

DEMOCRACIA DELIBERATIVA: SOLUÇÃO PARA O PARADOXO ENTRE DEMOCRACIA E ESTADO DE DIREITO?¹

Milene Consenso TONETTO²

RESUMO

O objetivo do trabalho será analisar como a democracia liberal (Michelman) ou a democracia deliberativa (Habermas) podem dissolver a relação paradoxal entre democracia e Estado de direito. Outro objetivo é o de analisar as vantagens que Habermas aponta numa prática constituinte guiada pela teoria do discurso. Além disso, pretende-se explicar por que a relação de implicação existente entre soberania do povo e Estado de Direito se reflete também, segundo Habermas, na relação entre a autonomia privada e a autonomia pública.

Palavras-chave: Soberania, democracia deliberativa, Estado de Direito, autonomia.

⁽¹⁾ Trabalho apresentado na disciplina, Democracia, Constituição e Ética Discursiva do Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Ciências Humanas, ministrada pelos professores Dr. Alessandro Pinzani e Dr. Paulo J. Krischke a quem agradeço os comentários e sugestões.

⁽²⁾ Mestranda em Filosofia na Universidade Federal de Santa Catarina.

DELIBERATIVE DEMOCRACY: SOLUTION TO THE PARADOX BETWEEN DEMOCRACY AND STATE OF RIGHTS

ABSTRACT

This paper tries to discuss how liberal democracy (Michelman) or deliberative democracy (Habermas) can dissolve the paradoxal relation between democracy and State of rights. Other objective is to analyse the vantages which Habermas indicates in a constituent practice guided by discursive ethics. Besides, it tries to explain why the relation of implication between peoples's soberany and State of rights reflects also, according Habermas, in the relation between private and public autonomy.

Keywords: *Soberany, deliberative democracy, State of rights, autonomy.*

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Michelman, no texto *Autoria Constitucional*, examina a impossibilidade de conceber a constituição como *legislação*, isto é, como leis *promulgadas* por autores humanos responsáveis e que são consideradas a expressão das nossas reivindicações. Essa idéia, segundo Michelman, além de *banalizar* a concepção do que é a constituição, nos leva a não examiná-la criticamente. Nessa linha de pensamento, critica a posição defendida por Habermas, a saber, a democracia procedimental liberal, questionando: como é possível um liberal constitucional ser também um democrata constitucional?

Dentro dessa problemática, o objetivo do trabalho será analisar como as posições, a saber, a democracia liberal (Michelman) ou a democracia deliberativa (Habermas) podem dissolver a relação paradoxal entre democracia e Estado de direito. Outro objetivo é o de analisar as vantagens que Habermas aponta numa prática constituinte guiada pela teoria do discurso. Além disso, pretende-se explicar por que a relação de implicação existente entre soberania do povo e Estado de Direito se reflete também, segundo Habermas, na relação entre a autonomia privada e a autonomia pública.

1. A RELAÇÃO PARADOXAL ENTRE DEMOCRACIA E ESTADO DE DIREITO

Em sistemas políticos tais como o dos EUA, Alemanha e Brasil, que prevêm uma instituição independente para examinar a constitucionalidade das leis emitidas pelo congresso, surgem os debates sobre a relação entre democracia e Estado de direito. Por exemplo, nos EUA discute-se sobre a legitimidade do controle das normas, exercido pela *Suprema Corte* em última instância. No caso do Brasil, questiona-se o poder do *Supremo Tribunal Federal* exercido por onze Ministros nomeados pelo Presidente da República.

Segundo Habermas, a convicção republicana segundo a qual “todo o poder do Estado vem do povo” recusa-se a aceitar o poder elitista de especialistas em direito, que, apelando somente para sua competência específica de interpretar a constituição e sem serem legitimados pelas maiorias democráticas, revogam decisões de um legislativo eleito democraticamente. Como iremos ver, Habermas procura fundamentar um sistema de direito em que direitos políticos e liberdades subjetivas asseguram um procedimento democrático nas questões constitucionais e na própria fundamentação do direito.

