

NEXO INTERNO ENTRE DIREITOS HUMANOS E DEMOCRACIA

DELIBERATIVA

Gisele Augusta Fontes Gato

1. ORDENAMENTO JURÍDICO IDEAL

À sociedade contemporânea, profundamente marcada pelos fenômenos do pluralismo e multiculturalismo, impõe-se a questão sobre o tipo ideal de ordenamento jurídico, não somente no que se refere ao conteúdo de regras e princípios, como também no que se refere aos procedimentos que prevê, que seja capaz de realizar legítima e adequadamente os direitos humanos, nas condições de diversidade características das sociedades complexas. Um ordenamento jurídico assim definido, será doravante denominado de ideal.

O primeiro passo em busca de uma resposta passa pela consideração sobre outra questão, que se refere à existência ou não, de vários “tipos” de ordenamento jurídico. Das teorias contratualistas da modernidade, surgem dois modelos teóricos de ordenamento, decorrentes das diferentes concepções sobre a relação entre direitos pré-existentes ao *contrato social* e ordenamento jurídico. No primeiro modelo todos os direitos são definidos no contrato, e, no segundo, há direitos pré-existentes ao contrato, que limitam o poder estatal. Ambos decorrem do fenômeno político do poder, indissociável das relações políticas de constituição dos Estados modernos, e, portanto, sua configuração está estreitamente vinculada aos modelos políticos de organização da sociedade.

A partir da modernidade essa vinculação ocorre tanto no nível empírico quanto no nível das proposições teóricas sobre modelos ideais. Por essa razão a inter-relação entre poder político e fenômeno jurídico, com uma certa frequência, motiva os teóricos de várias áreas das ciências humanas e sociais a lançar proposições sobre o papel do direito na sociedade. Neste sentido, é possível perceber o nexo entre política e ordenamento jurídico a partir das propostas teóricas

muito diversas, como a proposição positivista de Bobbio¹, a teoria sistêmica ou funcionalista de Luhmann², ou a teoria crítica de Habermas³.

Quando a assunto em questão é a defesa do tema dos Direitos Humanos, no entanto, se faz necessário estabelecer tal nexos através de uma perspectiva teórica universalista, que afaste o empirismo e o relativismo como fonte de normatividade, pois que, em sentido contrário, não é possível falar em direitos universalmente concebidos em contextos políticos diversos. Apenas uma teoria normativa do emprego legítimo do poder político pode fundamentar uma teoria normativa de um ordenamento jurídico que consagre os direitos humanos com vistas à emancipação. A teoria crítica cumpre esta função.

Em Habermas, portanto, é possível encontrar a afirmação de que direito e política se vinculam mutuamente. Para este autor, essa relação surge muito antes da modernidade, ainda na transição das sociedades organizadas pelo parentesco para as sociedades organizadas politicamente, em torno de seus códigos e regras de conduta social.⁴ Com a modernidade, o que ocorre é que essa vinculação se torna objeto das elaborações dos teóricos do Estado.⁵

Assim, a observação de que há um complexo formado pelo poder político e pelo direito conforma uma espécie de senso comum teórico de que a Teoria do Direito moderno não pode ser construída dissociada de uma teoria política, mais precisamente, de uma Teoria do Estado que contenha não só o momento fundacional da organização política e jurídica de uma sociedade, como as condições para a reprodução da convivência social através do papel mediador exercido pelo Direito.

¹ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

² LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I e II*. Ed. Tempo Brasileiro: Rio de Janeiro, 1983.

³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. Entre facticidade e validade. I e II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

⁴ *Op. Cit.*. T. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 174-175.

⁵ *O entrelaçamento entre direito e poder político só se torna um problema nas sociedades de transição do início da Idade Moderna. A partir de Maquiavel passou-se a interpretar naturalisticamente um poder político saído dos contextos de tradições sagradas e a considerá-lo como um potencial que pode ser calculado pelos detentores do poder sob pontos de vista estratégicos e mobilizado de modo teleológico. As evidências desse novo poder administrativo, concentrado no Estado que monopoliza a força, impõe aos teóricos do direito racional os conceitos com os quais eles querem explicar a combinação entre o direito sancionado pelo Estado e o poder organizado conforme o direito*. Idem, *ibidem*, p.175.

Portanto, a elaboração teórica sobre o ordenamento jurídico ideal deve conter dois momentos, o momento da sua gênese, onde a perspectiva teórica se volta para o tipo de organização política capaz de vincular, à sua existência, um determinado modelo de ordenamento jurídico aqui, e o momento da proposição sobre os procedimentos que este ordenamento deve prever, para garantir não só a reprodução das condições ideais existentes em sua fundação, como a proteção aos direitos humanos contemporâneos de forma adequada.

