

TEORIA DA DEMOCRACIA:

O surgimento do Sistema de Direitos e a emergência do Públco e do Privado, Estado, Política e Constituição na Modernidade

THEORY OF DEMOCRACY:

The uprising of the System of Rights and the emergence of the Public and Private, State, Politics, and the Constitution in Modernity

Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia*

Em uma democracia constitucional, entende-se que toda a autoridade política deriva dos cidadãos soberanos que, concebidos como iguais, exercem seu poder constituinte de criar e de definir a autoridade política ordinária (Samuel Freeman).

RESUMO

O presente artigo mostra como o Sistema de Direitos Fundamentais na Modernidade está estruturado a partir das idéias de liberdade e igualdade e que esse Sistema de Direitos é a forma através da qual se organizaram o Estado e a Política, o público e o privado; e a Constituição, como acoplamento estrutural de liberdade e igualdade.

1

Palavras-chave: Democracia; Liberdade; Igualdade; Direitos Fundamentais; Constituição.

ABSTRACT

This essay shows how the System of Fundamental Rights in Modernity is structured on the ideas of liberty and equality and that such System of Rights is the form through which State and Politics are organized, both public and private; and the Constitution, as a structural coupling of freedom and equality.

Keywords: Democracy; Liberty; Equality; Fundamental Rights; Constitution.

* Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela UFMG. Professor de Direito Constitucional na FDSM e FBMG. Advogado.

O Capítulo 3 de Maurizio Fioravanti¹ trata da tensão entre constitucionalismo e democracia. O autor buscava *encontrar a “Constituição”* ao longo da história da Civilização Ocidental – da Antigüidade Clássica, passando pela Idade Média, até a Modernidade. Cada época com seu próprio *constitucionalismo*, como defende em seu Prefácio.

Fioravanti mostra como as revoluções liberais levaram à dissolução da “Constituição Mista Medieval”, o que acabou por gerar um problema: a afirmação de igualdade e liberdade, por um lado e a dessacralização e constituição social pós-convencional, de outro, criaram vários paradoxos e contradições internas à sociedade *nascente*. Perpassando todos esses problemas está o **constitutionalismo, como linha de continuidade que afirma a igualdade e liberdade como núcleo dos Direitos Fundamentais assegurados (estabilizados) constitucionalmente**; logo, pois, acima de ocasionais maiorias parlamentares. Por outro lado, temos a **democracia** moderna como confirmação da soberania popular, que reclamava a atuação dos cidadãos, a supremacia da “vontade geral” sobre quaisquer fundamentos preestabelecidos.

Assim, como mostra Habermas², se em comunidades pequenas e arcaicas era possível falar-se em uma interação por meio de processos de entendimento, quando a complexidade social aumenta, quando diminuem as “zonas de convergência” de convicções aproblemáticas, *aumenta-se o risco do dissenso*³. O problema passa a ser como gerar solidariedade em uma sociedade em que os vínculos mantidos como “naturais” desapareceram. Em sociedades tradicionais (monolíticas) se podia falar em um interesse público, grupal, como algo claro, auto-evidente, pois que “expressão do sistema unitário de valores”⁴, consistente, por exemplo, em *se estabelecer o Reino de Deus na Terra*. A virada pós-tradicional, entretanto, mostra sociedades pluralistas, onde o que era natural agora é problemático e causa de desintegração social.

2

Em sociedades que não podem mais contar com uma homogeneidade natural, o consenso terá de provir do procedimento democrático de construção pública da opinião e da vontade que torne possível a formação de uma solidariedade *artificial* – já que produzida pelo meio do Direito *entre desconhecidos*. A possibilidade

¹ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la Antigüedad a Nuestros Días*. Madrid: Trotta, 1999.

² HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta, 1998.

³ Quando crescem os âmbitos em que os sujeitos podem se posicionar com um *sim* ou com um *não*; quando, em razão da libertação das amarras tradicionais, os agentes passam a contar, também, com a possibilidade de agir conforme os próprios interesses; quando, em razão da diferenciação (e fim da subordinação) do Direito à Religião – enfim, quando se produz uma pluralização das formas de vida e uma individualização das biografias.

