

**Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP**  
**V Curso de Formação em Teoria Geral do Direito Público**

**Kathleen Nicola Kilian**

**Democracia e Constituição: povo, participação  
e inclusão**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do Certificado de Conclusão do V Curso de Formação em Teoria Geral do Direito Público do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

**Brasília/DF**

**2008**

**Aluna Kathleen Nicola Kilian, graduanda em Direito pela Universidade de Brasília - UnB.**

**Monografia de conclusão do V Curso de Formação em Teoria Geral do Direito Público, realizado no Instituto Brasiliense de Direito Público- IDP no 2º semestre de 2007.**

**Título: Democracia e Constituição: povo, participação e inclusão.**

**Brasília/DF, julho de 2008.**

## **Resumo:**

No presente trabalho procura-se confrontar opiniões acerca da possibilidade de formação de uma sociedade efetivamente democrática, em conformidade com o Direito e os preceitos constitucionais. A pesquisa tem como pano de fundo a reflexão acerca das indagações: i) como surgiu a idéia de democracia?; ii) como é a democracia hoje, ela pode ser alcançada?; iii) quem é o povo?; iv) como aumentar as possibilidades de inclusão?; v) como a exclusão se reflete no campo da produção de saberes?; vi) podemos fazer uma abordagem plural das epistemologias? vii) quais as conseqüências teóricas e práticas da exclusão de parte da sociedade quanto ao ideal democrático?; viii) como podemos conciliar a dimensão pública e privada da sociedade?; ix) afinal, o que podemos entender por democracia hoje? O que se sugere é que o ideal de democracia nunca poderá estar dissociado da idéia de inclusão e participação, bem como do debate entre os princípios da igualdade e da liberdade, sob pena de se recair em estruturas totalitárias, incentivadoras da superfluidade humana, com a conseqüente desconsideração da individualidade, contribuindo para a exclusão de pessoas e de conhecimentos.

## **Palavras-Chave:**

*Democracia, Participação, Inclusão, Constituição, Igualdade, Liberdade, Fluxo Comunicativo, Discurso, Povo, Estado de Direito, Estado Social, Estado Democrático de Direito, Epistemologia, Ciências Sociais, Totalitarismo, Espaço Público, Espaço Privado.*

**Abstract:**

The present essay has the effort of confront opinions about the possibility of construct one effective democratic society, on conformity with the Law and constitutional rules. This research has as background the reflection about the following questions: i) the source of democracy idea? ii) how is democracy nowadays, can it be reached? iii) Who is the people? iv) How to increment inclusion possibilities? V) How exclusion reflects on the field of knowledge production? Vi) Can we do one plural approach of epistemologies? Vii) Which are the theoretical and practical consequences of exclude part of society of democracy experience? Viii) How to reconcile public and private dimensions? Ix) After all, what can we understand by democracy nowadays?. What we suggest is that democracy idea will never be dissociated of the exclusion and participation ideas, as well as the discussion between the principles of liberty and equality. Otherwise, we will be convicted to totalitarian structures, encouraging inconsiderateness of individuality and disrespect to human being, what contributes for exclusion of people and knowledges.

**Keywords:**

*Democracy, Participation, Inclusion, Constitution, Equality, Liberty, Communicative Flow, Discourse, People, State of Law, Social State, Democratic State, Epistemology, Social Sciences, Totalitarianism, Public Space, Private Space.*

## Sumário

Sumário.....	5
Introdução.....	6
I- A evolução dos paradigmas constitucionais e o surgimento da expressão “democracia”.....	9
<i>Retrospectiva: o Estado de Direito, o Estado Social e o Estado Democrático de Direito.</i>	
<i>A perspectiva de Jürgen Habermas: a inclusão do outro</i>	
II- A democracia em termos atuais e a idéia de povo .....	19
<i>O povo e sua legitimação: possibilidades teóricas</i>	
<i>A racionalidade comunicativa e a formação da democracia</i>	
<i>Os paradoxos da democracia: algumas reflexões</i>	
<i>Uma nova visão para a construção da ciência nas democracias modernas: a inclusão de novos saberes</i>	
<i>Proposta de equi-primordialidade da dimensão pública e privada</i>	
<i>Afinal, o que podemos entender por democracia hoje?</i>	
Considerações finais .....	63
Referências Bibliográficas.....	67

## Introdução

1. Este trabalho surge como resultado dos estudos advindos de indagações resultantes das aulas ministradas no V Curso de Formação de Teoria Geral do Direito Público. O objetivo é expor e confrontar opiniões acerca da possibilidade de formação de uma sociedade efetivamente democrática, em conformidade com o Direito e os preceitos constitucionais. A pesquisa tem como pano de fundo a reflexão acerca das indagações: i) como surgiu a idéia de democracia?; ii) como é a democracia hoje, ela pode ser alcançada?; iii) quem é o povo?; iv) como aumentar as possibilidades de inclusão?; v) como a exclusão se reflete no campo da produção de saberes?; vi) podemos fazer uma abordagem plural das epistemologias? vii) quais as conseqüências teóricas e práticas da exclusão de parte da sociedade quanto ao ideal democrático?; viii) como podemos conciliar a dimensão pública e privada da sociedade?; ix) afinal, o que podemos entender por democracia hoje?

2. A partir destes questionamentos, procura-se enfatizar que a sociedade que se distancia da idéia de inclusão do outro - no campo da cidadania, da participação e da produção de saberes - acaba por se aproximar de estruturas totalitárias, as quais contribuem para mitigação da singularidade humana e se afastam profundamente do ideal de democracia. Além disso, destoam de direitos fundamentais concretizados na Constituição, como a igualdade e a liberdade. Desta feita, uma das tarefas aqui propostas é a de fazer uma releitura destes princípios, apontando possibilidades de inclusão e de aproximação com o que se busca que seja a democracia: como inclusão e participação.

3. O Capítulo I procura estruturar, a partir da concepção de Paradigma de Thomas Kuhn, uma perspectiva histórica e crítica acerca da transformação dos modelos constitucionais, partindo do Estado de Direito, passando pelo Estado Social e chegando ao Estado Democrático de Direito. Este será o primeiro subtítulo: *Retrospectiva: o Estado de Direito, o Estado Social e o Estado Democrático de Direito*. Utiliza-se, em uma última parte, reflexões de Giancarlo Corsi. No próximo subtítulo, *A perspectiva de Jürgen Habermas: a inclusão do outro*, procura-se salientar o debate principiológico que envolve a discussão concernente a discussão sobre democracia.

4. O Capítulo II tem como objetivo questionar a real significação de palavras como *Democracia* e *Povo* na sociedade atual. No subtítulo *O povo e sua legitimação: possibilidades teóricas*, parte-se da metodologia de embate entre autores, como Friedrich Müller e Michel Rosenfeld, em uma formulação crítica, visando reflexões com profunda fundamentação teórica que abarcam temática imprescindível para o entendimento da correlação entre Direito, Democracia e Constituição. É o que se verifica, por exemplo, no debate que será iniciado no primeiro capítulo, e que será neste melhor detalhado, entre *igualdade* e *liberdade*.

5. Em um segundo momento neste Capítulo, em *A racionalidade comunicativa e a formação da democracia*, busca-se delinear os fundamentos da teoria do discurso de Habermas, enfatizando os reflexos de um fluxo comunicativo na formação de uma sociedade que se diz democrática. No posterior subtítulo, *Os paradoxos da democracia: algumas reflexões*, destaca-se o paradoxo constitutivo da democracia moderna, com ênfase na perspectiva de Chantal Mouffe e Carl Schmitt.

6. Em seguida, à luz de ensinamentos de Boaventura de Sousa Santos e Karl Popper, formula-se o subtítulo *Uma nova visão para a construção da ciência nas democracias modernas: a inclusão de novos saberes*, enfatizando que uma das dimensões que devem ser abarcadas pelo ideal democrático de inclusão é o das produções científicas. Mostra-se um novo campo de possibilidades epistemológicas, na qual se inclui as subjetividades e se enfatiza a busca pela emancipação social. Nesta parte, expõe-se também algumas idéias de Luis Alberto Warat acerca da ciência, tendo em vista ressaltar que a ciência pode e é, freqüentemente, utilizada como instrumento de dominação.

7. Já no que se refere ao subtítulo *Proposta de equi-primordialidade da dimensão pública e privada*, propõe-se uma discussão acerca das ligações entre essas esferas, lembrando, a partir da perspectiva de Celso Lafer e Hannah Arendt, o totalitarismo alemão, como forma de reavivar que um Estado que se pretenda democrático não poderá soterrar a individualidade ou contribuir para a exclusão. Por fim, aponta-se possibilidades de conciliação entre as dimensões.

8. No último subtítulo, *Afinal, o que podemos entender por democracia hoje?*, procura-se corroborar a necessária releitura de princípio da igualdade e da

liberdade com a retomada de um espaço público de participação e de inclusão, pressupostos para o ideal de democracia que será enfatizado neste trabalho.

## **I- A evolução dos paradigmas constitucionais e o surgimento da expressão “democracia”**

### *Retrospectiva: o Estado de Direito, o Estado Social e o Estado Democrático de Direito*

9. Em uma perspectiva histórica, visando alcançar a noção de indivíduo no Estado Democrático de Direito, vale se utilizar o conceito de paradigma proposto por Thomas Kuhn – conceito que se vincula às diferentes formas com que vemos o mundo. Para Kuhn, o paradigma é visto como uma série de suposições, métodos e problemas típicos que acabam determinando em uma comunidade científica quais são as questões importantes e, deste modo, suscitam qual possivelmente seria a melhor maneira de respondê-las. Vale ressaltar que os paradigmas acabam por sofrer mudanças quando modelos antigos são convincentemente desafiados por novas evidências.

10. Pode-se sugerir, por enfoque distinto do mencionado – ainda que de acordo com a conceituação de Kuhn - que os paradigmas são as práticas sociais que seguimos sem que nos apercebamos que elas nos conduzem a determinadas concepções ou nos cegam em relação a outras, como se fossem óculos que emolduram nossa visão sobre a realidade.

11. Importa observar, em uma perspectiva de ênfase na Constituição, o processo hermenêutico realizado pelas atividades jurisdicionais no paradigma do Estado Democrático de Direito. Menelick de Carvalho Netto tece considerações acerca dos paradigmas constitucionais da Modernidade: Estado de Direito, Estado do Bem-Estar Social e Estado Democrático de Direito.

12. Em momento anterior ao Estado de Direito, ressalta, o direito se apresentava como um ordenamento sucessivo “consagrador dos privilégios de cada casta e facção de casta, reciprocamente excludentes, de normas oriundas da barafunda legislativa imemorial, das tradições, dos usos e costumes, aplicadas casuisticamente como normas concretas e individuais, e não como único ordenamento jurídico, integrado por normas gerais e abstratas válidas para todos”( CARVALHO NETTO , 1998, p. 238)

13. No que se refere ao posterior período, de Direito Constitucional, costuma-se distinguir três modelos paradigmáticos: o do *Estado Liberal* ou de *Direito*, o do *Estado Social* e o do *Estado Democrático de Direito*. É no *Estado de Direito* que se consolidam os direitos de 1ª geração ou dimensão, que são, em suma, aqueles resultantes da estruturação do modo de produção capitalista, os quais simbolizam a expressão das lutas da burguesia revolucionária ao final do século XVIII, com base na filosofia iluminista e na tradição doutrinária liberal, que afirmam que os homens são iguais, livres e proprietários.

14. Em momento anterior a esse processo - que podemos cognominar de direito *pré-moderno* – como já observado, o direito se apresentava como consagrador dos privilégios de castas, sendo o seu ordenamento formado por normas concretas e individuais.

15. Em contraponto, com a ascensão do *Estado Liberal*, passa-se a valorizar o indivíduo como membro da sociedade - independente de sua condição social e origem - o que acaba por modificar a função do direito: agora ao direito caberia a consolidação de regras gerais e abstratas em seu ordenamento jurídico, de forma que estas fossem válidas universalmente para todos os membros da sociedade. Deste modo, o indivíduo passa a ser visto como igual perante a lei, superando a antiga concepção pré-moderna de privilégios de nascimento.

16. Contudo, pode-se constatar que o excessivo individualismo liberal, fundamentado em uma isonomia meramente formal e não em uma igualdade substancial, estruturada no paradigma do indivíduo como “aquele que possui patrimônio”, acaba por submeter a condição de *ser* a condição de *ter*, aqui podemos acrescentar, observação do autor italiano Pietro Perlingieri: no paradigma do Estado Liberal “quem possui é”. Soma-se a isso o fato de que, sendo o direito visto como conjunto de regras que delimitam o espaço de liberdade dos indivíduos, mas que, contudo, não resguarda os direitos do indivíduo sem bens, acaba-se por retirar o indivíduo desprovido de patrimônio da esfera de justiça, expondo este como disponível objeto de exploração. Supunha-se que a própria dinâmica da sociedade seria responsável pela distribuição de benefícios e oportunidades. Conforme salienta Menelick de Carvalho Netto:

É claro que sob esse primeiro paradigma constitucional, o do Estado de Direito, a questão da atividade hermenêutica do juiz só poderia ser vista como uma atividade mecânica, resultado de uma leitura direta dos textos

que deveriam ser claros e distintos, e a interpretação algo a ser evitado até mesmo pela consulta ao legislador na hipótese de dúvidas do juiz diante de textos obscuros e intrincados. Ao juiz é reservado o papel de bouche de la loi. (CARVALHO NETTO, 1998, p. 241)

17. A formação do posterior paradigma constitucional, que se consolidou no começo do século XX, o *Estado Social*, tem em vista que a retirada total do Estado do âmbito das relações privadas aliada a uma concepção de igualdade estruturada em um conceito formal não são suficientes, pois resultam na desenfreada opressão do homem pelo homem. Os direitos de 2ª geração – os sociais ou coletivos – passam então a ser inseridos nas relações da sociedade, além disso, redefine-se as garantias individuais. Sob esse prisma, não é suficiente a liberdade de agir conforme a lei, caberá ao Estado garantir uma igualdade substancial, que possibilite o reconhecimento das diferenças materiais dos pólos das relações, visando assim proteger o lado mais fraco.

18. O *Estado social* emergiria com o intuito de multiplicar as funções, competências e influências do Estado sobre a sociedade, permeando relações antes privadas, de forma que, nesse processo, o que se objetiva é conceder cidadania a uma massa de desvalidos, em meio à excessiva desigualdade propiciada pelo *Estado Liberal*. O privado, o estritamente individual, passa a ser visto aqui com mal olhos, visto que é diretamente associado ao egoísmo.

19. Contudo, o aparelho Estatal, que em tese tudo deveria resolver, sobrecarrega-se, incitando não apenas uma crise fiscal-administrativa, mas também uma crise de cidadania e democracia. Assim o Estado que, de início, deveria conceder cidadania, acaba por restringi-la ao voto, mitigando também qualquer possibilidade de espaço público desvinculado ao Estado. Aliado a essa perspectiva, verifica-se que o indivíduo no *Estado Social* acaba por perder a característica de sujeito singular e autônomo, passando a ser visto como inserido em uma massa. A característica mais intrínseca ao Estado de Bem-Estar Social que aqui se vincula a idéia de estatização do espaço público, é bem explicitada pelo autor:

(...) Todo direito é público, imposição de um Estado colocado acima da sociedade, uma sociedade amorfa, carente de acesso à saúde e à educação, massa pronta a ser moldada pelo Leviatã onisciente sobre o qual recai essa imensa tarefa. (CARVALHO NETTO, 1998, p. 242)

20. Afinal, como seria possível ao cidadão exercer sua cidadania, manifestar suas opiniões em um Estado em que o público se reduz ao estatal? Ademais, a atividade jurisdicional aqui será vista, conforme aponta o autor, de uma forma mais complexa, já que terá que “garantir as dinâmicas e amplas finalidades que recaem sobre os ombros do Estado.” Vale ressaltar que essa redução do público ao estatal suprime qualquer manifestação de participação cidadã, temática que será melhor enfatizada no próximo capítulo.

21. Em defesa da cidadania constantemente ferida, emerge o paradigma do *Estado Democrático de Direito*, no qual a esfera privada é revalorizada e se produz uma nova noção sobre o indivíduo. Ao Estado não cabe abarcar somente os direitos individuais e os coletivos, mas também o de acolher interesses difusos – exercidos não mais por pessoas determinadas, mas por uma coletividade indeterminada – oriundos, por exemplo, de movimentos sociais e de associações. As concepções de privado e público mostram-se como conceitos cada vez mais fluidos, o que interfere nas relações entre direito público e privado, que devem ser equilibradas de forma equiprimordial. Vale observar que, neste atual paradigma, assim como nos anteriores, há uma tentativa de reduzir o público ao estatal, contudo, isso já não é mais possível, tendo em vista, por exemplo, a ascensão de movimentos sociais e associações sindicais.

22. Uma das dificuldades e questões que se colocam na Modernidade, neste paradigma de *Estado Democrático de Direito*, é a retomada de um espaço público no qual seja ultrapassada a concepção de cidadania limitada ao Estado, como ocorria no âmbito do *Estado Social*. Vale acrescentar nessa discussão a concepção de Hannah Arendt sobre espaço público, tendo em vista que a autora considera o espaço público como o espaço aberto à imaginação inventiva que possibilita que o homem se torne capaz de criar eventos novos e sem precedentes.