Michelman aborda essa relação paradoxal entre democracia e Estado de Direito no texto *Constitutional Authorship* e também no livro *Brennan and Democracy*. Neste último, aborda essa problemática com a ajuda da carreira judicial de um juiz: *William J. Brennan*.³ Brennan é descrito por Michelman como um liberal que defende direitos de liberdade individuais e também como um democrata que defende os direitos de participação e de comunicação. “Brennan era, para ser exato, um liberal *democrata* – ele era dedicado à democracia tanto quanto um liberal poderia ser – e ele era extraordinariamente a favor dos valores do compromisso (*commitment*), da comunidade, da família e da

⁽³⁾ Cf. MICHELMAN, F. *Brennan and Democracy*. New Jersey: Princeton University Press, 1999. p. 04-11.

fé na vida humana.”⁴ Assim, Michelman apresenta Brennan como um social democrata sensível às questões de justiça social e como um pluralista sensível às diferenças raciais, culturais e religiosas.

Brennan acredita que o constitucionalismo pressupõe padrões procedimentais independentes da correção básica legal. Ele acredita que a necessidade de equidade e ordem pelas sociedades requer o estabelecimento por votação de um corpo ou corpos de decisão oficial, para a sociedade como um todo (..) Dentre aqueles corpos ele poderia ter colocado uma legislatura nacional e estatal dando sua própria interpretação da Constituição (...) Ele acredita em uma prudência epistêmica que autorize a Suprema Corte a fazer a lei constitucional pela sua interpretação. (...) Ao mesmo tempo, Brennan também acredita que a liberdade política – autogoverno – somente existe quando o povo executa pelas resoluções do direito básico estabelecido pelos votos majoritários do legislativo (...).⁵

Michelman defende que Brennan pode ser um modelo de juiz responsável que interpreta a constituição de maneira democrática e compatível com o autogoverno de cada indivíduo. É importante esclarecermos o que Michelman entende por autogoverno:

O autogoverno, ao meu ver – o estado de viver uma vida própria sob uma direção própria – é um bem humano em si mesmo (*in its own right*); certamente não é o único bem humano, talvez difícil de defender como o principal bem humano, mas ainda o bem humano que não é inútil, e aquele que não parece que um grupo ou uma comunidade possa ter.⁶

⁽⁴⁾ MICHELMAN, F. **Brennan and Democracy**. New Jersey: Princeton University Press, 1999. p. 64.

⁽⁵⁾ Idem, p. 61.

⁽⁶⁾ Idem, p. 13.

A democracia torna-se para Brennan “o nome para a forma da vida social que valoriza cada pessoa, e cultiva a capacidade de cada pessoa como um portador de uma opinião política digna de respeito”.⁷ Assim, nos casos em que o paradoxo da democracia é constatado, o juiz Brennan pode solucioná-lo interpretando a constituição de maneira democrática e compatível com o autogoverno dos diferentes modos de vida humano.

Quando Habermas trata de questões de direito constitucional ele, expressamente, assume o posicionamento de uma democracia procedimental e de uma justiça liberal. Segundo Michelman, Habermas compartilha com o pensamento de Locke, Kant, Mill, Rawls e Dworkin a visão de que os indivíduos humanos possuem capacidades para representação racional. Sendo assim, tomam alguns níveis de consciência de suas próprias mentes e vidas, formulando e perseguindo seus próprios julgamentos sobre o que é bom e o que é correto. De acordo com isso, Michelman afirma que nessa posição existe uma coerção do governo político compartilhado entre eles e uma visão concomitante do que deve significar a defesa contra reclamações da presença do governo na vida das pessoas. Segundo Michelman, a versão habermasiana dessa linha de pensamento é expressa pelos seguintes princípios:

Princípio da Universalização (PU): para a norma controversa ser válida as consequências e efeitos colaterais, que resultam de sua obediência *geral*, podem ser aceitos *sem coação* por todos.

Princípio do Discurso (PD): Só podem reclamar validade as normas que encontrem (ou possam encontrar) o assentimento de todos os concernidos enquanto participantes de um discurso racionais.⁸

⁽⁷⁾ Idem, p. 62.

⁽⁸⁾ MICHELMAN, F. Constitutional Authorship. In: ALEXANDER, **Constitutionalism. Philosophical Foundations**. Cambridge, 1998. p. 87.