⁴ COLM, Gerhard. O Interesse Público: chave essencial da política pública. In: FRIEDRICH, Carl J. (ed.). *O Interesse Público*. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967, p. 126.

de obtenção de consenso pode se dar não porque todos concordem sobre (isto é, compartilhem) certos valores, mas porque concordam em relação à forma (o procedimento) de discordarem⁵.

Com a dessacralização da sociedade, Direito, Moral e Ética diferenciam-se entre si: Direito Positivo, Moral Pós-convencional e Eticidade Dessacralizada. Assim, ainda que Moral e Direito possam tratar de temas semelhantes, o fazem de forma diferenciada. Ambos são sistemas de saber, mas apenas o Direito é sistema de ação. O Direito é o único sistema que na Modernidade pode, operacional e legitimamente, promover integração social⁶. De maneira diferente de outros sistemas, pode gerar integração social, pois que abrange tanto indivíduos que agem comunicativamente quanto para os que agem estratégicamente⁷.

O Sistema de Direitos (isto é, os direitos que os indivíduos reconhecem reciprocamente quando decidem regular sua convivência pelo meio que representa o Direito Moderno) no início era representado pelo **Direito Privado** (*núcleo do Direito Moderno*)⁸, que buscava regulamentar a possibilidade de os indivíduos perseguirem estrategicamente seus interesses privados. Desde esse primeiro momento de autonomia pelo Direito as “leis coercitivas” serão reconhecidas como “leis da liberdade”⁹. O processo de produção dessas normas constitui-se como o

⁵ Para Barus-Michel: “A democracia está, assim, colocada sobre o fio da navalha: é preciso assegurar consenso e coesão, a partir de um debate conflitivo permanente; garantir a ordem sem tirar o poder mesmo daqueles (todos) que se submetem ao poder; inventar a mudança e manter a estabilidade; impor uma autoridade que não tem outra legitimidade a não ser a delegação. (...) Aqueles que eram enviados dos deuses sobre a terra terão agora que se expor à escolha de seus concidadãos, às suas críticas; o poder passa a ser visto como um jogo de reciprocidade entre representantes e aqueles que os denominam como tais” (BARUS-MICHEL, Jacqueline. A democracia ou a Sociedade sem Pai. In: ARAÚJO, José Newton; SOUKI, Léa Guimarães; FARIA, Carlos A. Pimenta de. *Figura Paterna e Ordem Social*: tutela, autoridade e legitimidade nas sociedades contemporâneas. Belo Horizonte: Autêntica/PUC Minas, 2001, p. 34). Em sentido semelhante Chantal Mouffe (Globalização e Cidadania Democrática. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 36, 2001, p. 20-21), José E. Faria (FARIA, José Eduardo. *Poder e Legitimidade*: uma introdução à política do direito. São Paulo: Perspectiva, 1978, p. 34-65) e Manfredo A. Oliveira (A Crise da Racionalidade Moderna: uma crise de esperança. *Revista Síntese* (nova fase), Belo Horizonte, n. 45, 1989, p. 32).

⁶ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez*: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso, p. 89ss.

⁷ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez*: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso, p. 93 e María F. Salcedo Repolés. *Habermas e a Desobediência Civil*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 69.

⁸ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez*: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso, p. 164ss. E também HABERMAS, Jürgen. A *Constelação Pós-Nacional*: ensaios políticos. São Paulo: Littera Mundi, 2001, p. 147.

⁹ A formulação mais completa desse Direito Privado está na noção kantiana acerca Direito como sistema de normas, ao mesmo tempo de coerção e de liberdade. Cf. KANT, Immanuel. *La paz perpetua*. Madrid: Espasa Calpe, 1979. Disponível em: <www.cervantesvirtual.com>. Acesso em 25 nov. 2003; e HABERMAS. A *Constelação Pós-Nacional*: ensaios políticos, p. 145.

autêntico lugar da integração social, figurando, assim, como o lugar em que des-cansa a legitimidade do Direito Moderno.