23. Retomar o espaço público, segundo a filósofa, mostrar-se-ia como a possibilidade de afirmar a autonomia do julgar, do querer e do pensar em relação à cognição, de forma que assim se suscite a formação de juízos reflexivos – e não determinantes - ante a realidade, de forma que se enfatize a liberdade de ação. Na filosofia arendtiana, a falta de reflexão apresenta-se como espelho de uma realidade que considera os indivíduos, não como participantes, e sim como meros espectadores do mundo. Deste modo, para ela, é o senso comum que configura a nossa integração com a sociedade, que nos deixa à vontade com o mundo, de forma

que assim não se “para para pensar”, não se questiona e simplesmente se adere a normas estatuídas. Assim como iremos observar mais a frente, não basta o olhar, mas o *participar* na formulação de procedimentos, de acordo com uma perspectiva habermasiana, democrática.

24. Tendo essas considerações em vista, pode-se sugerir que a constituição nesse novo paradigma constitucional visa resguardar a inclusão das minorias, por meios de princípios – a liberdade e a igualdade - de forma que assim se possibilite a cidadania efetiva de indivíduos considerados em sua singularidade.

25. Vale acrescentar, em consonância com as disposições supramencionadas, que os princípios fundamentais, segundo Giancarlo Corsi em *Sociologia da Constituição*, se apresentam neste contexto de modo a não terem nenhuma consistência semântica: são vazios de conteúdo. Desta forma, propõe Corsi, a função destes direitos pode ser desenvolvida apenas e exatamente porque estes não especificam de nenhum modo a praticabilidade de seus preceitos. Assim, sugere que todo valor ou direito fundamental tem o sentido de abrir um espaço de contingência completamente indeterminado, no interior dos quais os aparatos organizacionais e seus procedimentos internos podem especificar determinadas formas. As normas ditas “fundamentais” não representariam imediatamente um instrumento decisório, visto que é mediante as constituições e o esvaziamento semântico de seus valores que o direito moderno neutraliza o passado, expondo-se, desta forma, à dependência de um futuro que é, exatamente como tal, imprevisível e ignorado.

26. Salaria Corsi que, se aceitarmos a idéia de que todo direito fundamental e todo valor têm sentido, apenas, porque deixam indeterminados os critérios de sua própria violação - mesmo que lícitas, produzidas por procedimentos, derrogações ou exceções-, podemos ver nestes um modo decisivamente particular de representar-se a indeterminação daquilo que, no sistema do direito, é possível. Em outros termos: mediante a sua constitucionalização, os direitos fundamentais tornam-se símbolos de futuras diferenças, são unidades que têm sentido apenas como diferenças ainda desconhecidas e sobre as quais se deverá, eventualmente, decidir.

## A perspectiva de Jürgen Habermas: a inclusão do outro

27. Em uma perspectiva de “inclusão do outro”, Jürgen Habermas procura resgatar pretensões de autodeterminação, autonomia e liberdade ao indivíduo da sociedade atual. Habermas observa que na sociedade moderna surge um descompasso entre, de um lado, as diferenças rapidamente crescentes que os cidadãos constataam em suas experiências cotidianas, e de outro lado, as exigências impostas a esses mesmos cidadãos por um sistema jurídico igualitário, o que envolveria a exigência de ignorar as diferenças que vem sido constatadas de maneira cada vez mais penetrante. Deste modo, o espectro de diferenças que precisam ser trabalhadas pelos indivíduos no plano de simples interações cresce na dimensão social, temporal e objetiva.

A intervalos sempre menores, em contatos sempre mais fugazes, precisamos nos entender com pessoas sempre mais estranhas (marcadas por origens sócio-culturais muito diversas) sobre problemas sempre mais numerosos e específicos (...) A individualização dos estilos de vida e sobretudo a composição eticamente heterogênea das sociedades multiculturais só fazem comprovar de maneira tanto mais drástica essas exigências de abstração, já que os estilos e formas de vida que colidem entre si são totalidades constitutivas de identidade, as quais recorrem a estruturas de personalidade em seu todo, e que portanto desencadeiam conflitos de valor existenciais. (HABERMAS, 2002, p. 309)

28. Em relação ao paradigma do *Estado Liberal*, Habermas observa um distanciamento e isolamento entre os indivíduos, visto que, quando se trata de concretizar cada um das respectivas concepções do que fosse bom, caberia a cada indivíduo adotar uma distância em relação ao outro, “de forma que ninguém precisasse enviesar-se pelos caminhos alheios e portanto ‘perturbar’ os demais” (HABERMAS, 2002, p. 310) Observa também que, nas sociedades multiculturais e altamente individualizadas, a tendência seria a de um encolhimento cada vez mais complexo dos recortes no espaço social e no tempo histórico que possam ser ocupados por indivíduos diversos e integrantes de subculturas diferentes.

29. Deste modo, propõe que a pessoa do direito como ser abstrato - conforme sugere a dogmática clássica do direito - precisa ser hoje substituída por uma concepção intersubjetiva, tendo em vista que a identidade do indivíduo encontrar-se-ia enredada com identidades coletivas.

Como também as pessoas do direito só se individualizam por meio da coletivização social, não se pode garantir sua integridade sem a defesa dos contextos de vida e de experiência partilhados subjetivamente, nos quais tenham sido formadas suas identidades pessoais e nos quais elas possam estabilizar essas mesmas identidades, caso a caso. (HABERMAS, 2002, p. 310)

30. Assim, acaba por sugerir que, em se tratando de igualdade de direitos, a regulamentação da sociedade se encontraria estritamente vinculada a conflitos de valores em relação a situações polêmicas, como por exemplo no que se refere à eutanásia. Ao se reger uma situação como essa, propõe Habermas, resulta-se em afirmar uma autocompreensão particular – a da visão dos jurisconsortes – o que, contudo, não se mostra suficiente em uma sociedade pluralista como a atual.

31. Busca assim uma regulamentação neutra, em suas palavras, uma “neutralização jurídica” no sentido de procurar encontrar “no plano mais abstrato da coexistência das diversas comunidades eticamente integradas, o reconhecimento racionalmente motivado de todas as partes envolvidas no conflito e que convivem em igualdade de direitos” (HABERMAS, 2002, p. 311), de forma que assim se incite uma mudança de perspectiva, em que os envolvidos parem de procurar o “o que é melhor para nós” e passem a alçar uma regulamentação que “é igualmente boa para todos”. Para concretização, essa concepção enfatiza a tolerância: “O que se exige juridicamente de nós é a tolerância em face de práticas que consideramos eticamente extraviadas a partir da ‘nossa’ perspectiva”. (HABERMAS, 2002, p. 312)

32. Tendo essa consideração em vista, salienta uma perspectiva de respeito em relação à exaltação do direito individual da *igualdade*.

Eis o preço a pagar pela convivência nos limites de uma comunidade jurídica igualitária, na qual diversos grupos de origem cultural e étnica distintas precisam relacionar-se uns com os outros. É necessário haver tolerância, caso se pretenda que permaneça intacto o fundamento do respeito recíproco das pessoas do direito uma pelas outras. O preço por suportar diferenças éticas desse tipo também é juridicamente exigível, desde que assegure o direito a uma coexistência de diferentes formas de vida. (HABERMAS, 2002, p. 312)

33. Em relação à identidade, fomenta Habermas que esta não é apenas algo que assumimos, e sim um projeto de nós mesmos, visto que depende de nós escolhermos as tradições as quais queremos dar continuidade. Tal noção identifica como “conceito *processual* de identidade coletiva”. (HABERMAS, 2002, p. 320)

Propõe o filósofo alemão que a identidade de uma nação de cidadãos ligados a um Estado é dinâmica e acaba por se projetar, na atualidade, nos parâmetros delimitados pelo respectivo espectro da disputa pública que se desenvolve em torno da melhor interpretação da constituição, de uma “autocompreensão autêntica das tradições constitutivas da coletividade política” (HABERMAS, 2002, p. 320).

34. Deste modo, acaba por sustentar que, enquanto os princípios constitucionais vigentes continuarem sendo o pano de fundo comum de discursos de auto-entendimento na sociedade, assegurar-se-ia uma concordância capaz de estruturar a integração ético-política dos cidadãos, mesmo este ocorresse de forma difusa. (HABERMAS, 2002, p. 320)

O teor universalista dos direitos fundamentais não está restrito pela impregnação ética da ordem jurídica estatal; o que ocorre, sim, é que ele perpassa os contextos de coloração nacional. Eis a única razão para que a neutralização jurídica dos conflitos de valor, que ademais deixaria a coletividade política em frangalhos, exija que se privilegie o aspecto da justiça. (HABERMAS, 2002, p. 321)

35. Observa o autor que nesse paradigma constitucional o qual nos encontramos existe um conflito de prioridades em relação às formas de manifestação da liberdade. Afinal, seríamos mais livres por causa dos direitos subjetivos de liberdade dos cidadãos da sociedade econômica moderna ou por causa dos direitos de participação política dos cidadãos democráticos? (HABERMAS, 2003, p. 154)

36. Habermas responde que não devemos hierarquizá-los, temos que considerá-los co-originários, tendo em vista que a autonomia privada e a pública se complementam: “Para fazerem um uso adequado de sua autonomia pública, garantida através de direitos políticos, os cidadãos tem que ser suficientemente independentes na configuração da vida privada, assegurada simetricamente”. (HABERMAS, 2003, p. 155)

37. Sugere assim que no *Estado Democrático de Direito*, tendo em vista que nos inserimos em uma sociedade na qual os destinatários do direito têm que se entender, ao mesmo tempo, como seus autores, deve-se constatar a liberdade como uma forma de assegurar que aos cidadãos caberá a autonomia no sentido de uma formação racional da vontade, por meio do discurso.

Somente o caráter discursivo do processo de deliberação é capaz de fundamentar a possibilidade de auto-correções reiterada e, destarte, a perspectiva de resultados racionalmente aceitáveis. (HABERMAS, 2003, p. 162)

38. Deste modo, uma constituição que se pretende democrática, não somente de acordo com seu conteúdo, mas que também se encontra de acordo com a sua fonte de legitimação, constitui-se em projeto capaz de formar tradições com um início firmado na história.

Todas as gerações posteriores enfrentarão a tarefa de atualizar a substância normativa inesgotável do sistema de direitos estatuído no documento da constituição. Na linha dessa compreensão dinâmica da constituição, a legislação em vigor continua a interpretar e a escreve o sistema dos direitos, adaptando-o às circunstâncias atuais (...) É verdade que essa continuação falível do evento fundador só pode escapar do círculo da auto-constituição discursiva da comunidade se esse processo, que não é imune a interrupções e a recaídas históricas, puder ser interpretado, a longo prazo, como um processo de aprendizagem que se corrige a si mesmo. (HABERMAS, 2003, p. 165)

39. A concepção de indivíduo hoje se encontra estritamente vinculada a de constitucionalismo, tendo em visto que os direitos individuais estão na Constituição pressupostos e que o Constitucionalismo “se traduz na permanente tentativa de se instaurar e de se efetivar concretamente a exigência idealizante que inaugura a modernidade no nível da organização de sua sociedade complexa a qual não pode mais lançar mão de fundamentos absolutos para legitimar o seu próprio sistema de direitos e a sua organização política: a crença de que constituímos uma comunidade de homens livres e iguais, co-autores das leis que regem o nosso viver comum.” (MENELICK, 2001)

40. Considerando as acepções expostas, verifica-se que em uma perspectiva condizente com o *Estado Democrático de Direito* atual, o constitucionalismo, ao adensar princípios fundamentais e assegurar direitos individuais, apresenta-se como uma nova forma de vislumbrar o indivíduo, que considera toda uma experiência histórica – como os excessos do liberalismo e os horrores do nazismo- considerando aqui a perspectiva de Habermas de que “os que vêm depois só podem aprender com os erros do passado, enquanto se encontrarem no mesmo barco, junto com os antepassados”. (HABERMAS, 2003, p. 166)

41. Destarte, ao se imbuir na constituição a tarefa de produzir uma comunidade política de homens livres e iguais, continuará latente uma explicação reiterada, que envolverá o decorrer das posteriores aplicações, interpretações e complementações das normas constitucionais estatuídas.

Eles tem que supor que todas as gerações precedentes tiveram a mesma intenção de criar e ampliar as bases para uma associação livre de parceiros do direito, que doa a si mesmo as leis que necessita. Apesar da distância, todos os participantes tem que estar em condições de reconhecer o projeto como sendo *o mesmo* que perdura, através dos séculos, e serem capazes de avaliá-lo da *mesma* perspectiva. (HABERMAS, 2003, p. 166)

42. Desta feita, pode-se sugerir que, assim como faz Habermas, a autonomia privada individual só pode ser garantida na figura de liberdades subjetivas, visto que assim se dá ao direito uma configuração autônoma da vida e se possibilita um respeito moral por outros indivíduos, ao mesmo tempo que não se obriga ninguém a nada que ultrapassa a liberdade de cada um. Deste modo, destaca-se a necessidade de co-dependência das noções de liberdade e igualdade, de forma que os direitos individuais não sejam limitados a ideais republicanos ou comunistas. Para Habermas, na sociedade moderna cada um tem uma realidade, o que justifica que não teríamos porque chegarmos a alguma forma de acordo de vontades. O que se reitera é que no *Estado Democrático de Direito* a democracia deve ser vislumbrada como ideal reproduzido pelo embate entre as idéias de igualdade e liberdade.

## II- A democracia em termos atuais e a idéia de povo

### O povo e sua legitimação: possibilidades teóricas

43. Na sociedade atual, pode-se verificar um paradoxo constitutivo presente no fato de que, ao mesmo tempo que existe um aparato estatal, que impõe de cima para baixo as leis, procura-se reconhecer e incitar que a sociedade em si seja autora das próprias normas que a regem. Contudo, vale ressaltar que uma noção de povo que pode emergir desse fato - a de que o povo é um bloco, uma massa - acaba por suscitar pretensões autoritárias, como inflamou Carl Schmitt, ao considerar a democracia como a identidade governante-governado, fomentando que, assim, ao pressupor a existência de uma massa, um líder seria mais facilmente capaz de manipular, para que a vontade do povo se confunda com a sua própria vontade.

44. Menelick de Carvalho Netto busca o questionamento a toda e qualquer decisão tomada em negação a um espaço público, que desconsidere a complexidade social e que tome como base qualquer fundamento absoluto. Em prol de seu intuito, considera relevante focar alguns aspectos de Teoria da Constituição. Mas por que isso? Para o autor, o Constitucionalismo se traduz em uma exigência idealizante da modernidade que ao mesmo tempo se vincula a exigência da democracia, conforme já observado: “a crença de que constituímos uma comunidade de homens livres e iguais, co-autores das leis que regem o nosso viver comum” (CARVALHO NETTO, 2001).

45. Neste sentido, aos procedimentos legislativos caberia garantir essa exigência, garantindo que todos se incluíam. Em suma, constituiríamos “uma comunidade de homens que se respeitam mutuamente em suas diferenças”. Esse aspecto é por vezes ressaltado, visto que, com base em Friedrich Müller, a partir do momento que se naturaliza a idéia de povo, de forma excludentes, caímos em ditadura. Isso acontece porque admitiríamos a redução e absorção do indivíduo, sem considerar suas diferenças, em um todo igualitário.

46. O que hoje se enseja é uma concepção de povo que não seja totalizante, visto que, sempre que assim ocorre, acaba-se por mitigar a

singularidade, absorvendo um indivíduo sem diferenças em um todo homogêneo, o que predispõe o sistema a cair em uma ditadura.

47. Em oposição a essas pretensões totalizantes, Friedrich Müller propõe que povo é um processo de institucionalização e, assim, não pode ser firmado como uma unidade dada e sim como algo sempre em reconstrução. Tendo em vista que uma constituição democrática não pode alcançar a legitimidade de forma absoluta, considerando este um processo de renovação permanente, Müller indaga como se pode utilizar o povo enquanto conceito jurídico numa tradição constitucional quando se pretende cumprir a pretensão de legitimidade do governo do povo.

48. Seu ponto de partida é o "povo como povo ativo", atribuindo um caráter político ao tema. Analisando a palavra "democracia", em que *demo* significa povo e *cracia* significa dominação, acaba por afirmar que o "o povo atua como sujeito de dominação nesse sentido por meio da eleição de uma assembléia constituinte e/ou da votação sobre o texto de uma nova constituição". (MÜLLER, 2003, p. 55).

49. Destarte, o termo *povo ativo* significa a totalidade de eleitores, constituindo-se como fonte da determinação do convívio social utilizando-se de prescrições jurídicas, considerando "ao menos a autocodificação das prescrições vigentes com base na livre competição entre opiniões e interesses, com alternativas manuseáveis e possibilidades eficazes de sancionamento político". (MÜLLER, 2003, p. 57) O povo ativo decide diretamente ou elege os seus representantes, os quais co-atuam, em princípio, nas deliberações sobre textos de normas legais que, por sua vez, devem ser implementadas pelo governo e controladas pelo Judiciário.

50. Müller também dá ao povo a concepção de "instância global de atribuição de legitimidade". Esta noção decorre da idéia de que nos Estados em que os funcionários públicos e juízes não são eleitos pelo povo, necessita-se de uma instância capaz de legitimar suas atividades. Ao Poder Judiciário, como um poder executante, caberá aplicar as normas produzidas por um Poder Legislativo eleito pelo povo, cujos destinatários são potencialmente o povo, enquanto população, formando um ciclo de atos de legitimação que não pode ser interrompido. "É nesse sentido que são proferidas e prolatadas decisões judiciais 'em nome do povo'". (MÜLLER, 2003, p. 61) Deste modo, o povo desempenha seu papel de instância global da atribuição de legitimidade democrática.

