democrático para a aplicação da lei básica de um país seria uma reunião de requisitos substantivos, e não de procedimentos.

Democrático, segundo Dworkin, é o nome de uma norma ou “standard” destinada a aplicação de acordos e práticas políticas. Assim, para decidir se a norma é ou não democrática, será aplicado esse “standard” (MICHELMAN, 1999, p. 17-18).

Para o autor, sabe-se se um país é democrático conforme o que dizem as suas leis, e não quem, como ou quando estas foram editadas, ou seja, de acordo com o conteúdo a norma será ou não democrática. Dependendo dos direitos estabelecidos, as “leis básicas” de um país (isto é, os princípios abstratos dispostos nas cláusulas da Constituição, assim como as interpretações principais de aplicação dessas cláusulas) podem ou não servir para os fins e valores democráticos, na medida em que excluir castas, garantir uma participação política ampla e equitativa, impedir discriminações legais arbitrárias e prevenir o uso opressivo do poder do Estado, e assegurar o respeito do governo às liberdades de pensamento, de expressão e de associação, bem como a independência intelectual e moral de cada cidadão (MICHELMAN, 1999, p. 17-18).

Michelman (1999, p. 15-16), em resumo, entende que Dworkin propõe, através de uma “leitura moral” de certas cláusulas da Constituição, que a interpretação de algumas normas constitucionais deve ser realizada com base em valores políticos e morais ou princípios da prática histórica do constitucionalismo americano.

No entanto, segundo Michelman (1999, p. 25), a teoria substancialista de Dworkin pode vir a excluir do processo de decisão democrática as leis básicas. Ressalta, ainda, que Dworkin propõe a análise das disposições democráticas constitucionais a partir de seu conteúdo (e não do procedimento para criar o conteúdo), logo, a interpretação por meio de um Judiciário independente poderá construir e efetivar a lei constitucional e cumprir as pré-condições racionais para a identificação do indivíduo com sua agência política ou com os atos legislativos de sua comunidade política. Assim, assegurando a possibilidade de autogoverno no campo da elaboração da lei, a prática de revisão judicial pode, se bem conduzida, resolver a Dificuldade Institucional.

Michelman (1999, p. 32) não concorda com a visão conciliatória entre os ideais do governo da lei e autogoverno de Dworkin e explica que, para este, certas garantias constitucionais conferem um mandato em razão de um certo tipo de identificação da pessoa com certos eventos políticos. A identificação deve residir em sua consciência, ou como uma crença ou um sentimento. Não a crença de que o indivíduo, na verdade, faz as leis ou exerce influência sobre os resultados legislativos, pois um dos pontos de partida de Dworkin para toda esta discussão é que ninguém em condições democráticas de grande escala pode razoavelmente acreditar nisso.

Alternativamente, pode-se acreditar que a aplicação judicial da declaração de direitos e da Constituição lhe dá razão para respeitar as outras leis que são feitas coletivamente. Esse tipo de crença não é, contudo, suficiente para o propósito de Dworkin. Ele nos deixaria com uma conta de como o indivíduo pode razoavelmente vir a respeitar e aceitar as leis feitas por outrem, já que não é a mesma coisa que um relato de como alguém pode razoavelmente vir a se considerar como legislador para si próprio (MICHELMAN, 1999, p. 32).

Dizem, então, que não é uma crença que Dworkin teria em mente, mas um sentimento, qual seja, um sentimento de satisfação ou até mesmo orgulho que a pessoa tem pela legislação feita por uma organização que trate dela, de sua independência e seus interesses com o tipo de respeito que é devido a um membro. Ou até mesmo dizer que é uma sensação gerada por esse tratamento de que ela mesma fez a lei. Mas nenhum desses sentimentos é igual a fazer a lei. Para Michelman, Dworkin parece ter confundido uma pergunta sobre o que uma pessoa fez com uma questão de o que uma pessoa pensa, ou como uma pessoa se sente sobre o que alguém fez. (MICHELMAN, 1999, p. 25).

Segundo Michelman (1999, p. 33), talvez todos concordem que democracia tem a conotação de um procedimento de decisão por muitas pessoas, de alguma forma, agindo em conjunto. Mas não menos certamente ela conota uma relação socialmente construída entre as partes no procedimento.

A democracia, para Dworkin, requer uma espécie de “pré-inscrição” dentro das leis básicas de um país a fim de assegurar e manter, diante de quaisquer pressões sobre ações políticas subsequentes, essas relações, constituindo a democracia de igualdade, independência, liberdade e segurança (MICHELMAN, 1999, P. 33).

O conteúdo ideal desse requisito de “pré-inscrição” é fixado pela noção de democracia. Se esse ideal puder ser a qualquer momento satisfeito ou desrespeitado, logo, não poderá ser equiparado com o resultado de qualquer voto ou outro procedimento de decisão

coletiva, cada um dos quais traz alguma responsabilidade pelos erros. Para o autor, não é possível deixar para a própria democracia decidir o que é democracia (MICHELMAN, 1999, p. 33-34).

O constitucionalismo substancialista de Dworkin, traz, portanto, dois elementos essenciais: a ideia do indivíduo como agente da soberania popular e a tese de limitação ao processo político decisório em relação a certos direitos. O que demonstra uma certa contradição, segundo a análise de Michelman.

Michelman observa que é uma necessidade que, então, explica o impulso irreprimível de excluir as determinações da lei básica da tutela processual da democracia. Esse impulso não brota da reflexão sobre o que é prudente ou desejável conferir à democracia. Pelo contrário, ela brota de uma lógica, a qual aparentemente limita a democracia a um espaço decisório, qual seja, o de decidir o conteúdo das leis básicas de um país democrático, a “law of lawmaking”. Floresce, assim, segundo Michelman (1999, p. 34), o paradoxo da democracia.

Robert Post, por sua vez, trouxe a ideia de democracia procedimental, analisada a partir da teoria da “democracia responsiva”. Democracia consiste, então, em uma norma procedimental (MICHELMAN, 1999, p. 34-35).

Post entende que o melhor substituto para o consenso na elaboração das leis seria o acesso legalmente garantido de todos (absolutamente igual e sem quaisquer restrições) a um fórum contínuo em que os indivíduos contribuam periodicamente com diversas opiniões e preferências para decidir, ao longo dos anos, as normas públicas da vida social. Este processo é chamado de “discurso público” e pode ocorrer sempre que na sociedade moderna houver intercâmbios políticos e culturais, tais como: em encontros públicos, ambientes virtuais, salas de aula, nas ruas e através da mídia (MICHELMAN, 1999, p. 35).

Post usa o termo “democracia responsiva” para mostrar a maneira em que um sistema político construído em torno de um compromisso inflexível com um discurso político radicalmente livre é capaz de providenciar um autogoverno para todos (MICHELMAN, 1999, p. 35). Trata-se de uma norma procedimental, em que se assegura a todos o acesso irrestrito ao processo deliberativo. E, desta forma, Post entende que será garantido aos cidadãos o autogoverno.

Post busca manter um conjunto de condições sociais e legais que assegure a cada indivíduo que se preocupe em exercer a autorregulamentação, não diretamente, mas por meio da participação em eventos institucionais e em mudanças culturais e de fluxos, que

continuamente forma e remodela o que denomina “identidade nacional” e “ordem social”. Por “ordem social”, Post se refere ao sistema de elaboração das leis básicas, que Michelman (1999, p. 36) chama de “law of lawmaking”. “Identidade nacional”, por sua vez, seriam os aspectos das prevaletentes sensibilidades morais, crenças e preocupações de um país que encontram expressão nos princípios institucionais da ordem social e de uma série de normas legais que regulam a vida social.

Michelman (1999, p. 37) toma a alegação de Post da seguinte maneira: quando um sistema legislativo e os valores públicos são visivelmente e constantemente criados no discurso público radicalmente livre, cada habitante do país se identificará como “proprietário”, como responsável por todas as leis que o sistema faz ao longo do tempo. Então, um objetivo prático principal da teoria da democracia responsiva é especificar as condições sociais, incluindo as condições legais, em que todos os indivíduos podem ter um senso garantido de contribuição autônoma e eficaz, através do discurso público, com o processo de criação da ordem social em que viver.

A democracia responsiva consiste numa norma procedimental, sem nenhum fundamento substantivo de ideias sobre o que é bom ou justo para as pessoas, ou sobre como estas merecem ou têm o direito de ser tratadas pelos outros, ou sobre o que faz um resultado político ser justo ou legítimo. Post fala da democracia como um regime fundado na legitimidade de um debate sobre o que é legítimo e o que é ilegítimo – um debate que é, necessariamente, sem garantia e sem qualquer fim. O processo de tomada de decisão democrática não pode ser limitado por qualquer norma ou outro objetivo senão o requerimento formal de acesso igual dos próprios procedimentos para todas as pessoas e todos os pontos de vista (MICHELMAN, 1999, p. 38).

A proposta de Post de assegurar o autogoverno por meio do acesso irrestrito ao processo deliberativo é rebatida por Michelman (1999, p. 43). O princípio do discurso público irrestrito é sobre uma matéria procedimental, uma questão de forma governamental. Por isso é o princípio de um julgamento justo sobre uma matéria processual e uma questão de forma governamental.

Para Michelman (1999, p. 50-51), o constitucionalismo – o esforço para colocar o governo sob a razão expressa como lei – inevitavelmente significa o estabelecimento de princípios normativos concretamente inteligíveis não negociáveis e não-discutíveis. Para ele não é possível, em qualquer país, existir simultaneamente um governo constitucional e

autogoverno para todos, exceto no caso de haver uma aceitação incondicional das normas por praticamente todas as pessoas de um país.

Esses princípios fornecem a base do “patriotismo constitucional”, nos dizeres de Habermas – a cultura política compartilhada em que os cidadãos se reconhecem como membros de seu governo. Para Michelman, eles são o que podemos chamar de compromissos culturais da democracia constitucional, ideias que, em última análise, todo mundo terá que aceitar, talvez ao longo de gerações, se a liberdade por meio de lei for possível para todos (MICHELMAN, 1999, p. 50-51).

Michelman (1999, p. 52 e ss.) considera que até mesmo o princípio do acesso irrestrito não pode ser aplicado sem interpretação, logo, o Judiciário que será responsável por dizer o conteúdo desse princípio. A classificação de Post de democracia responsiva como uma concepção política procedimental pura, para ele, possibilita a introdução de normas tirânicas, pois não há nenhum conjunto de direitos básicos a ser preservado no processo deliberativo.

O procedimentalismo de Post, para Michelman (1999, p. 50-51), demonstra uma preocupação tanto com a autodeterminação coletiva, quanto com o autogoverno de cada pessoa (com a necessidade de assegurar o discurso público para todas as opiniões e pontos de vista). Tal procedimentalismo se adequa à necessidade de participação dos cidadãos na elaboração das leis básicas do país, o que representaria o autogoverno do povo. No entanto, para o autor norte-americano, em razão de todas as questões serem suscetíveis de interpretação e ao processo decisório, os direitos considerados fundamentais podem vir a ser violados e abrigar, inclusive, decisões tirânicas.

Michelman, assim, demonstra o paradoxo da democracia constitucional: de acordo com a afirmação procedimental, um regime somente poderá ser democrático se houver a possibilidade do conteúdo das leis básicas ser decidido pelo povo, mas, por outro lado, verifica a tentativa de limitar ou retirar do processo deliberativo justamente os conteúdos que são considerados parte integrante de um regime democrático.

1.2. DEMOCRACIA SEGUNDO BRENNAN: NA PERSPECTIVA DE MICHELMAN

O juiz William Brennan, segundo a visão de Michelman (1999, p. 60-61), entendia que o constitucionalismo pressupõe padrões independentes de procedimento de justiça básico-legal. Para Brennan, as necessidades da sociedade quanto à equidade e ordem requerem a criação de algum órgão para decidir oficialmente, para a sociedade como um todo, quais são esses padrões e a sua aplicação às questões e disputas concretas. Brennan acreditava na prudência epistêmica de autorizar a Suprema Corte para dizer o direito constitucional por meio da interpretação. Para ele, “A fé na democracia é uma coisa”, mas “fé cega” é outra, e as maiorias judiciais, às vezes, podem ser mais confiavelmente protetoras dos direitos básicos do que as maiorias populares.

Ao mesmo tempo, Brennan também acreditava que a liberdade política – autogoverno – só existe quando as pessoas respeitam as resoluções da lei básica elaboradas pela maioria de votos das legislaturas, convenções e tribunais. Desta forma e, nessa medida, a carreira judicial de Brennan reflete um compromisso com o autogoverno através da democracia no nível de legislação básica (MICHELMAN, 1999, p. 60-61).

Certamente, Brennan viu sua Corte investida de autoridade e responsabilidade para interpretar para o país um padrão de procedimento independente de justiça para os conceitos básicos de seu regime político. De certo, Brennan buscou proteger e expandir os direitos e oportunidades de todos para imprimir suas opiniões, democraticamente, aos membros do Tribunal e outras autoridades legislativas. A democracia tornou-se, para Brennan, um nome para uma forma de vida social que valoriza cada pessoa e nutre a capacidade de cada cidadão como portador de opinião política digna de respeito, bem como de um conjunto de disposições constitucionais concebido para promover e manter uma vida social (MICHELMAN, 1999, p. 60-61).

Michelman, abordando a questão do autogoverno, ressalta que encontrar as leis merecedoras de seu respeito não significa propriamente criar as leis. Segundo o autor, embora Winston Churchill tenha afirmado que a democracia é a pior forma de governo, exceto todas as outras que foram experimentadas de tempos em tempos, talvez a versão constitucionalista da democracia, comprometida como ela é, é a pior forma de democracia, exceto todas as outras que já foram e sempre serão tentadas. Michelman, no entanto, resiste a essa conclusão, pois entende que, na verdade, não temos como saber. Contudo, entende que a “Justiça

Brennan” forneceu um teste justo, mostrando tão bem uma interpretação da versão constitucionalista da democracia como nós e nossos descendentes alguma vez possamos vir a conhecer.

Michelman (1999, p. 46) acredita na possibilidade do autogoverno por meio do Poder Judiciário. O autor questiona como conciliar a democracia com o ativismo judicial e, por meio da análise das decisões do juiz Brennan, passa a demonstrar que tal conciliação, para ele, é possível. Então, estabelece condições para que a interpretação do sentido da norma, pelo juiz, possa representar o autogoverno. São elas: primeiro, deve ser utilizado um princípio com o qual todos concordem que é correto; segundo, o princípio deve ter uma aplicação mais ou menos objetiva, direta e decisiva sobre a cláusula constitucional em questão. Para o autor, o autogoverno de todos, então, é preservado na decisão de Brennan.

Mas se qualquer uma das condições não for cumprida – se houver divergência persistente sobre o acerto do princípio ou a sua correta aplicação para a decisão – então Brennan, ao decidir essa reivindicação, estará necessariamente fixando uma parte significativa do conteúdo das leis do país, e, neste caso, ele faria isso de uma maneira com a qual a parte do país não concordaria. Sob guisa de interpretação, aquela parte das leis seria escrita por Brennan e não, como o autogoverno de todos requer, por todos (MICHELMAN, 1999, p. 46).

O juiz Brennan, na visão de Michelman (1997, p. 69), teria expressado um compromisso com esta maneira de interpretação. Conforme o autor, o constitucionalismo de Brennan reflete um liberalismo “romântico” com o compromisso voltado ao respeito à personalidade humana do indivíduo e à emancipação social.

Para o autor, um objetivo principal da Constituição romântico-liberal deve ser para libertar “as chances de vida do indivíduo da tirania das categorias sociais” de “classes, sexos, e nações” (MICHELMAN, 1999, p. 71).

O benefício advém não só para os emancipados; é estrutural e sistêmico, e reverte a todos. Todo mundo, na visão romântica, tem razões para acolher o confronto e desafio de suas formas e valores costumeiros ou habituais, de todos os lados conhecidos e desconhecidos. Democracia consequentemente torna-se não apenas um procedimento, mas um ideal substantivo – um compromisso de capacitar os desempoderados e de reconectar o alienado. Da mesma forma, a liberdade de expressão figura para o constitucionalista romântico tanto como um direito individual de auto-apresentação – da participação eficaz ou cidadania – e uma provisão social-estrutural para imbuir a vida social com o enriquecimento, e política com

o conhecimento, provocada pelo atrito com perspectivas humanas e sensibilidades diferentes daquelas as quais cada um está acostumado (MICHELMAN, 1999, p. 71).

Assim, é possível defender tanto os direitos individuais básicos (como na concepção de democracia substantiva de Dworkin), quanto reexaminar a lei como forma de responder às diversas mudanças sociais (como no procedimentalismo de Post).

Michelman (1999, p. 90-91) observa, com base em sua análise sobre as decisões do juiz Brennan, o recurso à tradição com base em um compromisso com normas gerais, sem qualquer apelo ao comunitarismo e aos valores éticos, para conciliar autonomia individual e coletiva. Para o autor, de tradição republicana, o uso da tradição deve ser comprometido com normas gerais a fim de evitar apelo ao comunitarismo e a valores éticos.

Cabe observar que, na visão do pensador norte-americano, comunitarista é alguém para quem faz sentido pensar nos grupos humanos, organizados ou não organizados como tendo interesses do “grupo”, ou seja, interesses que o grupo como uma unidade é concebido para ter, acima e além de quaisquer interesses que os indivíduos possam ter no destino ou nos trabalhos desse grupo. Comunitaristas estão comprometidos com a proposição de que às vezes é certo dar peso normativo decisivo para um interesse do grupo, mesmo a um custo considerável, para o que poderia parecer ser uma reivindicação razoável e para as preocupações dos indivíduos. Da mesma forma, defender os “direitos de grupo” é tomar a posição de que o peso moral de um interesse do grupo pode dar a este um direito a alguma forma de ação governamental ou tolerância; que este direito pode muitas vezes prevalecer sobre concorrentes considerações públicas (MICHELMAN, 1999, p. 90-91).

Os comunitaristas entendem que uma comunidade política deve ser uma comunidade ética, integrada culturalmente, a fim de possibilitar a unidade social, o autogoverno democrático e a solidariedade entre os indivíduos. A noção de justiça, para eles, se relaciona com os valores, práticas e instituições sociais, constituída, ainda, pela identidade dos seus membros e das normas do que seria justo. De acordo com essa visão, ao modelo liberal falta o reconhecimento de cidadãos visando ao bem comum (FORST, 2010, p. 129-130.).

Portanto, em resposta aos críticos comunitaristas e com base nos exemplos de Brennan, afirma, em seu livro, que o liberalismo político americano é uma filosofia tanto individualista como decididamente não-atomista. Quanto aos críticos libertários, ele afirma que o liberalismo democrático é uma posição política coerente e atrativa, livre de qualquer coisa que pareça ser remotamente um tráfico totalitário com os direitos do grupo. Em suma,

para ele pode haver um amplo apelo, em uma comunidade consciente (mas não comunitária), da marca totalmente autêntica do individualismo liberal democrático. O juiz Brennan, segundo Michelman (1999, p. 91), representava este ideal.

2. DEMOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO: AUSÊNCIA DE PARADOXO, SEGUNDO HABERMAS

2.1. O REPUBLICANISMO DE MICHELMAN PERSONIFICADO EM BRENNAN, NA ANÁLISE DE HABERMAS

Numa interessante análise crítica da concepção republicana proposta por Michelman, em “Brennan and democracy”, Habermas, por meio de seu “Constitutional Democracy: A Paradoxical Union of Contradictory Principles?”, busca demonstrar que, na verdade, não há paradoxo, mas ideias complementares.