Segundo Michelman, o Princípio da Universalidade “PU” e o Princípio do Discurso “PD” juntos caracterizam uma justificação política nos termos de um acordo universal *hipotético*, por aqueles que são afetados e que raciocinam corretamente. “E um consenso hipotético baseado num raciocínio correto é um teste substantivo, não procedimental, para justificar um conjunto de leis fundamentais”.⁹ Sendo assim, Michelman aponta uma lacuna na posição sustentada por Habermas. No item 2 deste trabalho, veremos com maior atenção como Habermas define a *democracia procedimental* a fim de analisarmos as críticas feitas por Michelman.

Ao descrever esses princípios básicos da concepção *democrática liberal*, Michelman revela grande simpatia por eles.

em primeiro lugar, uma crença de que somente na esteira do debate democrático alguém pode esperar chegar a respostas aproximativas, verdadeiras e confiáveis sobre a justiça de normas constitucionais propostas, apoiadas na universalizabilidade dos interesses de cada um ou sua aceitabilidade hipotética unânime num discurso democrático; e, em segundo lugar, que somente por tal caminho alguém pode esperar ganhar poder suficiente para produzir para o país em questão, em condições históricas relevantes e numa forma legalmente viável, uma interpretação apta de qualquer tipo de normas praticas abstratas capazes de passar pelos testes de universalizabilidade da justiça e da aceitabilidade democrático-discursivo.¹⁰

Além disso, segundo o autor, o direito individual básico de igual participação em um autogoverno político, assegurado pelos princípios do discurso e universalização, “têm um conteúdo democrático procedimental, mas do fato de ele ser um direito básico não é ele mesmo contingente com o desempenho ou resultado de nenhum procedimento

⁽⁹⁾ Idem, p. 88.

⁽¹⁰⁾ Apud. HABERMAS, J. **Era das Transições**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p.161.

democrático".¹¹ Sendo assim, não acredita que essa interpretação da democracia deliberativa seja capaz de solucionar a relação paradoxal entre democracia e Estado de direito.

A objeção feita por Michelman à tentativa procedimentalista de Habermas de combinar a idéia dos direitos humanos com o princípio da soberania do povo sustenta que

o paradoxo ressurgue no momento em que tentamos identificar, retrospectivamente, o ato que criou a constituição e averiguar se, na perspectiva teórico-discursiva, a própria formação da opinião e da vontade do grupo de cidadãos que se reuniu para dar origem à constituição pode ser entendida como um processo absolutamente democrático.¹²

Michelman defende que a prática constituinte não pode ser reconstruída conforme critérios da teoria do discurso, porque ela entraria no caminho circular da autoconstituição do direito, culminando num regresso *ad infinitum*. Michelman pressupõe, então, que a legitimidade procedimental dos resultados de qualquer discurso depende, não somente da legitimidade das regras segundo as quais foi estatuído, como também de pontos de vista temporais, sociais e objetivos.

Habermas se defende chamando a atenção para um dos aspectos das constituições dos Estados democráticos de direito, isto é, a abertura ao futuro:

uma constituição que é democrática, não somente de acordo com seu conteúdo, mas também de acordo com a fonte de sua legitimação, constitui um projeto capaz de formar tradições com um início marcado na história. Todas as gerações posteriores enfrentarão a tarefa de atualizar a substância normativa inesgotável do sistema de direitos estatuídos no documento da constituição.

(11) MICHELMAN, F. Constitutional Authorship. In: ALEXANDER. **Constitutionalism. Philosophical Foundations**. Op. cit. p. 88.

(12) Apud. HABERMAS, **Era das Transições**. p.161.