2. FENÔMENO POLÍTICO E GÊNESE DO ORDENAMENTO JURÍDICO.

2.1. A Relação entre Direito e Estado como fator de diferenciação.

A análise dos modelos de ordenamento jurídico resultantes das teorias contratualistas aponta para questões fundamentais sobre a vinculação entre exercício do poder político e Direito. Apesar de não ser possível propor a análise desses modelos com vistas a adequá-los às demandas contemporâneas dos direitos humanos, sob pena de diacronismo, neles há formulações que permaneceram ao longo do tempo, pelo que, uma análise crítica dessas teorias se justifica.

No modelo em que não há direitos pré-constituídos, as funções do Estado são definidas pelos indivíduos no momento mesmo do contrato, sem quaisquer limitações ao poder Estatal, à soberania civil. No segundo modelo, a definição das funções do Estado exclui qualquer ingerência deste sobre um conteúdo prévio de direitos, que funciona, portanto, como um conjunto de garantias individuais contra o próprio Estado. É possível, a partir dessas afirmações, levantar algumas observações.

O primeiro modelo, por admitir que o pacto social implique em renúncia a todo e qualquer direito pré-existente, suprime a idéia de um conteúdo de direitos entendido como de reconhecimento obrigatório, indisponível e, portanto, não negociável sob qualquer hipótese. Como as normas de Direito serão todos definidos no contrato social, para que daí surgisse um ordenamento jurídico que atendesse às exigências de uma sociedade plural, seria necessário que esta formulação teórica estivesse sempre vinculada a um procedimento capaz de garantir o reconhecimento dos direitos das minorias, independentemente de critérios subjetivos de boa vontade do soberano, de uma elite política, ou mesmo da maioria.

O segundo, por fundamentar de forma metafísica a obrigatoriedade, permanência e indisponibilidade dos direitos humanos, além de privilegiar neste aspecto apenas os direitos de caráter individual como liberdade e propriedade, cria uma hierarquia entre direitos, onde, apenas os direitos que concernem à existência individual do sujeito são indisponíveis, enquanto os direitos políticos podem ser relativizados.

Tais proposições, mesmo se concebidas para Estados absolutos, como em Hobbes⁶, permaneceram na elaboração teórica sobre Estados democráticos. O primeiro modelo permitiu uma concepção do Estado que, transportada para teorias sobre a democracia, como em Rousseau⁷, conformou o que pode ser chamado de modelo republicano de Estado democrático.⁸ Se nas proposições de cunho absolutista o direito surge da decisão do soberano, no modelo democrático o ordenamento jurídico é fruto da vontade coletiva de cidadãos unidos voluntariamente, motivados por um *ethos* social determinante do seu comportamento político ativo. Na sociedade contemporânea, ante a sua complexidade, é pouco adequado ao tema da proteção aos direitos humanos depositar em critérios subjetivos como boa vontade do soberano e civismo dos cidadãos a garantia de sua proteção.

Já o segundo modelo, marcadamente fundado na idéia de um Estado a quem não é dado intervir na esfera dos direitos individuais do cidadão, conformou o que pode ser chamado, na teoria política sobre sociedades democráticas, de Estado liberal democrático. A organização social assim proposta reserva ao Estado a função de mero gestor do aparelho da burocracia administrativa, com uma atuação limitada pela esfera de direitos que não podem ser invadidos, todos de cunho individual.⁹

⁶ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

⁷ ROUSSEAU, Jean J. *O Contrato Social*. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

⁸ É necessário ressaltar, no entanto, que, apesar de Rousseau imaginar uma renúncia total aos direitos naturais em favor do soberano, como em Hobbes, sua concepção de soberano como a assembléia de todos distancia sua doutrina do absolutismo hobbesiano, entre outros motivos, porque a tirania da maioria seria *em tese* evitada porque os cidadãos não se guiariam pela vontade de cada um, mas sim cada um pela vontade geral, que seria racional e unitária.

⁹ Os modelos ideais de democracia são assim definidos por Frank Michelman: *According to a rights-centered construction of the liberal/republican opposition, the crux of difference lies in the question not of the social basis of interests, but of the political basis of rights. For republicans, rights ultimately are nothing but determinations of prevailing political will, while for liberals, some rights are always grounded in a higher law of transpolitical reason or revelation. For republicans, the establishment and endurance of a constitutional right is strictly a matter of resolution on the part of the people politically engaged; the right has no grounding beyond actual human determination and therefore can exert no claims against the political resolutions that alone give it existence. In the*

Segundo Habermas¹⁰, no modelo ideal de democracia liberal, o processo democrático, no sentido de formação da vontade política dos cidadãos, possui a função mediadora de contrapor ao Estado um conteúdo de direitos de uso privado. Esse conjunto de direitos foi denominado por Benjamim Constant de liberdades negativas justamente por constituir uma esfera de direitos de defesa do cidadão, que não pode ser violada pelo Estado.¹¹

No modelo liberal os cidadãos exercem seus direitos políticos apenas para garantir a integridade de suas esferas negativas de liberdade, o que torna a vontade política apenas a somatória dos interesses privados da maioria, em relação à qual o Estado, entendido como o aparato burocrático de administração pública, está subordinado. Neste contexto, o processo político teria como função precípua o controle da atividade do Estado.