51. Vale ressaltar a importância que Müller dá aos direitos fundamentais, visto que considera que estes não devem ser vistos, por exemplo, como privilégios ou valores do poder de Estado, como muitos afirmam. Para ele são esses direitos que fundamentam uma sociedade libertária, e “sem a prática dos direitos do homem e do cidadão, o povo permanece em metáfora ideologicamente abstrata de má qualidade”. (MÜLLER, 2003, p. 63)

52. Numa reflexão da legitimidade, o autor examina a utilização da palavra povo mesmo quando o Estado funciona sem obedecer aos ditames democráticos, como em eleições fraudadas, ou mesmo quando o texto constitucional invoca o poder constituinte, mas é posta em vigor sem um procedimento democrático, entre outras situações. Neste caso, afirma que a invocação do povo é apenas icônica. O povo como ícone, erigido em sistema, propõe Müller, seria capaz de induzir a práticas extremadas. (MÜLLER, 2003, p. 67)

53. Tendo essa consideração em vista, Müller fala na possibilidade de se "criar o povo", como nos casos de colonização, expulsão, reassentamento, e até mesmo por meio da "limpeza étnica". Deste modo, o que se constata é que o povo como ícone não se refere a ninguém, mas é utilizado como figura mítica num discurso de legitimação.

54. Por fim, Müller trata o povo como "destinatário de prestações civilizatórias do Estado". Neste sentido, observa que ao povo não são impostos somente ônus e obrigações, mas também direitos. Friedrich Müller salienta que todo homem, não importando se nacional ou não, desde que em território de Estado democrático será destinatário de benefícios e proteção. Destarte, a distinção entre direitos de cidadania e direitos humanos não é apenas diferencial, mas relevante. "Não somente as liberdades civis, mas também os direitos humanos enquanto realizados são imprescindíveis para uma democracia legítima" (MÜLLER, 2003, p. 76)

55. A democracia avançada de Müller é vista como um *nível de exigências* que considera a maneira pela qual as pessoas devem ser genericamente tratadas no sistema de poder-violência denominado Estado: “não como subpessoas, não como súditos, também não no caso de grupos isolados de pessoas, mas como membros do soberano, do “povo” que legitima no sentido mais profundo a totalidade desse Estado” (MÜLLER, 2003, p. 115) Neste sentido, essa democracia abarcaria

um *status* tanto *negativus* como *positivus* democrático. “Isso não é direito natural idealista; isso se acha incorporado ao texto das constituições das quais falamos. Democracia significa direito positivo – o direito de cada pessoa”.

56. Em suma, as reflexões sobre o *povo*, na perspectiva de Müller, não objetivam definir ou declarar quem seria esse povo, mas sim colocá-lo como pressuposto, como instrumento que possibilita que nos incluamos na categoria de legítimos. “O povo dos homens, o povo humano continua servindo para o fim de prover de legitimidade até pelo fato de ser ele dominado” (MÜLLER, 2003, p. 120).

57. Assim, vale ressaltar que, nas palavras de Müller, “o povo ainda está por ser criado”, contudo, considerando o povo como povo ativo, como instância de legitimação global e do povo enquanto destinatário de prestações civilizatórias do Estado acaba-se por possibilitar que a própria sociedade se torne mais democrática.

58. Partindo da perspectiva de Muller, pode-se constatar que os diversos dispositivos formais e informais da democracia como participação se apresentam como uma tentativa de realizar o ‘*quantum possibile*’ de democracia, visto que, para ele não existe democracia viva na ausência de um espaço público. Somente no espaço do povo, da população, possibilitar-se-ia a formação de uma verdadeira *res pública*, como coisa pública, uma coisa do povo. (MÜLLER, 2003, p. 132)

59. Vale ressaltar, no entanto, que a concepção de povo não pode ser estritamente vinculada à perspectiva de soberania popular. Proclamando esta última como una e indivisível, assim como se observou na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, acabou-se por fomentar um absolutismo da noção de soberania que não é cabível na atualidade. Como sugere Fabio Konder Comparato, a partir de uma análise histórica que nos considera inseridos em um século que conheceu os horrores do totalitarismo, “já não podemos aceitar a soberania absoluta de ninguém, nem confiar nos simples processos de educação moral para evitar a prática de crimes contra a humanidade” (COMPARATO in MÜLLER, 2003, p. 27).

60. Considerando que a maioria do povo é capaz de esmagar ‘democraticamente’ a minoria em nome de interesse nacional, ressalta ainda uma possibilidade que considera ainda pior, “a de que a minoria, detentora do poder de controle social, pode se utilizar periodicamente do voto majoritário popular, para

legitimar todas as exclusões sociais, em nome da democracia” (COMPARATO in MÜLLER, 2003, p. 27).

61. Salienta ainda que não existe soberania inocente, tendo em vista que a idéia que pressupõe a existência de um poder supremo representa a *hybris*, o que os gregos supunham ser a cerne da tragédia humana. Destarte, promove somente os direitos humanos hoje poderiam ser alçados a categoria de bem comum, tendo em vista que se fundamentam na igualdade absoluta de todos os homens, em sua comum condição de pessoas. (COMPARATO in MÜLLER, 2003, p. 28)

62. Já Michel Rosenfeld parte da expressão “Nós, o povo”. Analisando de forma abstrata, considera o povo como unidade envolvente a compreender o constituinte e o cidadão que são sujeitos a Constituição, o que acaba por deixar parecer possível superar as dificuldades do “quem” e do “o que” o sujeito e a matéria constitucional envolvem. (ROSENFELD, 2003, p.24) O sujeito constitucional é visto aqui como o sujeito do discurso constitucional.

63. Para Rosenfeld, a identidade do sujeito constitucional – complexa, fragmentada, parcial, incompleta e, ainda, impulsionada por um movimento dialético – carece de constante reconstrução. A negação, a metáfora e a metonímia são as principais ferramentas de reconstrução dessa identidade constitucional, que acompanha as novas tendências sociais.

64. Deste modo, alterando-se a identidade do sujeito constitucional, altera-se, também, a visão do intérprete e a sua interpretação. Observa o que ocorreu com a expressão “Nós, o Povo” da Constituição estadunidense de 1787. Em um primeiro momento, sugere Rosenfeld que essa expressão incluía governantes e governados, contudo excluía os escravos afro-americanos, em oposição à Declaração de Independência Americana de 1776 e à Declaração de Direitos de 1787, que propõe que: “Todos os seres humanos são, pela natureza, igualmente livres e independentes...”.

65. Em um segundo momento, após a Guerra de Secessão, os afro-americanos foram incluídos na expressão “Nós, o povo” do preâmbulo da Constituição, conquanto a escravatura fora abolida. Dessa forma, houve uma mudança Constitucional sem alteração do texto. Assim, o mesmo documento que, no passado, admitia a escravidão passa agora a proibí-la.

66. Destarte, a estrutura aberta do sujeito constitucional é imprescindível, como revela Rosenfeld, para que se possa dar curso a essa necessária articulação entre democracia e constitucionalismo. (STRECK, 2006)

67. A negação, a metáfora e a metonímia combinam-se para selecionar, descartar e organizar os elementos pertinentes com vistas a produzir um discurso constitucional no e pelo qual o sujeito constitucional possa fundar a sua identidade. A negação é crucial na medida em que o sujeito constitucional só pode emergir como (um "eu") distinto através da exclusão e da renúncia. A metáfora ou condensação, por outro lado, que atua mediante o procedimento de se destacar as semelhanças em detrimento das diferenças, exerce um papel unificador chave, ao produzir identidades parciais em torno das quais a identidade constitucional possa transitar. A metonímia ou deslocamento, finalmente, com a sua ênfase na contigüidade e no contexto, é essencial para evitar que o sujeito constitucional se fixe em identidades que permaneçam tão condensadas e abstratas ao ponto de aplinar as diferenças que devem ser levadas em conta se a identidade constitucional deve verdadeiramente envolver tanto o "eu" (self) quanto o outro. (ROSENFELD, 2003, p. 50)

68. Deste modo, de certa forma, pode-se vincular a concepção aberta e valorativa de povo de Müller a de identidade do sujeito constitucional de Rosenfeld. Tendo em vista uma perspectiva de democracia, o que se apresenta como constitucionalmente relevante para assegurá-la é o bom e correto funcionamento das mediações institucionais que possibilitam, na normalidade institucional, o permanente debate dos argumentos e dos direitos. Assim, considerando as assertivas já aludidas, pode-se sugerir que tanto para Muller como para o Rosenfeld *povo* deve ser uma expressão em constante discussão, inerente ao constitucionalismo, uma vez que se desdobra como um fluxo comunicativo que envolve de maneira permanente o diálogo com as gerações passadas e a responsabilidade para com as futuras.

69. Para Müller, o Estado Constitucional exerce o monopólio da violência legítima e não o monopólio do exercício ilegítimo da mesma. (MÜLLER, 2003, p. 66) Assim, o tribunal ou qualquer instância prolatadora de sentença com caráter de obrigatoriedade exerce um poder-violência sempre que instala uma forma constitucional de competência decisória. Contudo, constata o autor que decisões provindas de funcionários ou grêmios do sistema jurídico que não se podem basear

em textos de norma de modo plausível acabam por exercer uma violência que transborda os limites, “uma violência selvagem, transbordante, consistente tão somente nesse ato que já não é constitucional, ela exerce uma violência atual. Nessa caso a invocação do povo é apenas icônica”. (MÜLLER, 2003, p. 67)

70. A iconização consiste em abandonar o povo a si mesmo; em ‘desrealizar’ a população, em mitificá-la (naturalmente já não se trata há muito tempo dessa população), em hipostasiá-la de forma pseudo-sacral e em instituí-la assim como padroeira tutelar abstrata, tornada inofensiva para o poder-violência – “notre bom peuple”. (MÜLLER, 2003, p. 67)

71. Sendo, em uma perspectiva atual, os atingidos pelas decisões simultaneamente os autores dessas decisões, verifica-se que o povo não pode ser iconizado. Considerando que na iconização “A população heterogênea é unificada em benefício dos privilegiados e dos ocupantes do establishment, é ungida como “povo” e fingida – por meio do monopólio da linguagem e da definição nas mãos dos grupos dominantes – como constituinte e mantenedora da constituição.” (MÜLLER, 2003, p. 72) Verifica-se que, ao tornar o povo como ícone, surge o impedimento de dar nome as cisões reais da sociedade, as contradições sociais subsistentes e a possibilidade de vivê-las e, conseqüentemente, trabalhá-las. A concepção de poder constituinte do povo se mostra como ilusão.

72. O povo como ícone não é plausível, já que a democracia justifica-se a partir do povo legítimo, devendo então servir ao povo ativo, ao povo enquanto instância de atribuição e ao povo-destinatário, em outras palavras, aos titulares dos direitos eleitorais, acrescidos de todos os cidadãos e de todas as pessoas no âmbito do seu ordenamento constitucional, verifica-se a tendência a não-constitucionalidade dessa visão.

73. Sendo o objetivo uma concretização da democracia, por meio do constitucionalismo como instância mantenedora de direitos individuais que se utiliza da experiência histórica, e na qual o povo é capaz de emitir sua opinião, ao sugerir que a palavra povo deva ter seu sentido esvaziado, considera-se que, quando a ele se imbuí um sentido como este de ícone, ele pode vir a ser utilizado para legitimar pretensões totalitárias. Vale ressaltar ainda que, para Müller, a democracia é a forma estatal da inclusão, sendo assim um direito positivo de todo e qualquer ser humano, não de uma massa iconizada.

## A racionalidade comunicativa e a formação da democracia

74. Para Habermas, em uma perspectiva da teoria do poder, a lógica da divisão dos poderes só faz sentido se a separação funcional garantir, ao mesmo tempo, a primazia da legislação democrática e a retroligação do poder administrativo ao comunicativo. (HABERMAS, 2003, p. 233) Contudo, o que seria esse poder comunicativo que deve ser vinculado às atividades administrativas? Para Habermas, a racionalidade tal como é normalmente conhecida, como uma racionalidade *instrumental*, de adequação de meios aos fins, não é suficiente para a visualização de uma sociedade complexa como a atual. Sendo assim, observa que “O direito não consegue o seu sentido normativo pelo *per se* através de sua *forma*, ou através de um conteúdo *moral* dado a priori, mas através de um procedimento que instaura o direito, gerando legitimidade.” Essa legitimidade decorre de manifestação de racionalidade que fora ignorada por muitos teóricos: a racionalidade *discursiva*. Como bem observa:

Não é a forma do direito, enquanto tal, que legitima o exercício do poder político, e sim, a ligação com o direito legitimamente estatuído. E, no nível pós-tradicional de justificação, **só vale como legítimo o direito que conseguiu aceitação racional por parte de todos os membros do direito, numa formação discursiva da opinião e da vontade.** (HABERMAS, 2003, p. 172)

75. Essa racionalidade comunicativa pressupõe que a sociedade que se pretenda um Estado Democrático de Direito deverá garantir que o espaço público seja um espaço naquele sentido arendtiano: um espaço aberto ao embate de idéias, de conflitos, de dissenso. O dissenso não adquire uma postura negativa, visto que ele pressupõe a eterna abertura a discussão: o fluxo comunicativo de argumentos. É sob essa perspectiva que Habermas ressalta que não será a força que irá garantir que um ou outro argumento “ganhem”. Em um jogo de argumentos o melhor argumento será aquele que considera as necessidades de todas as esferas afetadas, pressupondo-se assim o entendimento mútuo. Ademais, Habermas acredita nas potencialidades da linguagem: posso acrescentar minhas concepções escutando o outro, não preciso negá-las. A Teoria do Discurso por ele elaborada importa em considerar que existe um elemento da racionalidade *comunicativa* que transcende as condições históricas simples e puras: os direitos fundamentais.

76. Para o autor, o Estado é necessário como poder de organização, de sanção e de execução, “porque os direitos tem que ser implantados, porque a

comunidade de direito necessita de uma jurisdição organizada e de uma força para estabilizar a identidade .e porque a formação da vontade política cria programas que tem que ser implementados” Neste sentido, observa que “O poder político só pode desenvolver-se através de um código jurídico institucionalizado na forma de direitos fundamentais”. (HABERMAS, 2003, p. 171)

77. Em relação a efetividade de sua teoria, constata:

No Estado de Direito delineado pela teoria do discurso, a soberania do povo não se encarna mais na reunião de cidadãos autônomos facilmente identificáveis. Ela se retira para os círculos de comunicação de foros e corporações, de certa forma destituídos de sujeito. Somente nesta forma anônima, o seu poder comunicativamente diluído pode ligar o poder administrativo do aparelho estatal à vontade dos cidadãos. (HABERMAS, 2003, p. 173)

78. Ademais, salienta que o direito deve ao Estado sua função de estabilizar expectativas de comportamento generalizadas temporal, social e objetivamente. Ressalta, entretanto, que o direito não se esgota simplesmente em normas de comportamento, pois serve à organização e à orientação do poder do Estado. Ele funciona no sentido de regras constitutivas, que não garantem apenas a autonomia pública e privada dos cidadãos, uma vez que também produzem instituições políticas, procedimentos e competências.

79. Neste sentido, o conceito de autonomia política, apoiado na Teoria do Discurso, possibilita uma perspectiva completamente diferente, ao esclarecer porque a produção de um direito legítimo implica a mobilização das liberdades comunicativas dos cidadãos. Conforme observa Habermas, tal esclarecimento coloca a legislação na dependência do poder comunicativo, o qual, segundo Hannah Arendt, ninguém pode possuir verdadeiramente: “o poder surge entre os homens quando agem em conjunto,desaparecendo tão logo eles se espalham”.

80. Para Hannah Arendt, o fenômeno básico do poder não é, como para Max Weber, a chance de impor, no âmbito de uma relação social, a sua própria vontade contra vontades opostas, e sim o potencial de uma vontade comum formada numa comunidade não coagida. **Ela instaura um confronto entre ‘poder’ e ‘violência’, isto é, entre o poder de uma comunicação voltada ao entendimento e a instrumentalização de uma vontade estranha em proveito próprio.** (HABERMAS, 2003, p. 187)

81. Desde modo, o que se observa é que para Arendt o poder político é uma força autorizada que se manifesta com a criação do direito legítimo e com a fundação de instituições. O poder comunicativo, para a autora, só é formado em esferas públicas, emergindo de estruturas de subjetividade intacta, de uma comunicação não deformada.

82. Conforme aponta Menelick de Carvalho Netto, o Estado Democrático de Direito emerge como uma tentativa de ampliar a concepção de cidadania, antes restrita ao voto. Assim, o poder comunicativo habermasiano surge nesses tipos de espaços públicos, onde há formação da *opinião* e da *vontade*, a qual, juntamente “com a liberdade comunicativa que permite a cada um ‘fazer uso público de sua razão em todos os sentidos’, faz valer a produtividade de um ‘modo de pensar mais amplo’.” O que se pode observar, a partir de uma perspectiva histórica, é que nos eventos revolucionários, sempre há o mesmo fenômeno da relação íntima entre o poder comunicativo e a produção do direito legítimo. Partindo de uma retrospectiva histórica, observa:

**O direito se liga naturalmente a um poder comunicativo capaz de produzir direito legítimo.** A partir daí, não há mais lugar para a tarefa clássica de encontrar um substituto para a justiça do direito natural que se legitima a si mesmo – o substituto do qual o poder meamente fático poderia extrair a autoridade de um poder dominante revestido de força legítima. (HABERMAS, 2003, p. 188)

83. Como bem sintetiza Arendt, citada por Habermas: “E temos um poder realizado quando palavras e feitos aparecem interligados inseparavelmente, portanto, quando as palavras não são vazias, nem as ações violentas...”. Vale ressaltar, entretanto, que com a utilização do conceito de poder comunicativo atinge-se apenas a questão do surgimento do poder político, não abarcando o uso administrativo do poder já constituído, e assim ao processo de exercício do poder.