Habermas (2001, p. 768) observa a existência do debate sobre a relação entre democracia e constitucionalismo nos Estados Unidos da América, em especial sobre a legitimidade da revisão judicial exercida pela Suprema Corte e demonstra o reflexo desse debate na tese desenvolvida por Michelman.

Explica que os republicanos, convictos de que “todo governo é pelo povo”, parecem se ofender com o poder da elite de especialistas jurídicos para anular as decisões de um legislador democraticamente eleito, embora esses especialistas em si não sejam legitimados por uma maioria democrática, mas apenas podem invocar a sua competência técnica na interpretação constitucional. Para Habermas (2001, p. 768), Michelman enxerga essa problemática personificada em William J. Brennan.

Adentrando ao livro “Brennan and Democracy”, Habermas (2001, p. 769) explica que Michelman descreve Brennan como um liberal que defende as liberdades individuais em termos fortemente moralistas; um democrata que radicaliza direitos de participação política e ouve aqueles sem voz e marginalizados, bem como os opositores; um social democrata altamente sensível às questões de justiça social; e um pluralista que, indo além da compreensão liberal de tolerância, defende uma abertura política para a diferença e para o reconhecimento da diversidade cultural, racial e minorias religiosas.

Segundo o autor, Michelman, quando emprega o pragmatismo americano para descrever Brennan como um modelo de republicanismo contemporâneo, aguça a questão que interessa em sua análise: quando um democrata com esta mentalidade, no papel de um juiz da

Suprema Corte altamente ativista, não hesita em fazer uso extensivo do instrumento duvidoso da supervisão judicial, então talvez a jurisprudência que ele moldou exponha o segredo de como se pode combinar o princípio da soberania popular com o constitucionalismo (HABERMAS, 2001, p. 769).

Michelman usa Brennan para exemplificar o papel de um “juiz responsivo” que qualifica como “democraticamente acima de qualquer suspeita” quando se trata de interpretar a Constituição. Brennan é assim qualificado por Michelman porque, em sua visão, toma suas decisões da melhor maneira possível e de acordo com a sua consciência e apenas após ouvir pacientemente – com uma sensibilidade hermenêutica inquisitiva e vontade de aprender – os diversos pontos de vista nos discursos relevantes conduzidos na sociedade civil e na esfera pública política (HABERMAS, 2001, p. 769).

Segundo Habermas (2001, p. 769-770), na visão de Michelman a interação com o público supostamente contribui para a legitimação democrática das decisões de um juiz constitucional que não tenha sido democraticamente legitimado ou pelo menos não suficientemente legitimado. Michelman é aparentemente guiado pela intuição de que o assédio discursivo da Corte através de uma sociedade mobilizada dá origem a uma interação que tem consequências favoráveis para ambos os lados. Para o Tribunal, que, como sempre, decide de maneira independente, a perspectiva dos especialistas é ampliada, juntamente com a base das justificações apresentadas para a sua decisão. Para os cidadãos, cujas opiniões públicas provocativas exercem influência sobre o Tribunal, aumenta a legitimidade do processo de decisão.

Na visão do autor, para julgar como esse modelo pode ajudar a resolver o alegado paradoxo, seria preciso analisar em detalhe, por um lado, o papel cognitivo desempenhado pelo discurso persuasivo como um meio de ampliar a esfera pública legal para a prática da Corte e, por outro lado, a contribuição funcional que tal discurso supostamente deve ter para a aceitação social da decisão (HABERMAS, 2001, p. 770).

No entanto, razões pragmáticas e circunstâncias históricas são mais decisivas para determinar como a tarefa de supervisão judicial é melhor estabelecida num determinado contexto. Estas possibilidades institucionais devem ser avaliadas à luz dos princípios da soberania popular e constitucionalismo, mas explica que a constelação e interação desses princípios não fornecem respostas prontas (HABERMAS, 2001, p. 770).

Para Habermas (2001, p. 770), a maneira de Michelman chegar ao seu modelo de juiz “responsivo” é mais interessante do que a própria proposta. Michelman debateu contra essencialmente três posições, representadas por Ronald Dworkin, Robert Post e Habermas. No entanto, para este, essas três posições, na verdade, “emergem uma da outra” em boa forma dialética.

A fim de justificar essa afirmação, Habermas faz uma interessante comparação entre o posicionamento liberal e o republicano. Por um lado, de acordo com a visão liberal, o processo legislativo democrático exige uma forma específica de institucionalização legal para ser um regulamento legítimo. A lei básica é apresentada como a condição necessária e suficiente para o próprio processo democrático, e não por seus resultados, pois a democracia não pode definir democracia. A relação entre a democracia como a fonte de legitimação e um constitucionalismo que não precisa de legitimação democrática não coloca nenhum paradoxo, pois as regras constitutivas que primeiramente fazem uma democracia possível não podem limitar a prática democrática por meio de normas impostas externamente (HABERMAS, 2001, p. 770).

Por simplesmente clarificar os conceitos, Habermas (2001, p. 770) mostra que o alegado paradoxo desaparece, uma vez que as condições permissoras não devem ser confundidas com condições restritivas.

A conclusão de que a Constituição é, em certo sentido, inerente à democracia é certamente plausível, mas o argumento apresentado como justificação é insuficiente porque se refere apenas a uma parte da lei fundamental, a parte imediatamente constitutiva para as instituições de opinião e formação de vontade, isto é, que só se refere aos direitos de participação política e de comunicação (HABERMAS, 2001, p. 770).

Contudo, os direitos de liberdade compõem o núcleo básico de direitos – habeas corpus, liberdade de religião, direito de propriedade – em suma, todas essas liberdades que garantem uma conduta de vida autônoma e a busca da felicidade (HABERMAS, 2001, p. 770).

Para o autor, estes direitos fundamentais liberais protegem evidentemente bens que também têm um valor intrínseco. Tais direitos não podem ser reduzidos para a função instrumental que eles possam ter para o exercício dos direitos políticos dos cidadãos. Segundo o filósofo alemão, porque as liberdades clássicas não são indicadas principalmente para fomentar a qualificação para a cidadania política, direitos liberais (ao contrário de direitos

políticos) não podem ser justificados pelo argumento de que eles fazem a democracia possível (HABERMAS, 2001, p. 770-771).

Por outro lado, conforme a concepção republicana, a substância da Constituição não irá competir com a soberania do povo somente se a própria Constituição emergir de um processo inclusivo de opinião e formação de vontade por parte dos cidadãos (HABERMAS, 2001, p. 771).

Para a visão republicana, deve-se, então, conceber a autodeterminação democrática como um processo sem coação de auto-entendimento ético-político empreendido por uma população acostumada à liberdade. Sob essas condições, o Estado de Direito permanece ileso porque ele será reconhecidamente democrático. Enraizada nas motivações e atitudes dos cidadãos, os princípios constitucionais são menos coercitivos e mais permanentes do que mecanismos jurídicos formais que imunizam a Constituição contra mudanças pelas maiorias tirânicas (HABERMAS, 2001, p. 771).

No entanto, para, esta reflexão é culpada de desvirtuar a questão, ou seja, ela introduz as orientações de valores liberais que tornam a coerção legal supérflua por substituí-la por costume e autocontrole moral (HABERMAS, 2001, p. 771).

A concepção republicana adquire uma forma diferente, ou seja, um sentido procedimentalista quando a expectativa de motivos é conectada à uma opinião democrática autolimitada – e o desvio da formação de vontade a partir da base dos recursos de um consenso de valores existentes para as propriedades formais do processo democrático. Na interpretação republicana, a teoria constitucional adquire um sentido procedimental capaz de estabelecer formas de comunicação que permitam o uso público da razão e um justo equilíbrio dos interesses de uma forma consoante com a necessidade de regulamentação e com a questão específica do contexto. Porque esse conjunto de condições permissivas deve ser realizado por meio da lei, esses direitos englobam tanto as liberdades e os direitos de participação política, conforme será explicado adiante (HABERMAS, 2001, p. 771).

2.2. A AUSÊNCIA DE PARADOXO NA RELAÇÃO ENTRE ESTADO DE DIREITO E DEMOCRACIA, NA VISÃO DE HABERMAS

Para melhor compreensão do tema, em uma rápida síntese para uma organização das principais ideias que serão tratadas ao longo deste capítulo, Habermas propõe a conciliação entre constitucionalismo e democracia por meio de sua teoria do discurso, em que a virada linguística permite vislumbrar o Direito e a política como um processo discursivo intersubjetivo. Propõe a conciliação entre democracia e complexidade social através da expansão da esfera pública, em que se desenvolve uma cultura política originária do reconhecimento recíproco dos direitos dos cidadãos (que são por ele denominados “parceiros do direito”). Desenvolve a ideia de “cooriginariedade”, segundo a qual, ao demonstrar que os direitos individuais e os direitos políticos são igualmente originais e um é pressuposto do outro para o exercício de ambos os direitos, concilia a concepção procedimentalista de soberania popular com os direitos humanos³ e, com isso, supera o conflito entre o princípio da maioria e os direitos da minoria. Na relação de complementaridade entre autonomia privada e pública transparece a interdependência do constitucionalismo e democracia, conforme passar-se-á a explicar.

Habermas (2001, p. 768) argumenta que a relação supostamente paradoxal entre democracia e Estado de Direito é resolvida na dimensão do tempo histórico, desde que se conceba a Constituição como um projeto que torna o ato de fundação em um processo contínuo de elaboração que permanece ao longo de gerações.

Explica o autor que a concepção moderna de democracia difere da concepção clássica, em virtude de sua relação com um tipo de lei que apresenta três características: o Direito moderno é positivo, cogente e individualista. O Direito consiste em normas que são produzidas por um legislador, são sancionadas pelo Estado e são destinadas a garantir as liberdades individuais (HABERMAS, 2001, p. 766).

³ Cf. LEISTER (2005, p. 75) A essência humana é categorizada, sendo que os direitos humanos são isolados dos direitos do cidadão. No nazismo encontramos semelhante condicionamento da titularidade de direitos, ou seja, a condição de sujeito de direitos, à pertinência a determinada raça. Na concepção jurídicas, cristalizada pelas Declarações das Nações Unidas, a condição de pessoa é o único requisito para a titularidade dos direitos declarados. Tal concepção deveria garantir a fruição dos direitos por qualquer ser humano. Como explicar, então, a atual negativa de titularidade de direitos para determinadas categorias? Ao examinar o problema, Hannah Arendt fornece a resposta: descaracterizando determinadas categorias de entes da categoria humana: negros, índios, hindus, muçulmanos, talebans, xiitas et cetera. Sob a ótica normativa internacional, a ideia da não-acionabilidade dos direitos é ideológica e voltada para a exclusão de grupos vulneráveis. No que respeita aos Direitos Humanos, temos uma criação da cultura ocidental em constante processo de construção e reconstrução. A atual concepção ocidental foi provida de juridicidade mediante a Declaração Universal das Nações Unidas (1948) e reafirmada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993.

Logo, neste ponto faz-se mister a abertura de um parêntese para retomar alguns conceitos de democracia (conforme proposto logo no início desta dissertação por uma questão metodológica) através do estudo comparativo dos modelos liberal, republicano e deliberativo, a fim de verificar justamente a base do alegado paradoxo de Michelman construído através do seu pensamento republicano aristocrático e, desta forma, conferir se o modelo seguido por este autor se justifica ou não diante da análise crítica realizada por Habermas, a qual passará a explicar.

Para a visão liberal, a autodeterminação democrática dos cidadãos pode ser realizada apenas por meio de uma lei, uma propriedade estrutural que assegure a liberdade. Logo, a ideia de um “Estado de Direito”, que no passado foi expressa na ideia de direitos humanos, entra em cena ao lado da soberania popular como uma segunda fonte de legitimação. Esta dualidade, para Habermas (2001, p. 766), levanta a questão de como estão relacionados o princípio democrático e o constitucionalismo.

Já para a concepção clássica, as leis de uma república expressam a vontade irrestrita de cidadãos unidos. Independentemente de como as leis reflitam os valores de uma vida política compartilhada, tais valores não apresentam nenhuma limitação desde que atinjam a sua validade por meio do próprio processo de formação da vontade dos cidadãos. O princípio constitucional do exercício do poder, por outro lado, parece estabelecer limites sobre a autodeterminação soberana do povo. O Estado de Direito exige que uma formação de vontade democrática não viole os direitos humanos que foram decretadas positivamente como direitos básicos (HABERMAS, 2001, p. 766).

O modelo republicano, seguido por Michelman, possui vantagens e desvantagens. Habermas explica que o fato de ele se fundar no sentido democrático de uma auto-organização da sociedade pelos próprios cidadãos em acordo mútuo por via comunicativa e não submeter os fins coletivos a uma negociação entre interesses particulares opostos seria uma vantagem. No entanto, o fato de ser muito idealista e tornar o processo democrático dependente das virtudes de cidadãos voltados ao bem comum é uma desvantagem. A política não se resume em questões relativas ao acordo mútuo de caráter ético. A condução estritamente ética dos discursos políticos se mostra como um erro desse modelo (HABERMAS, 2002, p. 284).

Ao compará-las, verifica-se que a teoria liberal enxerga no Estado um risco para a liberdade individual, pois os cidadãos precisam competir pela garantia dos seus direitos perante o Estado. Na teoria republicana, por sua vez, o cidadão é tido como portador de

virtudes cívicas e o Estado seria o principal elemento de coesão da sociedade (RIBEIRO, 2015, p. 05-06). Nesta teoria, a sociedade se estabelece como um todo estruturado politicamente, se auto-organiza por meio da formação política da opinião e da vontade dos indivíduos. A democracia é tida, então, como sinônimo de auto-organização política da sociedade e “disso resulta uma *compreensão de política dirigida* polemicamente *contra o aparelho do Estado*”. Habermas (1997, p. 20) explica este pensamento republicano por meio de Hanna Arendt, a qual pregou a transformação da sociedade numa totalidade política por meio da revitalização da esfera pública política contra o privatismo de uma população despolidizada e contra a legitimação por meio de partidos estatizados. Dessa forma, a cidadania regenerada poderia se reapropriar do poder burocratizado do Estado e consagrar formas de uma autoadministração descentralizada.

Ressalte-se que no liberalismo não é possível excluir essa separação entre o aparato estatal e a sociedade, mas superar a distância entre eles por meio do processo democrático. Neste modelo, o centro “não é a autodeterminação democrática de cidadãos deliberantes, mas sim a normatização jurídico-estatal de uma sociedade econômica cuja tarefa é garantir um bem comum entendido de forma apolítica, pela satisfação das expectativas de felicidade de cidadãos produtivamente ativos” (HABERMAS, 2002, p. 279-280).

O conceito de política deliberativa, desenvolvido por Habermas (2001, p. 277), ganha referência empírica a partir do momento em que se faz jus à diversidade das formas comunicativas na qual se constitui uma vontade comum, não só por um auto-entendimento recíproco de caráter ético, mas também por buscar equilíbrio entre interesses diferentes, estabelecimento de acordos, respeito à coerência jurídica, escolha de instrumentos racional e voltada a um fim específico e através de uma fundamentação moral.

Assim, os dois tipos de político que Michelman contrapõe em um exercício de tipificação ideal podem impregnar-se um do outro e complementar-se. A política dialógica e a instrumental, quando as respectivas formas de comunicação estão suficientemente institucionalizadas, podem *entrecruzar-se* no *medium* das deliberações. Tudo depende, portanto, das condições de comunicação e procedimento que conferem força legitimadora à formação institucionalizada da opinião e da vontade. O terceiro modelo de democracia que me permito sugerir baseia-se nas condições de comunicação sob as quais o processo político supõe-se capaz de alcançar resultados racionais, justamente por cumprir-se, em todo seu alcance, de modo deliberativo. Quando se faz do conceito procedimental da política deliberativa o cerne normativamente consistente da teoria sobre a democracia, resultam daí diferenças tanto em relação à concepção republicana do Estado como uma comunidade ética, quanto em relação à concepção liberal do Estado como defensor de uma sociedade econômica. Ao comparar os três modelos, tomo como ponto de partida a dimensão da política que nos ocupou até o

momento: a formação democrática da opinião e da vontade que resulta em eleições gerais e decisões parlamentares (HABERMAS, 2002, p. 277-278).

De acordo com a concepção liberal, esse processo somente tem resultados sob a forma de arranjos de interesses e os princípios constitucionais liberais fundamentam as regras de formação de acordos desse tipo. Por outro lado, para a concepção republicana, a formação democrática da vontade se dá sob a forma de um auto-entendimento ético e, quanto ao conteúdo, a deliberação pode se apoiar no consenso atingido pelos cidadãos por via cultural (HABERMAS, 2002, p. 278).

A teoria do discurso, por sua vez, “acolhe elementos de ambos os lados e os integra no conceito de um procedimento democrático ideal para o aconselhamento e tomada de decisões”, o qual é capaz de criar uma “coesão interna entre *negociações, discursos de auto-entendimento e discursos sobre a justiça*, além de fundamentar a suposição de que sob tais condições se almejam resultados ora racionais, ora justos e honestos”. Desta maneira, a razão prática é deslocada dos direitos universais do homem ou da eticidade concreta de uma determinada comunidade e se limita a regras discursivas e formas argumentativas que retiram o seu teor normativo da base validativa da ação que se orienta à criação de um consenso, ou seja, da estrutura da comunicação linguística (HABERMAS, 2002, p. 278).

Portanto, para se chegar a uma conceituação normativa de Estado e de sociedade, pressupõe-se “uma administração pública do tipo que se desenvolveu no início da Era Moderna em conjunto com o sistema estatal europeu e que se desenvolveu sob um entrecruzamento funcional com o sistema econômico capitalista” (HABERMAS, 2002, p. 278-279).

Habermas (1997a, p. 19) utiliza a teoria do discurso a fim de substituir a razão prática pela razão comunicativa, uma vez que a razão prática sempre buscou orientar o indivíduo em seu agir e o direito natural se mostra como referencial normativo para a ordem política e social. A razão transportada para o meio linguístico irá “servir aos objetivos descritivos da reconstrução das estruturas da competência e da consciência, além de possibilitar a conexão com modos de ver funcionais e com aplicações empíricas”.

Por meio da análise entre facticidade e validade, o filósofo alemão se propõe a verificar como o direito moderno irá agir como instrumento de integração social apto a conduzir-se a um processo legislativo resultante da opinião e da vontade discursiva dos cidadãos e fortalecer a democracia.

A teoria do discurso “obriga o processo democrático com conotações mais fortemente

normativas do que o modelo liberal, mas menos fortemente normativas do que o modelo republicano” incorpora e combina elementos liberais e republicanos de maneira inédita:

Em consonância com o republicanismo, ele reserva uma posição central para o processo político de formação da opinião e da vontade, sem no entanto entender a constituição jurídico-estatal como algo secundário; mais que isso, a teoria do discurso concebe os direitos fundamentais e princípios do Estado de direito como uma resposta consequente à pergunta sobre como institucionalizar as exigentes condições de comunicação do procedimento democrático.

(...)

A teoria do discurso conta com a intersubjetividade mais avançada presente em processos de entendimento mútuo que se cumprem, por um lado, na forma institucionalizada de aconselhamentos em corporações parlamentares, bem como, por outro lado, na rede de comunicação formada pela opinião pública de cunho político.

