

Minorias e democracia no Brasil*

Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira

“Sob o signo de uma política completamente secularizada, não há Estado de Direito sem democracia radical”.

Jürgen Habermas

Segundo informações amplamente noticiadas pela imprensa, no dia 25 de fevereiro de 2005, o Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, ao discursar de improviso, em um evento do Ministério da Educação, em Brasília, procurou definir o que entende por democracia, fazendo menção a um episódio ocorrido tempos atrás, em Florianópolis, durante um comício para 10 mil pessoas. Segundo o Presidente Luiz Inácio,

“um dos *companheiros* foi convidado para proferir o seu discurso e as pessoas começaram a vaiar e a gritar ‘*Fora! Fora!*’. Ele [o *companheiro*] pegou o microfone e gritava: ‘Vocês não são democráticos porque não querem me ouvir. Eu preciso falar’. Aí – contou o Presidente Luiz Inácio –, coloquei a mão no ombro dele. E disse que não era possível, que ele não entendia o que era democracia. Tinham 10 mil pessoas que não queriam que ele falasse, e ele queria que elas ouvissem. Democracia – conclui, portanto, o Presidente Luiz Inácio – é entregar o microfone e pedir para o próximo orador e agradecer o povo por esse gesto de bondade”.¹

Por que, então, falar em *minorias e democracia no Brasil*?² Afinal, a democracia não é aquela forma de governo cujas decisões são tomadas pela *maioria*? Todavia, mesmo onde uma *maioria* governa, a *minoria* não teria direitos assegurados? Se a resposta for sim, como assegurar direitos às minorias, em face das decisões da maioria governante? Atribuindo-se a uma instituição, ao judiciário, por exemplo, um poder contramajoritário? Assim, todas as vezes que a maioria lesasse direitos das minorias, o judiciário estaria autorizado a proteger esses direitos. Mas quem autorizaria, numa democracia, o judiciário, que sequer é eleito, a controlar as decisões majoritárias que supostamente violariam direitos das minorias? Resposta: A Constituição. Mas por que uma Constituição autorizaria o judiciário a controlar decisões tomadas pela maioria, para que elas não firiam direitos das minorias? A Constituição, nesses termos, não seria contrária à democracia? Resposta: Não, se entendermos que a Constituição não foi estabelecida nem pela maioria, nem pela minoria, mas pela nação. A nação, portanto, acima das maiorias e das minorias, é quem soberanamente estabelece a Constituição do Estado para que, dentro do Estado, decisões tomadas por maioria não violem os direitos das minorias. A nação é o fundamento de todo poder e de toda autoridade. Mas quem autoriza a nação a estabelecer uma Constituição, que autoriza o judiciário a controlar decisões majoritárias, para que essas decisões não violem direitos das minorias? A própria nação. Pois se trataria de uma questão de fato, não de direito, ou, pelo menos, não de direito “positivo”, quem sabe “moral”, já que todo direito é posto pela nação? Não há direito sem nação. Mas se a nação cria o direito, quem cria a nação? Ora, uma nação se cria. Mas como uma nação se cria? Por uma fatalidade da história ou a história teria um sentido imanente? De