84. Habermas propôs, sob esse prisma, que a idéia de Estado de Direito pode ser interpretada como a exigência de ligar o sistema administrativo, comandado pelo código de poder, ao poder comunicativo, que estatui o direito, para mantê-lo longe das influências do poder social, portanto, da implantação fática de interesses privilegiados. Neste sentido, salienta o autor que “O poder administrativo não deve reproduzir-se a si mesmo e sim, regenerar-se a partir da transformação do poder comunicativo.”

85. Sob a ótica da Teoria do Discurso de Habermas, não somente não mais existe na sociedade atual um fundamento legimitador de atitudes autoritárias, um direito sagrado, por exemplo, mas também não se possibilita que interesses egoísticos sejam privilegiados e tomados como verdade, sendo impostos aos outros. Não se admite que um bem individual prevaleça sob o bem comum, assim como não se considera que o bem comum, como comum, seja capaz de excluir alguém. E aqui vale abrir um parêntese, afinal, os horrores do totalitarismo alemão, por exemplo, foram legitimados pelo povo. Já sob uma perspectiva habermasiana, o extermínio de judeus não poderia ser uma decisão legitimada que resultasse da comunicação, haja vista existir uma desconsideração, neste caso, de direitos fundamentais como a liberdade e a igualdade.

86. Em relação à formação legítima do direito por meio do poder comunicativo, explica Habermas:

O princípio do discurso tem inicialmente o sentido cognitivo de filtrar contribuições e temas, argumentos e informações, de tal modo que os resultados obtidos por este caminho tem a seu favor a suposição da aceitabilidade racional: **o procedimento democrático deve fundamentar a legitimidade do direito.** Entretanto, o caráter discursivo da formação da opinião e da vontade na esfera pública política e nas corporações parlamentares implica, outrossim, o sentido prático de produzir relações, as quais são isentas de violência, no sentido de H. Arendt, desencadeando a **força produtiva de liberdade comunicativa.** (HABERMAS, 2003, p. 191)

87. Sendo assim, constata que o cruzamento entre normatização discursiva do direito e formação comunicativa do poder é possível, visto que no agir comunicativo os argumentos também formam motivos. (HABERMAS, 2003, p. 191). Não somente possível, é necessária, ao se observar que comunidades concretas que procuram regular sua convivência por meio do direito “não conseguem separar as questões de regulamentação de expectativas de comportamento das questões referentes à colocação de fins comuns”.

88. Em relação à vontade política de uma comunidade jurídica, ressalta que esta deve estar em harmonia com as idéias morais presentes, se apresentando então como a expressão de uma forma de vida compartilhada intersubjetivamente com situações e interesses dados, assim como com fins pragmaticamente escolhidos. Ao analisar a utilização do direito e da moral para fins coletivos, observa que a necessidade de regulamentação jurídica não se esgota em meio a situações problema que exigem um uso moral da razão prática. Sendo assim, o direito também

é chamado para situações problema que exigem a persecução cooperativa de fins coletivos e a garantia de proteção de bens coletivos.

Matérias jurídicas tocam fins e bens coletivos que despertam questões da forma de vida concreta e, inclusive, da identidade comum. **E, nesse momento, não basta apenas explicar o que é igualmente bom para todos, pois é preciso saber também quem são os participantes e como eles desejariam viver.** E, face aos fins que eles escolhem à luz de valorações fortes, eles enfrentam, além disso, a questão: qual é o melhor caminho para atingi-los? (HABERMAS, 2003, p. 195)

89. Neste sentido, verifica-se que a esfera das questões de justiça abarca problemas como auto-entendimento e escolha racional de meios. Como bem explica Habermas: “O conteúdo de uma lei só é geral, no sentido de um tratamento material igual, quando expressar um consenso racional em relação a todos esses tipos de problemas.” A validade das normas jurídicas, consolidada em seu argumento só é possível, sob a ética do discurso, se “é relativa à identidade histórica e cultural da comunidade jurídica, relativa também às orientações axiológicas, aos fins e situações de interesse de seus membros”.

90. Quando se refere aos princípios do Estado de Direito e da lógica da divisão dos poderes, observa que sua perspectiva será a “a fim de fundamentar os princípios para uma organização política do poder público sob pontos de vista da teoria do discurso.” Como explica:

Se a negociação de compromissos decorrer conforme procedimentos que garantem a todos os interesses, iguais chances de participação nas negociações e na influência recíproca, bem como na concretização de todos os interesses envolvidos, pode-se alimentar a suposição plausível de que os pactos a que se chegou são conforme à equidade. (HABERMAS , 2003, p. 212)

91. O direito não é apenas constitutivo para o código de poder que dirige o processo de administração: ele forma simultaneamente o médium para transformação do poder comunicativo em administrativo.

92. Interpretado pela teoria do discurso, o princípio da soberania popular implica: (b) o princípio da ampla garantia legal do indivíduo, proporcionada através de uma justiça independente; (c) os princípios da legalidade da administração e do controle judicial e parlamentar da administração; (d) o princípio da separação entre Estado e sociedade, que visa impedir que o poder social se transforme em poder administrativo, sem passar antes pelo filtro da formação comunicativa do poder.

93. O princípio da soberania do povo significa que todo o poder político é deduzido do poder comunicativo dos cidadãos. O conteúdo desse princípio só se esgota através do princípio que garante esferas públicas autônomas e do princípio da concorrência entre os partidos. Ele exige uma estruturação discursiva das arenas públicas nas quais circulações comunicativas, engrenadas anonimamente, se soltam do nível concreto das simples interações. “(...) tais arenas precisam ser protegidas por direitos fundamentais, levando em conta o espaço que devem proporcionar ao fluxo livre de opiniões, pretensões de validade e tomadas de posição; não podem, todavia, ser organizadas como corporações.”

94. Habermas propõe que a organização do Estado de Direito deve servir, em última instância, à auto-organização política autônoma de uma comunidade, a qual se constitui, com o auxílio do sistema de direitos, como uma associação de membros livres e iguais do direito. Salienta que, normalmente, as decisões da maioria são limitadas por meio de uma proteção dos direitos fundamentais das minorias; pois os cidadãos, no exercício de sua autonomia política, não podem ir contra o sistema de direitos que constitui essa mesma autonomia.

95. Observa, em seguida, que as instituições do Estado de Direito devem garantir um exercício efetivo da autonomia política de cidadãos socialmente autônomos de forma que o poder comunicativo de uma vontade formada racionalmente “possa surgir, encontrar expressão em programas legais, circular em toda sociedade através da aplicação racional, da implementação administrativa de programas legais e desenvolver sua força de integração social – através da estabilização de expectativas e da realização de fins coletivos.” Conforme dispõe:

A participação simétrica de todos os membros exige que os discursos conduzidos representativamente sejam porosos e sensíveis aos estímulos, temas e contribuições, informações e argumentos fornecidos por uma esfera pública pluralista, próxima a base, estruturada discursivamente, portanto diluída pelo poder. (HABERMAS , 2003, p. 229)

96. É nessa mesma perspectiva que Menelick de Carvalho Netto, aponta que, em um Estado Democrático de Direito, é necessário que o Judiciário, por exemplo, tome decisões que retrabalhem construtivamente os princípios e regras do Direito vigente, e, destarte, “satisfaçam, a um só tempo, a exigência de dar curso e reforçar a crença tanto na legalidade, entendida como segurança jurídica, como certeza do direito, quanto no sentimento de justiça realizada, que deflui da

adequabilidade da decisão às particularidades do caso concreto” (CARVALHO NETTO, p. 245).

97. Para Habermas, ainda em relação ao fluxo comunicativo, as corporações parlamentares devem trabalhar sob os parâmetros de uma opinião pública que, de certo modo, é destituída de sujeito, a qual, porem, não pode formar-se num vácuo, uma vez que pressupõe, como pano de fundo, uma cultura política liberal.

98. Quando o sistema dos direitos explicita condições sob as quais os cidadãos podem reunir-se numa associação de membros livres e iguais do direito, então se reflete na cultura política de uma população o modo como ela compreende intuitivamente o sistema de direitos no seu contexto histórico e vital. Para se transformarem numa força impulsionadora do projeto dinâmico da realização de uma associação de livres e iguais, os princípios do Estado de direito devem situar-se no contexto da história de uma nação de cidadãos e ligar-se aos motivos e aos modos de sentir e de pensar deles. Sendo assim, a imposição do direito, em um Estado Democrático de Direito, apenas pode se justificar, inclusive através de suas sanções, com a crença de que o destinatário da norma é também um seu feitor.

99. Além disso, a lógica da distribuição de poderes não exige apenas que a passagem da administração para o estágio de uma execução profissional de suas tarefas seja feita sob premissas que não estão sob seu controle, pois o poder executivo deve ficar limitado à aplicação do poder administrativo no quadro das leis.

Essa retroligação do poder administrativo teleológico ao poder comunicativo, que produz o direito, pode realizar-se através de uma divisão funcional de poderes, porque a tarefa do Estado de Direito democrático consiste, **não apenas em distribuir equilibradamente o poder político, mas também de despi-lo de suas formas de violência através da racionalização.**

Pois, na perspectiva da teoria do poder, a lógica da divisão dos poderes só faz sentido se a separação funcional garantir, ao mesmo tempo, a primazia da legislação democrática e a retroligação do poder administrativo ao comunicativo. (HABERMAS, 2003, p. 233)

100. Ademais, salienta que quando se entende a lei como uma norma geral que obtém validade através do assentimento da representação popular, em um procedimento caracterizado pela discussão e pela esfera pública, nela se unem dois momentos: o do poder de uma vontade formada intersubjetivamente e o da razão do processo legitimador. A lei democrática passa então a ser caracterizada através da

‘combinação da arbitrariedade de decisões judiciais com a não-arbitrariedade de seus pressupostos procedimentais’.

101. Os princípios, no entanto, na sua perspectiva, têm que ser formulados de maneira suficientemente abstrata, e não apenas fora das formas cambiantes de sua institucionalização. Para Habermas, o conceito semântico da norma geral, ao qual a lógica da divisão de poderes foi amarrada, continua prejudgando em demasia: “A função de charneira, preenchida pela lei, na construção do Estado de direito que divide os poderes, não pode ser explicada suficientemente sob pontos de vista semânticos. O olhar tem que se dirigir mais aos discursos e negociações nos quais se forma a vontade do legislador e ao potencial de argumentos pelos quais se legitimam.”

102. Na perspectiva da teoria do discurso, as funções da legislação, da justiça e da administração podem ser diferenciadas de acordo com as formas de comunicação e potenciais de argumentos correspondentes. Ademais, sob uma perspectiva habermasiana, as leis regulam a transformação do poder comunicativo em administrativo, na medida em que surgem de acordo com um procedimento democrático, “no qual fundam uma proteção do direito garantido por tribunais independentes e no qual subtraem da administração implementadora o tipo de argumentos normativos portadores das resoluções legislativas e das decisões judiciais.”

103. Conforme observa Klaus Gunther, citado por Menelick de Carvalho Netto, os princípios subsistem no ordenamento apesar de muitas vezes se apresentarem contraditórios, estando sempre em concorrência entre si para reger determinada situação específica. Deste modo, salienta a necessidade da sensibilidade do juiz para as especificidades do concreto, em vistas de encontrar a norma adequada para produzir justiça em determinada situação. Ademais, acrescenta:

É precisamente a diferença entre os discursos legislativos de justificação – regidos pelas exigências de universalidade e abstração – e os discursos judiciais e executivos de aplicação – **regidos pelas exigências de respeito às especificidades e à concretude de cada caso, ao densificarem as normas gerais e abstratas na produção das normas individuais e concretas** – que fornece o substrato adequado do que Klaus Gunther denomina *sensu de adequabilidade*, que, no Estado Democrático de Direito, é de se exigir do concretizador do ordenamento ao tomar suas decisões. (GUNTHER apud CARVALHO NETTO, 1998, p. 245-246)

104. Observa-se que nos paradigmas constitucionais anteriores aplicação do direito se dava às cegas, considerando apenas um enfoque, desconsiderando que existiam outros princípios em pauta. Conforme salienta Menelick, “a crença na bondade da universalidade da regra fazia com que os homens cometessem tremendas injustiças por se fazerem cegos às distintas situações de aplicação”. Em um Estado Democrático de Direito, a prestação jurisdicional tem não somente em vista o desenvolvimento e reprodução de uma certeza jurídica, aos moldes principiológicos, “mas, a um só tempo, do sentimento de constituição e justiça, único sentimento capaz de adequadamente assegurar solidez à ordem jurídica do Estado”.

105. Sob esse enfoque, acrescenta que a separação de poderes, sob essa ótica paradigmática ganha o conteúdo da distinção entre o domínio das atividades legislativas ou discursos de justificação – discursos que tem como critério de imparcialidade a universalidade -, e o domínio da atividade de aplicação de normas - discursos que, por sua vez, tem como critério de imparcialidade a sensibilidade para com as especificidades de cada situação concreta para a aplicação consoante ao ponto de vista de todos os afetados.

106. Já Habermas, concretiza que, do ponto de vista da lógica da argumentação, a separação entre as competências das instâncias que fazem as leis, que as aplicam e que as executam, resulta da distribuição das possibilidades de lançar mãos de diferentes argumentos e da subordinação de formas de comunicação correspondentes, que estabelecem o modo de tratar esses argumentos. Conforme bem explicita:

Somente o legislador político tem o poder ilimitado de lançar mão de argumentos normativos e pragmáticos, inclusive os constituídos através de negociações equitativas, isso porém, no quadro de um procedimento democrático amarrado à perspectiva da fundamentação de normas. **A justiça não pode dispor arbitrariamente dos argumentos enfeixados nas normas legais**; os mesmo argumentos, porém, desempenham um papel diferente, quando são aplicados num discurso jurídico de aplicação que se apóia em decisões consistentes e na visão da coerência do sistema jurídico em seu todo... (HABERMAS, 2003, p. 239)

107. Destaca-se a necessidade de co-dependência das noções de liberdade e igualdade, de forma que os direitos individuais não sejam limitados a ideais republicanos ou comunistas. Para Habermas, conforme já se salientou, na sociedade moderna cada um tem uma realidade, o que justifica que não teríamos porque chegarmos a alguma forma de acordo de vontades. Reitera-se que no

*Estado Democrático de Direito* a democracia deve ser vislumbrada como ideal reproduzido pelo embate entre as idéias de igualdade e liberdade.

### Os paradoxos da democracia: algumas reflexões

108. Chantal Mouffe fomenta a concepção de “Paradoxos da Democracia”. Tal expressão teria vários fundamentos, a começar pelo fato de a democracia liberal se constituir pela união de princípios inconciliáveis: democracia, como óptica da identidade, e o liberalismo como síntese de anseios da pluralidade representativa. No entanto, é justamente essa incompatibilidade de extremos, que faz, defende a autora, a democracia ser um regime adaptável, indeterminado e incerto. É através da adaptação do caráter liberal com a democracia que se constrói uma identidade, calcada nas diferenças, que resultará, necessariamente, na positivação de uma totalização, de uma identidade, como explana Rosenfeld, por ocasião da descrição do que seja a *Identidade do Sujeito Constitucional*.

109. Seguindo as idéias de Schmitt, a autora só vê uma possibilidade de superação do paradoxo que se encontra marcado na democracia moderna: a criação de um verdadeiro pluralismo democrático. A tensão entre a *lógica da identidade* (democracia) e a *lógica da diferença* (liberalismo) é que vai definir a essência da democracia pluralista. (MOUFFE, 1994, p. 16) Aquilo que é considerado insolúvel para Schmitt é para Mouffe a base para uma forma de Governo adequado ao caráter indeterminado da política moderna. O desejo de dissolver esta tensão acarretaria a eliminação do político e a destruição da democracia. (MOUFFE, 1994, p. 16)

110. Para poder escapar à inalienável relação amigo-inimigo de Carl Schmitt, onde não há espaço para a tolerância nem sequer fuga possível, Mouffe socorre-se do adversário, mas este não parece ser mais que uma personagem que representa muito mal a farsa do pluralismo. (SILVA, 1998)

111. A consequência imediata seria a morte do político, veiculada pela morte de toda a oposição e antagonismo, o desmembramento da possibilidade de existência da relação amigo-inimigo.

112. Assim, uma democracia radical não pode simplesmente envolver toda a humanidade, porque no dia em que os povos, as religiões, as classes e outros grupos humanos sobre a Terra se unissem, ao ponto de ser impossível e inconcebível qualquer luta entre eles, onde, por conseguinte, mesmo a simples eventualidade de unir discriminação amigo-inimigo terá desaparecido, nem terá mais que devido sociais puros à qualquer política: ideologia, cultura, civilização, economia, moral, direito, artes, divertimentos etc., assim não terá mais nem político nem Estado. (SCHMITT *apud* SILVA, 1998)

113. A tarefa que Chantal Mouffe se propõe levar a cabo é a de conciliar a necessidade do político e a impossibilidade de um mundo sem antagonismos, com a criação e a manutenção de uma ordem democrática que tem de assumir, de forma inevitável, uma forma pluralista. Neste ponto reside a importância da distinção de inimigo e adversário, pois, só dessa forma, pode-se vislumbrar o opositor, cuja existência dever ser preservada, pois é ela que devolve a minha própria identidade legitimada e protegida.

114. É por isso que este pluralismo deve igualmente distinguir-se da posição pós-moderna de fragmentação social, que se recusa a conceder aos fragmentos qualquer tipo de identidade relacional. A perspectiva que tenho mantido consistentemente rejeita qualquer gênero de essencialismo ó quer do todo, quer dos seus elementos ó e afirma que nem o todo nem os fragmentos possuem qualquer tipo de identidade fixa, anterior à sua forma de articulação contingente e pragmática. (CHANTAL *apud* SILVA, 1998).