Essas comunicações sem sujeito, internas e externas às corporações políticas e programadas para tomar decisões, formam arenas nas quais pode ocorrer a formação mais ou menos racional da opinião e da vontade acerca de temas relevantes para o todo social e sobre matérias carentes de regulamentação (HABERMAS, 2002, p. 280-281).

Na teoria do discurso, a formação de opinião ocorre de maneira informal e “desemboca em decisões eletivas institucionalizadas e em resoluções legislativas pelas quais o poder criado por via comunicativa é transformado em poder administrativamente aplicável”. Assim como no modelo liberal, o limite entre Estado e sociedade é respeitado – no entanto, a sociedade civil, vista como fundamento social das opiniões públicas autônomas, se diferencia dos sistemas econômicos de ação e da administração pública (HABERMAS, 2002, p. 281).

Para a compreensão de legitimação e soberania popular, Habermas coteja as regras dos dois modelos. De acordo com a concepção liberal, a formação democrática da vontade visa exclusivamente legitimar o exercício do poder político e os resultados das eleições representam uma licença para a tomada do poder governamental, em que o governo deverá justificar o uso deste poder em face a opinião pública e o parlamento. Na visão republicana, por sua vez, a formação democrática da vontade objetiva constituir a sociedade enquanto uma coletividade política e resgatar a cada eleição a lembrança desse ato fundador (HABERMAS, 2002, p. 281).

A teoria do discurso traz uma outra noção, qual seja, procedimento e pressupostos comunicacionais da formação democrática da opinião e da vontade se mostram essenciais para a racionalização discursiva das decisões de um governo e administração vinculados à lei e ao direito. Para Habermas (2002, p. 282), a racionalização representa:

(...) mais que mera legitimação, mas menos que a própria ação de constituir o poder. O poder administrativamente disponível modifica seu estado de

mero agregado desde que seja retroalimentado por uma formação democrática da opinião e da vontade que não apenas exerça posteriormente o controle do exercício do poder político, mas que também o programe, de uma maneira ou de outra. A despeito disso, o poder político só pode ‘agir’. Ele é um sistema parcial especializado em decisões coletivamente vinculativas, ao passo que as estruturas comunicativas da opinião pública compõem uma rede amplamente disseminada de sensores que reagem à pressão das situações problemáticas no todo social e que simulam opiniões influentes. A opinião pública transformada em poder comunicativo segundo procedimentos democráticos não pode ‘dominar’, mas apenas direcionar o uso do poder administrativo para determinados canais (HABERMAS, 2001, p. 282).

O filósofo da Escola de Frankfurt destaca a apropriação republicana do conceito de soberania popular, em que o povo “é portador de uma soberania que por princípio não pode delegar: não é admissível que, em sua qualidade de soberano, o povo se deixe representar. O poder constituinte funda-se na práxis autodeterminativa de seus cidadãos, não de seus representantes”. Já o liberalismo “contrapõe a concepção mais realista de que no Estado de direito democrático o poder estatal que nasce do povo só é exercido ‘em eleições e votações e por meio de organismos legislativos específicos, organismos do poder executivo e da jurisdição’” (HABERMAS, 2001, p. 283).

Essas duas posições, para o autor, fornecem “uma alternativa entre aquelas premissas muito questionáveis de um projeto de Estado e de sociedade que toma como ponto de partida o todo e suas partes – muito embora o todo seja formado ou por um conjunto soberano de cidadãos ou por uma constituição” (HABERMAS, 2001, p. 283).

O conceito de discurso na democracia, por sua vez, se relaciona à “imagem de uma sociedade descentralizada, que na verdade diferencia e autonomiza com a opinião pública um cenário propício à constatação, identificação e tratamento de problemas pertinentes à sociedade como um todo”. Habermas (2001, p. 283) propõe a interpretação da soberania popular de maneira intersubjetivista, ou seja, mesmo tornando-se anônima apenas irá se abrigar no processo democrático e na implementação jurídica de seus pressupostos comunicacionais no caso de visar a sua própria validação enquanto poder gerado por via comunicativa (validação esta que “provém das interações entre a formação da vontade institucionalizada de maneira jurídico-estatal e as opiniões públicas culturalmente mobilizadas, que de sua parte encontram uma base nas associações de uma sociedade civil igualmente distante do Estado e da economia”).

A concepção de democracia de acordo com a teoria do discurso é vinculada “a uma abordagem distanciada, própria às ciências sociais, e para a qual o sistema político não é nem

o topo e nem o centro da sociedade, nem muito menos o modelo que determina sua marca estrutural, mas sim um sistema de ação ao lado de outros” (HABERMAS, 2002, p. 284).

A política deliberativa deve ser realizada de acordo com os procedimentos consensuais da formação institucionalizada da opinião e da vontade ou informalmente e preserva uma relação interna com os contextos de um universo de vida cooperativo e racionalizado. Tais processos comunicativos de cunho político compatíveis com o filtro deliberativo estão sujeitos a recursos do universo vital – da cultura política libertadora, de uma socialização política esclarecida e principalmente das iniciativas de associações formadoras de opinião (HABERMAS, 2002, p. 284).

O autor explica três modelos de democracia: liberal, republicano e deliberativo:

Na perspectiva liberal, o processo democrático se realiza exclusivamente na forma de compromissos de interesses. E as regras da formação do compromisso, que devem assegurar a equidade dos resultados, e que passam pelo direito igual e geral ao voto, pela composição representativa das corporações parlamentares, pelo modo de decisão, pela ordem dos negócios, etc., são fundamentadas, em última instância, nos direitos fundamentais liberais. Ao passo que a interpretação republicana vê a formação democrática da vontade realizando-se na forma de um auto-entendimento ético-político, onde o conteúdo da deliberação deve ter o respaldo de um consenso entre os sujeitos privados, e ser exercitado pelas vias culturais; essa pré-compreensão socialmente integradora pode renovar-se através da recordação ritualizada do ato de fundação da república. Ora, a teoria do discurso assimila elementos de ambos os lados, integrando-os no conceito de um procedimento ideal para a deliberação e a tomada de decisão. Esse processo democrático estabelece um nexos interno entre considerações pragmáticas, compromissos, discursos de auto-entendimento e discursos da justiça, fundamentando a suposição de que é possível chegar a resultados racionais e equitativos. Nesta linha, a razão prática passa dos direitos humanos universais ou da eticidade concreta de uma determinada comunidade para as regras do discurso e as formas de argumentação, que extraem seu conteúdo normativo da base de validade do agir orientado pelo entendimento e, em última instância, da estrutura da comunicação linguística e da ordem insubstituível da socialização comunicativa (HABERMAS, 1997, p. 19).

Estes três modelos são estudados por Habermas (1997a, p. 332), em especial ao analisar criticamente o pensamento republicano de Michelman. Para este, o conceito republicano de política não se reduz aos direitos à vida, à liberdade e à propriedade garantidos pelo Estado, mas à prática de autodeterminação de cidadãos orientados pelo bem comum, que se compreendem como membros livres e iguais de uma comunidade cooperadora que se auto administra. Direito e lei, assim, são secundários em relação ao contexto ético de uma cidade em que a virtude da participação ativa pode se desenvolver e se estabilizar nos negócios públicos. Michelman parece tentar demonstrar o republicanismo nos debates referentes à

constituição americana, bem como no próprio texto da constituição e na jurisprudência constitucional, com o escopo de desenvolver um conceito normativo do processo político e de suas condições.

Para os republicanos, segundo Habermas, a política se relaciona ao processo de socialização como um todo, a uma autodeterminação dos cidadãos (diferentemente da visão liberal, em que ela possui um papel de assegurar os direitos dos indivíduos contra o aparelho do Estado, por meio de sua máquina administrativa). A sociedade civil se mostra como ponto central dessa teoria, uma vez que, independentemente da Administração Pública e das relações privadas regidas pelo mercado, é ela quem irá propiciar a integração política.

No modelo liberal, a qualidade de cidadão está relacionada às liberdades negativas e os direitos políticos representam os instrumentos para que os cidadãos possam fazer valer seus interesses privados perante o Estado. Para os republicanos, por sua vez, os direitos políticos são vistos como liberdades positivas, uma vez que asseguram aos cidadãos a participação em uma prática comum. O papel do Estado, então, não é limitado a garantir as liberdades iguais, mas um processo inclusivo de formação de opinião e de vontade.

Quanto ao processo político, as duas posições também demonstram divergência. A política, para os liberais, simboliza um concorrência entre os interesses individuais, que agem estrategicamente buscando posições de poder, as quais são consolidadas por meio das decisões eleitorais. A corrente republicana, no entanto, assevera que as estruturas políticas possuem uma lógica própria voltada a uma comunicação pública orientada pelo entendimento, e, assim, não obedecem à lógica do mercado. Enquanto os republicanos acreditam na força dos discursos políticos, através dos quais se busca a conscientização dos cidadãos sobre o seu direito de autodeterminação, os liberais, por outro lado, seriam céticos quanto ao uso ético e moral da razão. Logo, a legitimidade da formação institucionalizada da opinião e da vontade é conferida pelas condições processuais.

Habermas (1997a, p. 346), como uma alternativa a essas concepções, propõe uma concepção procedimental, a qual se opõe à noção “republicana e comunitarista” de Michelman. Vejamos:

Contraopondo-se a isso, uma interpretação apoiada numa teoria do discurso insiste em afirmar que a formação democrática da vontade não tira sua força legitimadora da convergência preliminar de convicções éticas consuetudinárias, e sim de pressupostos comunicativos e procedimentos, os quais permitem que, durante o processo deliberativo, venham à tona os melhores argumentos. A teoria do discurso rompe com uma concepção ética

da autonomia do cidadão; por isso, ela não precisa reservar o modo da política deliberativa a um estado de exceção. E um tribunal constitucional que se deixa conduzir por uma concepção constitucional procedimental não precisa deixar a descoberto seu crédito de legitimação, podendo movimentar-se no interior das competências da aplicação do direito – claramente determinadas na lógica da argumentação – quando o processo democrático que ele deve proteger, não é descrito como um estado de exceção.

Habermas (1997a, p. 350-354) observa que é difícil conciliar um consenso de fundo ético com o pluralismo cultural e social das sociedades modernas. Logo, a cidadania ética proposta por Michelman surge como uma solução romântica. Republicanos entendem os juízes do Tribunal Constitucional como os guardiões e regentes pedagógicos dessa comunidade ética encarnada numa esfera pública política.

No entanto, parece que o republicanismo mistura ética com política e se esquece da relevância das “condições processuais” do procedimento democrático. O frankfurtiano, então, alerta que se a teoria “republicana comunitarista”, de fato, observasse a importância de tais procedimentos, notaria que em vez de se apoiar em uma comunidade ética, seria mais adequado verificar o caráter intrinsecamente racional das condições procedimentais que apoiam a suposição de que o processo democrático, em sua totalidade, propicia resultados racionais.

A teoria habermasiana do discurso busca, ao criar um novo modelo, solucionar os problemas que enxerga nos modelos liberal e republicano, utilizando-se do que há de melhor nestes dois sistemas sob perspectiva que realça a importância do discurso e da efetiva participação do popular, que reconstrói o conceito até então conhecido de democracia.

Esta diferenciação conceitual dos modelos acima apresentados se faz relevante para a compreensão do pensamento republicano de Michelman (1999, p. 04), segundo o qual a democracia é vista como o governo por ato do povo e constitucionalismo como o governo limitado pela lei com o intuito de proteger os direitos fundamentais.

Essas duas fontes de legitimação competem entre si na história da filosofia política. O liberalismo e o republicanismo discordam sobre se a “liberdade dos modernos” ou a “liberdade dos antigos” devem gozar de prioridade na ordem da justificação. Habermas (2001, p. 766-767) questiona o que vem primeiro: as liberdades individuais dos membros da sociedade de mercado moderna ou os direitos dos cidadãos democráticos de participação política?

Diante desta questão, o filósofo alemão relata a existência de duas posições: um lado insiste que em direitos básicos, a autonomia privada dos cidadãos assume uma forma que garanta o Direito positivo, considerando imutável o seu conteúdo essencial. De acordo com o outro lado, a autonomia pública dos cidadãos está consagrada na auto-organização de uma comunidade que faz livremente as suas próprias leis (HABERMAS, 2001, p. 767).

Habermas critica tanto a concepção liberal quanto a republicana e desenvolve a sua teoria como uma alternativa frente a este debate.

Habermas, então, propõe a resolução da questão anteriormente levantada com base na sua ideia de “cooriginariedade”, conforme passar-se-á a explicar.

Para o pensador germânico, se a justificação normativa da democracia constitucional deve ser consistente, então parece que se deve clarificar os dois princípios: direitos humanos e soberania popular (HABERMAS, 2001, p. 767).

Para que as leis sejam consideradas legítimas, elas, incluindo os direitos fundamentais, devem coincidir com os direitos humanos ou provir de uma formação de vontade democrática. Na primeira alternativa, o legislador democrático pode decidir de forma soberana somente dentro dos limites dos direitos humanos; já na segunda, o legislador democrático pode estabelecer qualquer Constituição que quiser e, conforme o caso, violar a sua própria lei fundamental, prejudicando, assim, a ideia do Estado de Direito (HABERMAS, 2001, p. 767).

No entanto, Habermas (2001, p. 767) demonstra que essas alternativas contradizem uma forte intuição. Para ele, a ideia de direitos humanos, que é explicitada em direitos básicos, pode não ser imposta ao legislador soberano como uma limitação nem ser simplesmente instrumentalizada como um requisito funcional para fins legislativos.

De certa forma, Habermas considera os dois princípios como igualmente originais. Um não é possível sem o outro, mas nenhum estabelece limites sobre o outro. Para ele, a intuição de “cooriginariedade” também pode ser expressa da seguinte forma: a autonomia privada e pública requerem uma à outra. Os dois conceitos, segundo o autor, são, então, interdependentes; eles estão relacionados entre si por implicação material.

Os cidadãos, segundo o autor, podem fazer um uso adequado de sua autonomia pública, da maneira assegurada por direitos políticos, somente se forem suficientemente independentes em virtude de uma autonomia privada igualmente protegida em sua conduta de vida. Mas, para ele, os membros da sociedade, na verdade, desfrutam de sua autonomia

privada a uma igual medida (isto é, as liberdades individuais distribuídas igualmente têm “valor igual” para eles) apenas se, como cidadãos, eles fizerem um uso adequado de sua autonomia pública (HABERMAS, 2001, p. 767).

Para Habermas, portanto, a autonomia privada e a pública se pressupõem reciprocamente. Considerando a ideia da “cooriginariedade” ou “equiprimordialidade”, que é um dos principais elementos da análise habermasiana é possível conciliar a concepção procedimentalista de soberania popular e os direitos humanos e superar a ideia de conflito entre tais direitos. Desta forma, não mais se justificariam as teorias que pregam que os direitos humanos devem prevalecer sobre a soberania popular ou vice-versa. Trata-se, portanto, de uma tentativa de solucionar o conflito entre o princípio da maioria e os direitos da minoria (RIBEIRO, 2015, p. 05).

Portanto, verifica-se que dentro da ideia de Habermas sobre a “cooriginariedade”, direitos humanos não prevalecem sobre a soberania popular e estes não prevalecem sobre aqueles, pois ambos são igualmente originais e um é pressuposto para o exercício do outro. Diante desta ideia, as teorias liberal e republicana não mais se justificam.

A teoria da democracia deliberativa visa a superar as teorias puramente empíricas da política, demonstrando que não há como entender a democracia sem sua dimensão normativa. Habermas assevera que a possibilidade de conciliação entre democracia e complexidade social por meio da expansão da esfera pública, em que se desenvolve uma cultura política que resulta do reconhecimento mútuo dos direitos entre cidadãos, os parceiros do direito. Estes, no processo de autolegislação, concebem simultaneamente os direitos individuais que os autoriza a realizar escolhas na esfera privada e os direitos políticos que asseguram a sua participação política. “Os direitos individuais garantem a capacidade de participação política e, ao mesmo tempo, os direitos políticos constituem um pressuposto para o exercício dos direitos individuais exercidos na esfera privada” (RIBEIRO, 2015, p. 05-06).

Essa concepção de deliberação visualizada pelo frankfurtiano busca conciliar democracia e complexidade por meio da expansão da esfera pública, orientada pela ideia de que a sociedade moderna, no plano normativo, presume a existência de uma cultura política na qual os cidadãos, como parceiros do direito, conferem mutuamente direitos de igual liberdade na esfera privada (RIBEIRO, 2015, p. 05-06).

A deliberação, portanto, implica:

- a) a troca regulada de informações e argumentos entre as partes que devem ser capazes de examiná-las criticamente; b) as deliberações devem ser

públicas e inclusivas de forma a garantir a participação de todos os interessados nas decisões; c) os participantes são soberanos e devem estar livres de coerção, vinculando-se somente aos pressupostos da comunicação e às regras do processo argumentativo; d) a deliberação também não está submetida a qualquer coerção interna que comprometa a igualdade das partes; e) a deliberação tem como objetivo um acordo motivado racionalmente e podem ser desenvolvidas sem restrições e retomadas em qualquer circunstância; f) o processo deliberativo abrange todas as matérias sujeitas à regulação e que sejam do interesse público; g) a deliberação inclui interpretação das necessidades e transformações de preferências e pontos de vista pré-político (RIBEIRO, 2015, p. 06).

O filósofo alemão critica a concepção elitista, a qual é “centrada na ideia de que ao cidadão cabe tão somente escolher os representantes, uma elite que seja capaz de governar” (RIBEIRO, 2015, p. 02), e afirma que essa é uma das responsáveis pelo descrédito do sistema representativo e pelo afastamento do cidadão das decisões, bem como pela crescente apatia política das sociedades contemporâneas (RIBEIRO, 2012, p. 05-06).

Quanto à solução para a suposta relação paradoxal entre democracia e Estado de Direito, Michelman não considera que a concepção de democracia deliberativa possa resolver esta questão. Segundo ele, o paradoxo parece retornar no momento em que se analisa assuntos relacionados ao ato constitutivo da Constituição e se pergunta se a teoria do discurso nos possibilita conceber a opinião e a formação de vontade na convenção constitucional como um processo democrático sem restrições (HABERMAS, 2001, p. 772).

Habermas (2001, p. 772) propõe a compreensão das bases normativas da democracia constitucional como um resultado de um processo de tomada de decisão deliberativa que os fundadores se comprometeram com a intenção de criar uma associação voluntária, autodeterminada de cidadãos livres e iguais.

Diante do questionamento de quais direitos as pessoas devem mutuamente conceder para regular legitimamente a vida em comum por via do Direito positivo, Habermas (2001, p. 772) afirma que:

- Em primeiro lugar, apenas será considerado legítimo o resultado obtido por meio do livre consentimento fundamentado de todos em que os participantes detenham iguais direitos na deliberação, sob as condições de um discurso racional;
- Em segundo lugar, os participantes se comprometem para com o Direito moderno como meio de regular a sua vida em comum. Observa o autor que o modo de legitimação através de um consenso geral em condições discursivas compreende o conceito kantiano de autonomia política apenas em conexão com a ideia de leis coercitivas que concedem iguais liberdades individuais, pois, de acordo com o conceito kantiano de autonomia, ninguém será verdadeiramente livre até que todos os cidadãos gozem de iguais

liberdades sob as leis que deram a si mesmos depois de uma deliberação razoável.