Em contrapartida, o processo democrático de formação da vontade política no modelo ideal de democracia republicano funciona *como o medium no qual os membros de comunidades solidárias, mais ou menos naturais, tornam-se conscientes de sua dependência recíproca e, na qualidade de cidadãos, continuam e configuram, com consciência e vontade, as relações de reconhecimento recíproco já existentes.*¹² Em decorrência, os direitos que gozam de prioridade são os direitos políticos de participação, denominados de liberdades positivas.

Ambos os modelos criam dificuldades para o surgimento do ordenamento jurídico ideal no que se refere à proteção dos direitos humanos. No modelo republicano o problema reside na redução de questões políticas a questões éticas, ou seja, na subordinação do processo democrático às virtudes cívicas dos cidadãos voltados ao bem comum. Quanto mais complexa for a sociedade,

opposed liberal understanding, the constitutional process (for example) do not so much create rights as institutionalize or positivize prepolitical claims of right. MICHELMAN, Frank. Conceptions of Democracy in American Constitutional Argument: Voting Rights. Florida Law Review, 41, 1989, p. 446

¹⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. Entre facticidade e validade. T. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p.332.

¹¹ CONSTANT, Benjamin. *Da Liberdade dos Antigos Comparada à dos Modernos*. IN: Filosofia Política 2. Porto Alegre: L&PM Editores, 1985. Com base na definição de Constant, Isaiah Berlin desenvolveu um conceito contemporâneo de liberdade negativa, definindo-a como uma área de atuação cujas dimensões são flexíveis, variáveis de acordo com as negociações políticas. Dentro dessa área o sujeito não pode sofrer qualquer interferência, quer seja por parte dos seus pares sociais, quer seja por parte do Estado, pois que, interferências implicariam em diminuição dessa área e, portanto, em agressão à liberdade do sujeito. BERLIN, Isaiah. *Quatro Ensaios Sobre a Liberdade*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.

¹² HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*.....p.333. Habermas desenvolve esta percepção a partir do ideal moderno de republicanismo em Rousseau e Hanna Arendt.

mais difícil será conciliar os interesses nela existentes em torno de um *ethos* comum que determine a conduta política do cidadão.

No segundo modelo, a prioridade dada às liberdades negativas cria dificuldades para que se derivem daí proposições de justiça, ante a impossibilidade de que tais questões sejam derivadas de interesses da maioria, notadamente quando as sociedades modernas caracterizam-se pela existência de diversas minorias culturais, éticas, religiosas etc.

Ressalte-se que o ponto de reflexão aqui sugerido não se refere, ainda, à questão do regime político ideal à constituição do ordenamento jurídico também ideal. Quer-se, inicialmente, chamar atenção para os problemas que estas teorias políticas colocam para a temática dos direitos humanos, pois que os mesmos foram reproduzidos em outras elaborações teóricas.

2.2. A Democracia como forma de governo adequada: o Estado Democrático de Direito.

Independente da forma de exercício do poder político adotada pela sociedade em sua fundação, se absolutista, se democrática, a concepção sobre a função destinada ao Estado, e sobre o tipo de ordenamento jurídico que daí decorrente, se auto-limitado ou limitado por direitos prévios, já apresenta por si dificuldades para que os modelos teóricos aqui referidos continuem a ser reelaborados em novas proposições que se pretendam adequadas à realização dos direitos humanos.

Não obstante, é necessário, mesmo que de forma breve, ressaltar que as dificuldades aumentam se a proposição teórica prescindir do processo democrático como forma de organização política, pois que, apenas a democracia possibilita os procedimentos de formação da vontade política que, potencialmente, são capazes de garantir a inclusão das reivindicações legítimas dos diversos segmentos, setores e grupos que compõem a sociedade contemporânea.

Uma condição inicial de igualdade entre todos os cidadãos que deliberem por uma forma de organização política democrática só pode ser mantida por um ordenamento jurídico que contenha a previsão dos procedimentos necessários à reprodução do sistema sem que ocorram

desvirtuamentos. Por isso, a forma política ideal ao reconhecimento dos direitos humanos é o Estado Democrático de Direito.

2.3. As contribuições de Kant para o tema dos Direitos Humanos.

Em busca da superação das dificuldades inicialmente apontadas nos modelos de ordenamento jurídico quando transportadas para as teorias democráticas, é possível encontrar na filosofia de Kant a fundamentação de um conteúdo indisponível dos direitos humanos. Esta fundamentação, quando elaborada em termos de uma teoria política, elimina, por exemplo, a possibilidade de decisões da maioria que suprimam direitos fundamentais de minorias. O conceito Kantiano de autonomia, a idéia de que a deliberação sobre regras e princípios deva partir do ponto de vista de uma moral racional, assim como o conceito de dignidade da pessoa humana, são significativos neste sentido¹³.