O Direito Moderno, no entanto, move-se na tensão entre a Facticidade de sua produção (positividade) e sua pretensão de Legitimidade (aceitabilidade racional), que há de acompanhar a decisão do legislador. A *mera legalidade* que está ligada a direitos subjetivos (autonomia privada) e permite a ação orientada ao próprio êxito não pode justificar a legitimidade do Direito – pois que as normas careceriam de fundamentação se aparecessem como simples coação externa (e, por outro lado, em sociedades pós-metafísicas não é mais possível recorrer-se a um *ethos* compartilhado que gere justificação, como na Pré-Modernidade). Logo, é necessária uma outra classe de direitos de cidadania relacionados ao exercício da **autonomia**, de forma que os destinatários das leis (que gozam de liberdade subjetivas de ação, relacionadas à **autonomia privada**) possam, *co-originalmente*, se reconhecerem como os autores racionais destas (liberdades comunicativas, isto é, **autonomia pública**) (cf. *infra*).

Pelo processo legislativo o Direito estabiliza expectativas de comportamento (apresentadas e debatidas discursivamente), procurando gerar “consenso” (ou, ao menos, “compromisos” racionais). Para que isso ocorra, deve-se levar em conta o **Princípio do Discurso** (ou simplesmente, “D”), um princípio neutro e abstrato, segundo o qual “válidas son aquellas normas (y sólo aquellas normas) a las que todos los que puedan verse afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales”¹⁰. Questões éticas, políticas e pragmáticas poderão ser respondidas atendendo-se, em cada um dos tipos correspondentes de discurso, às regras que operacionalizam o Princípio do Discurso.

A partir do Princípio do Discurso se podem deduzir dois outros princípios referentes a normas de ação: o Princípio Moral e o Princípio Democrático. O Princípio Moral cumpre a função de regra de argumentação – isto é, funciona como “critério de construção do jogo argumentativo”¹¹ – para a decisão racional de questões morais: toda norma válida tem que preencher a condição de que as consequências e efeitos colaterais que previsivelmente resultem de sua observância *universal*, para a satisfação dos interesses de *todo* indivíduo, possam ser aceitos sem coação por *todos* os concernidos¹².

O Princípio Democrático visa à institucionalização de um procedimento legislativo legítimo, produzido discursivamente com a potencial participação de todos: “el principio democrático explica el sentido realizativo de la práctica de la

¹⁰ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez*: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso, p. 172.

¹¹ SALCEDO REPOLÉS, Habermas e a Desobediencia Civil., p. 99.

¹² HABERMAS, Jürgen, *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Rio de Janeiro: Templo Brasileiro, p. 147.

autodeterminación de los miembros de una comunidad jurídica que se reconocen unos a otros como miembros libres e iguales de una asociación en la que han entrado voluntariamente”¹³.

Esse princípio não procura dar conteúdo *a priori* às questões quando propostas, mas apenas diz *como podem a formação da opinião e da vontade serem institucionalizadas por um sistema de direitos que assegure participação no processo legislativo em condições de igualdade*. A igual proteção de todos significa que o **processo democrático** há de assumir o *risco* de ter de aceitar que quaisquer temas e contribuições, informações e razões alcancem a arena do debate público, para que ao final prevaleça o melhor argumento¹⁴.

Anote-se que para a Teoria do Discurso a “Separação entre os Poderes” se dá em razão do acesso de cada um às diferentes formas de comunicação (e correspondentes razões). A **legislação** política, por seu papel central, dentro de um procedimento democrático, possui acesso ilimitado a razões normativas e pragmáticas. O **Judiciário**, ao contrário, não pode dispor livremente sobre aquelas razões contidas nas leis; no entanto, elas desempenham um papel decisivo na busca de decisões que mantenham a integridade do ordenamento. Já a **Administração Pública** não pode, ao executar os comandos legais, reconstruir as razões subjacentes¹⁵.