115. Considerando que existência de qualquer indivíduo "é a afirmação de uma diferença, determinação de um outro que desempenhará o papel de elemento externo constitutivo", torna-se, assim, possível compreender "a forma como surgem os antagonismos" e o modo como se pode relacionar com os adversários, "Lutaremos contra as suas idéias mas não poremos em causa o seu direito a defendê-las" (CHANTAL *apud* SILVA, 1998). E mais que possibilidade de existência, esse elemento exterior potencializa a sua destruição, diria Carl Schmitt. Ou seja, Chantal tem plena consciência da precariedade da sua comunidade política, tendo em vista que a força que a aglutina é também ela o elemento destruidor do conflito.

116. Em lugar de considerar a democracia como algo natural e evidente, como algo adquirido do resultado de uma evolução da humanidade, torna-se necessário considerar as suas fragilidades, déficits e insuficiências.

Defendo que, a fim de radicalizarmos a idéia de pluralismo, de forma a transformá-lo num meio de aprofundamento da revolução democrática, temos de romper com o racionalismo, o individualismo e o universalismo. Só nessa condição será possível aprender a multiplicidade de formas de sujeição que existem nas relações sociais e facultar um enquadramento para a articulação das diferentes lutas democráticas – em torno do gênero, da raça, da classe, do sexo do ambiente e outros fatores. (MOUFFE, 1996)

117. A defesa intransigente do pluralismo tem a plena consciência de que na democracia radical habita um paradoxo incontornável. "O próprio momento da sua realização seria também o início da sua desintegração. Deve ser concebida como um bem que só existe como bem enquanto não pode ser alcançado. (...) Uma tal democracia será sempre uma democracia futura, uma vez que o conflito e o antagonismo são simultaneamente, condição de possibilidade e condição de impossibilidade da sua total realização". (MOUFFE, 1996)

118. A democracia moderna reside justamente nesse fato, a coexistência entre o princípio da identidade e da equivalência representativa. Essa coexistência deve ser criada e renegociada diariamente, ser todo dia reconquistada. Só ela é capaz de dar harmonia e sucesso à democracia. Chantal prevê ainda um mau destino caso essa diferença seja superada, pois a realização plena da democracia, como fim dessas incongruências, marca o início da destruição do próprio regime. Conforme explica Menelick de Carvalho Neto:

Somente uma identidade do sujeito constitucional complexa, aberta e sempre incompleta pode agasalhar e nutrir o constitucionalismo, pois não há ditadura que possa plausivelmente preparar para o exercício da cidadania, somente o exercício da cidadania produz cidadãos. (MENELICK, 2003)

119. É o que Jacques Derrida diz, em outras palavras, ao contrapor a idéia da concepção fixa da democracia, cujos princípios já estariam determinados, à idéia da democracia como processo, vendo essa como algo que produz sua própria diferença no tempo, visto que está sempre inacabada, sempre por se fazer. Propõe o autor que liberdade e igualdade são fundamentos da democracia, contudo, ressalta que a liberdade não pode ser medida, tendo em vista que a ninguém poderá ser estabelecida uma cota de liberdade.

120. Salienta o autor que a democracia - assim como a política da amizade e a liberdade - não pode ser imposta, visto que é o outro mesmo que deve solicitá-la, de forma a impelir cada um de nós e a também requerer de cada um a preservação da nossa alteridade sem violência ou exclusão. Deste modo, quando se critica a identidade, afirmando a diferença, quer-se sugerir também que o lugar da política e do direito tem que ficar vazio, para que assim não se possibilite a imposição de novas formas de ideologia.

121. Na perspectiva de desconstrução, Derrida afirma não existirem mais fundamentos puros, pressupõe-se então uma alteridade. A idéia de uma promessa é inscrita na idéia de uma democracia: igualdade, liberdade, liberdade do discurso, liberdade da imprensa. Nesse ponto de vista, a democracia pode ser vista como uma promessa, o que decorreria do fato do conceito ser mais histórico que político. Assim, é esse mesmo conceito histórico, que leva Derrida a chamá-lo de um “para vir”: “é uma promessa que remanescerá uma promessa, mas “de vir também” meios não um futuro mas aquele que tem “para vir” como uma promessa, como um dever, que seja vir imediatamente”. (DERRIDA *apud* MILOVIC).

122. Essa concepção de democracia, como algo que está “por vir”, tem em vista a não existência de uma identidade fixa, e tampouco corresponde a um conceito homogêneo ou regular de democracia, tendendo, assim, ao aperfeiçoamento, a partir mesmo de suas falhas e impasses. Ela vai ao encontro, principalmente, ao que Derrida chama atualmente de “auto-imunidade” - complexo conceito proveniente das ciências biológicas que diz respeito a uma capacidade autocrítica extrema - sem o qual não há verdadeira democracia.

Porque a democracia resta por vir, tal é a sua essência na medida em que ela resta: não apenas ela restará indefinidamente, logo sempre insuficiente e futura mas, pertencendo ao tempo da promessa, restará sempre, em cada um dos seus tempos futuros, por vir [à venir]: mesmo quando há democracia, esta não existe nunca, não está nunca presente, permanecendo o tema de um conceito não apresentável. Será possível abrir ao «vem» de uma certa democracia que não seja mais um insulto à amizade que tentámos pensar para além do esquema homo-fraternal e falologocêntrico?

Quando estaremos nós prontos para uma experiência da liberdade e da igualdade que faça a prova respeitosa desta amizade, e que seja finalmente justa, justa para além do direito, quer dizer, à medida da sua desmesura? (DERRIDA, *Política das Amizade*, 2003)

123. Para ele, a tolerância vira uma linha tênue entre integração e rejeição, uma espécie de oposto da hospitalidade, conceito radical e cheio de perigos que

pressupõe ser alguém capaz de estar aberto previamente para alguém que não é esperado nem convidado, um visitante absolutamente estranho. A democracia, então, não pode ser praticada simplesmente como a razão dos mais fortes, mas sim como um exercício permanente de concessão recíproca de direitos, sem que ninguém possa - inclusive a autoridade - determinar unilateralmente os limites do que deve ou não ser tolerado.

124. Dessa forma, a existência dos “Estados Totais” entraria em declínio por sua própria contradição. Ao se assentar na idéia da legitimidade pela identidade, concentra em si todas as instâncias, tanto do público quanto do privado, ou do particular e do coletivo. Renega cegamente a constituição moderna da sociedade como um ambiente em que coexistem diversos setores em convívio plural, quer seja pela raça, pela crença, pela opção sexual ou, mesmo, pela renda.

É a existência dessa tensão entre a lógica da equivalência e a da diferença, entre o princípio da igualdade e o da liberdade e entre as nossas identidades de “indivíduo” e de “cidadão”, que constitui a melhor garantia contra qualquer tentativa de realização tanto de uma sutura definitiva, quanto de uma total disseminação. (MOUFFE, 1994)

125. Conforme Menelick de Carvalho Neto, por ocasião da apresentação feita à tradução do livro “A identidade do Sujeito Constitucional”, de Michel Rosenfeld, tanto Friedrich Muller, Chantal Mouffe, quanto o próprio Rosenfeld e maior parte da filosofia política e da doutrina constitucional atuais aprenderam por suas experiências que os regimes paternalistas e autoritários eliminam precisamente o que afirmam preservar. Caindo na contradição que os encaminham para seu próprio desgaste e conseqüente fim. Como bem explica o professor:

Ela [a tutela paternalista] subtrai dos cidadãos exatamente a cidadania, o respeito à sua capacidade de autonomia, à sua capacidade de aprender com os próprios erros, preservando eternamente a minoridade de um povo reduzido à condição de massa (de uma não-cidadania), manipulável e instrumentalizada por parte daqueles que se apresentam como seus tutores, como os seus defensores, mas que, ainda que de modo inconsciente, crêem *a priori* e autoritariamente na sua superioridade em relação aos demais e, assim, os desqualificam como possíveis interlocutores. (MENELICK, 2003.)

Uma nova visão para a construção da ciência nas democracias modernas: a inclusão de novos saberes

126. O que se observa é que a ciência moderna, em geral, ao considerar apenas um único modelo cognitivo epistemológico como científico, ou seja, digno de ser considerado confiável, realiza uma simplificação um tanto mutiladora do universo. Em uma tentativa de reversão desse processo, sob um prisma de emancipação e participação social e de inclusão de novos saberes na ciência, Boaventura de Sousa Santos tece algumas observações e delinea um novo olhar sobre a ciência e sua aplicação nas ciências sociais. Destaca-se, sob esse enfoque, uma observação da observação acerca da concepção de ciência que se impõe como certa, como autônoma, com pretensão totalitária.

127. Boaventura salienta que existe hoje uma reiterada tensão e crise no que se refere a regulação e emancipação social e as expectativas da sociedade moderna, neste sentido, observa que:

No plano social, há uma regressão, que se agrava, sobretudo, nas últimas décadas, com perdas de direito e de possibilidade futuras e, no plano epistemológico, a crise do pensamento hegemônico das ciências sociais, centradas em uma razão eurocêntrica e indolente, incapazes de produzir novas idéias. Vale dizer: incapazes de renovar e a reinventar a teoria e a emancipação social. (SANTOS, 2007, p.08)

128. E assim, reconhecendo a incapacidade da nossa época de adotar uma postura crítica o suficiente e capaz de reformular a emancipação social, utiliza-se da idéia de Sociologia das Ausências:

A *Sociologia das Ausências* trata da superação das monoculturas do saber científico, do tempo linear, da naturalização das diferenças, da escola dominante, centrada hoje no universalismo e na globalização, além da produtividade mercantil do trabalho e da natureza.

129. Sob este prisma, visando a emancipação, Boaventura contrapõe à monocultura de saberes diversas ecologias, objetivando assim superar a razão proplética – que é aquela que se estrutura em um pensamento linear pelo qual o futuro já está determinado pelas idéias de progresso e produtividade dentro de parâmetros capitalistas- “partindo de um futuro concreto e de utopias realistas encontradas em pistas que são forjadas nas organizações, nos movimentos e nas

lutas de classes populares e de povos historicamente marginalizados” Como delimita a respeito das ecologias de saberes:

*A ecologia dos saberes, que postula um diálogo entre saber científico com o saber popular e laico, ecologia das temporalidades, que considera diferentes e contraditórios tempos históricos, a ecologia do reconhecimento, que pressupõe a superação das hierarquias; a ecologia dos transeuntes, que possibilita articular projetos locais, nacionais e globais, e por fim, a ecologia das produtividades, centrada na valorização dos sistemas alternativos de produção da economia solidária, popular e autogestionária.*

130. A análise epistemológica do autor salienta a crítica feita à teoria marxista. Para Boaventura, existem problemas em tal teoria no que se refere principalmente à questão de futuro, “vinculada à idéia de progresso, parca abordagem do colonialismo” a à questão de “aceitar a idéia de uma unidade e universalidade do saber com primazia no saber científico” (SANTOS, 2007, p. 9)

131. Ademais, vale salientar a perspectiva de Karl Popper acerca do progresso científico e social em meio às instituições sociais. Sob o seu olhar, a língua é uma instituição social sem a qual não caberia pensarmos em progresso científico, por considera que sem ela não poderá haver ciência nem um conhecimento progressivo. A escrita é uma instituição social. Neste sentido, salienta que o próprio método científico tem aspectos sociais:

*A ciência, e mais especialmente, o progresso científico resultam não de esforços isolados, mas da livre competição de idéias. A ciência requer competição cada vez mais severa entre hipóteses e teste cada vez mais rigorosos (...) **o progresso depende largamente de fatores políticos, de instituições políticas que assegurem a liberdade de pensamento, depende da democracia.**(POPPER, 1980, p. 120)*

132. Sob esse prisma, Popper critica a Sociologia do Conhecimento, pois, para ele, exatamente o que essa sociologia esquece é o caráter social ou público da ciência. Além disso, para Popper, caso se deseje que a razão se desenvolva e que a racionalidade humana sobreviva, “nunca se deverá interferir com a diversidade dos indivíduos e de suas opiniões, objetivos e propósitos”. E assim:

*Até mesmo apelo, emocionalmente persuasivo, no sentido de que haja reunião em torno de um propósito comum, por excelente que seja, é apelo no sentido de que sejam abandonadas todas as opiniões morais contrastantes, as críticas recíprocas e os argumentos que elas provocam – e um apelo para que se abandone o pensamento racional. (POPPER, 1980, p. 124)*

133. Deste modo, Popper acaba por sugerir uma perspectiva democrática de ciência, não aos moldes de Boaventura mas como o começo de um importante processo de inclusão de novos saberes. Conforme Popper explicita:

A mola da evolução e do progresso é a variedade do material que vem a ser sujeito à seleção; é, no que interessa à evolução do homem, a 'liberdade de ser ímpar e diferente dos outros', 'de discordar da maioria e seguir o próprio caminho. O controle holístico, levando a equiparação não dos direitos humanos, mas dos espíritos humanos, significaria o fim do progresso. POPPER (1980, p. 124)

134. Continuando a perspectiva de avanço no plano da luta prática das transformações sociais, Boaventura ressalta que se apresenta como necessária a produção de subjetividades rebeldes, e não conformistas, em vistas a superação da matriz colonizadora. (SANTOS, 2007, p. 10)

135. Neste sentido, Popper converge com Boaventura, ao criticar por exemplo, o historicismo e a sensação de estarmos sendo arrastados para o futuro por meio de forças irreversíveis. (POPPER, 1980, p. 125) Para Popper, os historicistas procuram compensar-se da perda de um mundo imutável apegando-se à crença de que é possível antecipar a mutação, já que esta seria governada por uma lei imutável. Ocorre que, para Popper, a mudança é um atributo da ciência, assim com a democratização da pressuposição de teorias.

Se pensarmos que a história progride, ou que estamos fadados a progredir, então cometemos o mesmo engano daqueles que crêem ter a história um significado que pode ser descoberto nela e não necessita ser-lhe dado. Progredir, com efeito, é mover-se para a certa espécie de fim, para um fim que existe para nós como seres humanos. A história não pode fazer tal coisa, apenas nós, os indivíduos humanos, podemos fazê-lo. E o podemos fazer defendendo a fortalecendo aquelas instituições democráticas de que a liberdade e, com ela, o progresso dependem. (POPPER, 1974, p. 288)

136. Por outro enfoque sugere Boaventura de Sousa Santos uma *democracia de alta intensidade*, capaz de atender as demandas de subjetividades rebeldes. Contudo, verifica este autor que o processo de construção de uma democracia como essa, vinculada à renovação da teoria crítica e à reinvenção da emancipação, necessita de “a paciência infinita da utopia”:

Pensamos que é preciso continuar com a idéia de emancipação social; no entanto, o problema é que não podemos continuar pensando-a em termos modernos, pois os instrumentos que regularam a discrepância entre reforma e revolução, entre experiências e expectativas, entre regulação e

emancipação, essas formas modernas, estão hoje em crise. (SANTOS, 2007, p. 18)

137. Entretanto, apesar dos problemas de lidar com a emancipação em termos modernos, observa o autor que as promessas da modernidade, a liberdade, a igualdade e a solidariedade, mantêm-se como aspiração da população mundial. SANTOS (2007, p. 19)

138. Deste modo, o que se verifica é que os problemas são modernos, entretanto, as soluções não mais o são. Neste sentido, corrobora que “não é simplesmente de um conhecimento novo que necessitamos; que **necessitamos é de um novo modo de produção do conhecimento. Não necessitamos de alternativas, necessitamos é de um pensamento alternativo às alternativas**” SANTOS (2007, p. 20- grifo meu).

139. A temática fomentada pelo autor se constrói em meio a um problema apontado por ele: as teorias sociais são, em geral, produzidas por países do Norte. Por esse motivo, não há o reconhecimento de saberes distintos daqueles ditos “científicos”: conhecimentos populares, indígenas, camponeses. Em oposição a essa produção hegemônica, na perspectiva de Boaventura não há ciência pura, o que existe é um contato cultural de produção de ciências. Para superação dessa idéia, toma como indispensável uma separação entre objetividade e neutralidade:

Objetividade, porque possuímos metodologias próprias das ciências sociais para ter um conhecimento que queremos que seja rigoroso e que nos defenda de dogmatismos; e, ao mesmo tempo, vivemos em sociedade muito injustas, em relação as quais não podemos ser neutros.

140. Não se pode permitir, reitera o autor, que experiências muito locais – como as que se observa na Índia, na África do Sul e no Moçambique- sejam hostilizadas pelos meios de comunicação, se tornando desacreditadas e não sendo consideradas pelas ciências hegemônicas.

141. Boaventura levanta bandeira contra o desperdício da experiência e, como explica, ela se estrutura por meio de uma razão indolente. Essa racionalidade é aquela que não se exerce muito, que não tem vontade de se exercitar. Manifesta-se de duas diferentes formas. Pela *razão metonímica*, que é aquela que toma a parte pelo todo, tendo um conceito restrito de totalidade construído por partes homogêneas (SANTOS, 2007, p. 26), capaz de contrair, diminuir, subtrair o

presente, visto que deixa de fora muita realidade “muita experiência, e, ao deixá-las de fora, ao torná-las invisíveis, desperdiça a experiência.” A outra forma de manifestação, a *razão proplética* se pretende conhecer no presente a história futura, expandido bastante o futuro. Em uma perspectiva crítica a essa razão indolente, explica sua pretensão:

O que vou lhes propor é uma estratégia oposta: expandir o presente e contrair o futuro. Ampliar o presente para incluir nele muito mais experiência, e contrair o futuro para prepará-lo.