Na linha dessa compreensão dinâmica da constituição, a legislação em vigor continua a interpretar e a escrever o sistema de direitos, adaptando-o às circunstâncias atuais. Habermas quer mostrar para Michelman “que a relação paradoxal entre democracia e Estado de Direito pode ser diluída quando entendemos a constituição como um projeto que pereniza o ato fundador constituinte no interior do processo evolutivo das gerações seguintes”.¹³

Segundo Habermas o ato da fundação da constituição é sentido como um corte na história nacional, e isso não é resultado de um mero acaso, pois, através dele se fundamenta um novo tipo de prática com significado para a história mundial. Ele continua dependente de uma explicação reiterada, no decorrer das posteriores aplicações, interpretações e complementações das normas constitucionais. Assim, por meio da reflexão da história da realização dos projetos constitucionais, Habermas pretende invalidar a objeção levantada contra a interpretação discursiva da autoconstituição democrática do Estado constitucional. Segundo Habermas, para provar que a democracia e o Estado de direito não estão numa relação paradoxal, é necessário explicar em que sentido os direitos fundamentais *na sua totalidade* são constitutivos para o processo da autolegislação.

2. DEMOCRACIA DELIBERATIVA E A SOLUÇÃO PARA O PARADOXO EXISTENTE ENTRE DEMOCRACIA E ESTADO DE DIREITO

Na obra *Direito e Democracia*, Habermas realiza a construção da autocompreensão do direito partindo de um diagnóstico teórico central: a autonomia privada, garantida pelos direitos humanos, e a autonomia pública, garantida pela soberania do povo ou pelos direitos políticos, são os dois *princípios normativos* por meio do qual é possível

⁽¹³⁾ Idem, p. 156.

justificar o direito moderno. Esses dois princípios encontram-se historicamente, segundo o autor, numa relação paradoxal. Na história da filosofia política as duas fontes de legitimação do Estado democrático, a saber, o liberalismo e o republicanismo discutem entre si para saber qual das liberdades deve ter prioridade: os direitos de liberdade subjetiva ou os direitos de participação política? Assim, Habermas propõe uma reinterpretação discursiva da noção de autonomia capaz de solucionar o paradoxo entre autonomia privada e pública ou entre o Estado de Direito e a democracia, mostrando que estes são *co-origenários* ou que a autonomia privada e a pública estão numa relação de complementaridade.

Para Habermas, o tipo de legitimação do direito no mundo ocidental pressupõe a *co-origenariedade* entre direitos políticos fundamentais e direitos individuais fundamentais. Sendo assim, os direitos fundamentais que deverão ser concedidos aos cidadãos livres e iguais para regulamentar legitimamente o seu convívio com os meios do direito positivo devem combinar o exercício da soberania do povo com a criação de um sistema de direitos em tal prática. O princípio da soberania do povo estabelece um *procedimento* que, a partir de suas características democráticas, fundamenta a suposição de resultados legítimos. Esse princípio expressa-se nos direitos à comunicação e à participação que garantem a autonomia pública dos cidadãos. Em contraposição a isso, aqueles direitos humanos clássicos que garantem aos membros da comunidade jurídica vida e liberdade privada fundamentam uma soberania das leis que, desse modo, se tornam legítimas. Para Habermas o nexos interno que existe entre direitos humanos e soberania do povo consiste em que os direitos humanos institucionalizam as condições de comunicação para formar a vontade de maneira política e racional.¹⁴

Contudo, para Habermas, a idéia dos direitos humanos, vertida em direitos fundamentais, não pode ser imposta *paternalisti-*

(14) Cf. HABERMAS, J. **A inclusão do outro**. São Paulo: Loyola, 2002. Cap. 10. p. 293-305.

amente a um legislador soberano, como se fossem uma limitação, nem ser simplesmente instrumentalizada como um requisito funcional necessário a seus fins. “De outro lado, porém, o legislador, sem prejuízo de sua autonomia, não pode decidir nada que fira os direitos humanos”.¹⁵ Por isso, Habermas considera os dois princípios como sendo *co-origina- rios*, ou seja, um não é possível sem o outro. “Ao tratarmos da fundamentação do sistema dos direitos, descobrimos que a autonomia das pessoas privadas remete à legitimidade do direito e vice-versa. Sob as condições de uma compreensão pós-metafísica do mundo, só tem legitimidade o direito que surge da formação discursiva da opinião e da vontade de cidadãos que possuem os mesmos direitos”.¹⁶ Em síntese, a idéia de que o princípio da autonomia pública e aquele da autonomia privada são co-origina- rios caracteriza o paradigma procedimentalista do direito. Por sua vez, “o paradigma procedimentalista do direito procura proteger, antes de tudo as condições do procedimento democrático.”¹⁷

No âmbito da prática constituinte, segundo Habermas, não basta introduzir um princípio do discurso, à luz do qual as pessoas possam julgar se os direitos que elas estabelecem é legítimo. Pois as próprias formas de comunicação, que tornam possível a formação discursiva de uma vontade política racional, necessitam de uma *institucionalização jurídica*. E, na medida em que o princípio do discurso assume a figura jurídica ele se transforma num *princípio da democracia*.