Retomando a questão da contingencial posição de centralidade do Direito no processo de integração social, podemos agora dizer que ele forma seu código (sua *forma* própria) a partir dos dois únicos elementos que restaram após a diferenciação entre Direito, Moral, Ética e Religião: soberania popular (**autonomia pública**) e direitos humanos (**autonomia privada**) – ambas estruturadas pela *forma* do Direito. A relação interna entre soberania popular e direitos humanos está no modo como é alcançada a formação da opinião e da vontade pública: nem a **autonomia pública** deve se subordinar a pretensos direitos racionalmente universais – como em Kant e a tradição liberal –, nem os **direitos humanos** ficam à mercê de uma “vontade geral ética” – como em Rousseau e os republicanos (cf. *infra*).

5

Para chegar à idéia de co-originalidade entre soberania popular e direitos humanos Habermas reconstrói as duas tradições surgidas a partir daqueles e que buscam fundamentar a democracia e o Estado de Direito privilegiando, ora a autonomia pública (soberania popular) ou a autonomia privada (direitos humanos). A **relação entre ambas** nos vai fornecer os contornos da **relação entre o “público” e o “privado”** (a qual será complementada mediante a reconstrução dos paradigmas constitucionais).

¹³ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, p. 175.

¹⁴ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, p. 646.

¹⁵ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, p. 226 ss.

A tradição republicana, em geral, concebe a Constituição como uma **ordem concreta de valores**, a qual vem materializar a identidade ético-cultural de uma nação (mesma língua, origem histórica, identidade étnica e/ou tradição compartilhada). Dentro do republicanismo, a orientação ao **bem comum** é um dado essencial, pois se pressupõe que os cidadãos têm consciência de que dependem uns dos outros. Há por isso grande confiança na força dos discursos políticos, isto é, na precedência da autonomia política¹⁶.

Dessa forma os interesses públicos, enquanto **coletivos** ou mesmo **estatais**, são auto-evidentes, dado o consenso ético pressuposto, e devem prevalecer sobre **meros interesses privados** (tidos como egoístas e contrários ao bem comum). O Estado aparece como um macrossujeito – afirma Habermas – “portador de la producción de normas, el cual ha roto los intereses privados de las personas privadas, simplemente sometidas a las leyes”¹⁷.

Gian Brandão¹⁸ remonta a Rousseau, atribuindo-lhe a origem da idéia moderna de **supremacia do interesse público** (isto é, da comunidade, representada no Estado) **sobre o particular** (seja dos indivíduos, seja mesmo do soberano, entendidos aqui, uns e outros no que remetem ao particularismo, ao tratamento egoísta da *res publica*). No *Projeto de Constituição para a Córsega*, lembra Fábio Comparato¹⁹, Rousseau entende que o “fundamental, em qualquer circunstância, (...) seria prevenir a desigualdade social e assegurar a prevalência do espírito público sobre o interesse privado”. De fato, Rousseau²⁰ pretendeu mostrar que o “Contrato Social” possuía *a fórmula exata* para que, da origem da sociedade, se pudesse proteger “a pessoa e os bens de cada sócio”, e ainda, que fosse de tal forma que *cada um apenas, obedecendo à vontade geral, obedecesse apenas a si mesmo, permanecendo, assim, tão livre como antes*²¹. Para ele os artigos do “Contrato” poderiam ser resumidos em um

¹⁶ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Factualidad y Validez*: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso, p. 341.

¹⁷ HABERMAS, Jürgen. *Factualidad y Validez*: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso, p. 167.

¹⁸ BRANDÃO, Gian. Supremacia do interesse público sobre o particular. Disponível em <www.ODireito.com>. Publicado desde 12 abr. 2004. Acesso em: 1 jul. 2005.

¹⁹ COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Cia. da Letras, 2006, p. 240.

²⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*: ou princípios do direito político. São Paulo: Martin Claret, 2004.

²¹ Ou, noutras palavras, o Pacto poderia ser resumido em: “Cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo o seu poder sob a suprema direção da vontade geral, e recebemos enquanto corpo cada membro como parte indivisível do todo” (ROUSSEAU. *Do Contrato Social*, op. cit., L. 1, C. VI). A união das vontades dos cidadãos forma a **vontade geral** (soberana, indivisível e inalienável), que dirige a ação do Estado visando o bem comum (*idem*, L. 2, C. I). O que generaliza a vontade pública não é a *quantidade* de votantes, mas o interesse comum que os une (cf. *idem*, L. 2, C. IV). A vontade geral produz leis gerais e abstratas, sendo assim desnecessário questionar “a quem toca fazer as leis” – pois que são produto da vontade geral –, ou se o monarca está acima da

só. A alienação total de cada sócio, com todos seus direitos, a toda a comunidade; pois, dando-se cada um por inteiro, para todos é igual a condição, e sendo ela para todos igual, ninguém se interessa em torná-la aos outros onerosa²².