toda forma, como um “fato” se afirma como nação, dotada de soberania, para estabelecer uma Constituição, que autoriza o judiciário a controlar a maioria, que toma suas decisões, desde que não fira os direitos da minoria? Uma nação impõe-se pela sua própria soberania. No final, quer dizer, *no princípio*, está a própria soberania, ou seja, uma *força* que a todos submete e que não se submete a ninguém. Mas por que a nação quereria estabelecer uma Constituição do Estado em que, por um lado, as decisões fossem tomadas pela maioria, e, por outro, que as maiorias pudessem ser controladas pelo judiciário, para que a maioria não pudesse violar o direito das minorias? Se a nação é soberana para assim decidir, ela poderia ter decidido de outro modo, por exemplo, que a minoria governe sobre a maioria, ou seja, ter decidido por um governo de poucos ou até mesmo de uma só pessoa? A nação estaria obrigada a decidir pela democracia? O que faz com que a nação decida pela democracia? Ela teria, em princípio, outras opções? Por que não delegar a um ou a poucos o poder de tomada de decisão? Há um *fundamento último* para essa opção? Ou se trata, pois, sempre de uma escolha com certa margem de arbitrariedade? E, ao fazer essa escolha, quem interpreta as decisões da nação? Quem fala pela nação? A nação fala por si mesma? Não, para isso existe o Estado. O Estado encarna a nação, representa-a, no sentido de torná-la presente, para si mesma e para todos. O Estado é a representação política da nação. E se o Estado é a representação política da nação, quem representa o Estado? O governo representa o Estado. E, numa democracia, quem governa é a maioria. Se o governo da maioria representa o Estado e se o Estado representa a nação, em última análise, o governo representa a própria nação. Re-presenta – o governo é quem torna presente, quem atualiza, portanto, a nação. Ora, se o governo da maioria re-presenta a nação, se é ele quem incorpora o papel da nação, para que ou por que se falar em direitos para minorias, contra as decisões da maioria governante, e, mais ainda, decisões, essas, que seriam controladas pelo judiciário, ainda que fosse eleito pela maioria? Como falar em Constituição, que garante as minorias em face das maiorias se a própria maioria governante representa a nação? Constituição, judiciário, direitos, minorias, para que ou por que tudo isso se a própria maioria governa representando a nação, se a maioria encarna a nação, se a maioria é, pois, a nação no governo, se o governo é a própria representação da soberania nacional? Assim, só se pode falar em Constituição, judiciário e direitos, numa democracia, tão-somente nos próprios termos estabelecidos pelas decisões da maioria governante que, em qualquer tempo, re-presenta a nação, torna presente a nação, inclusive para si mesma, de tal sorte que, como num jogo de “espelhos” (Hobbes), o governo majoritário é, portanto, a própria soberania nacional que se re-presenta?

Certo, então, estaria o Presidente Luiz Inácio, ao dizer que numa democracia “as minorias não têm voz”? E disso também resulta que certas instituições, como a Constituição, que assegura direitos às minorias, seriam, *de quebra*, ingovernáveis e anti-democráticas, por serem, justamente, contramajoritárias? Afinal, o Estado Democrático de Direito não seria, assim, *uma união paradoxal de princípios contraditórios*, a se fundamentar, em última análise, numa mera *tautologia*?³

Ou, então, quem sabe, a democracia talvez não deva ser reduzida tão-somente a uma mera forma de governo cujas decisões são tomadas pela *maioria*? Ou quem sabe o constitucionalismo e sua garantia de direitos não devam ser tão-somente tomados como contra-majoritários? Afinal de contas, o que é democracia? *Governo da maioria*? O que é Constituição? Um limite para o exercício do poder? A democracia é incompatível com uma *Constituição garantidora de direitos porque limitadora* do *governo majoritário*? Como, pois, conceber adequadamente a relação entre Constituição e democracia?

De tal sorte a contribuir para se chegar a respostas plausíveis a essas questões, que envolvem o problema acerca de uma justificação da legitimidade da Constituição e da Democracia modernas, procurei reconstruir, em *Devido Processo Legislativo*,⁴ seguindo de perto as reflexões de Manuel Jiménez Redondo,⁵ o suposto segundo o qual se poderia considerar a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 1789, como uma das expressões mais significativas do conteúdo normativo da Modernidade política. Analisando a Declaração, seria possível reconhecer a marca das duas grandes tradições do pensamento político moderno, a *liberal* e a *republicana*, representadas, em princípio, nos embates políticos da Revolução Francesa, respectivamente pelos girondinos e pelos jacobinos.