Os discursos públicos necessitam de uma especificação diferente conforme o objeto, o tempo e o contexto social, tendo em vista a formação política da opinião e da vontade em arenas do espaço público e nas corporações legislativas, bem como a prática de decisão juridicamente correta e

⁽¹⁵⁾ HABERMAS, J. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. [vol. II] Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p.315.

⁽¹⁶⁾ HABERMAS, J. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. [vol. II] p.146.

⁽¹⁷⁾ HABERMAS, J. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. [vol. II] p.183.

objetivamente bem informada nos tribunais e nas administrações.¹⁸

Segundo Habermas, a visão de Michelman dirige-se para esta dimensão da regulação jurídica, que abrange desde direitos fundamentais e direitos políticos de eleição, passando pelas determinações da parte organizacional da constituição, chegando até aos direitos procedimentais e ordens do dia de corporação.

Michelman sustenta que a prática constituinte não pode ser reconstruída conforme critérios da teoria do discurso, porque, neste caso, ela entraria no caminho circular da autoconstituição do direito, culminando num regresso *ad infinitum*:

Um processo democrático confiável é, necessariamente, um processo continuado e condicionado legalmente. Ele é constituído, por exemplo, por leis que visam a uma representação política e eleições, por associações civis, famílias, liberdade de fala, propriedade, acesso à mídia, e assim por diante. (...) As leis referentes a eleições, representações, associações, famílias, discursos, propriedade etc., devem ter sido constituídas através do processo de uma comunicação política democrática mais ou menos 'equitativo' e 'sem distorções', não somente nas arenas formais da legislação e da adjudicação, mas também na sociedade como um todo. O problema é que qualquer tipo de lei é alvo de um desacordo contencioso, porém racional conforme a premissa liberal de um razoável pluralismo de interpretações.¹⁹

Habermas defende-se dessa acusação afirmando que Michelman tem em mente uma dimensão diferente do estabelecimento de formas de comunicação. "As normas e os procedimentos jurídicos

⁽¹⁸⁾ HABERMAS, J. **Era das Transições**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 163.

⁽¹⁹⁾ MICHELMAN, F. Constitutional Authorship. In: ALEXANDER. **Constitutionalism. Philosophical Foundations**, p. 91.

que permitem a realização de discursos não podem ser confundidos com os procedimentos cognitivos e os padrões de argumentação que comandam o fluxo interno dos discursos.”²⁰ Pressupõe-se, então, que a legitimidade procedimental dos resultados de qualquer discurso depende, não somente da legitimidade das regras segundo as quais foi estatuído, como também de pontos de vista temporais, sociais e objetivos.

Assim, Habermas chama a atenção para um dos aspectos das constituições dos Estados democráticos de direito, isto é, a abertura ao futuro:

uma constituição que é democrática, não somente de acordo com seu conteúdo, mas também de acordo com a fonte de sua legitimação, constitui um projeto capaz de formar tradições com um início marcado na história. Todas as gerações posteriores enfrentarão a tarefa de atualizar a substância normativa inesgotável do sistema de direitos estatuídos no documento da constituição.²¹

Nessa linha de compreensão da constituição, a legislação em vigor continua a interpretar e a escrever o sistema de direitos, adaptando-o às circunstâncias atuais. Por exemplo, segundo Bruce Ackerman, evidência para tal pode ser encontrada nos EUA, na época do *New Deal* que se destaca pelo “espírito inovador” de reformas bem sucedidas. Os contemporâneos podem perceber que certos grupos, que até então eram discriminados, adquirem voz própria e classes até então marginalizadas se tornam capazes de tomar o próprio destino nas suas mãos. Michelman concorda com a posição de Ackerman:

Os formadores da constituição podem ser os nossos formadores – sua história pode ser a nossa história, sua palavra pode comandar a nossa observância agora, sobre fundamentos de soberania popular – somente porque e na medida em que eles, hoje, aos nossos olhos, já se encontram

⁽²⁰⁾ HABERMAS, J. **Era das Transições**, p.163.