Na tradição liberal, ao contrário, há uma supervvalorização da dimensão privada. Aqui o homem, livre das *amarras estatais*, se realiza no mercado, nas relações privadas com outros homens livres e iguais²³; o Estado, por isso, deve garantir a maior liberdade aos indivíduos, interferindo o mínimo possível. Contra o Executivo (e também contra maiorias no Parlamento) são invocados os direitos humanos e a autodeterminação moral. “O liberalismo, que remonta a Locke, denunciou (...) o

lei (*legibus solutus*): ele é membro do Estado, logo, não cabe questionar “se a lei pode ser injusta, pois que ninguém é injusto para si” (*idem*, L. 2, C. VI). Em obra anterior ele já afirmara: “Eu quisera, pois, que ninguém, no Estado, pudesse dizer-se acima da lei (...); de fato, qualquer que possa ser a constituição de um governo, se neste se encontra um só homem que não esteja submetido à lei, todos os outros ficam necessariamente à discreção deste último” (ROUSSEAU. *Discurso sobre esta Questão Proposta pela Academia de Dijon*: qual é a origem da desigualdade entre os homens, e se é autorizada pela lei natural. [s/d]. Disponível em <www.dominiopublico.gov.br>. Acesso em 25 ago. 2005). A conclusão é que um governo de leis (sinônimo de “República”) é legítimo. Num tal governo “o povo submisso às leis deve ser o autor delas”. A prevalência que deveria haver dos interesses da comunidade sobre os particulares se manifestaria na produção dessas leis: “Numa perfeita legislação, a vontade particular ou individual deve ser nula; muito subordinada a do corpo próprio ao governo e a vontade geral, ou soberana, sempre dominante e regra única de todas as outras” (ROUSSEAU. *Do Contrato Social*, op. cit., L. 3, C. II). Como mostraram Nicolás M. López Calera (*Yo, el Estado: bases para una teoría substancializadora (no substancialista) del estado*. Madrid: Trotta, 1992, p. 83-86), em Rousseau o pacto une as vontades individual e geral. **Não é que se deva sacrificar o indivíduo em favor do coletivo, mas buscar a generalização da vontade contra qualquer particularismo.** Contudo, como o povo não é capaz, por si, de expressar claramente a vontade geral (sempre reta), “cumpre mostrar-lhes os objetos como eles são, às vezes tais como lhe deveriam parecer, apontar-lhe o caminho certo que procura (...). Os particulares vêm o bem que rejeitam, o público quer o bem que não vê, todos carecem igualmente de guias” (ROUSSEAU. *Do Contrato Social*, op. cit., L. 2, C. VI). Daí nasce a figura do legislador, um homem que exerce uma função particular e superior. Para que as máximas superiores da política e as regras fundamentais da razão de Estado possam ser justificadas perante um povo leigo e egoísta (e já que uma argumentação racional nesse sentido não seria compreendida) o legislador, que não tem o uso da força, tradicionalmente se vale de um outro expediente, o *recurso a Deus*: justifica seus atos como sendo decorrência da vontade divina (*idem*, L. 2, C. VII). Esse recurso, entretanto, diz o autor, apenas terá sucesso duradouro caso seja, de fato, fundado na reta razão. Um ato de soberania do Estado não aparecerá como ato de um superior sobre um inferior, mas “uma convenção do corpo com cada um de seus membros; convenção legítima, porque se escora no contrato social; justa, por ser a todos comum; útil, porque não pode ter outro alvo que o bem geral; e sólida, porque a força pública e o poder supremo lhe servem de garantia” (*idem*, L. 2, C. IV).