Para perceber a força da objeção de Michelman contra a tentativa procedimental de conciliar a ideia de direitos humanos com o princípio da soberania popular, Habermas (2001, p. 772) observa que é preciso ser claro sobre as consequências da tentativa de explicar a forma de democracia constitucional em termos de institucionalização jurídica de uma abrangente rede de discursos.

Discursos públicos, para o autor, precisam ser especificados de acordo com as circunstâncias temporais, sociais e materiais em relação à formação da opinião política e da vontade em arenas da esfera pública ou nos órgãos legislativos e em relação às práticas de tomada de decisão juridicamente corretas e materialmente informadas por tribunais ou administrações. (HABERMAS, 2001, p. 772-773).

Michelman tem em vista esta dimensão de normas legais, abrangendo os direitos fundamentais, os direitos de voto, a parte organizacional da Constituição, os direitos processuais e as regras de órgãos governamentais individuais (HABERMAS, 2001, p. 773).

A depender da matéria que precisa de regulação e de uma decisão, às vezes podem prevalecer os aspectos morais e legais ou os aspectos éticos. Assim como pode, eventualmente, envolver uma questão empírica (que necessita de conhecimento especializado) ou, ainda, de questões pragmáticas (que requerem um equilíbrio de interesses e, assim, negociações justas). Para ele, os processos de legitimação fluem por meio de diferentes níveis de comunicação (em contraste com os círculos “selvagens” de comunicação na esfera pública desorganizada, estão os processos deliberativos formalmente regulamentados e de tomada de decisão dos tribunais, parlamentos, burocracias e similares). Ressalta que os procedimentos legais e as normas que regem os discursos institucionalizados não devem ser confundidos com os procedimentos cognitivos e padrões de argumentação que orientam o curso intrínseco do próprio discurso (HABERMAS, 2001, p. 773).

É esta dimensão legal de processo de estabelecimento de formas de comunicação que Michelman se refere quando ele argumenta que a prática de elaboração da Constituição não pode ser reconstruída com base na teoria do discurso, pois esta abordagem não pode evitar a circularidade da auto-constituição do Direito e, portanto, ficaria presa em uma regressão infinita (HABERMAS, 2001, p. 773).

Na visão de Michelman, um processo verdadeiramente democrático é, em si, inevitavelmente um processo legalmente condicionado e constituído. É constituído, por

exemplo, pela legislação relativa à representação política e eleições, associações civis, famílias, liberdade de expressão, de propriedade, acesso a meios de comunicação etc. Assim, a fim de conferir legitimidade a um conjunto de leis que emitem a partir de um conjunto real de instituições e práticas discursivas em um país, essas instituições e práticas devem ser legalmente constituídas da maneira estabelecida (HABERMAS, 2001, p. 773).

Para Michelman, as leis sobre eleições, representação, associações, famílias, discurso, propriedade etc., teriam de ser capazes de constituir um processo de comunicação política democrática relativamente justo ou sem distorção da comunicação política democrática, não só nas arenas formais da legislação, mas na sociedade civil em geral. O problema que Michelman enxerga é que, independentemente do que façam ou não, a qualquer momento pode se tornar uma questão contenciosa, mas de discordância razoável, de acordo com a premissa liberal do pluralismo interpretativo razoável (HABERMAS, 2001, p. 773).

A legitimidade procedimental do resultado de qualquer discurso depende da legitimidade das regras segundo as quais foi estabelecido e a partir de pontos de vista temporais, sociais e materiais. Se a legitimidade processual é o padrão, então o resultado das eleições políticas, a decisão dos parlamentos, ou o conteúdo das decisões judiciais será, em princípio, sujeito à suspeita de ter surgido com base em regras e em um quadro institucional deficiente. Esta cadeia de pressupostos de legitimação remonta para além da prática de elaboração de uma Constituição. Por exemplo, o conjunto constitucional em si não pode garantir a legitimidade das regras segundo as quais foi constituída (HABERMAS, 2001, p. 774).

O processo democrático, desta forma, fica preso em uma auto-constituição circular que leva a uma regressão infinita (HABERMAS, 2001, p. 773).

O filósofo de Frankfurt critica essa concepção de Michelman e diz preferir não enfrentar essa objeção devido ao recurso à objetividade de intuições morais que supostamente levaria o regresso a um impasse. Ao invés de apelar para um realismo moral que seria difícil de defender, Habermas (2001, p. 774) propõe que o regresso seja entendido como a expressão compreensível do personagem orientado para o futuro, ou a abertura da Constituição democrática.

Uma Constituição que é democrática (não apenas em seu conteúdo, mas também de acordo com a sua fonte de legitimação) constitui um projeto de construção tradicional com um início claramente marcado no tempo. Todas as gerações posteriores têm a tarefa de

atualizar o conteúdo normativo do sistema de direitos previstos no documento original da Constituição (HABERMAS, 2001, p. 774).

De acordo com este entendimento dinâmico da Constituição, a legislação em curso continua a interpretar e adaptar o sistema de direitos para as circunstâncias atuais. A longo prazo, pode ser visto como um processo de aprendizagem que corrige suas próprias falhas, o que favorece a legitimidade de processos democráticos existentes, especialmente com a inclusão de classes sub-privilegiadas e grupos marginalizados anteriormente (HABERMAS, 2001, p. 774).

Dentro desta perspectiva, aliás, cabe ressaltar que o processo de democratização é dinâmico e “sempre permanece incompleto e sempre corre o risco de ser revertido – de ser convertido em desdemocratização” (TILLY, 2013, p. 13). Logo, não se esgota com a dissolução da assembleia constituinte e sempre deve ser adaptado às circunstâncias atuais com o escopo de corrigir falhas passadas e buscar a sua concretização.

Os contemporâneos concordam que, em uma retrospectiva da história constitucional americana, com a inclusão de grupos marginalizados e com a emancipação das classes desfavorecidas, os pressupostos até então mal satisfeitos para a legitimidade dos procedimentos democráticos existentes são melhor realizados (HABERMAS, 2001, p. 774-775).

Para o autor, a interpretação da história constitucional como um processo de aprendizagem é baseada na suposição de que as gerações futuras irão começar com os mesmos padrões como fizeram os fundadores. Isto é, se hoje alguém quiser basear seu julgamento na expectativa normativa da completa inclusão e reconhecimento mútuo, bem como a expectativa da igualdade de oportunidades para a utilização de direitos iguais, poderá encontrar tais padrões na Constituição e na sua história interpretativa. Os descendentes poderão aprender com os erros do passado desde que estejam na mesma situação que os seus antepassados. Eles devem imputar a todas as gerações anteriores a mesma intenção de criar e expandir as bases para uma associação voluntária de cidadãos que fazem suas próprias leis. Todos os participantes devem ser capazes de reconhecer o projeto como o mesmo ao longo da história e julgá-lo da mesma perspectiva (HABERMAS, 2001, p. 775).

Habermas ressalta que Michelman parece concordar neste ponto⁴.

⁴ Michelman afirma que os “Autores da Constituição podem ser nossos autores – a sua história pode ser a nossa história, sua palavra pode comandar a observância da nossa parte agora por motivos de soberania popular –

Conclui que o elo consiste da prática compartilhada à qual recorreremos para tentar chegar a uma compreensão racional do texto da Constituição. Para ele, não é por acaso que o ato constitucional fundador é experimentado como um ponto decisivo na história do país, pois com esse ato se fundamentou um novo tipo de prática com significado para a história mundial (HABERMAS, 2001, p. 775).

O autor explica que o sentido performativo dessa prática (uma prática destinada a gerar uma comunidade autodeterminada de cidadãos livres e iguais) é simplesmente enunciado na Constituição. Este sentido permanece dependente de uma explicação a ser realizada no curso da aplicação, interpretação e complementação das normas constitucionais (HABERMAS, 2001, p. 775).

Graças a este significado performativo cada cidadão pode, a qualquer momento, se referir aos textos e decisões dos fundadores e seus descendentes de uma forma crítica, assim como se pode, por outro lado, adotar a perspectiva dos fundadores e ter uma visão crítica do presente para testar se as existentes instituições, práticas e procedimentos de opinião democráticos e formação de vontade satisfazem as condições necessárias para um processo que gera a legitimidade. Nesta perspectiva, cada ato fundador também cria a possibilidade de um processo de tentativas de autocorreção para explorar o sistema de direitos cada vez mais plenamente (HABERMAS, 2001, p. 775-776).

Habermas (2001, p. 776) entende que uma reflexão sobre a dimensão histórica de realização do projeto constitucional pode, talvez, invalidar a objeção plausível em face da interpretação teórica discursiva da autoconstituição democrática do Estado constitucional. Mas, não foi demonstrado como os princípios do Estado de Direito encontrados na Constituição são inerentes à democracia em si. Para demonstrar que a democracia e constitucionalismo não estão numa relação paradoxal, Habermas explica em que sentido os direitos fundamentais em sua totalidade (e não apenas os direitos políticos) são constitutivos para o processo de autorregulamentação.

A teoria do discurso, do mesmo modo que as teorias precursoras do contrato social, simula uma condição original: um número arbitrário de pessoas entra livremente em um prática de elaboração da Constituição (HABERMAS, 2001, p. 776).

apenas porque e na medida em que, aos nossos olhos agora, já estavam sobre o que julgamos ser o caminho da verdadeira razão constitucional... na produção da atual autoridade legal, autores constitucionais têm que ser figuras de justiça para nós antes que eles possam ser figuras da história” (Tradução livre de HABERMAS, 2001, p. 775) .

Essa ficção de liberdade satisfaz a condição importante de uma igualdade original dos partidos participantes, cujo “sim” e “não” contam de forma igual (HABERMAS, 2001, p. 776).

Os participantes devem cumprir mais três condições, segundo o autor:

1. Eles estão unidos por uma resolução comum para legitimamente regular sua futura convivência por via do Direito positivo;
2. Eles estão prontos e capazes de participar de discursos racionais e, portanto, para satisfazer os pressupostos pragmáticos exigentes de uma prática de argumentação (não se limita à racionalidade instrumental e nem à moralidade, pois estipula como condição a razão comunicativa);
3. A entrada na prática da elaboração de uma Constituição está ligada à disponibilidade para fazer o significado dessa prática um tema explícito (i. e., para tornar os recursos do desempenho um tópico de discussão). Ou seja, antes do início dos trabalhos constituintes deve-se refletir e explicitar conceitualmente o significado específico da destinação do empreendimento que os participantes fizeram a si mesmos com a sua própria prática de elaborar uma Constituição (HABERMAS, 2001, p. 776).

Esta reflexão atende a uma série de tarefas construtivas que devem ser concluídas antes do trabalho de elaboração da Constituição poder realmente começar (HABERMAS, 2001, p. 776).

A primeira coisa que os participantes percebem, ao buscarem a realização de suas intenções por meio da lei, é o dever de criar um sistema que assegure a cada futuro membro dessa associação a posição de portador de direitos individuais (HABERMAS, 2001, p. 776).

Para Habermas (2001, p. 776-777), um sistema de Direito positivo e obrigatório com uma qualidade tão individualista só pode acontecer se três categorias de direitos forem introduzidas concomitantemente. Caso a capacidade para o consentimento geral seja considerada um requisito de legitimidade, as categorias serão as seguintes:

1. Os direitos fundamentais (independentemente do seu conteúdo concreto) que resultam da elaboração autônoma do direito ao maior grau possível de igual liberdade individual de ação para cada pessoa;
2. Os direitos fundamentais (independentemente do seu conteúdo concreto) que resultam da elaboração autônoma do status de um membro de uma associação voluntária de parceiros do direito;
3. Os direitos fundamentais (independentemente do seu conteúdo concreto) que resultam da elaboração autônoma de direito de cada indivíduo a igual proteção sob a lei, isto é, que resultam da possibilidade de acionar seus direitos individuais.

Estas três categorias de direitos são a base necessária para uma associação de cidadãos que têm limites sociais definidos e cujos membros reconhecem mutuamente uns aos outros como portadores de direitos individuais acionáveis (HABERMAS, 2001, p. 777).

No entanto, o autor explica que os participantes apenas antecipam que eles serão os futuros usuários e destinatários da lei. Eles precisam, então, de uma quarta categoria de direitos para que possam reconhecer mutuamente uns aos outros também como os autores desses direitos, bem como da lei em geral. Devem se capacitar como legisladores políticos através da introdução de direitos políticos básicos para obterem autonomia ou autodeterminação não só no presente como também no futuro (HABERMAS, 2001, p. 777).

Sem as três primeiras categorias de direitos básicos, algo como a lei não poderia existir; mas sem uma elaboração política dessas categorias, a lei não iria adquirir quaisquer conteúdos concretos. Para este último, uma categoria adicional (e também inicialmente vazia) de direitos é necessária:

4. Os direitos fundamentais (independentemente do seu conteúdo concreto) que emergem a partir da elaboração autônoma do direito à igualdade de oportunidades para participar na legislação política.

Antes de os participantes concluírem seu primeiro ato de legislar, eles devem alcançar a clareza sobre o empreendimento pelo qual se decidiram, ao iniciar uma prática de elaborar uma Constituição. Contudo, depois de explicitarem o significado performativo desta prática que, já conheciam intuitivamente, eles sabem que têm de criar as quatro categorias acima dos direitos fundamentais simultaneamente (HABERMAS, 2001, p. 777).

Para o autor, eles não poderiam criar direitos fundamentais em abstrato, mas apenas direitos fundamentais particulares com um conteúdo concreto. Por esta razão, os participantes devem observar o que, em geral, deve ser regulado de acordo com as dadas circunstâncias históricas e quais são os direitos necessários para lidar com as questões que necessitam de regulamentação.

Para conhecerem a necessidade dos direitos elementares, eles têm que se confrontar com as consequências insuportáveis da ausência de regulamentação (como, por exemplo, somente com o confronto com as consequências intoleráveis do uso da violência física que irão reconhecer a necessidade dos direitos elementares para a integridade corporal ou liberdade de ir e vir). A Assembleia Constituinte pode chegar a decisões somente quando notar os riscos que necessitam de uma regulamentação específica (HABERMAS, 2001, p. 777-778).

Habermas (2001, p. 778) estabelece duas fases da gênese conceitual dos direitos fundamentais: a primeira envolve a explicação conceitual da linguagem dos direitos individuais, em que a prática comum de uma associação autodeterminada de cidadãos livres e

iguais pode se expressar, e na qual o princípio da soberania popular pode se incorporar; a segunda etapa envolve a realização deste princípio por meio do exercício, da realização fática dessa prática.

Por ser a prática de autodeterminação cidadã concebida como um processo de realização a longo prazo e de elaboração progressiva do sistema de direitos fundamentais, o princípio da soberania popular emergirá por si próprio como parte e parcela da ideia de Estado de Direito.

Este cenário, segundo o autor, claramente mostra que as etapas preparatórias conceituais explicam os requisitos necessários para uma autolegislação democrática legalmente estabelecida. Somente em conjunto com a ideia de Estado de Direito pode o princípio democrático ser realizado, uma vez que os dois princípios estão em uma relação de implicação material recíproca (HABERMAS, 2001, p. 778).

Em razão de a autonomia não dever ser confundida com a liberdade arbitrária de escolha, o Estado de Direito nem precede a vontade do soberano, nem deriva dela. Em vez disso, o Estado de Direito está inscrito na autolegislação política, assim como a autorregulação moral está inscrita no imperativo categórico, segundo o qual apenas as máximas universalizáveis (máximas capazes de consentimento universal) são legítimas e razoáveis no sentido de mostrar o mesmo respeito por cada pessoa (HABERMAS, 2001, p. 778-779).

No entanto, se o indivíduo que atua moralmente liga a sua vontade à ideia de justiça, a autovinculação razoável do soberano político significa que este último se compromete com o Direito. A razão prática que se articula no Estado de Direito (como governo exercido legalmente) é ligada às características constitutivas do Direito moderno. Isso explica, para Habermas, porque a relação de implicação entre soberania popular e constitucionalismo se reflete na relação entre a autonomia do cidadão e a autonomia do indivíduo privado: uma não pode ser realizada sem a outra (HABERMAS, 2001, p. 779).

Tal como a moralidade, o Direito também protege a igualdade de autonomia de cada pessoa: nenhum indivíduo é livre enquanto todas as pessoas não gozarem de uma liberdade igual. Porém, para ele, a positividade do Direito exige uma divisão na autonomia (diferentemente da esfera moral) (HABERMAS, 2001, p. 779).

O carácter vinculativo de normas jurídicas não advém apenas da visão sobre o que é igualmente bom para todos, mas, segundo Habermas (2001, p. 779), a partir das decisões

coletivamente vinculantes das autoridades que fazem e aplicam a lei. Isso resulta na divisão conceitualmente necessária de papéis entre autores que fazem e aplicam a lei, por um lado, e destinatários que estão sujeitos à lei válida, por outro. A autonomia (que na esfera moral brota de uma única fonte) aparece na esfera jurídica na forma dual de autonomia privada e pública.

O moderno Direito coativo apenas pode exigir que os seus destinatários se comportem, independentemente de sua motivação, em conformidade com a lei. A lei não pode exigir a sua obediência “por respeito à lei”, assim, a autonomia privada só pode ser garantida na forma de liberdades individuais, que dão direito a uma conduta autônoma de vida e possibilitam a consideração moral dos outros, mas não obrigam a fazer nada além do que é compatível com a igualdade de liberdade de todos os outros. Autonomia privada assume, portanto, a forma de uma garantia legal de liberdade de escolha. (HABERMAS, 2001, p. 779)

Ao mesmo tempo, no papel de pessoas que agem moralmente, as pessoas coletivas também devem ser capazes de obedecer o Direito pelo motivo de respeito à lei. Por esta razão, as leis válidas (no sentido de existentes) também devem ser legítimas. E a lei apenas poderá satisfazer essa condição se surgir de forma legítima, ou seja, de acordo com os procedimentos da formação democrática de opinião e de vontade, que justificam a presunção de que os resultados são racionalmente aceitáveis (HABERMAS, 2001, p. 779).

O direito à participação política está ligado à expectativa de um uso público da razão: como legisladores democráticos, os cidadãos não podem ignorar a demanda informal de se orientar para o bem comum (HABERMAS, 2001, p. 779).

Habermas (2001, p. 779-780) explicita que o que foi dito acima parece sugerir que a razão prática tem o seu lugar somente no exercício de uma autonomia política que permita que os destinatários do Direito se compreendam, também, como autores da lei. A razão prática é realizada sob a forma de autonomia privada e pública. Ou seja, ambas são tanto meio como fim em si mesmas.

O filósofo frankfurtiano entende que a exigência da orientação pelo bem comum, que é conectada com autonomia pública, é também uma expectativa racional na medida em que apenas o processo democrático garante que os particulares consigam gozar de suas liberdades individuais de maneira igual. Por outro lado, somente quando a autonomia privada dos indivíduos é assegurada os cidadãos poderão fazer uso correto de sua autonomia pública. A interdependência entre constitucionalismo e democracia, para o autor, transparece justamente

nesta relação de complementaridade entre autonomia privada e pública: cada lado serve como fonte para o outro.

Com base em sua teoria da democracia deliberativa, explicada ao longo deste capítulo, Habermas busca demonstrar a ausência de paradoxo na relação entre Estado de Direito e democracia e o problema conceitual na teoria republicana de Michelman. No entanto, o debate entre os autores tem sido muito discutido na atualidade e ensejou questionamentos e críticas de outros importantes constitucionalistas, que serão objeto de análise no próximo capítulo.

3. DEMOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO: UM PARADOXO OU UMA RELAÇÃO COMPLEMENTAR?

Diante da discussão entre os autores, buscar-se-á destrinchar as principais ideias de ambos a fim de verificar se a solução do último resolve, de fato, o paradoxo demonstrado pelo primeiro e, com isto, trazer algumas contribuições para o constitucionalismo democrático brasileiro. Neste capítulo serão, também, examinadas algumas críticas feitas por Rosenfeld a respeito das justificativas abordada pelo filósofo alemão para afirmar a sua tese sobre a relação de complementariedade entre democracia e constitucionalismo, bem como a resposta deste ao pensador norte-americano. Do mesmo modo, o italiano Alessandro Ferrara propõe um interessante estudo sobre o diálogo entre Habermas e Michelman e traz ponderações à teoria habermasiana. O propósito único do exame, neste momento, dos artigos de Rosenfeld e Ferrara é fomentar e enriquecer a reflexão sobre o debate em análise, embora não haja pretensão de esgotar o tema, dada a complexidade da questão em tela.

A ideia do paradoxo da democracia constitucional de Michelman, em resumo, advém da tensão entre dois compromissos tidos por conflitantes, quais sejam: o ideal de governo limitado pela lei com o intuito de proteger os direitos fundamentais (“constitucionalismo”) e o ideal de governo por ato do povo, ou seja, as pessoas de um país decidindo por si mesmas os conteúdos decisivos e fundamentais das normas que organizam e regulam a sua comunidade política (“democracia”). Entretanto, tal concepção deriva do conceito de democracia empregado pelo autor, visto que se trata de uma palavra polissêmica. Por este motivo remeto o leitor ao capítulo anterior em que se propôs um breve estudo dos modelos de democracia segundo a visão de Habermas (por razões de recorte metodológico, a fim de não dispersar do tema em foco).

Michelman entende que o governo para o povo será verificado se os governantes exercerem o cargo em prol das maiorias populares e caso estes regimes eleitorais e de representação forem voltados para uma reflexão justa dos interesses da população. Desta forma, acredita que o governo provavelmente irá atender aos anseios dos governados.

Nota-se que Michelman, inserido no republicanismo aristocrático, não consegue resolver, de fato, o problema do autogoverno e dos interesses das minorias. Aliás, por entender que o autogoverno pode ser realizado por meio do Poder Judiciário (e não pelo próprio povo), acaba por retirar do povo a soberania popular e entregá-la a uma elite não legitimada por uma maioria democrática.

Habermas observa que, para Michelman, a interação com o público contribui para a legitimação democrática das decisões de um juiz constitucional que não tenha sido, ao menos, suficientemente legitimado de maneira democrática. No entanto, para julgar como esse modelo pode auxiliar a resolver o paradoxo, é necessário analisar o papel cognitivo desempenhado pelo discurso persuasivo como um meio de ampliar a esfera pública legal para a prática da Corte, bem como a contribuição funcional que esse discurso supostamente deve ter para a aceitação social da decisão.

Em sua visão, o Poder Judiciário (idealizado pelo autor por meio da análise de decisões e virtudes do juiz Brennan), quando da interpretação da norma constitucional, poderá vir a sanar a “dificuldade institucional”, pois poderá supervisionar o processo legislativo ordinário para assegurar que a democracia seja exercida como um meio de autogoverno dos indivíduos.

Michelman, no entanto, estabelece duas condições para que a interpretação da norma pelo juiz possa representar o autogoverno, quais sejam: deve ser usado um princípio com o qual todos concordem; e o princípio deve ter uma aplicação mais ou menos objetiva, direta e decisiva sobre a cláusula constitucional em questão. Se qualquer uma das condições não for cumprida, então o Judiciário, ao decidir, estará fixando uma parcela significativa do conteúdo das leis do país, de forma que parte do país não concordaria e, assim, não estaria cumprindo com o ideal do autogoverno.

O autor diz que Brennan teria expressado um compromisso com esta maneira de interpretação e o constitucionalismo deste juiz reflete um liberalismo “romântico” com respeito à personalidade humana do indivíduo e à emancipação social (pois o escopo principal da Constituição romântico-liberal é libertar o indivíduo da tirania das categorias sociais de classes, sexos e nações).

O autor enxerga na democracia não apenas um procedimento, mas um ideal substantivo, um compromisso de capacitar os desempoderados e de reconectar o alienado.

Para esclarecer este primeiro ponto, o frankfurtiano propõe um estudo do conceito de democracia. Desenvolve a sua análise com base em três modelos, quais sejam: o liberal (em que o processo democrático deve programar o Estado para que se volte ao interesse da sociedade); o republicano (o qual propõe uma auto-organização da sociedade por acordo entre os cidadãos, mas esse modelo, além de idealista, faz com que o processo democrático

dependa das virtudes de cidadãos voltados ao bem comum); e o deliberativo (o qual se relaciona à concepção procedimentalista e à teoria do discurso).

Embora o modelo republicano, seguido por Michelman, possua vantagens (o fato de ele se fundar no sentido democrático de uma auto-organização da sociedade pelos próprios cidadãos em acordo mútuo por via comunicativa e não submeter os fins coletivos a uma negociação entre interesses particulares opostos), Habermas observa que o fato de ser muito idealista e tornar o processo democrático dependente das virtudes de cidadãos voltados ao bem comum seria uma desvantagem, pois a política não se resume a questões relativas ao acordo mútuo de caráter ético. A condução estritamente ética dos discursos políticos se mostra como um erro desse modelo.

Pela insuficiência do conceito republicano, já se percebe a dificuldade prática da solução idealista dada por Michelman para o autogoverno, pois precisa de virtudes dos membros do Poder Judiciário (iguais às que relata em Brennan) e, além disso, cria como requisito a irreal concordância de todos sobre o princípio a ser utilizado. O autor parece não confiar no povo e busca um representante que entende ser mais capacitado (no caso, o Judiciário) para este.

É importante ressaltar que Michelman desenvolve o seu pensamento sobre o paradoxo da democracia constitucional justamente com base na comparação das teorias de Post e de Dworkin, ou seja, por um lado, na visão procedimental, afirma-se que não haverá democracia se o conteúdo da lei básica não puder ser decidido pelo povo e, por outro, busca-se retirar do processo político decisório parte do conteúdo de um regime democrático.

Em relação ao constitucionalismo substancialista de Dworkin, Michelman assevera existir uma contradição por trazer dois elementos essenciais: a ideia do indivíduo como agente da soberania popular e a tese de limitação ao processo político decisório em relação a certos direitos.

O autor critica, também, a ideia de democracia procedimental de Post, em que se assegura o autogoverno por meio do acesso irrestrito de todos ao processo deliberativo, sem nenhuma conotação substantiva. Michelman reconhece que a concepção de Post se adequa à necessidade de participação dos cidadãos na elaboração das leis básicas do país (o que representaria o autogoverno), contudo, alega que todos os princípios, inclusive o do acesso irrestrito, não podem ser aplicados sem interpretação e caberá ao Judiciário expressar o conteúdo deles. Por isto, entende que a classificação de Post de democracia responsiva (como uma concepção política procedimental pura) possibilitaria a introdução de normas tirânicas

por não haver nenhum conjunto de direitos básicos a ser preservado no processo deliberativo, pois todas as questões seriam suscetíveis de interpretação e ao processo decisório.

Michelman nega a teoria procedimental por enxergar o constitucionalismo como o estabelecimento de princípios normativos concretamente inteligíveis não negociáveis e não-discutíveis. Logo, não seria possível existir simultaneamente um governo constitucional e autogoverno para todos, exceto no caso de haver uma aceitação incondicional das normas por praticamente todas as pessoas de um país.

Diante das reflexivas críticas de Michelman sobre as posições de Post e Dworkin, nota-se que, de fato, a visão substancialista enfrenta dificuldades para efetivar as normas constitucionais, contudo, se complementada com a posição procedimentalista, poderá vir a encontrar a sua concretização. Sabe-se que ambas teorias possuem vantagens e desvantagens, Michelman demonstra muitas delas, mas ignora a possibilidade de conciliação e aperfeiçoamento dessas visões e, com seu posicionamento republicano aristocrático, traz uma alternativa que se baseia em virtudes de um juiz específico e isolado por ele analisado que deverá ser seguido pelos demais membros do Poder Judiciário, os quais retirarão do povo o seu poder (para exercê-lo em seu lugar), pois parece entender que eles seriam mais capacitados, embora não suficientemente legitimados para tanto. A combinação e o aperfeiçoamento das teorias acima examinadas por Habermas, o qual desenvolve uma nova teoria como alternativa a essas, poderá vir a assegurar aos membros da sociedade a sua efetiva participação democrática por meio de escolhas axiológicas, principiológicas e substanciais.

Diante do paradoxo da democracia constitucional visto por Michelman, Ferrara (2001, p. 782) levanta três questões, quais sejam: (a) uma faceta conceitual – há realmente um paradoxo ou este é um efeito de um uso ambíguo ou inadequado de certos conceitos básicos? (b) uma faceta de legitimação – como devemos entender a autoridade de uma constituição enquadrada em um contexto histórico diferente daquele em que nos encontramos e, portanto, um reflexo da vontade autônoma de uma geração de cidadãos diferentes dos nossos? (c) uma faceta institucional – quem pode fazer cumprir as normas constitucionais e decidir casos controvertidos sobre a satisfação da lei?

Quanto às questões trazidas por Ferrara, Michelman, conforme analisado no primeiro capítulo desta dissertação, por meio do debate contra as posições de Dworkin, Post e Habermas, entende pela existência de um paradoxo e elabora o seu modelo de juiz “responsivo” e o seu papel de exercer o autogoverno, em que a interação com o público supostamente contribui para a legitimação democrática das decisões de um juiz constitucional

que não tenha sido democraticamente legitimado ou não suficientemente legitimado. No entanto, em uma análise crítica das reflexões do pensador norte-americano, Habermas realiza uma comparação entre o posicionamento liberal e o republicano e, por simplificar os conceitos ditos divergentes e paradoxais por Michelman, consegue demonstrar que as três posições acima referidas, na verdade, provém uma da outra em forma dialética e, com isso, desenvolve a sua teoria sobre a relação entre Estado de Direito e democracia.

Ao cotejar tais posicionamentos, verifica que, embora haja uma discussão pelos adeptos da visão liberal sobre a relação entre a democracia (como fonte de legitimação) e o constitucionalismo (que não precisa de legitimação democrática), o filósofo germânico conclui que não há paradoxo nesta relação, pois as regras constitutivas que primeiramente fazem uma democracia possível não podem limitar a prática democrática por meio de normas impostas externamente. Parece, então, haver uma confusão entre as condições permissoras e as condições restritivas. Para ele, o argumento utilizado para justificar que a Constituição é inerente à democracia é insuficiente por se referir somente a uma parte da lei fundamental, a parte imediatamente constitutiva para as instituições de opinião e formação de vontade (direitos de participação política e de comunicação). Ademais, a posição liberal, ao aduzir que a autodeterminação democrática dos cidadãos pode ser realizada apenas por meio de uma lei (uma propriedade estrutural que assegure a liberdade), traz uma dualidade, na visão do frankfurtiano, a qual demonstra a relação entre o princípio democrático e o constitucionalismo (tal dualismo é notado na ideia do Estado de Direito – expressa no passado na ideia de direitos humanos – que aparece ao lado da soberania popular como uma segunda fonte de legitimação).

Já para a concepção republicana, por sua vez, também enfrenta dificuldades para afirmar a existência do paradoxo, pois traz como condição para o reconhecimento do Estado de Direito como democrático (i.e., para que a substância da Constituição não compita com a soberania do povo) o fato casuístico de a própria Constituição emergir de um processo inclusivo de opinião e formação de vontade por parte de uma população acostumada à liberdade. A teoria constitucional adquire um sentido procedimental capaz de estabelecer formas de comunicação que possibilitam o uso público da razão e o equilíbrio dos interesses a serem realizados através da lei. Por estar enraizado nas atitudes dos cidadãos, os princípios constitucionais são considerados menos coercitivos e mais permanentes do que mecanismos jurídicos formais que imunizam a Constituição contra mudanças pelas maiorias tirânicas. Para

Habermas, essa reflexão republicana falha ao introduzir orientações de valores liberais que tornam a coerção legal supérflua por substituí-la por costume e autocontrole moral.

O resultado da comparação das teorias liberal e republicana, visto pelo filósofo da Escola de Frankfurt, é que a primeira enxerga no Estado um risco para a liberdade individual, pois os cidadãos precisam competir pela garantia dos seus direitos perante o Estado. Na teoria republicana, por sua vez, o cidadão é tido como portador de virtudes cívicas e o Estado seria o principal elemento de coesão da sociedade. A democracia é tida como sinônimo de auto-organização política da sociedade e disso resulta uma compreensão de política dirigida polemicamente contra o aparelho do Estado.

Enquanto os republicanos acreditam na força dos discursos políticos, através dos quais se busca a conscientização dos cidadãos sobre o seu direito de autodeterminação, os liberais, por outro lado, parecem céticos quanto ao uso ético e moral da razão. Habermas (1997a, p. 346), como uma alternativa às concepções liberal e republicana, propõe uma concepção procedimental, a qual se opõe à noção “republicana comunitarista” de Michelman. O filósofo alemão assevera que a teoria do discurso rompe com uma concepção ética da autonomia do cidadão e, em razão disso, não precisa reservar o modo da política deliberativa a um estado de exceção. Assim, um tribunal constitucional conduzido por uma concepção constitucional procedimental não precisa deixar a descoberto seu crédito de legitimação, podendo movimentar-se no interior das competências da aplicação do direito – determinadas na lógica da argumentação – quando o processo democrático que ele deve proteger, não é descrito como um estado de exceção.

Habermas (1997a, p. 350-354) observa que é difícil conciliar um consenso de fundo ético com o pluralismo cultural e social das sociedades modernas. Logo, a cidadania ética proposta por Michelman surge como uma solução romântica. Republicanos entendem os juízes do Tribunal Constitucional como os guardiões e regentes pedagógicos dessa comunidade ética encarnada numa esfera pública política. No entanto, parece que o republicanismo mistura ética com política e se esquece da relevância das “condições processuais” do procedimento democrático.

Michelman (1999, p. 90-91), no entanto, em resposta a esta alegação de Habermas, defende que o seu modelo de democracia constitucional baseado em sua análise sobre as decisões do juiz Brennan, não traz nenhum apelo ao comunitarismo e aos valores éticos para conciliar autonomia individual e coletiva. Para o autor, de tradição republicana, o uso da

tradição deve estar comprometido com normas gerais a fim de evitar apelo ao comunitarismo e a valores éticos.

Entre liberalismo e o republicanismo há uma discordância sobre qual liberdade deve gozar de prioridade na ordem da justificação: as liberdades individuais dos membros da sociedade moderna ou os direitos dos cidadãos democráticos de participação política. Um lado insiste que em direitos básicos, a autonomia privada dos cidadãos assume uma forma que garanta o Direito positivo, considerando imutável o seu conteúdo essencial; já o outro assevera que a autonomia pública dos cidadãos está consagrada na auto-organização de uma comunidade que faz livremente as suas próprias leis.

Em face desse debate, Habermas desenvolve a sua teoria como uma alternativa para solucionar esse conflito. Sua teoria visa não só a solucionar o paradoxo entre democracia e constitucionalismo como, também, entre soberania popular e direitos humanos.

A questão levantada pelo pensador norte-americano parece ser melhor resolvida pelo frankfurtiano, pois, por meio de sua teoria da democracia deliberativa (a qual assimila elemento tanto do modelo republicano quanto o liberal), mostra que não há um paradoxo, mas ideias complementares.

Segundo o autor germânico, para que as leis sejam consideradas legítimas, elas, incluindo os direitos fundamentais, devem coincidir com os direitos humanos ou provir de uma formação de vontade democrática. Na primeira alternativa, o legislador democrático pode decidir de forma soberana somente dentro dos limites dos direitos humanos; já na segunda, o legislador democrático pode estabelecer qualquer Constituição que quiser e, inclusive, violar a sua própria lei fundamental, prejudicando, assim, a ideia do Estado de Direito.

Quanto à ideia de Habermas sobre a existência de condições ou normas que constroem, regulam ou disciplinam independentemente de uma forma constituída e antes da existência das atividades, Ferrara (2001, p. 783) busca demonstrá-la, por meio de exemplos, tais como as leis de trânsito (em que posteriormente haverá condições, leis ou regras que permitirão ou constituirão atividades que não existiriam independentemente de e antes delas) e também as regras de tênis ou de futebol (em que a relação entre o regulador e o regulamentado não pode ser entendida como uma das contenções ou apenas o controle. Para o objeto da regulação - no nosso caso, a vontade soberana democrática - também é trazido à existência ou criado pelo órgão regulador).

Desta distinção, o autor enxerga a “cooriginariedade” de Habermas, em que os direitos fundamentais e o princípio democrático estão em uma relação recíproca de implicação material. Explica o italiano que os direitos não precedem a vontade e a restringe; nem são um mero reflexo dessa vontade. Pelo contrário, pois supõe que esses direitos são uma condição para a qualidade democrática da soberania popular fazer sentido. Diante da reflexão de Habermas sobre o Estado de Direito estar inscrito na auto-regulamentação política, assim como o imperativo categórico está inscrito na auto-regulamentação moral, conclui que, assim como o imperativo categórico não restringe a vontade moral externa (mas pode ser entendida, pelo menos sob uma interpretação, como uma maneira de explicar do que se trata a auto-regulamentação moral), então a ideia de constitucionalismo, com sua noção central de direitos, pode ser interpretada como uma forma de explicar do que se trata a verdadeira política e, mais especificamente, da auto-regulamentação democrática.

A teoria de Habermas sobre a “cooriginariedade” considera os direitos individuais e os direitos políticos como igualmente originais, pois um não é possível sem o outro, embora nenhum estabeleça limites sobre o outro. Essa ideia pode ser expressa da seguinte forma: a autonomia privada e pública se pressupõem reciprocamente. São conceitos interdependentes, estão relacionados entre si por implicação material. Os cidadãos desfrutam de sua autonomia privada a uma igual medida apenas se, como cidadãos, eles fizerem um uso adequado de sua autonomia pública.

Ferrara (2001, p. 784-785) concorda que a tese da “cooriginariedade” de Habermas se mostra bem-sucedida em remover a tensão entre direitos e vontade popular apenas com referência à geração dos fundadores. O filósofo germânico assevera que quando se trata de uma geração que encontra um determinado conjunto de direitos já positivados em uma Constituição em que não participou de sua criação, o modelo tem que considerar o fato óbvio de que a autodeterminação democrática destes cidadãos é restringida por direitos que eles não reciprocamente concederam uns aos outros. Habermas, todavia, sustenta que nenhum paradoxo surge se os sucessores forem capazes de se imaginar “no mesmo barco” que os seus antepassados. O autor italiano interpreta a metáfora no sentido de que os cidadãos da presente geração se imaginam envolvidos no projeto de concretizar os mesmos ideais políticos e, dentro de um horizonte intergeracional compartilhado, chegar às mesmas conclusões que os seus antecessores buscaram assegurar em matéria de direitos, ou seja, a compreensão desses direitos como sendo os que eles próprios teriam decidido conceder reciprocamente uns aos outros.