Após o seu preâmbulo, que procura explicitar as razões pelas quais os “representantes do povo francês” julgaram necessário “expor em uma declaração solene os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem” – ou seja, o esquecimento, a ignorância e desprezo pelos direitos do homem como causa de toda corrupção dos governos –, a *Declaração* de 1789 passa a especificar uma série de princípios e de direitos, dentre os quais, os direitos à igualdade perante a lei, à liberdade, à propriedade, à segurança e à resistência à opressão (arts. 1º e 2º); assim como o objetivo de toda sociedade política, a conservação desses “direitos naturais e imprescritíveis do homem” (art. 2º). O art. 4º esclarece que “a liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique a outrem; por isso, o exercício dos direitos naturais do homem não tem outro limite que aqueles que assegurem aos demais membros de uma sociedade o gozo dos mesmos direitos”.

Até esse ponto, a *Declaração* nada mais seria que a expressão da idéia liberal lockeana fundamental, segundo a qual haveria um conjunto de direitos pré-políticos, verdadeira fonte normativa natural, que precederia, limitaria e condicionaria a lei, devendo essa ser tão-somente a encarnação e a expressão daqueles direitos. Assim, o art. 5º dirá que não cabe à lei senão proibir as ações nocivas à sociedade, que desrespeitem os fins para os quais a sociedade civil se constitui: a garantia e a conservação dos direitos naturais do homem. E o restante do art. 5º, “tudo o que não está vedado pela lei não pode ser impedido, e ninguém pode ser forçado a realizar o que a lei não ordena”, e, ainda, o art. 3º, “a soberania reside essencialmente na nação. Nenhum indivíduo ou corporação poderão realizar o exercício de autoridade que não emane expressamente dela”, podem, também, ser interpretados no sentido liberal, segundo o qual, nas palavras de Jiménez Redondo,

“para evitar os inconvenientes do ‘estado de natureza’ e com o objetivo de uma melhor conservação dos direitos, se institui por pacto uma *commonwealth* para cujo *government* se delega a faculdade que no ‘estado de natureza’ cada indivíduo tinha de fazer valer coercivamente seus direitos; ao *government* dessa *commonwealth* compete agora com exclusividade a função de fixar, interpretar e impor os direitos”.⁶

Todavia, o art. 6º irá introduzir uma outra fonte de normatividade e de legitimidade bastante distinta daquela que representam os direitos naturais que precederiam a sociedade política, na linha do pensamento não mais de Locke, mas de Rousseau: “A lei é a expressão da vontade geral.

Todos os cidadãos têm o direito de concorrer para a sua formação pessoalmente ou por seus representantes”; e, sendo assim, a lei “deve ser a mesma para todos, quer proteja, quer castigue”.

Interessante notar, pois, como nos chama atenção Jiménez Redondo, que o art. 6º levanta a questão acerca do que deveria ocorrer com a lei, que podendo considerar-se expressão da vontade geral, vulnere os direitos naturais. Com base no art. 5º, a lei que desrespeitasse direitos naturais deveria ser nula. Mas, desde a perspectiva do art. 6º, obter-se-ia, por sua vez, um sentido bastante diferente que, inclusive, poderia estar mais de acordo com o disposto no art. 3º. A questão é que, da perspectiva do art. 6º,

“A liberdade não consiste primeiramente, como disse o artigo quarto da Declaração, ‘em poder fazer tudo o que não prejudique a outrem; por tanto, o exercício dos direitos naturais do homem não têm outros limites que aqueles que assegurem aos demais membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos’ (art. 4); tampouco consiste em estar permitido a qualquer um tudo aquilo que as leis do soberano não proíbem; senão que primariamente consiste naquilo a que se faz referência n’O *contrato social* [de Rousseau] ao assinalar o problema que o contrato resolve: ‘Encontrar una forma de associação que defenda, com toda a força comum, a pessoa e os bens de cada associado e pela qual cada um, unindo-se a todos, não obedeça, todavia, senão a si mesmo’, isto é, a liberdade consiste primariamente em autonomia pública, quer dizer, em havendo de estar submetido a leis, não estar submetido a outras leis que as que qualquer um haja podido impor a si mesmo, conjuntamente, com cada um de todos os demais, podendo valer para todos e para qualquer um”.⁷