²² ROUSSEAU. *Do Contrato Social*, op. cit., L. 1, Cap. VI. Como em Hobbes, com o Contrato Social os indivíduos alienam quase inteiramente seus direitos. Entretanto, ao contrário de Hobbes, em Rousseau o destinatário destes direitos não é alguém colocado acima da sociedade, mas a própria comunidade, como citado (assim, cada indivíduo pode permanecer *tão livre quanto antes*) (cf. COMPARATO, op. cit., p. 248-249).

²³ Para J. Locke, “onde não há propriedade não há justiça” (apud, COMPARATO, op. cit., p. 206).

perigo representado pelas maiorias tirânicas e postulou a precedência dos direitos humanos com relação à vontade do povo”²⁴.

Particularmente importante a observação de Locke quanto à possibilidade de os cidadãos apelarem para as instituições criadas por eles para defenderem seus direitos e a necessidade destas responderem *a contento*.

Quando, porém, está claro um apelo à lei e aos juízes constituídos, mas é negado o recurso²⁵ por perversão manifesta da Justiça e adulteração descarada das leis de proteção ou garantia contra a violência perpetrada ou danos causados por alguns homens ou partido, é difícil conceber algo diferente de um estado de guerra. Sempre que se emprega a violência e se comete injustiça, embora pelas mãos escolhidas para administrar justiça, ainda assim se trata de violência e dano, mesmo acobertada pelo nome, pretensões ou formas da lei, uma vez que o objetivo da lei é proteger e desagravar o inocente por sua aplicação imparcial a todos que estão a ela sujeitos. Na medida em que isso não ocorre sinceramente, faz-se a guerra contra os sofredores que, não tendo no mundo para quem apelar para desagravá-los, ficam apenas com o único remédio nesses casos – um apelo aos céus²⁶.

Para os liberais, o grande campo **privado** significa não apenas liberdade de ação, mas, de fato, pouco interesse pela participação política. A autonomia privada

²⁴ HABERMAS, *A Constelação Pós-Nacional*: ensaios políticos, p. 147. John Locke, que *inicia* o pensamento liberal, compartilha com Hobbes as idéias de *estado da natureza* e *contrato social*. Ao contrário daquele, entretanto, para Locke o homem no estado de natureza já conhece a liberdade, a igualdade, a propriedade e uma (relativa) segurança, garantidas pela *lei da natureza*: “a razão, que é essa lei, ensina a todos os homens (...) que nenhum deles deve prejudicar a outrem na vida, na saúde, na liberdade ou nas posses” (LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo: ensaio relativo à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil*. São Paulo: Martin Claret, 2004, C. II, §6; ver também §12). O Contrato Social surge apenas para *estabilizar no tempo* essa propriedade já adquirida, evitando o estado de guerra (cf. *idem*, C. III, §§20-21 e C. VII, §94). A sociedade política aperfeiçoa uma condição pré-existente e cria instituições novas, impossíveis no estado de natureza, como o legislador, o juiz e o executivo (cf. *idem*, C. VII, §§87-89 e C. IX, §§124-126). Apesar de supervalorizar o legislador como instituição *sagrada e intocável* (cf. *idem*, C. XI, §137), Locke também defenderá limites à sua atuação (o que será uma marca dos liberais): o poder legislativo não pode ser “completamente arbitrário sobre a vida e a fortuna das pessoas” (*idem*, C. XI, § 135); a uma porque ele é um poder formado pelo conjunto dos membros de uma comunidade – logo, não é maior do que a soma destes (esta é uma questão que veremos ao falarmos das “razões de Estado”), quando o público, contrariamente ao pensamento liberal, aparece como algo *maior* ou ao menos *diferente* da mera soma das partes que o compõem); a duas porque, no fundo, a Lei da Natureza não é ab-rogada com o Contrato Social, permanecendo “como lei eterna para todos os homens, quer para os legisladores como para todos os demais” (*idem*, C. XI, §135). Aliás, para ele qualquer lei humana que conflite com a lei natural é inaceitável. “[S]e a finalidade das instituições políticas é (...) garantir aos particulares uma esfera inviolável de vida, onde cada qual possa decidir, livremente, os assuntos de seu exclusivo interesse (...), o obstáculo (...) não se encontra na carência [como pensava Hobbes] e sim no excesso de poder dos governantes” (COMPARATO, *op. cit.*, p. 217).