⁽²¹⁾ HABERMAS, J. **Era das Transições**, p.165.

naquilo que julgamos ser a pista de uma razão constitucional verdadeira. (...) Na atual produção da autoridade legal, os formadores constitucionais têm que ser figuras para nós, antes de poderem ser figuras da história.²²

Segundo Habermas, o ato da fundação da constituição é sentido como um corte na história nacional, e isso não é resultado de um mero acaso, pois, através dele, se fundamenta um novo tipo de prática com significado para a história mundial. E o sentido performativo desta prática foi apenas enunciado no teor da constituição. Ele continua dependente de uma explicação reiterada, no decorrer das posteriores aplicações, interpretações e complementações das normas constitucionais. Assim, por meio da reflexão da história da realização dos projetos constitucionais, Habermas pretende invalidar a objeção levantada contra a interpretação discursiva da autoconstituição democrática do Estado constitucional. Porém, é necessário demonstrar como os princípios democráticos são inerentes à constituição da democracia. Segundo Habermas, para provar que a democracia e o Estado de direito não estão numa relação paradoxal, é necessário explicar em que sentido os direitos fundamentais *na sua totalidade* são constitutivos para o processo da autolegislação.

A teoria do discurso, segundo Habermas, simula um estado inicial em que as pessoas com liberdade de arbítrio resolvem entrar numa prática constituinte. Elas têm que preencher mais três condições: 1) elas se reúnem com o objetivo de regular legitimamente sua convivência com os meios do direito positivo; 2) elas estão dispostas a participar de discursos práticos; 3) a entrada na prática constituinte exige a disposição de traduzir o sentido dessa prática num tema explícito.²³ Inicialmente, os participantes descobrem que, para realizar seu projeto pelo caminho do direito, devem criar uma ordem de *status* para qualquer membro futuro da associação, a posição de um portador de direitos subjetivos. Contudo, um direito subjetivista nesta ordem do

^[22] MICHELMAN, F. Constitutional Authorship. In: ALEXANDER. **Constitutionalism. Philosophical Foundations**, p.81.

^[23] HABERMAS, J. **Era das Transições**, p.168 – 169.

direito positivo e obrigatório se concretizará se forem introduzidos direitos que dão legitimidade a um assentimento geral:

(1) Direitos fundamentais (de conteúdo concreto variável), que resultam da configuração autônoma do *direito*, que prevê a maior medida possível de liberdades subjetivas de ação para cada um.

(2) Direitos fundamentais (de conteúdo concreto variável), que resultam da configuração autônoma do *status* de membro de uma associação livre de parceiros do direito.

(3) Direitos fundamentais (de conteúdo concreto variável), que resultam da configuração autônoma do igual direito de proteção individual, portanto da reclamabilidade de direitos subjetivos.²⁴

Essas três categorias de direitos são exigidas para a fundação de uma associação de parceiros jurídicos que se reconhecem, reciprocamente, como portadores de direitos subjetivos reclamáveis. Para fundar uma associação de cidadãos que se dão a si mesmos suas leis, esses indivíduos tomam consciência de que necessitam de direitos que lhes permitam reconhecer mutuamente, não somente como autores desses direitos, mas também como autores do direito em geral.

(4) Direitos fundamentais (de conteúdo concreto variável), que resultam da configuração autônoma do direito para uma participação, em igualdade de condições, na legislação política.²⁵

⁽²⁴⁾ HABERMAS, J. **Era das Transições**, p.169.