142. Observa que no Oriente a racionalidade é vislumbrada de forma bastante distinta da que se verifica no Ocidente. Como explana, “O conhecimento oriental é muito mais global, mais holístico, é totalidade, não é dicotômico”. (SANTOS, 2007, p. 27)

143. Sendo assim, as dicotomias “não existem como dicotomias, existem como partes que são articuladas em totalidades cósmicas, muito amplas, em multiplicidade de tempos – tempos circulares, tempos lineares, tempos de metempsicose, ou seja, da reencarnação.”. Propõe o autor uma Sociologia das Ausências, com base na seguinte premissa:

Que muito do que não existe em nossa realidade é produzido ativamente como não existente, e por isso a armadilha maior para nós é reduzir a realidade ao que existe. Assim, de imediato, compartimos essa racionalidade preguiçosa, que realmente produz como ausente muita realidade que poderia estar presente. (SANTOS, 2007, p. 28)

144. Essas ausências, sugere o autor, se estruturam de cinco modos:

*A monocultura do saber e do rigor*, que é aquela que acredita que o único saber rigoroso é o saber científico. Ao constituir-se como monocultura, acaba por destruir outros conhecimentos – é o que o autor chama de epistemicídio: a morte de conhecimentos alternativos. Deste modo, o que se pode sintetizar é que o primeiro modo de produção da ausência é a *ignorância*.

*A monocultura do tempo linear*, que é aquela que supõe que a história tem um sentido, uma direção, e de que os países desenvolvidos estão na dianteira. Neste sentido, incluem-se o conceito de progresso, modernização, desenvolvimento e de globalização, haja vista serem

termos que indicam um tempo linear em que os mais avançados estariam sempre na dianteira. Sob esse prisma, é impossível pensar que os países menos desenvolvidos possam ser mais desenvolvidos que os mais desenvolvidos nos mais variados aspectos. O segundo modo de produção da ausência é o *residual*, o primitivo, simples.

A *monocultura da naturalização das diferenças*, que é aquela que objetiva ocultar as hierarquias. Essa monocultura concretiza a racionalidade ocidental, que “não sabe pensar diferenças com igualdade; as diferenças são sempre desiguais. O terceiro modo de produzir ausência é *inferiorizar*, “que é uma maneira desqualificada de alternativa ao hegemônico, precisamente por ser inferior”.

A *monocultura da escala dominante* pressupõe que exista uma escala dominante nas coisas, no ocidente tem sido principalmente duas expressões: universalismo e globalização. Deste modo, o *particular* e o *local* se apresentam como forma de produção da ausência: “A realidade particular e local não tem dignidade como alternativa crível a uma realidade global, universal. O global e universal é hegemônico: o particular e local não conta, é invisível, descartável, desprezível”.

Por último, a *monocultura do produtivismo capitalista*, que se estrutura sob a idéia de ser o crescimento econômico e a produtividade medidas em um ciclo de produção que determinam a produtividade humana e da natureza, não levando mais nenhum fator em conta. Neste sentido, tudo que não é produtivo neste contexto é considerado improdutivo.

145. É sob essas perspectivas que Boaventura propõe uma transformação dos objetos ausentes em objetos presentes, sugerindo a efetivação de *ecologias dos saberes* em oposição à razão metonímica, redutora do presente.

146. Já no que diz respeito à crítica da razão *proléptica*, sugere o confronto com a Sociologia das Emergências. Essa como uma sociologia capaz de produzir experiências possíveis, que não estão dadas porque não existem alternativas para isso, mas são possíveis e já existem como emergência. A partir da Sociologia das Ausências e da Sociologia das Emergências, produzir-se-á uma enorme quantidade de realidade que antes não existia. Como iremos enfrentar tal fato? O que o autor

sugere é que hoje não é possível construirmos uma teoria geral. “Estamos de acordo que ninguém tem a receita, ninguém tem a teoria”.

147. O que propõe é que, para que se produza sentido em meio a essa estrutura caótica, devemos utilizar o *procedimento de tradução*. Esse procedimento significa: “traduzir saberes em outros saberes, traduzir práticas e sujeitos de uns aos outros, é buscar inteligibilidade sem canibalização, sem homogeneização. (SANTOS, 2007, p. 39) Ressalta, contudo, que é necessário criar inteligibilidade sem destruir a diversidade.

148. Intenta a construção de uma *Epistemologia do Sul*, que se basearia em tal idéia: “não há justiça social global sem justiça cognitiva global, ou seja, sem justiça entre os conhecimentos”. Considerando que nenhuma cultura é completa, observa que é preciso fazer o procedimento de tradução para ver a diversidade sem relativismo, porque os que estão comprometidos com mudanças sociais não podem ser relativistas.

Esse procedimento de tradução é um processo pelo qual vamos criando e dando sentido a um mundo que não tem realmente um sentido único, porque é um sentido de todos nós; não pode ser um sentido que seja distribuído, criado, desenhado e concebidos no Norte e imposto ao resto do mundo, onde estão três quartos das pessoas. (SANTOS, 2007, p. 41)

149. Dessa maneira, sendo o conhecimento científico um conhecimento que não compartilha com muitos outros saberes acerca da realidade, o conhecimento científico da modernidade é um conhecimento que “desencanta”, no dizer de Max Weber, e transforma a natureza em um autômato. Ademais, se mostra como autoritário, pois pressupõe uma única forma de conhecimento válido, que desumaniza, quando modifica a relação eu/tu em relação sujeito/objeto; que reduz o universo do observável ao panorama do só quantificável; que, enfim, dá-se ao direito de desprezar tudo o que considera irrelevante, não reconhecendo, assim, tudo o que não quer ou consegue conhecer.

150. Boaventura de Sousa Santos afirma que essa revolução que se evidencia está ocorrendo em uma sociedade ela própria já revolucionada pela ciência, o paradigma emergente não pode ser apenas um paradigma científico, como ocorreu no século XVI, mas, sobretudo, um paradigma social, mais preocupado com a qualidade de vida dos seres humanos.

151. Destarte, o conhecimento do paradigma que começa a se manifestar tende ao não-dualismo e à superação de distinções tais como a divisão sujeito/objeto, natureza/cultura, mente/matéria etc, e a distinção dicotômica entre ciências naturais e ciências sociais, que vem imperando nos caminhos para a construção dos saberes, deixa de existir, uma vez que esta separação origina-se em uma concepção mecanicista da natureza, contrapondo os conceitos de indivíduo, sociedade e democracia.

152. Uma outra característica marcante neste paradigma emergente é a de que todo conhecimento é total, ou seja, rejeita o modelo de fragmentação da ciência moderna, cujo rigor aumenta na proporção direta em que se divide o real. As mazelas dessa fragmentação do conhecimento são reconhecidas hoje quando, através da criação de novas disciplinas para resolver os problemas ocasionados pelas antigas, deparamo-nos com a reprodução desses mesmos problemas, sob outra forma.

153. Sob esse enfoque, o conhecimento moderno não pode ser autoritário nem determinista, pois se constitui através de uma pluralidade metodológica. Não significa, entretanto, que se formule uma pluralidade indiscriminada, mas, sim, um conhecimento constituído a partir das condições de possibilidades baseadas na relação entre disciplinas.

154. O ato do conhecimento e o sujeito que o produz são inseparáveis nessa nova racionalidade científica, onde a ciência assume uma forma íntima que não separa o objeto estudado daquele que o estuda. Ao contrário da ciência moderna, o que podemos chamar de novo paradigma considera que necessitamos do senso comum, pois ele enriquece nossa relação com o mundo. É capaz de também produzir conhecimento, pois possui uma dimensão libertadora que pode ser ampliada através do diálogo com o conhecimento científico.

155. Sendo assim, esta concepção alternativa do senso comum visa demonstrar sua contribuição para a construção de uma nova racionalidade, na qual se busca um senso comum esclarecido pela ciência e uma ciência prudente, transformada pela praticidade do senso comum, ou melhor dizendo, uma nova configuração para o saber:

A realidade qualquer que seja o modo como é concebida é considerada pela teoria crítica como um campo de possibilidades e a tarefa consiste precisamente em definir e avaliar a natureza e o âmbito das alternativas ao que está empiricamente dado. A análise crítica do que existe assenta no pressuposto de que a existência não esgota as possibilidades da existência e que, portanto, há alternativas susceptíveis de superar o que é criticável no que existe. O desconforto e o inconformismo ou a indignação perante o que existe suscita impulso para teorizar a sua superação. (SANTOS, 2000, p. 23)

156. Assim como bem observou Bassalobre, em relação à obra *Crítica da Razão Indolente*, de Boaventura de Sousa Santos:

Talvez o momento epistemológico peça que a balança de nossas análises penda menos para Parmênides, onde a razão humana exige a imutabilidade do objeto ao qual se dirige e um pouco mais para Heráclito, cujo modelo de mundo centrava-se no eterno devir, em movimento e mudança – as coisas não são, tornam-se, pois, nesse devir perpétuo conciliam-se os contraditórios. (BASSALOBRE)

157. O que se constata é que desde o início do séc. XIX houve a predominância da racionalidade cognitivo-instrumental da ciência e da tecnologia em detrimento de outras lógicas de racionalidade, o que não condiz com a idéia de democracia que concerne a idéia de inclusão.

158. Luis Alberto Warat observa, em *Manifesto do Surrealismo Jurídico*, que a cultura da modernidade faz de tudo para despolitizar a maioria das relações sociais “e manter o véu sobre seu conteúdo totalitário”: como exemplo fundamental cita o saber das ciências. Assim, conforme Warat, ciência é uma palavra ambígua, pois pode se referir tanto a uma atividade quanto a um resultado. Exemplifica analisando a “física”, que pode ser vista tanto pelos produtos da investigação quanto pela investigação em si.

159. Considera também que ciência é uma palavra vaga já que não denota nenhum critério preciso para a sua definição. Nessa palavra haveria uma imprecisão referencial. Isso acontece também porque muitas atividades e discursos podem ser classificados como científicos com certa facilidade, enquanto em outros há muitas dúvidas se a palavra seria bem aplicada para caracterizá-los como, por exemplo, o Direito.

160. Ademais, sugere ser “fantasiosa” a tentativa de se formular um critério único para definir o que é ciência, ainda mais por um critério apriorístico. Para o autor, discurso científico é um conjunto de enunciados, é a linguagem da ciência, e é

esse discurso o que caracteriza a ciência. Os enunciados têm sentidos informativo e verdadeiro, por serem gramaticalmente bem formados. Verdadeiro é aquele que manifesta “certo grau de correspondência entre a realidade e a estrutura de linguagem com o qual pretende ordená-la”. Possuindo essas duas características, são definidos como proposições.

161. Warat também diferencia o discurso científico do pré-científico. O primeiro seria aquele no qual a verdade pode ser demonstrada. Já o segundo se caracterizaria por uma persuasão para uma aceitação do seu caráter verossímil. A partir disso, explicita que as correntes tradicionais do direito, por exemplo, insistem em sustentar o caráter demonstrativo dos discursos jurídicos e que a melhor forma de persuasão seria “atribuir uma aparência demonstrativa às crenças, instituições e valores”. (WARAT, 1995, p. 376)

162. Além disso, um discurso, que se pretende científico, orienta-se em uma temática, procura propor leis gerais - e não particulares como o pré-científico- e ainda tem a característica de ser decidível. Para o Direito, o critério de decidibilidade advém da idéia de validez. Por exemplo, para poder considerar a noção de decidibilidade do direito positivo, só seriam analisadas as normas válidas. Ou seja, esse critério possibilita que as proposições se refiram a um campo delimitado e permite, portanto, a precisão do discurso.

163. Acontece que para a retomada das relações humanas, sociais, em um espaço de tolerância e respeito às diferenças, de sociologização dos saberes científicos, assim como propôs Boaventura, a fins de que se construa uma sociedade não alienada, mostra-se como necessário o que sugere Warat: “o propósito de tomar certas providências para tentar desmanchar a cena totalitária de nosso tempo”. (WARAT, 1988, p. 61) Para ele, o saber cognitivo visto como único saber científico acaba por fomentar a perpetuação de estruturas totalitárias. Nesses moldes:

No totalitarismo, as instâncias jurídicas do poder vão perdendo seu valor, sendo substituídas pelas instâncias disciplinares: realização cotidiana do panoptismo, como forma de funcionamento da sociedade pós-moderna. Desta maneira, consegue-se a produção de corpos e desejos dóceis. É a sociedade vista como tecnologia de adestramento e estagnação humana (...) **a produção social da subjetividade encaminha-se assim, para um futuro sem oportunidades, vencidas pelas práticas disciplinares de individualização dos corpos. Corpos vazios, proibidos de pensar e identificar-se com qualquer tipo de significações.** (WARAT , 1988, p. 102)

164. Ademais, acrescenta, em conformidade com a perspectiva de Boaventura de resignificação das subjetividades, contra o desperdício da experiência:

Quando nos apercebemos, como adultos da persistência da dolorosa sensação de impotência, estendemos a proteção paterna a outras figuras: Deus, o Direito, o Estado, a Ciência etc. Figuras que servem para nos fazer crer que seguimos contando com uma proteção amorosa. Assim, atenuamos o medo frente aos perigos da vida. (...) **Perdemos a noção de quanto à produção institucional da subjetividade nos afasta de todo e qualquer contato vital. A recuperação desses contatos exige substituir as santidades alheias por nossa própria singularidade: cada um de nós como construtor de suas próprias ilusões, longe dos fetiches, dos estereótipos e das crenças ritualizadas.** (WARAT, 1988, p. 35)

165. Para Boaventura de Sousa Santos, a ciência e o direito são elementos de regulação e uma nova ciência e um novo direito que são elementos de emancipação. Esta nova ciência conclama uma nova epistemologia uma nova retórica, uma nova investigação, capaz de incluir as experiências, as quais poderão ser efetivadas em pesquisas com caráter solidário e mutável.

166. Em uma perspectiva recente de possibilidade de saber científico aplicável às ciências em âmbito social, sob o enfoque proposto neste subtítulo, questiona-se a concepção de ciência como aquela necessariamente estabelecida por uma comunidade científica, na qual diversas experiências são excluídas, propondo-se uma epistemologia mais abrangente, democrática, de construção de novos saberes em meio as infindas subjetividades. Deste modo, pode-se propor como possível uma abordagem pluralista da epistemologia, em consonância ao ideal de democracia moderno de inclusão.

*Proposta de equiprimordialidade da dimensão pública e privada*

167. Michel Rosenfeld vislumbra um pluralismo abrangente, tendo em vista um pluralismo compreensivo:

Na medida em que o constitucionalismo deve se articular com o pluralismo, ele precisa levar o outro na devida conta, o que significa que os constituintes devem forjar uma identidade que transcenda os limites de sua própria identidade. Assim, do ponto de vista dos constituintes, a identidade do sujeito constitucional surge como um vazio, uma ausência, gerado pela

distância que separa auto-imagem própria dos constituintes daquela da forma política constitucional pluralista.” (ROSENFELD, 2003, p. 63)

168. Tendo a negação como o primeiro passo para a reconstrução do que seja, para ele, a identidade do sujeito constitucional, propõe-se um discurso sempre aberto no que se vincula ao âmbito constitucional. Como enfatiza Derrida:

Em suma, para que uma decisão seja justa e responsável, é preciso que, no seu momento próprio, se o houver, ela seja, ao mesmo tempo, regrada e sem regra, conservadora da lei e suficientemente destrutiva ou suspensiva da lei para dever, em cada caso, reinventá-la, re-justificá-la, re-inventá-la pelo menos na reafirmação e na confirmação nova e livre do seu princípio. (DERRIDA, 2003, p.38)

169. Desse modo, nota-se que tanto em Rosenfeld quanto em Derrida e Müller, a proposta de uma separação entre público e privado que não os desconsidere como esferas distintas, mas em que se assume o fato de ambos serem complementares. Em uma perspectiva de reconstrução e construção, a distinção público/privado se constitui como um conceito fluido, variável.

170. Ao se reconhecer que em um Estado totalitário, assim como ocorreu na Alemanha, em que o líder é o centro do Estado, e ao Estado caberia abarcar todas as relações privadas, verificando as conseqüências funestas de tal processo, pode-se observar que o público não pode ser reduzido ao estatal, assim como não pode existir uma privatização do público.

171. Hannah Arendt, a qual sugere que totalitarismo alemão foi caracterizado pelo primado do movimento. O primado do movimento buscaria que o modo de vida não fosse regularizado, de modo que assim se facilitasse a dominação total da sociedade. No campo do Direito, seria legitimado pelo amorfismo jurídico, que corresponde a um amorfismo no campo de Estado. A relação jurídica é substituída pela fidelidade pessoal, o Führer. O público e o Estatal se reduzem a mesma coisa. Vale ressaltar que na Alemanha Nazista, com a Constituição de Weimar, a lei de plenos poderes em 1933 “teve não só o efeito de legalizar a posse de Hitler no poder como o de legalizar geral e globalmente suas ações futuras” tornando-se ele a “fonte de toda legalidade positiva”. (LAFER, 1991, p. 95)

172. A partir de uma leitura sobre o senso comum, a crítica de Arendt direciona-se ao problema do contínuo processo de dogmatização do conhecimento

jurídico. Não se pára para pensar, e assim, sem se questionar, se adere a normas de conduta de uma sociedade. O que pode propiciar situações particulares como a ocorrida na Alemanha Nazista e na Rússia stalinista. Desta forma enfatiza-se o *pensar vivo*, uma interação entre o pensar e o conhecer suscitada em situações limites como a morte, o sofrimento ou o nazismo.