Para Kant, o indivíduo só possui autonomia se puder se conduzir segundo leis que, racionalmente, ele próprio estabeleceu. O contrário significaria a heteronomia. O ponto de vista moral reside no sentido do dever-ser dessas leis e na obediência a elas, mesmo que o seu conteúdo contrarie os interesses em questão, pois que, o sentido moral condiciona a vontade e determina a conduta do sujeito. Esse ponto de vista moral está contido na primeira formulação do imperativo categórico Kantiano: *devo proceder de maneira que eu possa querer que a minha máxima se torne uma lei universal*¹⁴.

Aqui, as formulações de Kant têm como objeto as leis morais, as normas de fundo moral que determinam a conduta do sujeito e que são reconhecidas pela racionalidade, possibilitando a autonomia ou a heteronomia da vontade. Mas, a partir do § 43 de sua Doutrina do Direito, Kant estende para o domínio das leis positivas tais formulações. Entende que leis justas só são possíveis como resultado da autolegislação de cidadãos livres e iguais, que, nesta condição, deliberem conjuntamente sobre seu código jurídico, de onde derivam os atributos inseparáveis da essência do cidadão – liberdade legal, igualdade civil e independência civil.¹⁵

¹³ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Edições 70, 1995.

¹⁴ Idem, *ibidem*, p.33. Kant ainda elabora este imperativo da seguinte forma: *age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal*, ou ainda: *age como se a máxima da tua acção se devesse tornar, pela tua vontade, em lei universal da natureza* – p.59.

¹⁵ *...quando alguém realiza disposições tocantes a outra pessoa, é sempre possível que cause injustiça a esta; entretanto, jamais é capaz de produzir injustiça em suas decisões concernentes a si mesmo. Portanto, somente a*

Portanto, o conceito de autonomia moral, se reelaborado para uma teoria política, fornece os parâmetros para a proposição de um modelo de deliberação política em que a autonomia da vontade do sujeito fundamenta a autonomia política do cidadão. Kant não elabora uma teoria política minuciosa, mas, do que já foi referido de sua obra, é possível entender que, na esfera da formação da vontade política, a conduta moral determina a formação de uma única vontade racional pelo sujeito coletivo que é uno, assim como a razão é uma só.

Quanto ao conceito de dignidade da pessoa humana, o mesmo está contido na segunda formulação do imperativo categórico de Kant: *Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio*¹⁶. A vinculação entre os conceitos de autonomia e de dignidade da pessoa humana, assim como a garantia de que o caráter deontológico se estenda apenas às leis derivadas da autonomia do sujeito, está contida na terceira formulação do imperativo categórico, que corresponde à idéia de que a vontade de todo ser racional deve ser concebida como vontade legisladora universal.

As proposições de Kant, quando consideradas como fundamentos de teoria política, resolvem em parte as dificuldades anteriormente apontadas nas teorias sobre o ordenamento jurídico porque sugerem o uso da razão na determinação da autonomia política do sujeito, de onde é possível propor um ordenamento deliberado entre sujeitos autônomos, livres e iguais, e, por isso, deliberado por todos aqueles que porventura sejam atingidos pelas determinações contidas nas normas, a partir do que pode ser identificado como as máximas universalizáveis no corpo coletivo de cidadãos.

vontade concorrente e unida de todos, na medida em que cada um decide o mesmo para todos e para cada um, e assim somente a vontade geral unida do povo pode legislar. (...) Do ponto de vista dos direitos, os atributos de um cidadão, inseparáveis de sua essência (como cidadão), são: liberdade legal, o atributo de obedecer unicamente à lei à qual deu seu assentimento, igualdade civil, o atributo que lhe permite não reconhecer entre os membros do povo ninguém que lhe seja superior dotado da faculdade moral de obrigá-lo juridicamente de um modo que o impossibilite, por sua vez, de obrigar o outro e, em terceiro lugar, o atributo da independência civil, graças ao qual deve sua existência e preservação aos seus próprios direitos e poderes como membro da coisa pública (república) e não ao arbítrio de um outro indivíduo componente do povo. IN: KANT, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes*. São Paulo: EDIPRO, 2003, p. 156.

¹⁶ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Edições 70, 1995, p.69.

São evitados com isso, não só os perigos dos regimes totalitários, como o beneficiamento jurídico de apenas parcela da sociedade. O conceito de dignidade da pessoa humana, por ser formal e universal, recepciona as reivindicações legítimas de cada contexto sócio- cultural, onde questões específicas e locais podem ser deliberadas e submetidas à proteção jurídica a partir do assentimento de todos os envolvidos.