O pensador italiano conclui, quanto às suas primeira e segunda questões sobre a problemática do constitucionalismo para a democracia (anteriormente descritas), que a teoria habermasiana consegue realmente resolver por fornecer uma resposta para a pergunta sobre a relação conceitual entre democracia e constitucionalismo – isto é, faceta (a) – e pela forma de abordar a natureza da autoridade constitucional – faceta (b). Nós, as gerações posteriores, encontramos uma Constituição confiável, não por trazer estabelecido algum princípio independente do contexto – substantivamente ou processualmente – e também não pelo fato da maioria dos nossos predecessores de fato acreditar em sua respeitabilidade, mas porque um julgamento considerado (na verdade, um julgamento reflexivo orientado) sobre quem somos, politicamente, nos leva a compartilhar com os nossos antepassados o mesmo projeto político de uma comunidade política de cidadãos livres e iguais, do qual a Constituição histórica atual foi destinada pelos autores para ser um reflexo legal.

Se adotarmos o significado atribuído provisoriamente acima para a expressão “estar no mesmo barco”, a razão pela qual não encontramos a nossa autonomia coletiva controlada pelos limites constitucionais desenhados por nossos antecessores é que chegamos à conclusão de que nós mesmos teríamos elaborado os mesmos limites e concedido uns aos outros os mesmos direitos. Além disso, o argumento de Habermas relativo ao sentido em que todos os direitos fundamentais (e não apenas direitos políticos) são constitutivos para o processo de auto-legislação democrático soluciona a análise da relação não-paradoxal da democracia e constitucionalismo (FERRARA, 2001, p. 785).

Michelman questiona a coerência do conceito de uma instituição democrática, pois a legitimidade democrática para a legislação somente tem início com uma carta de direitos (geralmente, mas não necessariamente, refletidas em uma Constituição). Para ele, a legitimidade procedimental do resultado de qualquer discurso depende da legitimidade das regras segundo as quais foi estabelecido e a partir de pontos de vista temporais, sociais e materiais. Logo, o conjunto constitucional em si não poderá assegurar a legitimidade das regras segundo as quais foi constituída e fica preso em uma auto-constituição circular que leva a uma regressão ao infinito.

Para o pensador americano, a regressão infinita de fontes de legitimação não pode ser interrompida, exceto ao impor uma norma acordada e definitiva que seja considerada como uma ideia não-analisável.

Habermas, busca solucionar esta questão ao propor que o regresso seja entendido como a expressão compreensível do personagem orientado para o futuro, ou a abertura da Constituição democrática. Ou seja, uma Constituição democrática deve ser vista como um projeto de construção de tradição com um início claramente marcado no tempo, um projeto que as gerações subsequentes procurarão desenvolver, pela prática, o conteúdo normativo ainda inexplorado do sistema de direitos previsto no documento original da Constituição. Essa ideia pode ajudar a evitar a regressão infinita da infundada discursiva auto-constituição da comunidade política somente se este processo puder ser entendido a longo prazo como um processo de aprendizagem que se autocorrige.

No entanto, diante desta discussão, Ferrara (2001, p. 785) não se decide quanto à resolução da regressão infinita sinalizada por Michelman, pois entende que Habermas não soluciona diretamente (não sem uma torção que pode ou não estar dentro dos limites do que ele está disposto a discutir), no sentido de que, mesmo se aceitarmos a tese de “cooriginariedade”, ainda assim o adjetivo “democrático” se tornaria uma qualificação legal, ao invés de meramente moral, de uma determinada prática política de formação de vontade somente após, e não antes, de uma Constituição ser promulgada. Assim, ainda não pode ser uma “democrática promulgação da Constituição”, exceto se estivermos preparados para usar o termo “democrática” apenas como um termo vago de consagração moral.

Para obter um resultado diferente, o pensador italiano entende que ter-se-á de investigar mais de perto a natureza do barco em que os autores e seus sucessores se encontram. Assevera que talvez o barco deve ser maior que a Constituição para o argumento de Habermas suceder realmente quanto ao cumprimento da objeção de Michelman. Baseando-se neste, entende possível conceber a identidade política do povo como algo que pré-existe à Constituição. O enquadramento constitucional não precisa contar, do ponto de vista da estratégia conceitual, para evitar a regressão infinita, como um ato originário ou como uma espécie legal de “Big Bang”. Em vez disso, ele pode ser visto como um ato que tem lugar dentro de um quadro normativo mais amplo de referência para o qual terá de ser responsivo. Como Michelman coloca, até mesmo a “aplicação da lei mais elevada da comunidade é sempre interpretativa” (FERRARA, 2001, p. 786).

O autor verifica a necessidade de uma comunidade política composta por pessoas livres e iguais vinculadas por igual respeito. Os sucessores dos autores da Constituição irão recebê-la como o ato pelo qual seus predecessores tentaram traduzir esse ideal básico ou projeto para o código que irá conter a “law of lawmaking”. Então, poder-se-á ver a

qualificação “democrática” de um ponto de vista vantajoso, pois já estará presente a ideia de razão ou direito vista como igual respeito devido a cada membro de uma comunidade livre e igual e adequadamente traduzida em uma Constituição promulgada de forma positiva (FERRARA, 2001, p. 786).

Por meio deste argumento, Ferrara entende que a democracia (e com ela a aplicabilidade do adjetivo “democrático”) não começa com a elaboração da Constituição, mas já com a relação que a pretensão histórica constitucional enquanto um projeto político destinado concebido pelos autores (e ainda não articulada em um documento juridicamente vinculativo) estabelece com o núcleo normativo. Neste sentido entende possível utilizar a qualificação “democrático” não num sentido legal totalmente diferenciado, mas avaliativo, em que a moral, a ética e os aspectos legais ainda estão interligados. Tal qualificação se aplica tanto para o núcleo normativo (a que a Constituição está em uma relação interpretativa), quanto para o ato ou série de atos através dos quais nossos antepassados objetivaram a sua interpretação e deixaram explícitos o núcleo normativo implícito da nossa identidade comum: o enquadramento da Constituição (FERRARA, 2001, p. 786).

No entanto o autor italiano ressalta que a depender do argumento utilizado obtém-se um sentido um pouco diferente da metáfora de estar “no mesmo barco” dos nossos antepassados. Assim, o entendimento não paradoxal do nexos da democracia e constitucionalismo de Habermas começa a se parecer com a gradual concretização de uma identidade moderna que depende do princípio da liberdade subjetiva, articulada politicamente como uma noção de igualdade de respeito entre indivíduos livres e iguais, que promulgam uma Constituição na tentativa de moldar uma vida comunitária de acordo com ela (FERRARA, 2001, p. 787).

Ferrara (2001, p. 788) concebe, portanto, a Constituição como um incorporação da pré-existente noção de igualdade de respeito entre livres e iguais. Logo, o verdadeiro objeto de um pós-convencional patriotismo reflexivo volta a ser diferente de um mero consenso processual descrito por Habermas. O objeto do patriotismo democrático não pode ser simplesmente o fato de que a libertação das liberdades comunicativas na esfera pública, o processo democrático para os conflitos que se estabelecem e a canalização constitucional do poder político, juntos, oferecem uma presunção razoável para verificar o poder ilegítimo e assegurar a utilização do poder administrativo no igual interesse de todos.

A crítica que se faz à opinião de Ferrara é que, além de não trazer nenhuma inovação ao debate entre os autores e, embora pareça concordar com o pensamento de Michelman sobre a existência de uma identidade política do povo anterior à nova ordem constitucional, não consegue resolver a questão da regressão infinita, pois, do mesmo modo, não haverá uma norma pré-existente que legitime o povo a expressar seus ideais políticos ao estabelecer uma Constituição. Por isso a concepção habermasiana parece mais adequada, pois ao impor um limite e estabelecer o discurso como legitimador da nova ordem jurídica ajuda a evitar a regressão infinita.

Ribeiro (2015, p. 09-10) enxerga uma possível solução para o desafio de conciliar democracia e complexidade social com base na teoria deliberativa. Explica que Habermas, embora consciente de que o grau de complexidade social pode obstar o projeto democrático e constitucional do Estado Democrático de Direito, visa a superar os problemas das democracias através da capacidade de organização da sociedade civil e por meio da ampliação da esfera pública como forma de superar os déficits de legitimidade dos sistemas políticos contemporâneos. A teoria do discurso, com base nas ideias de patriotismo constitucional e soberania popular como procedimento, oferece uma alternativa para os impasses atuais da democracia e do constitucionalismo. Alerta, por fim, que os conceitos tradicionais de soberania e povo como macro-sujeito não são capazes de descrever com precisão a realidade política e constitucional de sociedades complexas.

Uma vez considerada a ideia de “cooriginariedade”, parece possível conciliar a concepção procedimentalista de soberania popular e os direitos humanos e superar a ideia de conflito entre tais direitos. Na relação de complementaridade entre autonomia privada (a garantia legal de liberdade de escolha) e pública transparece a interdependência do constitucionalismo e democracia. Assim, não se justificam as teorias que pregam que os direitos humanos devem prevalecer sobre a soberania popular ou vice-versa, tais como as teorias liberal e republicana.

Diferentemente do modelo liberal, na teoria habermasiana não há uma prevalência da autonomia privada e nem uma intervenção normalizadora na vida privada por meio da lei. Pelo contrário, entende pela complementariedade da relação entre autonomia privada e pública e verifica a importância da adequação das formas de comunicação que assegurem simultaneamente ambas autonomias nas mesmas condições das quais elas emergem.

De acordo com Habermas (1998 , p. 25), a realização de direitos básicos é um processo que assegura a autonomia privada dos cidadãos com direitos iguais apenas com a ativação de sua autonomia política.

A teoria da democracia deliberativa desenvolvida pelo frankfurtiano busca superar as teorias puramente empíricas da política e demonstra que não há como entender a democracia sem sua dimensão normativa. O autor concilia democracia e complexidade social por meio da expansão da esfera pública, em que se desenvolve uma cultura política em que os cidadãos (como parceiros do direito), durante o processo de autolegislação, concebem simultaneamente os direitos individuais que os autoriza a realizar escolhas na esfera privada e os direitos políticos que asseguram a sua participação política.

Logo, para ter validade legítima as normas devem estar aptas a encontrar o consentimento de todos os parceiros do direito num processo jurídico de normatização discursiva em que todos possam participar de forma livre e igual na elaboração dos direitos e construção da esfera pública.

O Estado Democrático de Direito é vislumbrado como a institucionalização de processos e pressupostos comunicativos imprescindíveis à formação discursiva da opinião e da vontade, o que permite o exercício da autonomia política e a criação legítima do Direito.

Para o pensador alemão, uma Constituição democrática (não apenas em seu conteúdo, mas também de acordo com a sua fonte de legitimação) constitui um projeto de construção tradicional com um início claramente marcado no tempo. Todas as gerações posteriores terão, então, a tarefa de atualizar o conteúdo normativo do sistema de direitos previstos no documento original da Constituição – como um processo de aprendizagem capaz de corrigir as suas próprias falhas (o que favorece a legitimidade de processos democráticos existentes, especialmente com a inclusão de grupos antes marginalizados).

O direito à participação política se relaciona à expectativa do uso público da razão: como legisladores democráticos, os cidadãos devem se orientar para o bem comum. Entretanto, em uma sociedade pluralista existem diversas concepções sobre o conceito de bom, logo, é necessária a elaboração de direitos fundamentais capazes de construir um procedimento democrático que assegure a elaboração de normas legítimas através da deliberação racional de todos os sujeitos que poderão ter os seus interesses afetados.

Para o estabelecimento dos direitos fundamentais, Habermas estipula duas fases: na primeira há a explicação conceitual da linguagem dos direitos individuais, na qual o princípio

da soberania popular pode se incorporar; na segunda etapa ter-se-á a realização deste princípio progressivamente, ao longo do tempo, por meio de seu exercício. Assim, em conjunto com a ideia de Estado de Direito, o princípio democrático poderá ser efetivado, pois ambos estão em uma relação de implicação material recíproca.

Por meio de sua teoria da ação comunicativa, o autor busca o consenso entre os cidadãos para a legitimação das normas jurídicas e, através dessa interação, busca superar o problema das possíveis tiranias da maioria.

Para o pensador germânico, a razão prática é realizada sob a forma de autonomia privada e pública (i.e., no exercício de uma autonomia política que permita que os destinatários do Direito se compreendam, também, como autores da lei). Ambas são tanto meio como fim em si mesmas. A exigência da orientação pelo bem comum (que é conectado com autonomia pública) é também uma expectativa racional, vez que somente o processo democrático assegura aos particulares o gozo de suas liberdades individuais de maneira igual. Por outro lado, os cidadãos poderão fazer uso de sua autonomia pública somente quando a autonomia privada dos indivíduos estiver garantida.

Rosenfeld (1998, p. 84) critica o caráter substantivo da proposta de Habermas e entende que não se trata de um procedimentalismo genuíno, mas derivado, já que é fundamentada no conceito material de pluralismo e requer a utilização de outras normas substantivas. Isto porque a teoria habermasiana pressupõe o estabelecimento de direitos humanos para o desenvolvimento da vontade coletiva e para a legitimação da lei. Aliás, a legitimidade da lei e a construção de normas jurídicas consensuais obtida por meio do reconhecimento recíproco em que cada cidadão constitui um sujeito igual e comprometido com a ação comunicativa, não é possível para Rosenfeld, dado o fato de ser inviável o consenso em uma sociedade plural.

O autor defende um pluralismo dito mais abrangente, pelo fato de ser substancial em seu conteúdo, e que seja diferente do modelo liberal de pluralismo, porque não se sujeita à neutralidade de um método para solucionar conflitos.

Habermas (2002, 326-337), em seu “A inclusão do outro”, rebate as críticas de Rosenfeld ao explicar o conceito de procedimento e a problemática da igualdade do conteúdo jurídico.

Rosenfeld considera um procedimentalismo genuíno uma teoria que justifique as regras de convívio social por meio de uma convenção em que participem todos os envolvidos,

realizada de acordo com procedimentos e, por outro lado, entende por procedimentalismo derivado uma teoria que traga preceitos substanciais para o convívio social. Em contraposição à primeira, o autor assevera que não é possível haver legitimação de um ordenamento jurídico com fundamento apenas em uma justiça procedimental.

Habermas (2002, p. 327), no entanto, questiona de onde as normas retiram a sua legitimidade e aduz que a resposta depende da compreensão do processo que gera legitimidade.

O autor germânico ressalta que para a instauração de processos de criação e aplicação do direito legítimo basta a combinação de dois elementos formais, quais sejam: o direito positivo como meio de regulamentações vinculativas e o princípio discursivo como instrução para as decisões racionais ou aconselhamentos. Habermas (2002, p. 327-329) observa que a prática geradora de uma Constituição não está isenta de teores normativos e afirma que a restrição a pressupostos formais deve ser ajustada para as condições contemporâneas de um pluralismo de visões de mundo, culturas, interesses etc. Aliás, mesmo as concepções ditas por Rosenfeld como genuinamente procedimentais não tratam apenas de ideias formais. Trazem, por exemplo, a ideia de autolegislação de jurisconsortes livres e iguais, associados voluntariamente.

A distinção entre forma e conteúdo se refere à neutralidade de princípios jurídicos diante de conteúdos relacionados a visões de mundo específicas. A natureza formal se revela no modo procedimental próprio à legitimação da produção e imposição dos direitos, principalmente na formação da vontade da opinião política e na jurisdição, ambas são processos regulados por procedimentos em sentido amplo. Esse conceito de procedimento é normativo e não é neutro. É, também, formal, ou neutro quanto ao conteúdo, apenas quando interpretado em um sentido que necessite de maiores explicações (HABERMAS, 2002, p. 329).

Os procedimentos sociais decisórios vinculam a tomada de decisão ao resultado de aconselhamentos à medida em que ligam discursos a procedimentos deliberativos. A parte central é constituída por discursos em que os argumentos são trocados com o escopo de responder a questões empíricas e práticas. Tais processos argumentativos submetem-se a procedimentos puramente cognitivos. Assim, o fundamento de decisões, que são reguladas por procedimentos deliberativos, são formados por meio dos convencimentos buscados de

maneira argumentativa. Os dois processos (de aconselhamento e deliberação) são oficializados por procedimentos do direito (HABERMAS, 2002, p. 329).

Segundo o autor, nem a forma e nem a substância tomadas por si mesmas não se mostram suficientes em razão da falibilidade fundamental do saber humano. Procedimentos e razões, forma e conteúdo estão, em verdade, relacionados. Convencemo-nos da correção de um resultado pelas razões substanciais, mas só se confirma a sua solidez em processos de argumentação efetivamente conduzidos, i.e., na justificação contra cada objeção oposta (HABERMAS, 2002, p. 332).

Isso vale em geral para o discurso como procedimento. Os aconselhamentos ocorridos no Estado democrático de direito, institucionalizados e atrelados a prazos de decisão e procedimentos de votação, de qualquer modo não garantem resultados válidos, mas apenas fundamentam a suposição de sua racionalidade; com isso, eles asseguram para os cidadãos a “aceitabilidade racional” das decisões tomadas em conformidade com os procedimentos. Em face de um procedimento como esse, legitimamente reconhecido ainda se pode fazer valer a diferença entre um resultado “válido” e um resultado “racionalmente aceitável” (no âmbito institucional dado) – seja por meio da restrição opinativa por parte de uma minoria que simplesmente se agrega procedimentalmente a resoluções irreprocháveis, seja por meio do protesto simbólico de quem pratica desobediência civil e então, depois de esgotadas todas as possibilidades formais de revisão, apela à maioria por meio da violação de uma regra, na tentativa de que se retome o procedimento em um assunto de significação fundamental (HABERMAS, 2002, p. 332).

Rosenfeld (2001, p. 1317) não compartilha da ideia habermasiana sobre o estabelecimento da legitimidade da lei através da ação comunicativa entre as pessoas que reconhecem uns aos outros como iguais e entende que sua teoria exclui outras concepções do bem por ignorar perspectivas culturais da sociedade.

Para o autor, os direitos liberais de igualdade conferidos no passado contra as desigualdades corporativas podem servir como parâmetro para a cobrança de direitos sociais por meio de ação judicial; contudo, Habermas (2002, p. 333) observa que ao se modificar o contexto, como na descolonização ou luta de minorias éticas contra uma cultura majoritária, o mesmo princípio do tratamento igual que anteriormente havia servido para a emancipação, pode passar a justificar a coação e repressão.

Rosenfeld busca demonstrar que princípios de justiça com formulações iguais mudam seu sentido no âmbito de diversas concepções do bem, então, não se sustentam por si mesmos. Habermas (2002, p. 333) não concorda com esta alegação e justifica que:

O exemplo demonstra, porém, que o que subjaz à crítica contra a falta de tratamento jurídico igual sob as relações de dominação feudal e à crítica contra a equiparação social insuficiente sob as condições de um capitalismo

liberal é, na verdade, exatamente o *mesmo* ponto de vista normativo que subjaz à crítica contra a falta de respeito por diferenças culturais sob uma coação imperialista à assimilação.