²⁵ No original *remedy*.

²⁶ LOCKE. *Segundo Tratado sobre o Governo*, C. III, §20.

refere-se basicamente a direitos negativos frente ao Estado e a outros cidadãos, isto é, direitos individuais (liberdade, igualdade e propriedade).

Ambos, liberais e republicanos, percebem a existência das dimensões de Facticidade e Validez inerentes ao Direito Moderno, mas não como tensão, e sim como “oposição entre real e ideal”. A relação entre Estado e Sociedade é vista também como de uma separação hierárquica e vertical²⁷. Entretanto, o que vimos defendendo, com Habermas, é que ambas autonomias se **co-originam**.

Para fazerem um uso *adequado* de sua autonomia pública, garantida por meio de direitos políticos, os cidadãos têm que ser suficientemente independentes na configuração de sua vida privada, assegurada simetricamente. Porém, os “cidadãos da sociedade” (...) só podem gozar simetricamente sua autonomia privada, se, enquanto cidadãos, do Estado (...), fizerem uso adequado de sua autonomia política – uma vez que as liberdades de ação subjetivas, igualmente distribuídas, têm para eles o “mesmo valor”²⁸.

De forma que, desde a perspectiva habermasiana, não faz sentido uma separação que coloque “público” e “privado” como contraditórios. Além do já afirmado, isto é, que ambos estão em relação de tensão, há que se não perder de vista que **até a definição do que se tem por “público” e por “privado” não poderá ser tomada como um dado (a priori)**; antes, dependerá das diferentes apreensões discursivas que se fará em cada caso.

9

O supramencionado Sistema de Direitos surge da relação de **co-originalidade** entre soberania popular (autonomia pública) e direitos humanos (autonomia privada). O meio institucional encontrado na Modernidade para fundar esse sistema é a **Constituição**. O Sistema de Direitos garante aos indivíduos certas liberdades subjetivas de ação segundo as quais eles podem agir em conformidade com seus interesses (autodeterminação). Essas liberdades compreendem a *autonomía privada*, isto é, “la libertad negativa de abandonar la zona pública de obligaciones ilocucionarias recíprocas y retraerse a una posición de observación mutua y de mutuo ejercicio de influencias empíricas”²⁹ e a *liberdade comunicativa*, a possibilidade de os indivíduos tomarem posição frente a uma pretensão de validade levantada por outrem, destinada ao entendimento intersubjetivo (auto-realização). Essa liberdade pressupõe uma atitude performativa (obrigação ilocucionária) dos

²⁷ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez*: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso, p. 165ss.

²⁸ HABERMAS, *Era das Transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 155.

²⁹ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez*: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso, p. 186. O Direito não pode pretender obrigar os cidadãos a permanecer todo o tempo na esfera pública de discussão. Eles têm de poder escolher quando (e até se) querem fazer uso de sua liberdade comunicativa.

participantes, que querem se entender sobre algo e pressupõem uma tomada de posição do outro.

A partir da idéia de co-originalidade entre as duas autonomias se percebe, que, para que ocorra o processo de formação da opinião e da vontade política, é imprescindível o pressuposto do meio que representam os direitos individuais (liberdade e igualdade); ao mesmo tempo, estes, para existirem, necessitam de um processo legítimo de produção legislativa. A formação da opinião e da vontade pública (como concretização do Princípio da Democracia) depende da institucionalização de procedimentos que façam valer as liberdades comunicativas dos cidadãos³⁰.