Normas assim deliberadas, como já observado, possuem um caráter deontológico, pois que, deliberadas a partir do ponto de vista moral da obrigatoriedade de sua observação. O próprio sentido da moralidade, dessa maneira, está condicionado à observação da autonomia política do sujeito enquanto legislador político. Normas deliberadas de outra forma implicam em heteronomia política e em ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana.¹⁷

Assim, a partir de tais proposições, é possível conceber um ordenamento jurídico que, na sua gênese, esteja vinculado à contemplação de direitos indissociáveis do cidadão, e que supõe o reconhecimento de todos às regras e princípios positivados e à obrigatoriedade da sua observação. Não obstante, restam da elaboração Kantiana algumas dificuldades a superar. A primeira delas corresponde à concepção de uma razão única deliberada por um corpo coletivo que compõe uma única vontade política. A outra corresponde à fundamentação metafísica do dever moral.¹⁸

Restaria, portanto, não a comprovação empírica, mas o reconhecimento da existência do dever moral, reconhecimento este que só é possível em decorrência do uso da razão, e que por isso ocorre no foro íntimo do sujeito. É esta natureza racional, que para Kant existe como fim em si, que fundamenta o sentido do dever-ser enquanto sentido moral, como o princípio objetivo das ações humanas, assim como fundamenta o princípio da dignidade humana como princípio subjetivo de conduta.¹⁹Neste sentido, a conduta política racional é descoberta pela associação

¹⁷ Segundo Kant: *Autonomia é, pois, o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda natureza racional.* Idem, *ibidem*, p.79.

¹⁸Para Kant *teremos, pois, que buscar totalmente a priori a possibilidade de um imperativo categórico, uma vez que aqui nos não assiste a vantagem de a sua realidade nos ser dada na experiência, de modo que não seria precisa a possibilidade para o estabelecermos, mas somente para o explicarmos* Idem, *ibidem*, p.57.

¹⁹*Se, pois, deve haver um princípio prático supremo e um imperativo categórico no que respeita à vontade humana, então tem de ser tal que, da representação daquilo que é necessariamente um fim para toda a gente, porque é fim em si mesmo, faça um princípio objectivo da vontade, que possa por conseguinte servir de lei prática universal. O fundamento desse princípio é: A natureza racional existe como fim em si. É assim que o homem se representa necessariamente a sua própria existência; e, neste sentido, este princípio é um princípio subjetivo das ações*

coletiva de livres e iguais, pois que, o objeto cognoscente é apreendido por uma só razão. A associação dos cidadãos em torno do objetivo comum desvendaria a racionalidade determinante da conduta política. No cerne da questão está o conceito de vontade coletiva herdado de Rousseau e que cria, para a complexidade das sociedades contemporâneas, a dificuldade de se conceber um consenso surgido espontaneamente – em Rousseau, do *ethos* comum, em Kant, da razão.

2.4. A Guinada Lingüística e o Modelo Normativo de Democracia Deliberativa.

As dificuldades acima apontadas serão superadas pela proposição teórica de Habermas. A partir dos conceitos Kantianos de moral e autonomia e após realizar a guinada lingüística, Habermas deslocou o fundamento destes conceitos para a deliberação discursiva entre os sujeitos.²⁰ Portanto, no que se refere à questão epistemológica, as elaborações filosóficas de Habermas, fundamentadas em uma racionalidade comunicativa intersubjetiva, superam satisfatoriamente as aporias da filosofia da consciência.²¹

Também na teoria política a teoria do discurso representou a cisão com a filosofia da consciência.²² Como aponta Habermas, não é mais possível conceber uma razão apriorística como

humanas. Mas é também assim que qualquer outro ser racional se representa a sua existência, em virtude exactamente do mesmo princípio racional que é válido também para mim; é portanto simultaneamente um princípio objectivo, do qual como princípio prático supremo se têm de poder derivar todas as leis da vontade. Idem, ibidem, p. 69.

²⁰ HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la Accion Comunicativa*. T. I e II. 4ª edición. Buenos Aires, Taurus, 2003.

²¹ Segundo o próprio Habermas: *Por “racionalidade” entendemos, antes de tudo, a disposição dos sujeitos capazes de falar e de agir para adquirir e aplicar um saber falível. Enquanto os conceitos básicos da filosofia da consciência obrigarem a compreender o saber exclusivamente como um saber sobre algo do mundo objetivo, a racionalidade é medida pela maneira como o sujeito solitário se orienta pelos conteúdos de suas representações e de seus enunciados. A razão centrada no sujeito encontra sua medida nos critérios de verdade e êxito, que regulam as relações do sujeito que conhece e age segundo fins com o mundo de objetos ou estado de coisas possíveis. Em contrapartida, assim que concebemos o saber como algo mediado pela comunicação, a racionalidade encontra sua medida na capacidade de os participantes responsáveis da orientação orientarem-se pelas pretensões de validade que estão assentadas no reconhecimento intersubjetivo. A razão comunicativa encontra seus critérios nos procedimentos argumentativos de desempenho diretos ou indiretos das pretensões de verdade proposicional, justeza normativa, veracidade subjetiva e adequação estética.* HABERMAS, Jürgen. *O Discurso Filosófico da Modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.437.