Em todos esses casos trata-se da postulação de que se trate o que é igual de maneira igual, e o que é desigual de maneira desigual. Os direitos iguais que se cobram referem-se, no primeiro caso, a competências; no segundo caso, a benefícios sociais cuja tarefa é possibilitar, sob igualdade de chances, o uso de competências já asseguradas; e no terceiro caso trata-se das duas coisas – mas não com referência precípua a uma compensação de interesses ou de poder que não possa mais ser alcançada com o auxílio (de classes reconhecidas) de indenizações sociais (tais como dinheiro, tempo livre, formação escolar etc.), e sim com referência à independência nacional ou autonomia cultural, ou, no caso do multiculturalismo, com referência à coexistência de diversos grupos culturais, éticos ou religiosos sob igualdade de direitos. Trata-se o tempo todo de um reivindicação de garantia da integridade das pessoas do direito, às quais se garantem liberdades iguais no sentido de uma igualdade de conteúdo jurídico entendido de maneira não-seletiva (HABERMAS, 2002, p. 334).

Logo, verifica-se que Habermas (2002, p. 334) não ignora o fato da sociedade ser plural, pelo contrário, entende que as liberdades devem ser asseguradas para os cidadãos não apenas de maneira formal, mas efetiva, i.e., “sob as condições sociais e culturais do surgimento de sua autonomia privada e pública”.

Assevera, também, a necessidade do diálogo para a busca de um consenso, o qual traz legitimidade às normas jurídicas. Em sua teoria do discurso, mostra a necessidade da existência de condições materiais que possibilitam a argumentação entre diferentes indivíduos, sem ocultar as suas particularidades.

Para Habermas (2002, p. 330), o encargo da legitimação recai justamente sobre os discursos. Os processos argumentativos, uma vez cumpridos sob formas de comunicação e de acordo com regras que desenvolvam uma busca cooperativa da verdade, serão suficientes apenas para condições de uma racionalidade procedimental imperfeita. A fixação de uma rede de discursos deve visar ao cumprimento da forma mais ampla possível os pressupostos pragmáticos comuns de argumentos em geral, tais como a garantia de acesso universal em que a participação ocorra sob igualdade de direitos e de chances a fim de atingir o entendimento mútuo e ausência de coerção estrutural. A intenção é que sejam assegurados, tanto quanto possível, o livre trânsito de sugestões, temas e contribuições, informações e razões, a fim de propiciar a força racionalmente motivadora do melhor argumento, i.e., de uma contribuição convincente sobre o assunto.

Assim, a minoria poderá convencer a maioria e vice-versa, de uma maneira em que todos busquem atingir o ideal do bem comum. Embora não haja, obviamente, uma identidade

quanto aos anseios e interesses de todos os membros de uma sociedade plural, por meio da garantia de participação dos cidadãos através do discurso é sim possível obter um consenso orientado pelo bem comum de uma sociedade. Por isso o conecta com a autonomia pública.

Essa perspectiva de orientação pelo bem comum, da forma proposta pelo pensador alemão, se mostra essencialmente relevante, pois, caso fossem buscados por uma sociedade plural interesses meramente individuais, de fato, seria difícil a existência de um acordo entre cidadãos plurais.

Em face do diálogo explicitado ao longo desta dissertação, e diante do tema proposto neste capítulo, a relação paradoxal entre constitucionalismo e democracia verificada por Michelman parece ser esclarecida pela simplificação dos conceitos trazidos por Habermas.

Na verdade, conforme visto, trata-se de uma relação complementar. A interdependência entre constitucionalismo e democracia transparece na relação de complementaridade entre autonomia privada e pública, dado que cada lado serve como fonte para o outro e não se mostra plausível o argumento da prevalência da soberania popular sobre direitos humanos e vice-versa, pois, em verdade, esses direitos são igualmente originais: um não é possível sem o outro e nenhum pode estabelecer limites sobre o outro.

A questão se mostra melhor resolvida pela conciliação entre a soberania popular e os direitos humanos, e não pela sua sobreposição. Ao povo deve ser assegurado o seu direito de participar do processo político decisório em iguais condições e tal direito deve ser harmonizado aos direitos humanos, essenciais para a busca do bem comum.

Desta forma, transparece a relação de complementaridade entre democracia e constitucionalismo. Bem como, verifica-se o reforço que este oferta ao exercício de atos democráticos pelas gerações atuais e futuras, as quais terão o poder de adequar os direitos conquistados por seus antepassados à realidade contemporânea e, eventualmente, corrigir falhas passadas. Nada impede, ainda, que os herdeiros de uma Constituição rompam com o ordenamento jurídico até então vigente e estabeleçam outro que entendam mais adequado.

O que se nota é que o constitucionalismo democrático, até então, parece ter sido a melhor forma encontrada pela humanidade para assegurar as suas liberdades e, sob o enfoque da democracia deliberativa de Habermas e sua teoria do discurso, poderá haver uma enorme contribuição para o desenvolvimento do ideal democrático.

CONCLUSÃO

A discussão entre Michelman e Habermas em muito contribui para o estudo e aprimoramento da teoria constitucional. Sabe-se que o constitucionalismo se firmou em diversos países a fim de assegurar o exercício de atos democráticos pelo seu povo. No entanto, Michelman levanta uma interessante questão sobre a relação entre constitucionalismo e democracia, a qual é rebatida pelo pensador alemão por meio de uma construção de grande peso para a filosofia jurídica e com profunda contribuição para o contexto brasileiro, uma vez que o reestabelecimento da democracia no país foi realizado por meio do advento da Constituição Federal de 1988, a qual, em seu preâmbulo, se autoimpôs um Estado Democrático de Direito.

O debate entre democracia e constitucionalismo envolve a necessidade do estudo de teorias de interpretação da democracia, e, conforme o recorte metodológico proposto na presente dissertação de mestrado, optou-se pela pesquisa teórica de dois autores: Michelman, que no caso nos serve à análise do posicionamento republicano, com sua vertente aristocrática – que constrói o seu pensamento com base na comparação entre as teorias de Post (“democracia procedimental”) e de Dworkin (“democracia como direito”); e Habermas, que inaugura um novo modelo como alternativa às teorias liberal e republicana.

Para o pensador americano, o referido paradoxo assume várias formas. Em sua versão mais simples, a sua forma normal, a democracia parece significar o autogoverno do povo (as pessoas de um país decidindo por si mesmas os conteúdos decisivos e fundamentais das normas que organizam e regulam a sua comunidade política) e o constitucionalismo aparece como a contenção da tomada de decisão popular por meio de uma lei fundamental projetada para controlar os limites da elaboração das normas, bem como por quem e através de quais procedimentos.

Logo, para esta visão, a soberania popular é limitada em uma democracia constitucional, pois parcela do conteúdo disposto na Constituição não pode ser deliberado democraticamente, até porque a lei fundamental deve ser intocável pela política majoritária que se destina a conter.

O “paradoxo da democracia constitucional”, vislumbrado por Michelman, na verdade representa o embate entre procedimentalistas e substancialistas, que, aliás, aparece nos dias atuais no centro das atenções dos teóricos da Constituição, especialmente em razão das

concepções contemporâneas sobre o valor da Lei Magna e, além disso, abrange também a questão da atividade jurisdicional no Estado Democrático de Direito.

O conflito entre procedimentalistas e substancialistas se verifica pelo fato do primeiro entender a jurisdição constitucional como instrumento de defesa do procedimento democrático e o segundo como um instrumento para a defesa de direitos fundamentais. Ademais, a segunda corrente, em oposição à primeira (que não possui conteúdo axiológico), assevera a utilização de valores relevantes para sociedade e, paradoxalmente, entende pela a sua retirada da esfera decisória popular.

Neste embate, o autor norte-americano enxerga uma tensão irreconciliável, pois, por um lado, na visão procedimental, assevera-se a ausência de democracia caso o conteúdo da lei básica não puder ser decidido pelo povo, mas, por outro lado, busca-se retirar do processo político decisório justamente uma parcela do conteúdo de um regime democrático, i.e., uma parte das normas constitucionais não poderá ser democraticamente decidida pelo povo, ou melhor, a democracia constitucional exclui em parte a democracia e, por isso, seria antidemocrática. Isto seria paradoxal para Michelman, que busca uma solução para assegurar, de fato, um verdadeiro o autogoverno. Porém, sua solução não parece atingir este objetivo.

O autor americano elege, então, o Poder Judiciário como representante do autogoverno e traz, por meio de um estudo das decisões proferidas pelo juiz Brennan, uma série de exemplos e virtudes que demonstram a maior capacitação dos membros desse poder para exercer o poder do povo em nome deste. Parece, desta forma, que Michelman não confia na capacidade do povo de se autorregulamentar, embora demonstre uma profunda preocupação com a questão do autogoverno, e escolhe uma elite para representá-lo quando da interpretação da norma constitucional.

Michelman, desta forma, tenta assegurar a efetivação dos interesses das minorias através do ativismo judicial e, assim, busca conciliar a democracia e o constitucionalismo, já que entende que ambos se encontram em posições conflitantes. A ideia do autor sobre a possibilidade de o autogoverno ser exercido, em uma democracia, a partir do Judiciário no momento da interpretação da lei constitucional gera importantes reflexos para a questão do ativismo judicial.

No entanto, devido à necessidade de realizar um recorte metodológico, a questão do ativismo judicial, que se mostra relevante dentro do pensamento de Michelman, foi tratada apenas de modo periférico nesta dissertação, pois exige um exame mais aprofundando, principalmente com a análise outros doutrinadores e, assim, escaparia do foco central

proposto neste trabalho, motivo pelo qual esse tema será tratado com a devida profundidade em outra oportunidade.

Nota-se uma certa contradição no pensamento republicano aristocrático de Michelman, uma vez que, embora entenda que o governo deve ser exercido pelo povo, retira o exercício do autogoverno por este e o atribui a uma elite de especialistas jurídicos não legitimados por uma maioria democrática.

A solução trazida pelo pensador norte-americano, em verdade, acaba por fragilizar o princípio da soberania popular e implica um desequilíbrio na relação entre constitucionalismo e democracia. A fim de resolver o dito paradoxo da democracia constitucional, na verdade, cria um novo paradoxo, qual seja: o “paradoxo da soberania popular”, pois, se ao povo foi conferido o poder de se autolegislar, a concessão desse poder a uma elite diversa do próprio povo com o propósito de melhor decidir por ele é tão paradoxal (ou ainda pior) do que o dito paradoxo da democracia constitucional.

Diante das reflexivas críticas de Michelman sobre as posições de Post e Dworkin, nota-se que, de fato, a visão substancialista enfrenta dificuldades para efetivar as normas constitucionais, contudo, se complementada com a posição procedimentalista, poderá vir a encontrar a sua concretização. Sabe-se que ambas teorias possuem vantagens e desvantagens, Michelman demonstra muitas delas, mas ignora a possibilidade de conciliação e aperfeiçoamento dessas visões e traz uma alternativa que se baseia em virtudes éticas de um juiz específico e isolado por ele analisado que representa um modelo a ser seguido pelos demais membros do Poder Judiciário.

Ademais, esta ideia de Michelman em nada resolve a atual crise do sistema representativo, verificada por Habermas em função de profundas mudanças na estrutura das sociedades complexas. Para este, o modelo elitista é o grande responsável pela despolitização da sociedade e pela retração do espaço público em função da colonização do mundo da vida pelos sistemas administrativo e econômico. Deste modo, busca-se uma forma de ampliar a formação da vontade política e recuperar o espaço público com a ativação da sociedade civil numa perspectiva intersubjetiva em que as pessoas, por meio do discurso, busquem um consenso capaz de dar maior legitimidade às decisões.

Vimos que o filósofo germânico critica o elitismo democrático, em que a participação do povo se faz somente no momento da escolha de seus representantes. No entanto, Michelman, por meio de sua teoria, busca criar uma nova elite para exercer por si própria o autogoverno do povo, que, no caso, seria o Poder Judiciário. Ou seja, em verdade haveria

apenas uma troca de representantes, a qual não parece apta a aproximar o povo da deliberação das decisões políticas. Essa solução trazida por Michelman, além de extremamente paradoxal, não se mostra adequada, pois, além de retirar dos cidadãos a soberania popular, confere esta a representantes não legitimados ou, pelo menos, não suficientemente legitimados pelo povo. Ademais, se aplicada esta ideia ao contexto brasileiro, em que confere-se aos membros do Poder Judiciário a vitaliciedade, o ideal democrático de oposição e alternância no poder ficaria prejudicado e talvez representasse um novo modelo de “monarquia”, guardadas as suas particularidades e proporções.

A democracia exige um constante aprimoramento como um processo orientado à transformação, por isso se mostra essencial o estudo de autores como Habermas, Dworkin, Post, Michelman, Holmes, Elster, entre outros, e a incorporação de suas ideias, com as devidas adaptações, à teoria constitucional brasileira de modo a debater e efetivar ideais democráticos e a compreender as relações entre Direito e democracia no contexto nacional. Esta análise se mostra relevante para apontar perspectivas de modelos geradores de maior ou menor potencial democrático para a política.

Habermas, por meio da análise das principais ideias apresentadas por Michelman, por meio de uma simplificação conceitual, buscou demonstrar que, na verdade, tratam-se de concepções complementares, e não propriamente um paradoxo. A interpretação habermasiana mostra uma possível dialética entre essas noções de modo a conferir efetividade ao conteúdo democrático.

A questão se mostra extremamente complexa, especialmente por envolver uma nova leitura da democracia constitucional que conhecemos. Embora o esforço para delimitar o tema a fim de traçar os principais argumentos de Habermas e Michelman sobre a existência de uma relação paradoxal ou complementar entre democracia e constitucionalismo, esta tarefa se mostrou extremamente complexa e não é fácil esgotá-la, pois ambos os autores estudados são debatidos também por diversos outros pensadores relevantes que ampliam em demasia o debate e suscita o desenvolvimento de diversas ideias paralelas ao tema proposto neste ensaio.

Uma das problemáticas enfrentadas foi a conceituação de democracia, a qual possui significados díspares. Optou-se pela classificação e abordagem feita por Habermas sob o enfoque liberal, republicano e deliberativo, a fim de verificar se o paradoxo visualizado por Michelman decorre ou não de um problema de fundo conceitual.

De fato, pela clarificação dos conceitos proposta por Habermas, nota-se que tanto a concepção liberal quanto a republicana possuem vantagens e desvantagens. O fato da teoria

da democracia deliberativa reunir elementos de ambos os lados propicia a correção de falhas, tais como a falta de efetividade da primeira e a postura idealista dependente de virtudes dos cidadãos voltados ao bem comum da segunda, bem como a assimilação de qualidades de ambas, como o ideal da participação popular por meio da ampliação do espaço do discurso público a fim de assegurar o autogoverno.

O enfoque da crítica de Michelman se dá sobre as teorias procedimentalista e substancialista, pois entende que a abertura do processo político decisório proposto pela primeira pode resultar na violação de direitos fundamentais; já a segunda suprime a deliberação democrática de certos direitos do processo decisório.

Habermas, embora visto como procedimentalista, propõe a conciliação entre as duas teorias e, por meio desse estudo, consegue demonstrar que democracia e constitucionalismo estão interligados e se complementam.

O constitucionalismo aparece na história ao lado da evolução do conceito democrático e buscou garantir a estabilização da democracia, até porque é sabido que o processo de democratização é dinâmico e pode ser facilmente convertido em desdemocratização. Desta forma, a Constituição é considerada uma norma ordenadora da sociedade, imposta como uma manifestação da soberania popular e do poder constituinte. No caso de não existir uma norma rígida e amplamente aceita pelos membros de uma sociedade, questiona-se como poderiam ser assegurados os exercícios dos direitos democráticos, pois não haveria nenhuma garantia da sua permanência e efetividade.

Esta questão sempre foi motivo de polêmica, especialmente em face dos postulados neoliberais que pregam uma maior flexibilidade dos preceitos constitucionais, muitas vezes por razões econômicas. Num país como o Brasil que possui uma história recente de redemocratização após décadas vivenciadas sob um regime ditatorial e, ainda, com um grande histórico de conquistas e também de retrocessos sociais, os ideais democráticos ainda não se mostram consolidados e estabilizados. Aliás, muitos deles ainda nem ao menos foram concretizados e cumpridos. Por isso entende-se pela possibilidade de um risco de reversão e conversão do processo de democratização (ainda não concluído no Brasil) em uma nova desdemocratização caso não sejam assegurados os direitos humanos fundamentais por meio da existência de um núcleo rígido. Obviamente afirma-se apenas a chance de um risco, pois sabe-se que pode existir uma efetiva democracia sem uma Constituição que a afirme ou, até mesmo, uma democracia constitucional meramente formal sem qualquer efetividade.

Eis mais uma razão da relevância dessa discussão proposta neste trabalho: a reflexão sobre a relação entre democracia e constitucionalismo nos termos proposto pelos autores a fim de verificar um meio de efetivar os ideais democráticos com vistas a transformar a realidade e aproximar o povo do processo decisório em igualdade de condições.

Nota-se que as teorias tradicionais trazem sempre o embate entre constitucionalismo e democracia e a busca de sua conciliação. A doutrina se divide entre a ideia do paradoxo antidemocrático que retira do povo parcela de sua soberania popular e, por outro lado, a ideia desta relação gerar uma tensão produtiva por reafirmar o poder constituinte e proteger compromissos históricos e sociais, o que poderia, inclusive, propiciar o desenvolvimento da democracia.

Dentre os adeptos da teoria do paradoxo da democracia constitucional, buscou-se apresentar algumas ideias complementares a este pensamento que aparecem no fundo da discussão entre Habermas e Michelman. Uma delas é a questão da possibilidade de uma geração vincular a outra, que traz reflexos sobre o pensamento dos autores sobre a problemática da legitimidade para instaurar uma nova ordem jurídica.

Republicanos como Jefferson, Paine e Madison contribuem para enriquecer o pensamento sobre a postura democrática ou antidemocrática do constitucionalismo ao impor uma democracia às atuais e futuras gerações sem que estas tenham tido a oportunidade de participar do processo político decisório e sejam submetidas a uma ordem que possa vir a ser incompatível com a sua realidade. De fato, essa ideia poderia vir a representar um privilégio da geração anterior em relação às próximas gerações que dela não participaram, mas, por outro lado, podem assegurar às futuras gerações a possibilidade de praticar atos democráticos em seu tempo com a chance de readequar o seu texto à realidade atual ou, inclusive, romper definitivamente com ele.

Em verdade, conforme ressalta Holmes, poucos teóricos notaram que a democracia e a soberania do presente dependem dos prévios compromissos firmados no passado e que seus descendentes, apesar de pré-comprometidos, terão o poder de atualizar e reformar o seu texto, uma vez que o processo de democratização, conforme dito anteriormente, é dinâmico e esse processo permanece mesmo após a dissolução da assembleia constituinte, até porque as gerações posteriores poderão vir a ter um poder maior do que o daqueles dos autores originários, que fatalmente tiveram que renunciar a diversos direitos para conquistar outros.

Este debate se mostra relevante também para a análise das discussões entre Habermas e Michelman quanto à questão da legitimidade para a criação de uma Constituição, a qual

vinculará não só as atuais gerações como também as futuras.

Michelman questiona a coerência do conceito de uma instituição democrática, pois a legitimidade democrática para a legislação somente terá início com uma carta de direitos e a legitimidade procedimental do resultado de qualquer discurso depende da legitimidade das regras que a estabelecem, assim como a partir de pontos de vista temporais, sociais e materiais. Logo, o conjunto constitucional em si não poderá assegurar a legitimidade das regras segundo as quais foi constituída e, portanto, fica preso em uma auto-constituição circular que leva a uma regressão ao infinito.