⁽²⁵⁾ HABERMAS, J. **Era das Transições**, p.169. No livro **Direito e Democracia**, Habermas também apresenta esse sistema de direitos, fundamentado a partir da teoria do discurso. Com a utilização do princípio do discurso, do princípio da democracia e da forma jurídica, Habermas introduz cinco categorias de direitos fundamentais. As primeiras quatro categorias garantem os direitos de participação e liberdade. Estes direitos são fundamentados, segundo Habermas, de modo absoluto. A este conjunto é acrescentado uma quinta categoria que na versão apresentada no livro *Era de Transições* foi suprimida, a saber, os direitos à garantia social, técnica e ecológica de determinadas condições de vida que são fundamentados de modo relativo. Cf. HABERMAS, J. **Direito e Democracia. Entre facticidade e validade**. [vol. I] Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Cap. III.

Por este caminho, segundo Habermas, é possível introduzir no projeto constitucional o conteúdo normativo da soberania do povo e dos direitos humanos. “Em primeiro lugar, existe o nível da explicação da linguagem dos direitos subjetivos, na qual a prática comum de uma associação de parceiros jurídicos livres e iguais, pode manifestar-se, e na qual o princípio da soberania popular pode se incorporar.”²⁶ Essa prática constituinte, não deve apenas institucionalizar uma formação da vontade política racional, mas também proporcionar o próprio *médium* no qual essa vontade pode se expressar como vontade comum de membros do direito livremente associados. Ou seja, para Habermas, o sistema de direitos deve fazer *jus à autonomia privada*, garantida pelas iguais liberdades de ação subjetiva, e a *autonomia pública* garantida pelos direitos de participação democrática. A interdependência entre a democracia e o Estado de direito transparece nessa relação de complementaridade entre autonomia privada e autonomia pública.

O nexos interno entre democracia e Estado de direito consiste em que se, por um lado, os cidadãos só podem fazer uso adequado da sua autonomia pública se forem suficientemente independentes em virtude de uma autonomia privada que esteja uniformemente assegurada; por outro, só podem usufruir uniformemente a autonomia privada se, como cidadãos, fizerem o emprego adequado dessa autonomia política.²⁷

Assim, segundo Habermas, a constituição adquire um sentido procedimental capaz de instituir formas de comunicação que permitem um uso público da razão e uma compensação eqüitativa dos interesses, levando em conta a respectiva necessidade de regulamentação e os contextos específicos.

OBSERVAÇÕES FINAIS

Por meio da teoria do discurso, Habermas parece poder se defender das críticas de Michelman, estabelecendo os direitos através

⁽²⁶⁾ HABERMAS, J. *Era das Transições*, p.171.

⁽²⁷⁾ HABERMAS, J. Sobre a legitimação pelos direitos humanos. In: MERLE, J. & MOREIRA, L. *Direito e Legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003. p.72.

de uma prática constituinte onde os indivíduos podem entender-se, ao mesmo tempo, como autores e destinatários dos direitos estabelecidos. Podemos ainda destacar, que os direitos fundamentais, a serem estabelecidos na prática constituinte guiada pela teoria do discurso, possuem conteúdo variável. Isso quer dizer que dependendo das necessidades da população, novos direitos poderão ser garantidos. Desse ponto de vista, podemos sustentar que a democracia procedimental, quando trata de questões constitucionais, caracteriza-se como um processo continuado, que atende as exigências das circunstâncias históricas determinando os direitos que podem ser exigidos para uma situação carente de regulamentação.

BIBLIOGRAFIA

- HABERMAS, J. **The theory of communicative action**. [v.1 e 2] Cambridge: Polity Press, 1987.
- _____. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.
- _____. **Teoria de La acción Comunicativa: Complementos e Estudios Prévios**. Madrid: Cátedra, 1989.
- _____. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. [vol. I] Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- _____. **A inclusão do outro**. São Paulo: Loyola, 2002.
- _____. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. [vol. II] Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- _____. **Era das Transições**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- _____. Sobre a legitimação pelos direitos humanos. In: MERLE, J. & MOREIRA, L. **Direito e Legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003. p.67 – 82.
- MICHELMAN, F. Constitutional Authorship. In: ALEXANDER. **Constitutionalism Philosophical Foundations**. Cambridge, 1998. p.64 – 98.
- _____. **Brennan and Democracy**. New Jersey: Princeton University Press, 1999.