173. Arendt imagina a sociedade nazista como uma cebola, e não como uma pirâmide (LAFER, 1991, p. 95). No centro. encontrar-se-ia o líder, revestido por fachadas de contraditórias instituições que possibilitariam seu isolamento. Nesta sociedade, não há hierarquia de poder e as leis não se incomodam com a conduta e a organização humana, são apenas “leis de movimento”. (LAFER, 1991, p. 97)

174. No estado totalitário não há hierarquia de poder ou competências definidas com base na lei, e este amorfismo é o mecanismo para instrumentalizar a realização do princípio de liderança. O desejo de liderança – do chefe – pode encarnar-se, dependendo do momento, em qualquer dos múltiplos órgãos existentes ou criados pelo regime. (LAFER, 1991, p. 96)

175. Como instituição que legitime a dominação total, Hannah Arendt enfatiza a importância dos *campos de concentração* na formação do ideal totalitário de considerar os homens supérfluos, de acreditar que tudo é possível e de manter o poder pelo medo. O campo de concentração permite ao regime totalitário alcançar com plenitude seus anseios, e essa proposta de organização da sociedade se distancia de qualquer critério razoável de justiça. Sendo assim, um aparato jurídico não pode ser observado, pois a legalidade levaria a uma estabilização, por mais injustas que fossem as normas.

176. A destruição da idéia de justiça é confirmada pela forma de atuação do “inimigo objetivo”, da mentira ideológica, do racismo, do expansionismo e da burocracia. Do racismo, Lafer exemplifica, decorre “A perda do senso de realidade dos europeus no contato com os outros povos - uma perda que gerou insensibilidades que propiciaram o advento do genocídio”. A prática imperial seria o cerne do totalitarismo e do surgimento de campos de concentração, entretanto o autor enfatiza uma diferenciação elaborada por Hannah Arendt, que diz que, no imperialismo, por mais que se parta de que “tudo é permitido”, motivos utilitaristas e interesses permeiam as ações, o que não ocorre nos campos de concentração, pois

lá se passa a esfera do “tudo é possível”. Deste modo o *terror* em um estado totalitário perde característica de meio com utilidade:

177. Hannah Arendt observa que, num regime totalitário, o medo é generalizado e difuso, mas também, de maneira paradoxal, não tem utilidade como critério de conduta individual, pois as ações que ele inibe e condiciona não evitam o perigo que se teme. (LAFER, 1991, p. 104)

178. Ressalta-se que na perspectiva arendtiana o Estado despótico-autoritário de tirania não pode ser confundido com um totalitário, pois no primeiro haveria o interesse dos governantes na manutenção do poder, conferindo certa previsibilidade e razoabilidade ao regime. A polícia secreta de um Estado despótico-autoritário visaria à pacificação, como por meio da prisão de suspeitos de ações contra o governo. O que não ocorre no segundo, visto que o aparato totalitário desconsidera interesses nacionais, materiais, não sendo motivado pelo lucro. O serviço secreto é totalmente sujeito aos desejos do líder e deve estar sempre disponível quando o regime resolver “liquidar certas categorias da população”. (LAFER, 1991, p. 101)

179. Os próprios governantes não afirmam serem justos ou sábios, mas apenas executores de leis históricas ou naturais; não aplicam lei; mas aplicam um movimento segundo sua lei inerente. O terror é a legalidade quando a lei do movimento de alguma força sobre-humana, seja a Natureza ou a História. (LAFER, 1991, p. 102).

180. Para Celso Lafer, ao dialogar com Hannah Arendt, objetivando impedir o surgimento de um novo estado totalitário, emergem alguns temas de direitos humanos:

- a *cidadania* concebida com o “direito a ter direitos”, pois sem ela não se trabalha a igualdade que requer o acesso ao espaço público, pois os direitos – todos os direitos – não são *dados (physei)* mas *construídos (nomoi)* no âmbito de uma comunidade política;
- a *repressão ao genocídio* concebido como *um crime contra a humanidade* e fundamentado na tutela da condição humana da pluralidade e da diversidade que o genocídio visa destruir;

- o estudo da *obrigação política* em conexão: com o *direito de associação* como a base do agir conjunto e condição de possibilidade da geração de poder; com a dimensão de autoridade e legitimidade da fundação do nós de uma comunidade política e a sua relação com o *direito à autodeterminação dos povos*; com o poder da promessa e conseqüentemente com o *pacta sunt servanda* enquanto base da obediência ao Direito; com a resistência à opressão, através da *desobediência civil*, que em situações-limite pode resgatar a obrigação política da destrutividade da violência;

- o *direito à informação*, como condição essencial para a manutenção de um espaço público democrático, e o *direito à intimidade*, indispensável para a preservação do calor da vida humana na esfera privada. (LAFER, 1997, p. 64)

181. Tendo em vista essas considerações históricas, propõe-se que hoje o público não pode ser de forma alguma exclusividade estatal e o *privado*, retomando as conseqüências opressivas verificadas no Estado Liberal aos moldes do ocorrido no século XIX, não é só egoísmo numa sociedade complexa e diferenciada como a atual, que se mostra firmada também por novas formas de associação que caracterizam, em grande parte, o chamado terceiro setor. Diferente dos paradigmas constitucionais anteriores, não se verifica mais a exacerbação de uma esfera em contraposição à outra, nem a diluição do público no estatal, pois não há mais como identificar, tendo em vista essas novas formações sociais, o público com o Estado. (ARAÚJO PINTO, 2003, p. 28)

182. Pelo contrário, ressalta-se a equíprimordialidade das dimensões pública e privada. Não apenas a esfera pública é redimensionada, como também a privada, com pretensões agora de autodeterminação, autonomia e liberdade, no dizer de Habermas. Como sugere o professor Menelick, “a democracia requer uma identidade em constante tensão com as diferenças” e também “as esferas pública e privada são dimensões em permanente tensão e interdependentes” (CARVALHO NETO, 2001, p. 23). Deste modo, focaliza-se não mais um conceito estagnado e massificante de povo, assim como sugere Müller, mas sim povo como uma complexa rede de comunicação com possibilidade de participação. O constitucionalismo hoje “se faz em concreto e depende da vida, da cultura, da tradição”. (CARVALHO NETO, 2001, p. 24)

Assim, na realidade comunicativa e procedimental que se foca no Estado Democrático de Direito, a linguagem mostra ter papel fundamental, não devendo ser aprisionada por esta ou aquela gramática, mas sim vivida e vivenciada por todos, numa tomada de consciência dos riscos inevitáveis que devem ser enfrentados por toda a sociedade. (CARVALHO NETO, 2001, p. 30).

183. Cristiano Paixão reitera que a emancipação de uma esfera pública a qual seja independente dos comandos estatais e que viabilize a redefinição entre a dimensão privada da existência e o aspecto público da organização social constitui o maior desafio as ser enfrentado por sociedades que se pretendam democráticas, como a nossa. Assim, sugere: “trata-se de repensar o Estado, o direito, a constituição, a sociedade. Com os olhos voltados para a experiência presente.” (ARAUJO PINTO, 2003, p.30)

184. Assim como propõe Menelick de Carvalho Neto na *Apresentação* da obra de Michel Rosenfeld já anteriormente aludida, pode-se constatar que todas as dicotomias clássicas, como as que procuram opor privado a público, liberdade a igualdade, soberania popular a constitucionalismo, apenas de forma aparente são paradoxais. Vale ressaltar, contudo, que os pólos não deixam de ser opostos, no entanto não se pode ignorar que ambos são constitutivos um do outro, de tal forma que estruturam uma constante tensão que possibilita que a doutrina constitucional possua a capacidade para resolver problemas que antes não eram vistos. Vejamos:

Não há espaço público sem respeito aos direitos privados da diferença, nem direitos privados que não sejam, em si mesmo, destinados a preservar o respeito público as diferenças individuais e coletivas na vida social. Não há democracia, soberania popular, sem a observância dos limites constitucionais à vontade da maioria, pois aí há, na verdade, ditadura; nem constitucionalismo sem legitimidade popular, pois aí há autoritarismo. (“Apresentação”, MENELICK *in* ROSENFELD, 2003)

185. Assim como propõe Müller, o Estado deve ser arrancado finalmente da sua privacidade, estruturalmente ainda feudal, deve tornar-se público no sentido moderno do termo, deve, para dizê-lo em termos jurídicos, ser tratado como ente de Direito Público. E essa qualidade fundamental de uma república com uma efetiva divisão dos poderes e um efetivo controle dos poderes deve ser fiscalizada por uma práxis independente dos tribunais, cuidadosamente e em estrita fidelidade à constituição. (MÜLLER, artigo vide bibliografia)

186. Continua, ainda, sugerindo que contra a globalização do capital oligopolista, há de se globalizar a democracia – em formas estruturadas

democraticamente em si mesmas, enquanto auto-organização móvel, com um "povo" global a ser criado, paulatinamente, por meio da resistência, enquanto ator e veículo da comunicação na esfera pública mundial, da crítica e da formulação de opções melhores: com vistas a uma sociedade mundial futura, na qual a economia exista novamente em função das pessoas, e onde a estas seja possível decidir democraticamente seus destinos na condição de membros iguais de uma sociedade não excludente. O privado tem que ser vislumbrado como um direito público, como forma de respeito à diferença, a singularidade de cada um.

187. Considerando assim a distinção privado e público - como já aludida de diferentes formas -, vale ressaltar que em qualquer percepção sugerida, o que se deve centralizar - levando sempre em conta o constitucionalismo - é a primazia da igualdade e da liberdade como conceitos conflitantes, de forma que assim se assegure uma democracia plural, composta de um *povo*, assim como na concepção de Müller e de uma *Identidade do Sujeito constitucional* aberta, como propõe Rosenfeld.

### *Afinal, o que podemos entender por democracia hoje?*

188. Assim como na idéia de integridade do direito de Dworkin, deve-se utilizar os princípios constitucionais - que se mostrariam como requisitos de justiça, de equidade - no caso concreto, de forma que assim a decisão seja uma interpretação que considere o interesse de todos os envolvidos, como indivíduos, singulares e autônomos. Deste modo, nesse novo paradigma, enfatiza-se a decisão judicial que considera uma historicidade constitucional, resignificando a história e questionando concepções ideológicas por meio do discurso, do diálogo. Os direitos individuais, como a liberdade e a igualdade, apresentam-se, então, como já observado, como conceitos vazios a serem preenchidos no caso concreto, único e irrepetível.

189. Em consonância a uma perspectiva de ênfase aos direitos humanos, o constitucionalismo se apresenta como possível modelo capaz de assegurá-los, salientando que este reconhece que um governo democrático e responsável deve ser acompanhado de limites constitucionais ao poder do governo. Tendo em vista uma Constituição que visa garantir a igualdade e a liberdade, propõe-se que esta só pode ser fruto de um poder constituinte originário democrático, aberto, que dê vazão

à pluralidade das formas de vida de uma sociedade que aberta, sujeita a alterações e que não possui uma “essência” constitutiva – como um fundamento ditatorial ou religioso, por exemplo. As concepções de povo não podem ser estanques, como bem explica Cristiano Paixão e Menelick de Carvalho Netto: “Povo é um fluxo comunicativo que envolve de forma permanente o diálogo com as gerações passadas e a responsabilidade para com as futuras. (PAIXÃO, Cristiano e NETTO, Menelick de Carvalho, 2007, p. 06)”

190. Em relação à Democracia e o Constitucionalismo, acrescentam os autores:

O que é constitucionalmente relevante para se assegurar a democracia é o bom e correto funcionamento das mediações institucionais que possibilitam, na normalidade institucional, o permanente debate dos argumentos e o acesso a informações. PAIXÃO, Cristiano e NETTO, Menelick de Carvalho.(2007, p. 07)

191. Sob esse prisma, refletem de forma bastante elucidativa:

Uma **constituição** constitui uma comunidade de princípios; uma comunidade de pessoas que se reconhecem reciprocamente como iguais em suas diferenças e livres no igual respeito e consideração que devotam a si próprios enquanto titulares dessas diferenças. Por isso mesmo, também, a organização constitucional dos poderes públicos é ela mesma uma garantia e condição de possibilidade da afirmação dos direitos fundamentais, da complexidade, da igualdade na diversidade. **Povo** é o resultado do processo de deliberação sobre quem somos e como vivemos. (PAIXÃO, Cristiano e NETTO, Menelick de Carvalho, 2007, p. 08)

192. O que se pode ressaltar é que, tendo em vista a concretização da democracia, por meio do constitucionalismo como instância mantenedora de direitos individuais que se utiliza da experiência histórica, e na qual o povo é capaz de emitir sua opinião, a palavra povo deve ter seu sentido esvaziado, considerando que quando a ele se imbui um sentido, este pode vir a ser utilizado para legitimar pretensões totalitárias: “A maturidade democrática requer uma eticidade reflexiva capaz de rever como inadmissíveis antigas práticas naturalizadas” (PAIXÃO, Cristiano e NETTO, Menelick de Carvalho, 2007, p. 09)

193. Contudo, como forma de estruturar a sociedade atual, propõe-se que os direitos humanos assegurados em princípios constitucionais sejam vislumbrados como forma de mitigar injustiças, necessitando de um contínuo raciocínio crítico. Autores como Friedrich Muller e Michel Rosenfeld trabalham com a temática da

dicotomia entre público e privado e chegam à conclusão que, através do aprendizado histórico, é inadmissível, em nome de um interesse público maior, esmagar o estado privado do cidadão. O princípio da supremacia do interesse público não pode eliminar os direitos individuais das pessoas.

194. No Estado Democrático de Direito, igualdade e liberdade são dois princípios presumidos e que devem ser entendidos da seguinte forma: todos os indivíduos devem ser igualmente respeitados, mesmo estando em minoria, pois a minoria de hoje pode ser a maioria de amanhã. Assim, todos devem se respeitar reciprocamente para que ninguém corra o risco de ser futuramente “esmagado” pelo fato de ser diferente.

195. Em concordância com Rosenfeld, entende-se que igualdade requer mais proporcionalidade do que a simples similaridade de tratamento. O papel do Estado no Estado Democrático de Direito é garantir essa igualdade, ou seja, tratar os iguais como iguais e os desiguais na proporcionalidade de suas desigualdades, de modo que todos possam exercer sua liberdade na mesma proporção.

196. Sob esse enfoque, o clássico embate travado na Teoria do Estado entre os princípios de liberdade e o da igualdade, numa discussão emblemática sobre qual de fato propiciaria uma organização social democrática, fato era que se deveria optar por um deles, sabido que eram vistos como incompatíveis, hoje é superado. Agora, vivemos num tempo em que qualquer um destes levado ao extremo produziria desgraças muito grandes a um ideal democrático, ficando evidente, então que a noção de democracia sofreu alteração. Dessa forma, esta dicotomia apresenta-se hodiernamente como totalmente superada, ultrapassada; uma sociedade que estabeleça a democracia como um dos escopos por ela almejados não pode abrir mão de nenhum destes dois princípios, deve-se valer de ambos nesta empreitada.

197. Ao nos depararmos com o pluralismo e a complexidade de uma comunidade um grande desafio a nos posto é o de como propor uma igualdade, ou melhor uma universalização de regulação para com os diversos membros dela. Como é possível tratar de forma igual os desiguais? Mas isso não parece o pior, que vem com o princípio da liberdade, se eu permito que cada um goze abertamente da sua liberdade não ficaria a democracia demasiadamente comprometida?

198. Várias respostas já foram ensaiadas, conforme já destacado, em especial comento a de Carl Schmitt, hoje percebida como insuficiente. Ele nega o liberalismo, defende que o pluralismo por ele defendido é demasiadamente desestabilizador da sociedade, provoca conturbações e conflitos em grande medida. Seria, pois a igualdade na sua mais exaltada concretização, o caminho para alcançarmos a democracia. É contra essa e muitas outras opiniões do gênero que se procura enfatizar aqui.

199. Se pluralidade gera uma instabilidade na sociedade, em decorrência da complexidade presente nela, incognoscível em seu todo como bem nos ensina Luhmann, também devemos considerar que tal diversidade é nada mais que uma característica viva dela, a qual não podemos desprezar. É no seio desta pluralidade, predicado imanente da contemporaneidade, que devemos propor uma nova concepção de organização social, de democracia.

200. Nestes moldes que Chantal Mouffe contrapõe-se a Schmitt, defendendo a articulação entre liberdade e igualdade, para ela o cerne da democracia moderna, cuja contribuição maior daquela seria o pluralismo. Característica de extrema importância a um novo entendimento democrático, pois põe em xeque a verdade absoluta, fato já percebido por Schmitt, mas contrariamente a ele, vemos que, ao invés de contrapor-se à democracia ela a fortifica. A “homogeneidade democrática” aludida por aquele teórico nos é insuficiente.

201. Aqui se insere a proposição de Habermas acerca da relação entre política e Direito como forma de produção legítima de generalização de expectativas, proposta que relaciona muito bem os dois princípios acima citados. Ele sugere uma interlocução entre o poder político e a implantação de direitos como forma de dar maior efetividade ao ideal de justiça.

202. Pare ele a implantação de direitos subjetivos só se efetiva com a institucionalização de organismos imbuídos da prerrogativa de agir em nome da coletividade, exigindo-se que elas tenham poder de sanção para que manter respeito às normas jurídicas postas. Aparecendo-nos aí a crucialidade do Estado, como auto-organização para manter a “identidade da convivência juridicamente organizada”.

203. A grande questão levantada é a de um processo de institucionalização legítimo, que seja racionalmente aceita pelos membros do direito numa discussão de opinião e vontade. Pois considera a generalidade do conteúdo das normas insuficiente para estabelecer justiça; na institucionalização de um direito deste tipo, que se almeja legítimo, é crucial que os participantes da comunidade opinem na construção do seu conteúdo. Ou seja, seria importante que se desenvolvesse um consenso racional em relação à matéria regida por lei.