Para o pensador americano, a regressão infinita de fontes de legitimação não pode ser interrompida, exceto ao impor uma norma acordada e definitiva que seja considerada como uma ideia não-analisável. Logo, busca solucionar a questão da legitimidade por conceber a identidade política do povo como algo que pré-existe à Constituição.

Habermas traz uma solução mais convincente para esta questão ao propor um marco. O regresso deve ser entendido como a expressão compreensível do personagem orientado para o futuro, ou a abertura da Constituição democrática, a qual representa um projeto de construção de tradição com um início claramente marcado no tempo, um projeto que as gerações subsequentes procurarão desenvolver, através da prática, o conteúdo normativo ainda inexplorado do sistema de direitos previsto em seu documento original. Dessa forma evita a regressão infinita da infundada discursiva auto-constituição da comunidade política, desde que este processo possa ser visto a longo prazo como um processo de aprendizagem que se autocorrige, até porque todas as gerações posteriores terão a tarefa de atualizar o conteúdo normativo do sistema de direitos previstos no documento original da Constituição (o que favorece a legitimidade de processos democráticos existentes, especialmente com a inclusão de grupos antes marginalizados).

Assim, a relação supostamente paradoxal entre democracia e Estado de Direito pode ser resolvida na dimensão do tempo histórico, desde que se conceba a Constituição como um projeto que torna o ato de fundação em um processo contínuo de elaboração que permanece ao longo de gerações. Desta forma, com base na prática dos direitos nela insculpidos e no diálogo entre os parceiros do direito poder-se-á adequá-la às necessidades atuais do povo e corrigir as falhas verificadas.

Outro ponto relevante para a validade legítima, segundo o frankfurtiano, é o consenso. As normas devem estar aptas a encontrar o consentimento de todos os parceiros do direito

num processo jurídico de normatização discursiva em que todos possam participar de forma livre e igual na elaboração dos direitos e construção da esfera pública.

Assim, o Estado Democrático de Direito é definido como a institucionalização de processos e pressupostos comunicativos imprescindíveis à formação discursiva da opinião e da vontade, o que permite o exercício da autonomia política e a criação legítima do Direito. O discurso aparece como um meio de legitimação da nova ordem jurídica.

O direito à participação política se relaciona à expectativa do uso público da razão: os cidadãos, como legisladores democráticos, devem se orientar visando ao bem comum. Entretanto, em uma sociedade pluralista existem diversas concepções sobre o conceito de bom, logo, é necessária a elaboração de direitos fundamentais capazes de construir um procedimento democrático que assegure a elaboração de normas legítimas através da deliberação racional de todos os sujeitos que poderão ter os seus interesses afetados. Pelo modo que Habermas sugere o estabelecimento dos direitos fundamentais, conforme visto nesta dissertação, verificou-se a sua relação com a soberania popular.

A razão prática é realizada sob a forma de autonomia privada e pública (i.e., no exercício de uma autonomia política que permita que os destinatários do Direito se compreendam, também, como autores da lei). Ambas são tanto meio como fim em si mesmas. A exigência da orientação pelo bem comum (que é conectado com autonomia pública) é também uma expectativa racional, vez que somente o processo democrático assegura aos particulares o gozo de suas liberdades individuais de maneira igual. Por outro lado, os cidadãos poderão fazer uso de sua autonomia pública somente quando a autonomia privada dos indivíduos estiver garantida.

Desta forma, através da sua teoria da ação comunicativa, Habermas busca o consenso entre os cidadãos para a legitimação das normas jurídicas e, através dessa interação, tenta superar o problema das possíveis tiranias da maioria.

A ideia de “cooriginariedade” ou “equiprimordialidade” é um dos principais elementos da análise habermasiana e se mostra fundamental para a solução do “paradoxo da democracia constitucional”, bem como possibilita a conciliação da concepção procedimentalista de soberania popular com os direitos humanos. Habermas considera que os direitos individuais e os direitos políticos são igualmente originais e um é pressuposto do outro para o exercício de ambos os direitos, i.e., um não é possível sem o outro, embora nenhum estabeleça limites sobre o outro.

Aliás, conforme o autor germânico, para que as leis sejam consideradas legítimas, elas, incluindo os direitos fundamentais, devem coincidir com os direitos humanos ou provir de uma formação de vontade democrática. Na primeira alternativa, o legislador democrático pode decidir de forma soberana somente dentro dos limites dos direitos humanos; já na segunda, o legislador democrático pode estabelecer qualquer Constituição que quiser e, inclusive, violar a sua própria lei fundamental, prejudicando, assim, a ideia do Estado de Direito.

Desta forma, não parecem mais se justificar as teorias que pregam que os direitos humanos devem prevalecer sobre a soberania popular ou vice-versa, pois tratam-se de princípios igualmente originais.

Essa tese da “cooriginariedade” pode ser expressa da seguinte forma: a autonomia privada e pública se pressupõem reciprocamente. São conceitos interdependentes, estão relacionados entre si por implicação material. Os cidadãos desfrutam de sua autonomia privada a uma igual medida apenas se, como cidadãos, fizerem um uso adequado de sua autonomia pública.

Na relação de complementaridade entre autonomia privada e pública Habermas consegue demonstrar a interdependência do constitucionalismo e democracia. O filósofo germânico propõe, assim, a conciliação entre democracia e complexidade social através da expansão da esfera pública, em que se desenvolve uma cultura política originária do reconhecimento recíproco dos direitos dos cidadãos, os parceiros do direito.

A teoria da democracia deliberativa desenvolvida pelo frankfurtiano busca superar as teorias puramente empíricas da política e demonstra que não há como entender a democracia sem sua dimensão normativa. O autor concilia democracia e complexidade social por meio da expansão da esfera pública, em que se desenvolve uma cultura política em que os cidadãos (como parceiros do direito), durante o processo de autolegislação, concebem simultaneamente os direitos individuais que os autoriza a realizar escolhas na esfera privada e os direitos políticos que asseguram a sua participação política.

A tese da “cooriginariedade” de Habermas parece remover a tensão entre direitos e vontade popular com referência à geração dos fundadores. No entanto, quando se trata de uma geração que encontra um determinado conjunto de direitos já positivados em uma Constituição em que não participou de sua criação, o modelo tem que considerar o fato óbvio

de que a autodeterminação democrática destes cidadãos é restringida por direitos que eles não reciprocamente concederam uns aos outros.

Habermas, todavia, sustenta que nenhum paradoxo surge se os sucessores forem capazes de se imaginar “no mesmo barco” que os seus antepassados. Ferrara, um autor italiano, interpreta a metáfora no sentido de que os cidadãos da presente geração se imaginam envolvidos no projeto de concretizar os mesmos ideais políticos e, dentro de um horizonte intergeracional compartilhado, chegar às mesmas conclusões que os seus antecessores buscaram assegurar em matéria de direitos, ou seja, a compreensão desses direitos como sendo os que eles próprios teriam decidido conceder reciprocamente uns aos outros.

Diferentemente da teoria liberal (que enxerga no Estado um risco para a liberdade individual, pois os cidadãos precisam competir pela garantia dos seus direitos perante ele) e da teoria republicana (em que o cidadão é tido como portador de virtudes cívicas e o Estado, como uma comunidade ética, seria o principal elemento de coesão da sociedade), a teoria da democracia deliberativa se baseia nas condições de comunicação sob as quais o processo político supõe-se apto a atingir resultados racionais, justamente por cumprir-se de modo deliberativo, por meio de uma vontade comum.

Segundo o filósofo alemão, para verificar como a sua teoria pode auxiliar a resolver o alegado paradoxo, seria preciso analisar o papel cognitivo desempenhado pelo discurso persuasivo como um meio de ampliar a esfera pública legal para a prática da Corte e, por outro lado, a contribuição funcional que tal discurso supostamente deve ter para a aceitação social da decisão.

A formação democrática da vontade, para a concepção liberal, se dá sob a forma de arranjos de interesses e os princípios constitucionais liberais fundamentam as regras de formação de acordos desse tipo; já para a visão republicana, ocorre sob a forma de um auto-entendimento ético e, quanto ao conteúdo, a deliberação pode se apoiar no consenso atingido pelos cidadãos por via cultural. A teoria do discurso, por sua vez, abrange elementos de ambas as teorias e os integra no conceito de um procedimento democrático ideal para o aconselhamento e tomada de decisões, o qual é capaz de criar uma coesão interna entre negociações, discursos de auto-entendimento e discursos sobre a justiça, bem como fundamentar a suposição de que sob essas condições se buscam resultados ora racionais, ora justos e honestos. Assim, a razão prática é deslocada dos direitos universais do homem ou da eticidade concreta de uma determinada comunidade e se limita a regras discursivas e formas

argumentativas que retiram o seu teor normativo da base validativa da ação que se orienta à criação de um consenso, ou seja, da estrutura da comunicação linguística.

A teoria do discurso, em consonância com o republicanismo, reserva uma posição central para o processo político de formação da opinião e da vontade. Concebe os direitos fundamentais e princípios do Estado de Direito como uma resposta à questão sobre como institucionalizar as exigentes condições de comunicação do procedimento democrático.

Sua intersubjetividade se mostra na forma institucionalizada de aconselhamentos em corporações parlamentares, bem como na rede de comunicação formada pela opinião pública de cunho político, e é responsável por formar arenas nas quais pode ocorrer uma formação mais ou menos racional da opinião e da vontade acerca de temas importantes para o todo social e sobre matérias carentes de regulamentação. Os procedimentos e pressupostos comunicacionais da formação democrática da opinião e da vontade se mostram essenciais para a racionalização discursiva das decisões de um governo e administração vinculados à lei e ao Direito.

Nesta teoria, a formação de opinião ocorre de maneira informal e desemboca em decisões eletivas institucionalizadas e em resoluções legislativas em que o poder criado, por via comunicativa, se transforma em poder administrativamente aplicável.

O conceito de discurso na democracia se relaciona à imagem de uma sociedade descentralizada, que diferencia e autonomiza com a opinião pública um cenário propício à constatação, identificação e tratamento de problemas pertinentes à sociedade como um todo. Habermas propõe a interpretação da soberania popular de maneira intersubjetivista, ou seja, mesmo tornando-se anônima apenas irá se abrigar no processo democrático e na implementação jurídica de seus pressupostos comunicacionais no caso de visar a sua própria validação enquanto poder gerado por via comunicativa.

Na concepção de democracia, de acordo com a teoria do discurso, o sistema político não é nem o topo e nem o centro da sociedade, muito menos o modelo que determina sua marca estrutural, mas um sistema de ação ao lado de outros.

A política deliberativa deve ser realizada de acordo com os procedimentos consensuais da formação institucionalizada da opinião e da vontade ou informalmente e preserva uma relação interna com os contextos de um universo de vida cooperativo e racionalizado. Tais processos comunicativos de cunho político compatíveis com o filtro deliberativo estão sujeitos a recursos do universo vital – da cultura política libertadora, de

uma socialização política esclarecida e principalmente das iniciativas de associações formadoras de opinião.

A teoria habermasiana do discurso busca, ao criar um novo modelo, solucionar as desvantagens que enxerga nos modelos liberal e republicano e utilizar apenas o que entende ser vantajoso nestes sob uma perspectiva que realça a importância do discurso e da efetiva participação popular e, desta forma, reconstrói o conceito até então conhecido de democracia.

Diante do debate entre Habermas e Michelman a respeito da relação entre democracia e constitucionalismo, conclui-se que o paradoxo trazido pelo último parece ser resolvido por uma simples clarificação de conceitos. A teoria da democracia deliberativa traz uma combinação e aperfeiçoamento das teorias liberal e republicana e, como uma alternativa a estas, poderá vir a assegurar, de fato, aos membros da sociedade a sua efetiva participação democrática por meio de escolhas axiológicas, principiológicas e substanciais. Aparece como uma proposta essencial para uma transformação do atual sistema político e para a aproximação popular do processo de tomada de decisões através da ampliação e fortalecimento do espaço de deliberação. O desafio que se mostra é a sua adaptação ao contexto brasileiro, cujo processo de democratização ainda está em estágio de formação e amadurecimento sob uma perspectiva de crise do atual sistema representativo, decorrente de uma crescente apatia política.

BIBLIOGRAFIA

ARISTÓTELES. A política. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ARATO, Andrew. Construção constitucional e teorias da democracia. *Lua Nova*, São Paulo, n. 42, 1997. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451997000300002&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 30 Ago. 2014.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos *Construindo o Estado Republicano: democracia e reforma da gestão pública*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.

CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel G.. Constitucionalismo e democracia: soberania e poder constituinte. *Rev. direito GV*, São Paulo, v. 6, n. 1, jun. 2010. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322010000100009&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 29 Ago.2014.

CORSANI, Cristina Foroni. Os apontamentos de Frank Michelman sobre o paradoxo da democracia constitucional. *Direito, Estado e Sociedade* - n. 42. P. 75 a 98 – jan/jun 2013. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.17808/des.42.141>. Acesso em 10 Dez. 2014.

DAHL, Robert. A. *Sobre a democracia*. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

_____. *Democracy and its critics*. New Haven/London: Yale University Press, 1989.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1984.

_____. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *Constitutionalism and Democracy*. *European Journal of Philosophy*, vol. 3:1, pp. 2-11, 1995.

ELSTER, Jon. *Ulises y las sirenas: estudios sobre racionalidad e irracionalidad*. Fondo de Cultura Económica. México, 1989.

_____. *Ulisses liberto - Estudos Sobre Racionalidade, Pré-compromisso e Restrições*. Traduzido por Claudia Sant`Anna Martins. São Paulo: Editora UNESP, 2009.

FERRARA, Alessandro. Of boats and principles: reflections on Habermas's "Constitutional Democracy". In: *Political Theory* – Vol. 29, No. 6, Dec., 2001. Disponível em: http://www.jstor.org/stable/3072602?seq=1#page_scan_tab_contents. Acesso em 18 Mai. 2015.

FORST, Rainer. *Contextos da justiça: filosofia política para além de liberalismo e comunitarismo*. São Paulo: Boitempo. 2010.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, volume I. Tradução por Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997a (Col. Biblioteca Tempo Universitário, n. 102).

_____. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, volume II. Tradução por Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997b (Col. Biblioteca Tempo Universitário, n. 102).

_____. *Constitutional Democracy: A Paradoxical Union of Contradictory Principles?*. In: *Political Theory*, v. 29, n. 6. Sage Publications, Inc., Dec. 2001, pp. 766-781. Disponível em: <http://links.jstor.org/sici?sici=0090-5917%28200112%2929%3A6%3C766%3ACDAPUO%3E2.0.CO%3B2-H>. Acesso em 24 Ago. 2014.

_____. Equal Treatment of Cultures and the Limits of Postmodern Liberalism. Translated by Jeffrey Flynn. In: *The Journal of Political Philosophy*, v. 13, n. 1, 2005, pp. 1-28.

_____. *A Inclusão do Outro: estudos sobre teoria política*. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe, São Paulo, Edições Loyola, 2002.

_____. Paradigms of Law, In: ROSENFELD, Michel e ARATO, Andrew. *Habermas on law and democracy: critical exchanges*. University of California Press: Berkeley, 1998. P. 13-25.

HAMILTON, Alexandre; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003.

HARDT, Michael. Jefferson and Democracy. In: *American Quarterly*, Vol. 59, No. 1 (Mar., 2007), pp. 41-78. The Johns Hopkins University Press. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/40068424>. Acesso em: 01 Set. 2014.

HERMAN-CAGGIANO, Monica. *Oposição na Política*. São Paulo: Editora Angelotti Ltda., 1995.

_____. *Democracia x constitucionalismo: um navio à deriva?* Cadernos de Pós-Graduação em Direito: Estudos e documentos de trabalho, n. 1: São Paulo, 2011, pp. 05-23.

HOLMES, Stephen. El precompromiso y la paradoja de la democracia, In: ELSTER, Jon e JEFFERSON, Thomas. *Escritos políticos*. São Paulo: Ibrasa, 1964.

LEISTER, Margareth Anne. *Ordem jurídica e Direitos Humanos: universalismo versus especificidades culturais*. Revista Mestrado em Direito. Osasco, ano 8, n. 2, 2008. P. 51-6. Disponível em: https://www.academia.edu/3670346/Ordem_jur%C3%ADdica_e_direitos_humanos_universalismo_versus_especificidades_culturais. Acesso em 01 Dez. 2014.

_____. Filosofia Política e Direitos Humanos. In: *Revista Mestrado em Direito*. Osasco, Ano 5, n.5, 2005, p. 71-84. Disponível em: https://www.academia.edu/2467849/Filosofia_pol%C3%ADtica_e_direitos_humanos. Acesso em 20.04.2015.

MACEDO, José Arthur Castilho de. *Constitucionalismo, Democracia e Autogoverno*. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado). Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2011.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Os artigos federalistas*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MADISON, *Speech in Congress Opposing the National Bank, February 2, 1791*. In: http://www.constitution.org/jm/17910202_bank.htm. Acesso em: 01 Nov. 2014.

MICHELMAN, Frank I. *Brennan and democracy*. New Jersey: Princeton, 1999.

_____. Family Quarrel, In: ROSENFELD, Michel e ARATO, Andrew. *Habemas on law and democracy: critical exchanges*. University of California Press: Berkeley, 1998. P. 309-322.

_____. Constitutional Legitimation for Political Acts In: *The Modern Law Review* - vol. 66, Jan. 2003, n.1.

OLSON, Kevin, Paradoxes of Constitutional Democracy. In: *American Journal of Political Science*, Vol. 51, No. 2 (Apr., 2007), pp. 330-343. Published by: Midwest Political Science Association. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/4620069>. Acesso em: 28 Ago. 2014.

PETRONI, Juliana Mongon. *A redemocratização brasileira por meio da Constituição Federal de 1988: um paradoxo?*. 2015 (artigo com publicação em andamento pelo Conpedi).

POST, Robert. *Constitutional Domains: Democracy, Community, Management*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1995.

RIBEIRO, Hécio. *Democracia e Constitucionalismo no Brasil contemporâneo: uma abordagem habermasiana*. III Congresso Brasileiro de Sociologia do Direito – ABRASD. Universidade Federal do Paraná, 2012 (artigo com publicação em andamento).

_____. *Democracia, Deliberação e Constitucionalismo nas Sociedades Complexas* (artigo com publicação em andamento).

_____. *A iniciativa popular como instrumento da democracia participativa*. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2007 (artigo).

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira e CZELUSNIAK, Vivian Amaro. *Constitucionalismo e democracia nas análises procedimentalista e substancialista*. Florianópolis, 2012, n.65. P. 189-207. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/seq/n65/n65a09.pdf>. Acesso em: 29 Ago. 2014.

ROSENFELD, Michel. Can rights, Democracy, and Justice Be Reconciled through Discourse Theory? Reflections on Habermas's Proceduralist Paradigm of Law. In: *Habermas on law and democracy: critical exchanges*. ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew, 1998. P. 82-112.

_____. The rule of law and the legitimacy of constitutional democracy. *Southern california law review* - Vol. 74:1307, 2001. P.1307-1351. Disponível em: <http://www-bcf.usc.edu/~usclev/pdf/074503.pdf>. Acesso em: 15 Jun. 2015.

TILLY, Charles. *Democracia*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Democracia: A polissemia de um conceito político fundamental. In: *Fac. Dir. Univ. São Paulo*, 2013, v. 108. P. 651-696. Disponível em: www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67999/pdf_24. Acesso em: 23 Mai. 2015.