Afinal, um argumento é dizer que a lei não pode ferir os direitos humanos *naturais* (ou fundamentais), baseados na noção de liberdade segundo a qual essa consiste em fazer tudo o que não prejudique o igual exercício da mesma liberdade pelos outros, e outro argumento consiste em afirmar que a lei é a expressão da liberdade enquanto autonomia política de cada um, que se exerce no interior ou no todo da sociedade política. Para se pontuar a importância de tal problemática, e da força que essas duas concepções ainda possuem na atualidade, basta abrirmos a Constituição brasileira para notarmos, em princípio, um certo paralelismo com a Declaração de 1789. Por um lado, o art. 5º da Constituição brasileira dispõe que todos são iguais perante a lei, sendo garantidos os direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade; e o art. 60, §4º, inciso IV, torna esses direitos um limite ao exercício do Poder Legislativo, inclusive do Poder de Reforma da Constituição, ao determinar que não deverá ser (o texto, em tom de declaração, diz, literalmente, “não será”) objeto de apreciação por parte do Poder Legislativo proposta de Ementa tendente a abolir direitos e garantias individuais (isso, sem nos esquecermos da normativa do inciso XXXVI, do art. 5º, que determina que a lei não deverá prejudicar – “não prejudicará”, como está no texto – o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada). Por outro lado, o art. 1º, parágrafo único, da Constituição, dispõe que a fonte de legitimidade do poder político é o povo, que o exerce diretamente ou por meio de seus representantes eleitos; e o art. 5º, II, estabelece que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em

virtude de lei". Como, ontem e hoje, compreender adequadamente esses dispositivos normativos?

Tal indagação, portanto, não se impõe por mero diletantismo especulativo, mas por uma questão prática, operacional, do Direito, fundamental, por exemplo, para a questão acerca da possibilidade de uma justificação constitucional-democrática do controle judicial da atividade legislativa ou executiva. Pois é algo bastante diferente tentar justificar, por um lado, de uma perspectiva liberal, que tal controle se sustenta em razão da garantia dos direitos liberais fundamentais frente ao legislador majoritário, e, por outro lado, buscar justificar, se é que é possível justificar, de uma perspectiva republicana, que esse controle se baseia na garantia de uma *representação argumentativa* (Alexy) de uma cidadania ativa e soberana.

Seria, portanto, impossível compreender, de forma não concorrente, o que estaria disposto nos arts. 4º e 6º, da *Declaração, os direitos do homem e os direitos do cidadão?* Ou, em outras palavras, seria possível conectar a fonte normativa que emprestaria legitimidade às leis, que é representada pelos direitos humanos de liberdade, de propriedade e de segurança, que o liberalismo buscou consagrar, e a fonte normativa, destacada pelos republicanos, que representa o exercício democrático da autodeterminação política, da qual as leis deveriam emanar?⁸

Na presente exposição, pretendo retomar a tese segundo a qual, para uma compreensão adequada da Constituição de um Estado Democrático de Direito, há um nexo interno entre Constituição e democracia, direitos fundamentais e soberania popular, autonomias pública e privada, e não uma contradição. Como já fiz anteriormente e alhures, tal reflexão se dá no marco da Teoria Discursiva do Direito e da Democracia, de Jürgen Habermas, apresentada, fundamentalmente, em *Direito e democracia: entre facticidade e validade*,⁹ segundo a qual "não há Estado de Direito sem democracia radical". Teremos, pois, de reconstruir os conceitos de *autonomia pública* e de *autonomia privada*, bem como os de *constitucionalismo* e de *democracia*, a eles relacionados, e mostrar que, numa compreensão não-paradoxal do Estado Democrático de Direito, tais conceitos não são contraditórios, mas, ao contrário, estão normativamente implicados.