O Sistema de Direitos, contudo, necessita de um meio institucionalizado que, em última instância, sirva àquela sociedade de homens livres e iguais, isto é, uma comunidade auto-organizada politicamente. O **Estado de Direito** possui o objetivo de garantir institucionalmente a co-originalidade das autonomias pública e privada. A legitimidade das decisões do Estado, no nível pós-tradicional de justificação, exige *a forma do Direito* (utilizam seu código) e que este esteja legitimado por sua aceitabilidade racional³¹. O Estado de Direito pode cumprir essa função em razão dos princípios que o informam. O primeiro deles é a soberania popular “sem sujeito”³² (como dissemos há pouco, a soberania popular e os direitos humanos estão na base da constituição do sistema de direitos). A soberania popular funcionaria como ponto unificador entre o Direito e o Estado de Direito, pois fundamenta a participação popular igual na formação da vontade estatal. A proposta habermiana de democracia deliberativa toma o princípio de soberania popular atrelado ao que chama de “princípio parlamentar”. O princípio parlamentar deve garantir um procedimento que leve em conta as condições comunicativas, de forma que discursos éticos, pragmáticos, morais e negociações tenham lugar.

O Estado de Direito deve garantir, pois, simultaneamente, a institucionalização do uso público das liberdades comunicativas e regular a transformação do Poder Comunicativo em Poder Administrativo³³, de tal forma que a arena pública (enquanto rede de comunicações intersubjetivas acerca dos problemas de integração social, *filtradas* para a formação da opinião e da vontade pública) possa influenciar as decisões vinculantes do Estado (legislativas, administrativas e judiciais), a partir do momento em que *influenciam* a agenda do procedimento legislativo

³⁰ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez*: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso, p. 192-193 e *idem*, *Era das Transições*, *op. cit.*, p. 169.

³¹ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez*: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso, p.202.

³² Cf. HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez*: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso, p. 238.

³³ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez*: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso, p. 245.

institucionalizado e este, por sua vez, fornece o subsídio às decisões dos outros Poderes³⁴. A arena pública constitui-se em um meio de *aprendizado* democrático de que uma comunidade pode se valer, colocando em prática políticas racionalmente acordadas, experimentando-as e aprendendo com fracassos e vitórias³⁵.

REFERÊNCIAS

- BARUS-MICHEL, Jacqueline. A democracia ou a Sociedade sem Pai. In: ARAÚJO, José Newton; SOUKI, Léa Guimarães; FARIA, Carlos A. Pimenta de. *Figura Paterna e Ordem Social: tutela, autoridade e legitimidade nas sociedades contemporâneas*. Belo Horizonte: Autêntica/PUC Minas, 2001, p. 29-39.
- BRANDÃO, Gian. *Supremacia do interesse público sobre o particular*. Disponível em <www.ODireito.com>. Publicado desde 12 abr. 2004. Acesso em: 1 jul. 2005.
- COLM, Gerhard. O Interesse Público: chave essencial da política pública. In: FRIEDRICH, Carl J. (ed.). *O Interesse Público*. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967, p. 122-134.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Cia. da Letras, 2006.
- FARIA, José Eduardo. *Poder e Legitimidade: uma introdução à política do direito*. São Paulo: Perspectiva, 1978.
- FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la Antigüedad a Nuestros Días*. Madrid: Trotta, 1999.
- FREEMAN, Samuel. Democracia e Controle de Jurídico da Constitucionalidade. *Revista Lua Nova*, n. 32, 1994, pp. 181-199.
- HABERMAS, Jürgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.
- _____. *Facticidad y Validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta, 1998.
- _____. *A Constelação Pós-Nacional: ensaios políticos*. São Paulo: Littera Mundi, 2001.
- _____. *Era das Transições*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- KANT, Immanuel. *La paz perpetua*. Madrid: Espasa Calpe, 1979. Disponível em: <www.cervantesvirtual.com>. Acesso em: 25 nov. 2003.
- LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo*: ensaio relativo à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- LÓPEZ CALERA, Nicolás María. *Yo, el Estado: bases para una teoría substancializadora (no substancialista) del estado*. Madrid: Trotta, 1992.

11

³⁴ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, p. 437ss.

³⁵ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, p. 466.

Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia

MOUFFE, Chantal. Globalização e Cidadania Democrática. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 36, p. 17-25, 2001.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo. A Crise da Racionalidade Moderna: uma crise de esperança. *Revista Síntese* (nova fase), Belo Horizonte, n. 45, 1989, pp. 13-33.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social: ou princípios do direito político*. São Paulo: Martin Claret, 2004.

SALCEDO REPOLÊS, María Fernanda. *Habermas e a Desobediência Civil*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.