²² *A teoria do discurso como um todo descarta certas premissas da filosofia da consciência. Essas premissas convidam-nos a atribuir a práxis da autodeterminação cívica a um macrossujeito que tudo abarca, ou nos fazem aplicar a regra da lei a muitos sujeitos privados isolados. No primeiro caso, o conjunto dos cidadãos é visto como um ator coletivo que reflete a totalidade e age em seu nome; no segundo, os atores individuais atuam como variáveis dependentes em processos sistemáticos que se desenrolam aleatoriamente. A teoria do discurso, ao contrário, opera com a intersubjetividade de mais alto nível dos processos de comunicação que passam tanto pelos corpos parlamentares como pelas redes informais da esfera pública. Dentro e fora do complexo parlamentar, essas formas de comunicação sem sujeito constituem arenas em que pode ocorrer uma formação mais ou menos racional*

fundamento da conduta política do corpo coletivo, ou mesmo de cidadãos que, individualmente, se colocam a regra individual da observação das leis a que assentiram, assim como se obrigam a reconhecer como vontade apenas aquilo que, em seu foro íntimo, reconhecem como o querer de todos. Para a Teoria da Ação Comunicativa, a formação racional da vontade política decorre do uso da linguagem com vistas ao entendimento obrigatório entre aqueles que se associam. É esse entendimento, mediado pela linguagem, que produz o reconhecimento do que é bom para todos.

Habermas concebe o uso público da razão com vistas a que o sujeito delibere sobre princípios de justiça levando em consideração não apenas a sua vontade, mas aquilo que, pelo discurso, seja demonstrado que está contido também no querer de todos, aquilo que é igualmente bom para todos, mesmo que para isso tenha que contrariar seus próprios interesses, pois que, se for dado ao sujeito deliberar apenas para a satisfação de seus interesses, no momento em que esta possibilidade for universalizada, a todos será dado deliberar de forma igual, tornando impossível o consenso em torno de normas às quais todos devem obedecer.²³

Portanto, a extensão da guinada lingüística à teoria política possibilitou a Habermas conceber uma teoria do Estado que preenche os requisitos de promover a adequada compreensão e proteção dos direitos humanos na forma complexa como se apresentam em sociedades contemporâneas, a partir de um modelo de democracia onde as deliberações da sociedade, dentre elas os princípios que compõem o ordenamento jurídico, surgem do consenso resultante da ação comunicativa entre os sujeitos envolvidos, voltada para este fim, a partir do ponto de vista moral²⁴. O ordenamento jurídico surgiria, assim, do consenso sobre os princípios de justiça que todos os atingidos por seu conteúdo, racionalmente e discursivamente, pudessem assentir, o que preserva a autonomia política dos sujeitos na formação da vontade política.

É possível reconhecer, portanto, na teoria política de Habermas, a coesão interna entre formação da vontade política e Direito, pois que, para este autor, a legitimidade do ordenamento

da vontade e da opinião. HABERMAS, Jürgen. *Três Modelos Normativos de Democracia*. Cadernos da Escola do Legislativo, Belo Horizonte, 3(3); 105-122, jan./jun. 1995.

²³ John Rawls procedeu a uma reelaboração do conceito Kantiano de autonomia, concebendo a autonomia política como a obediência às leis a que todos pudessem assentir racionalmente, o que conformaria o uso público da razão. IN: *Liberalismo Político*. São Paulo: Ática, 2000.

²⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. Entre facticidade e validade. T. I e II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

jurídico reside, primeiramente, na condição de que os destinatários das normas jurídicas também se reconheçam como seus autores, fenômeno que ocorre na esfera de deliberação política. Em um segundo momento, quando as normas já se encontram firmadas, a legitimidade decorre da vinculação destas a preceitos morais deontológicos, e, assim, universais, obrigatórios em todas as especificidades contextuais e valorativas.

A inter-relação entre direito e formação da vontade política, neste sentido, confere ao direito a função de *medium* de integração da sociedade, pois contempla e distribui igualmente os direitos subjetivos de cada um, tem caráter coercitivo e acomoda as expectativas de comportamento social a partir do reconhecimento da sua legitimidade. Essa concepção integradora é essencial no quadro de diversidade das sociedades contemporâneas. Além do quê, a ênfase colocada na legitimidade do direito, enquanto deliberação válida, como o fundamento da acomodação das expectativas sociais, afasta qualquer possibilidade de sobrevalorização do formalismo jurídico com vistas à pacificação social e reprodução do *status quo*, como no positivismo jurídico e no funcionalismo.

Ao se colocar e responder a seguinte questão: *de onde afinal é que as normas jurídicas obtêm sua legitimidade, quer regulem comportamentos, quer criem competências, quer fixem procedimentos (da legislação, da justiça, da administração – e da vinculação dos poderes um ao outro)?*²⁵, Habermas resume sua teoria procedimentalista sobre a gênese do ordenamento jurídico ideal para as condições contemporâneas.