Para isso, vou tomar como fio condutor a análise de um julgamento recente do Supremo Tribunal Federal,¹⁰ relatado pelo Ministro Celso de Mello, o do Mandado de Segurança n.º 24.831-9,¹¹ Esse MS foi impetrado pelo Sen. Pedro Simon, dentre outros, em face de omissão da Mesa Diretora do Senado Federal, na pessoa do seu Presidente, por faltar com o seu dever de agir, não nomeando parlamentares, a fim de completar a composição de Comissão Parlamentar de Inquérito, regularmente aprovada, cujo exercício estava sendo inviabilizado pela não indicação de membros pela bancada majoritária governista. Trata-se, no caso, de uma discussão sobre o que seria um direito das minorias parlamentares à instalação de procedimento parlamentar de inquérito.

Quais os pressupostos metódicos e de legitimidade do controle judicial do Poder Legislativo subjacentes a essa decisão? Em que sentido o Ministro Relator Celso de Mello compreendia a competência do Poder Judiciário na garantia de direitos de minorias, em face do exercício de competências privativas do Poder Legislativo? Como compreender o papel das majorias e das minorias na democracia? Enfim, em que sentido compreende a relação entre Direito e Política, à luz da Constituição da República?

Cabe fazer, inicialmente, um breve resgate histórico da distinção entre *questão de direito* e *questão política*, na jurisprudência do STF. A *doutrina das questões políticas* foi construída ao longo

dos primeiros anos da República Velha, no julgamento, pelo STF, de vários *Habeas Corpus* que procuravam impugnar uma série de atos do Executivo cometidos na vigência do Estado de Sítio. O que se pretendeu, com base nessa jurisprudência, foi o estabelecimento de um critério normativo para a determinação da extensão da competência jurisdicional do Judiciário, em face de "atos políticos" do Legislativo e do Executivo. Cabe lembrar que a Constituição de 1891 estabelecia que "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão a direito individual". Seria, pois, necessário alegar uma lesão a direito individual para que, em princípio, o Judiciário pudesse conhecer da causa. Todavia, uma compreensão *naturalizada* da distinção entre questões de direito e questões políticas, a definir o que seria a *matéria jurisdicionável*, acabava por excluir da apreciação do Poder Judiciário os chamados "atos políticos" e os "atos discricionários" do Executivo, assim como toda a chamada "matéria *interna corporis*", no caso do Legislativo. É de se lembrar, também, que a partir da Revolução de 1930 e do golpe do Estado Novo, em 1937, a chamada "supremacia do interesse público sobre o privado" passa a ser tratada como critério para o julgamento de mérito. Alega-se lesão a direito individual, o Judiciário tem jurisdição; mas, quando do juízo de mérito, ou a lesão se justifica, em razão do interesse do Estado, ou então não seria "realmente" lesão, mas tão-somente uma "restrição", "relativização", "limitação", "suspensão", "exceção" ou "estratégia" justificáveis, em função de uma nova compreensão "social" (sic) do Direito e do papel do Estado, segundo a qual os direitos só seriam direitos, na medida em que esses "direitos" ou o seu "exercício" atendessem aos fins "objetivos" do Estado. O que também se intensifica com a Ditadura Militar, pós-1964, com base na ideologia da segurança nacional.

Todavia, cabe chamar a atenção: o que está em questão, quando se discute a distinção entre *Direito* e *Política*, questões jurídicas e questões políticas, é justamente as próprias compreensões de Constituição e de democracia subjacentes a essas distinções e suas compreensões. Criticar, aqui, a interpretação tradicional da distinção entre *Direito* e *Política* não significa negar, simplesmente, essa distinção, mas contribuir para a sua reinterpretação, de tal modo a não mais se tratar os princípios do Estado de Direito e da democracia como contraditórios.

A tentativa de se reconstruir a relação entre *Direito* e *Política*, de uma perspectiva que não mais trate os princípios do Estado de Direito e da democracia como contraditórios, torna-se claramente presente no voto do Ministro Relator Celso de Mello, no MS n.º 24.831-9, que considera o significado e a importância da garantia constitucional dos direitos das minorias para o processo democrático; posição do Relator que é acompanhada, na ocasião, por mais oito Ministros do Supremo Tribunal Federal, vencido o Ministro Eros Grau, ausente a Ministra Ellen Gracie.