204. Isto ocorreria por meio do chamado poder comunicativo, produzido no seio da sociedade, envolvendo não apenas um grupo físico de indivíduos, seja toda a coletividade ou representantes dela, aos quais muitos creditam a representação da soberania popular. Mas sim por meio dos círculos destituídos de sujeito, que possibilitam anonimato ao poder, já que comunicativamente diluído; abrindo espaço para ligar a administração estatal à vontade dos cidadãos.

205. Esta relação entre política e poder, ou nos termos utilizados por Habermas o nexos funcional entre o código do direito e o código do poder é crucial, é por meio das funções que o direito e poder exercem um em relação ao outro que torna-se possível desenvolverem suas funções próprias, enquanto códigos específicos, para a sociedade como um todo.

206. Do já exposto, e mais ainda a partir da leitura do *facticidade e validade*, podemos perceber a importância e a nova roupagem que ganha o princípio da soberania popular. O poder comunicativo viabilizado pela política abre os fatores agregados à construção do direito, de modo que ele não se restringe a moral, a um conjunto de valores compartilhados em sociedade, mas traz em si também uma forte carga de considerações de razões pragmáticas e éticas. Estas contribuem com elementos que não estão presentes no campo moral, ou seja, não dizem respeito a condutas aceitáveis ou reprováveis numa sociedade, estão mais ligadas a “finalidades coletivas”.

207. Faz-se crucial neste momento, ressaltar que esta influência do poder político no direito não pode reduzi-lo à ele, o direito possui sua própria lógica de funcionamento, é um sistema social diferenciado, como diria Luhmann, e produz seus próprios juízos das irritações e perturbações advindas do ambiente.

208. Compreendendo isto que Habermas propõe o que chama de *sistema de direitos*, um complexo de princípios fundamentais a serem observados dentro de um Estado Democrático de Direito. Eles advém basicamente do princípio da soberania popular uma vez interpretado segundo a teoria do discurso, de uma construção social da vontade partindo do poder comunicativo com fins a gerar uma “prática institucionalizada de autodeterminação dos cidadãos”. Sob ótica do discurso o princípio da soberania popular exigiria a dedução do poder político a partir do poder comunicativo, para tal seria necessário que se garantisse alguns processos e condições de comunicação que resguardassem esferas públicas autônomas de discussão, bem como possibilitassem meios de participação equânimes, para que os diversos lados possam interagir da maneira a produzir um resultado que considere os anseios de todos. Não que o desacordo de uma pessoa implicara na aceitação de uma proposta, por exemplo, mas que ela possa ser ouvida, que possa pleitear a atenção da sociedade.

209. Este desdobramento se manifesta com maior nitidez no âmbito do legislativo, da construção de leis de forma democrática. Daí a necessidade do pluralismo político, que da ensejo à representação popular de maneira mais condizente com a realidade. Outro princípio que, segundo Habermas, seria o da *garantia de uma proteção jurídica individual ampla*, pelo qual o indivíduo não pode ser privado de uma prestação jurisdicional manifesta de forma condizente com o direito vigente, toda decisão judicial deve ser justificada e amparada no ordenamento jurídico. Ela não pode partir tão somente da criatividade do magistrado.

210. A de se levar em conta ainda os princípios da legalidade da administração, que diz basicamente que “a administração não pode interferir nas premissas que se encontram na base de suas decisões”. Ou seja, o que da legitimidade à atuação do poder administrativo é justamente a institucionalização do poder comunicativo, do que fora determinado num processo democrático de construção da vontade pública. Caso haja interferência da administração no processo de normatização e de prestação da função jurisdicional ter-se-á suprimido, por consequência a legitimidade do sistema.

211. E por fim, porém não menos importante, a princípio da separação entre o Estado e a sociedade, é ter em mente que todos os cidadãos precisam ter a oportunidade de expressar-se na esfera pública, ou seja, gozar das suas faculdades

de participação e comunicação, os quais devem estar assegurados neste contexto - lembremos das considerações de Celso Lafer e Hannah Arendt O Estado deve ser entendido como um poder a serviço da sociedade, mais diferente dela, não se pode confundir as ações do Estado, de uma posição, de um partido, como a do todo, a de toda a complexa e plural sociedade, com diversos outros partidos, diversos outros posicionamentos.

212. Somente por meio de um processo contínuo por meio do qual todos os cidadãos possam participar ativamente da construção de suas normas, que possam opinar e estar presentes, não fisicamente, mas influenciando, apresentando seus posicionamentos através de um poder comunicativo institucionalizado é que podemos construir uma sociedade democrática. A sociedade é repensada a todo o momento por seus diversos membros, pelos diversos grupos e sistemas que a compõem, e sem a garantia que possam, não só expressar a sua opinião, mas participar de modo ativo deste grande processo, não há como um Estado Democrático de Direito nos moldes do que almejamos se constituir.

213. Democracia, sob os enfoques neste trabalho apresentados, é algo que se constrói com o povo como um todo, numa consideração ampla não só de cada indivíduo, mas do nosso passado e de nossas expectativas para o futuro, e assim democracia se constrói com povo, no termo mais amplo, que abarque a complexidade a pluralidade e a diferenciação de uma sociedade.

## Considerações finais

214. O que se pode constatar é que a tentativa de divisão neste trabalho foi mais para facilitar a leitura do que para separar temas distintos. Afinal, as indagações tiveram como foco a análise e busca de soluções de como seria possível concretizar uma sociedade efetivamente democrática, conforme os ideais de inclusão e participação.

215. As teorias contemporâneas que envolvem a discussão entre Constituição, Povo, Direito e Democracia encontram-se estritamente vinculadas à crise da Modernidade, como se verifica, por exemplo, ao tratar-se da relação entre tempo e Direito. Não cabe mais aos estudos e às estruturações jurídicas a ênfase nas tradições: o que o Direito enfatiza, na atualidade, é uma perspectiva de resignificação do presente, partindo de uma análise histórica, para que melhor se atenda as demandas futuras.

216. A sociedade contemporânea é marcada pela complexidade, por uma gama de possibilidades observacionais e assim, uma diversidade de posicionamentos possíveis. Diferentemente de momentos históricos passados nos fica claro agora a inexistência dos absolutos, a inexistência de um critério, de uma forma de pensamento inexoravelmente certa, que nos leva a certeza de uma correção. O nosso tempo é da ausência de absolutos, impera a diversidade e a pluralidade. Pluralidade que deve abarcar as mais diversas esferas, inclusive a de produção dos saberes dito científicos, por isso as discussões trazidas à luz de Boaventura de Sousa Santos.

217. Uma regulação para este novo cenário faz-se necessária. Niklas Luhmann relaciona sociedade à comunicação, de forma que se sugere que cada sistema social possuiria um código, ou seja, a cada sistema caberia o exercício de funções específicas. Vale ressaltar que o autor não prega uma pureza do Direito, muito pelo contrário, ele reconhece a complexidade da nossa sociedade atual e os vínculos entre as mais diversas áreas. Contudo, observa que quando um argumento político, em busca de um “bem geral”, invade-se a esfera do Direito, existindo uma corrupção de código: os direitos das minorias não são protegidos. De acordo com o exposto, sugerimos que a exclusão e a mitigação da individualidade não podem fazer parte de sociedades que se intitulem democráticas.

218. Como propõe o professor Menelick de Carvalho Netto, há a concepção moderna de que aos indivíduos se embute a tarefa de se auto-reger, visto que as regras seguidas foram, de forma democrática, construídas por eles mesmos. Jürgen Habermas veio a enfatizar as relações *autor-destinatário*, pelas quais se sugere que as leis devem ser feitas por quem será por elas conduzido. Ressalta-se, deste modo, uma perspectiva de agir comunicativo, no qual a comunicação se apresente como um alicerce de *inclusão do outro*, das minorias, em contraponto à idéia de que a maioria deveria ser detentora do poder.

219. A história mostrou que há a necessidade de proteger toda e qualquer minoria. A Alemanha Nazista exemplificou, de forma cruel e amarga, que a vontade da maioria é capaz de servir de pressuposto para realização de ações genocidas. Sendo a decisão um problema enaltecido na contemporaneidade, a filósofa Hannah Arendt sugeriu que se deve *pensar* para que se compreenda o significado histórico e social de eventos e se possa contrapor idéias às pretensões totalizantes capazes de suprimir a singularidade dos indivíduos. Propõe a autora a retomada de um espaço público no qual exista e se reconheça a autonomia do julgar, do querer e do pensar em relação à cognição, de forma que assim se possibilite a formulação de juízos reflexivos, e não determinantes, incapazes de possibilitar a liberdade de ação.

220. A falta de reflexão se apresenta como o espelho de uma realidade que considera os indivíduos não como participantes, mas como meros espectadores do mundo, o que se contrapõe a perspectiva de adotada no presente trabalho: de democracia como forma de inclusão do outro e de novos saberes.

221. E aqui vale lembrar que Roberto Lyra Filho propõe é que o que é essencial no homem é a sua capacidade de libertação, de conscientização, de forma que se torne capaz de constatar as concepções ideológicas norteadoras de seus atos. Ao Direito caberia uma contínua transformação: na perspectiva deste autor o Direito não é, ele vai sendo. A função da sociedade e dos juristas seria a de contestá-lo e reconstruí-lo incessantemente em busca de uma Justiça Social, adequando e absorvendo princípios resultantes de conflitos sociais, formulando uma Justiça mutável que se adéqua conforme a realidade social, o que parece coerente com a discussão delineada.

222. Conforme se observou, Ronald Dworkin considera que o Direito baseado em princípios seria uma forma de assegurar os direitos das minorias. Para

este autor, a igualdade e a liberdade devem sempre se apresentar como conceitos vazios, preenchidos no caso concreto, único e irrepetível, utilizando-se como base uma pauta de valores elencados pela sociedade.

223. Em uma sociedade como a nossa, cada vez mais complexa e contingente, com o gradativo aumento da quantidade de riscos, ao Direito cabe regular expectativas. Há em Luhmann, assim como em muitos diversos autores contemporâneos, a idéia de mutabilidade do Direito, pela qual o risco deve ser assumido como essencial para que se possibilitem novas perspectivas e o reconhecimento e efetivação de princípios fundamentais.

224. Pretendeu-se incitar neste trabalho é que a *ciência* não pode se limitar a uma única observação externa, já que existem vários olhares capazes de contribuir para compreensão de suas dimensões. E foi exatamente por essa característica que foram incluídas além de Popper e outros reconhecidos como filósofos da ciência, algumas concepções de Boaventura de Sousa Santos e Luis Alberto Warat, em vistas de uma transformação da concepção de racionalidade, da inclusão de novas perspectivas, novas experiências e de um questionamento a ciência fundamentada em condições autoritárias e imposta como única manifestação do saber. Neste sentido, fomenta-se a inclusão de novos saberes, por vezes, emancipatórios. Conforme já observado, sob esse enfoque, o conhecimento moderno não pode ser autoritário nem determinista, pois se constitui através de uma pluralidade de métodos e de olhares.

225. A partir das considerações feitas, o que se propõe é que as manifestações ideológicas que contribuem para a superfluidade humana, para supressão do indivíduo, para uma mitigação da autonomia ou qualquer forma de opressão devem ser repensadas. A autonomia há de ser respeitada para que se formule uma percepção crítica ante a realidade social, ao Direito ou às manifestações ideológicas. Dessa forma, o enaltecimento da autonomia corresponder-se-ia à visão de democracia waratiana, que busca imaginar o novo, em oposição às crenças totalitárias: “A democracia é o direito de sonhar o que se quer.” (WARAT, 1988, p. 18) Ou como diria Arendt:

A tentativa totalitária de tornar supérfluos os homens reflete a sensação da superfluidade das massas modernas numa terra superpovoada. (...) Os acontecimentos políticos, sociais e econômicos de toda parte conspiram silenciosamente com os instrumentos totalitários inventados para tornar os homens supérfluos. (ARENDR *apud* LAFER, 1991, p. 112-113)

226. O que se propõe é uma afirmação da igualdade entre os indivíduos, igualdade aqui vista no sentido não de não haver hierarquia, de um indivíduo ser visto como superior ao outro. Contudo, ao mesmo tempo, uma igualdade que afirme a individualidade de cada um, a diferença e a perspectiva de tolerância, a condição de humano e não de preconceito e de superfluidade humana.

227. É muito devida a falibilidade da nossa capacidade de conhecer a necessidade de dialogarmos em conjunto, de possibilitarmos a contraposição de opiniões diversas, para que os contrários e os a favor, os beneficiados e os que sofrerem com as decisões possam expor seus argumentos, possam expor seus posicionamentos. Se mesmo assim erramos, apenas nos resta tentar consertar o erro, a humildade intelectual nos termos defendidos por Popper, é importante neste momento, em que leituras diversas podem ser feitas, sistemas dos mais variados, com operações específicas funcionam, num contexto em que a generalização de expectativas mantêm sua importância, sua crucialidade.

228. Critérios são necessários e só podem legitimamente conseguidos por meio da soberania popular, e esta, como bem ressaltam os professores Menelick e Cristiano Paixão, “não pode ser privatizada, assenhorada por nenhum órgão, e nem mesmo pela população de um determinado país. Povo é um fluxo comunicativo que envolve de forma permanente o diálogo com as gerações passadas e a responsabilidade para com as futuras.”

229. É sob esse pano de fundo que se angariaram discussões entre Friedrich Müller, Michel Rosenfeld, Jacques Derrida, Chantal Mouffe, Jürgen Habermas, Hannah Arendt, entre outros. E é nestes termos, de inclusão, participação, espaço público e pluralidade que se direcionam esta nova leitura da sociedade como efetivamente democrática.

## Referências Bibliográficas

- ARAUJO PINTO, Cristiano Paixão. *Arqueologia de uma distinção – o público e o privado na experiência histórica do direito* In: OLIVEIRA PEREIRA, Claudia Fernanda (org.). *O Novo Direito Administrativo Brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
- ARAUJO PINTO, Cristiano Paixão e NETTO, Menelick de Carvalho. *Entre permanência e mudança: reflexões sobre o conceito de constituição*. 2007.
- BASSALOBRE, Janete Neto. *Um olhar sobre a crise paradigmática: acerca da Crítica da Razão Indolente*. Disponível em: <http://www.criticaliteraria.com/9723605244>
- CARVALHO NETTO, Menelick de . A contribuição do direito administrativo enfocado da ótica do administrado: para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das Leis no Brasil. *Um pequeno exercício de Teoria da Constituição*. Fórum Administrativo, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, 2001.
- DERRIDA, Jacques. *A Força da lei - o fundamento místico da autoridade*. Porto: Campo Letras, 2003.
- DERRIDA, Jacques. Palestra proferida por Derrida na University of Sussex em 1997: “*Politics and Friendship A Discussion with Jacques Derrida*”. Disponível em: [http://www.sussex.ac.uk/Units/frenc hthought/derrida.htm](http://www.sussex.ac.uk/Units/frenc%20thought/derrida.htm) Acesso em 19.05.2007
- HABERMAS, Jürgen. In: *A Inclusão do outro – estudos de teoria política*. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.
- \_\_\_\_\_, Jürgen. “O Estado Democrático de Direito – uma amarração paradoxal de princípios contraditórios?”. In: *Era das transições*. Tradução e introdução de Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. 7 ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.
- LAFER, Celso. A ruptura e o paradigma da Filosofia do Direito – os limites da lógica do razoável. In: \_\_\_\_\_. *A reconstrução dos Direitos Humanos – um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. 1ª reimpressão. São Paulo: Companhia de Letras, 1991.
- MOUFFE, Chantal. Pensando a Democracia Moderna com e contra Carl Schmitt. Trad. Menelick de Carvalho Netto. In: *Caderno da Escola do Legislativo*. Belo Horizonte. jul.-dez./1994.
- \_\_\_\_\_, Chantal. *O regresso do político*. Tradução de Ana Cecília Simões. Lisboa: Gradiva, 1996.
- MÜLLER, Friedrich. *Democracia e Exclusão Social em Face da Globalização*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_72/artigos/artigos.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_72/artigos/artigos.htm). Acesso em 24. 05. 2007.
- \_\_\_\_\_, Friedrich. *Quem é o povo?* São Paulo: Max Limonad, 2003.

MILOVIC, Miroslav. *A impossibilidade da Democracia*. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Miroslav%20Milovic.pdf>. Acesso em 19. 05. 2007.

Palestra proferida por Derrida na University of Sussex em 1997: “*Politics and Friendship A Discussion with Jacques Derrida*”. Disponível em: <http://www.sussex.ac.uk/Units/frenc hthought/derrida.htm> Acesso em 19.05.2007

POPPER, Karl R. *A Miséria do Historicismo*. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix/ Editora da Universidade de São Paulo, 1980.

POPPER, Karl R. *A Sociedade Aberta e seus Inimigos*. 2º volume. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Editora Itatiaia e São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1974.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Renovar a Teoria Crítica e Reinventar a Emancipação Social*. Tradução Mouzar Benedito. São Paulo: Boitempo, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2000.

SILVA, José Manoel. *Dimensões do político em Mouffe, Clastres e Schmitt*, 1998. Disponível em: <http://ubista.ubi.pt/~comum/silva-jm-mouffe-clastres.html>. Acesso em 19. 05. 2007

STRECK, Lenio Luiz; CATTONI, Marcelo et al. *Revisão é golpe! Porque ser contra a proposta de revisão constitucional*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 985, 13 mar. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8093>. Acesso em: 23 maio 2007.

WARAT, Luis Alberto. *Manifesto do Surrealismo Jurídico*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1988.

---

\_\_\_\_\_ *Introdução Geral ao Direito: A epistemologia Jurídica da Modernidade*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995.

---

\_\_\_\_\_ “A fantasia jurídica da igualdade. Democracia e Direitos Humanos numa pragmática de singularidade”. *In: Epistemologia e Ensino do Direito: O Sonho acabou*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.