²⁵ *No início de minha reconstrução do sentido de uma ordem jurídica legítima situa-se a decisão de um grupo (aleatório) de pessoas que a partir de então querem regular seu convívio com recursos do direito positivo, e que dão início, portanto, a uma práxis em comum, com a qual possam levar a cabo essa intenção. O sentido performativo dessa práxis geradora de constituições consiste em assim revelar e decidir em comum quais são os direitos que (sob a premissa já mencionada) cabe aos envolvidos reconhecer de maneira recíproca. Portanto, preceituam-se duas coisas à práxis geradora de constituições: o direito positivo como médium de regulamentações vinculativas, bem como o princípio discursivo como instrução para os aconselhamentos ou decisões racionais. Uma combinação e imbricamento desses dois elementos formais tem de bastar para a instauração de processos de criação e aplicação do direito legítimo. Pois sob as condições do pensamento pós-metafísico não se pode contar com um consenso que continue a avançar e seja conteudístico, neste sentido. A restrição a pressupostos formais, nesse sentido, é como que talhada para as condições especificamente modernas de um pluralismo de visões de mundo, formas culturais de vida, posições de interesse etc.*HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro*. Estudos de teoria política. 2ª edição. São Paulo: Loyola, 2004, 338-339.

Desenvolve seu ponto de partida da idéia já presente em Rousseau e Kant de autolegislação de jurisconsortes livres e iguais, associados voluntariamente²⁶, e entende como decorrência da aplicação de seu procedimento o surgimento do sistema dos direitos e princípios que conformam o Estado Democrático de Direito. Neste sentido, o ordenamento jurídico ideal à proteção dos direitos humanos em condições de modernidade só pode surgir de um procedimento democrático, inclusivo e imparcial em sua origem.²⁷

Não obstante, a proposta teórica de procedimento deliberativo, muito embora também parta de um fundamento democrático, não se confunde com os modelos teóricos das democracias republicana e liberal. Ao contrário, representa a superação dos problemas apresentados por estes paradigmas, pois que, resolve as dificuldades dos dois modelos.²⁸ A democracia deliberativa promove uma relação de interdependência entre as liberdades negativas e as positivas, entre a autonomia privada e a autonomia pública do cidadão, pois que, não há como estabelecer os direitos políticos do cidadão, sem que lhes seja garantidos seus direitos subjetivos, assim como não há maneira de exercer as liberdades individuais, ou negativas, sem que esta condição seja assegurada pelo exercício regular dos direitos políticos, ou da autonomia pública.

²⁶ Idem, Ibidem, p.339.

²⁷ A especificação metodológica do procedimento democrático deliberativo de Habermas é resumida pelo próprio autor da seguinte forma: *trata-se de procedimentos sociais decisórios, que vinculam a tomada de decisão ao resultado de aconselhamentos, à medida que acoplam discursos a procedimentos deliberativos. Os processos de formação da opinião e da vontade estão institucionalizados em seu todo, bem como em sua estrutura e decurso. Nesse complexo entrecruzam-se três tipos de procedimento. O cerne é constituído por discursos nos quais os argumentos são intercambiados a fim de responder a questões empíricas e práticas, ou seja, a fim de resolver problemas. Esses processos argumentativos obedecem a procedimentos puramente cognitivos. Os convencimentos almejados de maneira argumentativa formam assim o fundamento de decisões que por sua vez estão reguladas por procedimentos deliberativos (via de regra a resolução de maioria). E os dois processos, aconselhamento e deliberação, são finalmente institucionalizados por procedimentos do direito. Os procedimentos jurídicos regulam, entre outras coisas, a composição de corporações (via de regra mediante eleição ou delegação), a distribuição de papéis entre os participantes (p. ex. em procedimentos judiciais), a especificação dos conteúdos (temas e contribuições admissíveis), os passos da análise (p. ex. de questões de fato e de direito), os fundamentos da informação (trabalhos periciais, métodos de investigação etc.), bem como a pontuação dos transcursos de tempo (leituras reiteradas, prazos de decisão etc.). Em suma, os procedimentos do direito devem cuidar de que ocorra a instituição vinculativa de processos de aconselhamento discursivos e de processos decisórios justos e honestos.* Idem, ibidem, p.340-341.

²⁸ *The republican tradition, which goes back to Aristotle and the political humanism of the Renaissance, has always given the public autonomy of citizens priority over the prepolitical liberties of private persons. Liberalism, on the other hand, has always invoked the danger of tyrannical majorities and postulated the priority of the rule of law, as guaranteed by negative freedoms. Human rights were supposed to provide legitimate barriers that prevented the sovereign will of the people from encroaching on inviolable spheres of individual freedom. But both views are one-sided. The rule of law, expressed in the idea of human rights, must neither be merely imposed on the sovereign legislator as an external barrier, nor be instrumentalized as a functional requisite for the democratic process. In order to articulate this intuition properly, it helps to view the democratic process from the standpoint of discourse theory.* HABERMAS, Jürgen. *Introduction*. Ratio Juris. Vol. 12 No. 4 December 1999, p.329.

Não há independência entre as duas esferas, que são deliberadas através da intersubjetividade comunicativa e do discurso válido. Incorporando à ação comunicativa voltada para a deliberação política a premissa democrática da autolegislação de jurisconsortes livres e iguais, associados voluntariamente, o procedimento deliberativo de Habermas afasta a necessidade de um comportamento cívico voltado para o bem comum, por parte do cidadão, assim como afasta o perigo do estabelecimento de um ordenamento jurídico voltado à satisfação dos interesses da maioria.

E isso só é possível porque a democracia deliberativa, como demonstrado, garante a inclusão das reivindicações legítimas das minorias, o que transforma o modelo teórico de Estado Democrático de Direito de Habermas, no modelo ideal para a proteção dos direitos humanos nas sociedades modernas. Esse modelo ideal de Estado supera as características apontadas para efeitos de classificação dos ordenamentos jurídicos surgidos das teorias contratualistas em auto-limitados ou limitados por fatores externos, porque incorpora essas características, após resolver suas aporias. O Ordenamento jurídico ideal, portanto, nem é só auto-limitado por conceber o direito como fruto da deliberação dos cidadãos, nem é só limitado por fatores externos, por conceber um conteúdo indisponível de direitos. É o ordenamento jurídico racionalmente deliberado, que contém, em sua gênese, não só os direitos que representam a autonomia pública (comunicação e participação), como os que representam a autonomia privada do sujeito (liberdade e igualdade), pois que, são os direitos necessários à validade e legitimidade do próprio procedimento, que pressupõe a deliberação discursiva entre sujeitos autônomos, livres e iguais.

3. CONCLUSÃO

Visto que a gênese do ordenamento jurídico se encontra definitivamente vinculada à conformação política da sociedade, esta se apresenta como uma questão prévia a qualquer Teoria do Direito. Neste sentido, conclui-se que, quanto maior o grau de diversidade de uma sociedade, maior a necessidade do processo democrático como garantia de realização dos Direitos Humanos. Não é mais possível confiar na pré-disposição subjetiva de um governante para questões de justiça. O que se coloca então é a disputa sobre a concepção do processo democrático.

A mesma diversidade social que impõe a democracia nos aponta que não é mais possível concebê-la como dependente da conduta cívica de cidadãos motivados por um *ethos* característico de comunidades pré-modernas, em que os sujeitos se reconhecem pessoalmente e, por isso, estabelecem entre si um vínculo de solidariedade. Da mesma forma, também não é mais possível conceber direitos como conteúdos prévios a qualquer deliberação, onde apenas os direitos subjetivos são concebidos como indisponíveis.

A democracia deliberativa, neste sentido, preenche todas as reivindicações para uma proposição teórica que alie os momentos político e jurídico da fundação do Estado Democrático de Direito. As questões sobre princípios de justiça são deliberadas a partir do consenso decorrente da intersubjetividade comunicativa entre sujeitos autônomos, livres e iguais, em um ponto de vista deontológico. Nesta proposição, todas as demandas legítimas são deliberadas e racionalmente acolhidas, o que garante a inclusão da reivindicação dos diversos segmentos sociais, no ordenamento jurídico ideal.

BIBLIOGRAFIA

BERLIN, Isaiah. **Quatro Ensaio Sobre a Liberdade**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

_____. **Giusnaturalismo e Positivismo Giuridico**. Milão: Di Comunità, 1972.

_____, BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna**. 3ª edição. São Paulo: Brasiliense, 1991.

CONSTANT, Benjamin. **Da Liberdade dos Antigos Comparada à dos Modernos**. IN: Filosofia Política 2. Porto Alegre: L&PM Editores, 1985.

HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro**. Estudos de teoria política. 2ª edição. São Paulo: Loyola, 2004.

_____. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. T. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. T. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **Introduction**. IN: Ratio Juris. Vol. 12, n. 4, Dez., 1999.

_____. **O Discurso Filosófico da Modernidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Teoria de la Accion Comunicativa**. T. I. 4ª edição. Buenos Aires, Taurus, 2003.

_____. **Teoria de la Accion Comunicativa**. T II. 4ª edição. Buenos Aires, Taurus, 2003.

_____. **Três Modelos Normativos de Democracia.** Cadernos da Escola do Legislativo, Belo Horizonte, 3(3); 105-122, jan./jun. 1995.

HOBBS, Thomas. **Leviatã.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes.** Lisboa: Edições 70, 1995.

_____. **A Metafísica dos Costumes.** São Paulo: EDIPRO, 2003.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito.** T I. Ed. Tempo Brasileiro: Rio de Janeiro, 1983.

_____. **Sociologia do Direito.** T II. Ed. Tempo Brasileiro: Rio de Janeiro, 1983.

MICHELMAN, Frank. **Conceptions of Democracy in American Constitutional Argument: Voting Rights.** Florida Law Review, 41, 1989, p. 44.

RAWLS, John. **Liberalismo Político.** São Paulo: Ática, 2000.

ROUSSEAU, Jean J. **O Contrato Social.** 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.