Nos termos do relatório, o MS n.º 24.831-9, impetrado pelo Sen. Pedro Simon e por outros Senadores da República,

"insurge-se contra omissão atribuída à Mesa do Senado Federal, representada por seu ilustre Presidente, e que, por alegadamente lesiva a direito público subjetivo das minorias parlamentares, teria frustrado, não obstante a natureza eminentemente constitucional desse instrumento de investigação legislativa, a instauração de inquérito parlamentar destinado a apurar a utilização das 'casas de bingo' na prática do delito de lavagem de dinheiro, bem assim a esclarecer a possível conexão dessas mesmas 'casas' e das empresas concessionárias de apostas

com organizações criminosas”.

Primeiramente, o Min Celso de Mello retoma a jurisprudência do STF quanto à doutrina das questões políticas, todavia, na sua melhor luz. Nesse sentido, o Ministro Relator busca caracterizar o caso concreto como sendo, inicialmente, de lesão a direitos individuais, “públicos subjetivos” dos senadores, como membros da minoria parlamentar. Assim, como há uma justificável alegação de lesão a direitos, a questão preliminar acerca de se o Supremo teria ou não competência para apreciar o caso, se se tratava de “matéria jurisdicio-nável” ou “matéria *interna corporis*”, estava superada. Mas a argumentação do Ministro Relator avança, não pára nesse ponto. O Min. Celso de Mello procura mostrar como o caso envolve a discussão acerca do próprio exercício de prerrogativas jurídico-políticas de fiscalização, próprias ao Poder Legislativo, num regime constitucional-democrático. Para ele, nos termos da Constituição da República, mas também dos princípios jurídicos que norteiam os Regimentos Internos das Casas Parlamentares, a caracterização de omissão por parte do Presidente do Senado em nomear, suprimindo a ausência de indicação de representantes, os membros restantes, necessários para o funcionamento de Comissão Parlamentar de Inquérito regularmente aprovada, lesaria o direito político de se instalar uma investigação parlamentar que não é, pois, somente direito da minoria, mas de todos os parlamentares, sendo constitutivo do próprio exercício legítimo do Poder Legislativo. E, destarte, conclui reafirmando que os direitos lesados pela omissão do Presidente do Senado Federal são, antes de tudo, mais do que meros direitos individuais negativos, de defesa de minorias em face do risco permanente de abuso de poder por parte de maiorias, direitos constitutivos do processo democrático, não estando à disposição, por isso, da vontade majoritária. Os direitos fundamentais são, nesses termos, *conditio sine qua non* da formação democrática da opinião e da vontade, não devendo ser somente impostos, como limites ao exercício do poder político, nem meramente instrumentalizados politicamente. Maiorias e minorias, pois, formam-se, dinamicamente, no exercício desses direitos, ao longo do processo político-democrático.

Portanto, ao procurar reconstruir, de uma perspectiva *inovadora* e constitucionalmente adequada, a distinção jurisprudencialmente assentada pelo Supremo Tribunal Federal entre questões políticas e questões jurídicas, de tal sorte a justificar, no caso concreto, a garantia, pelo Poder Judiciário, dos *direitos individuais e políticos* das minorias parlamentares, lesados pela omissão do Presidente do Senado Federal, que faltou com seu dever de agir, desrespeitando, assim, a Constituição da República, bem como o próprio Regimento Interno daquela Casa Parlamentar, direitos, esses, que não só assistem às minorias, mas a todos, o Min. Celso de Mello, de forma exemplar, bem mostrou em seu voto como os direitos fundamentais, mais do que limites, são constitutivos do próprio processo democrático.

Nesse sentido, o Min. Celso de Mello procurou recuperar, de uma perspectiva principiológica, que certamente contribui para uma compreensão constitucionalmente adequada da representação política e do exercício do Poder Legislativo ao Estado Democrático de Direito, a *intuição* normativa segundo a qual a Constituição da República articula, de forma complexa, questões *políticas* – éticas, morais e pragmáticas – a questões jurídicas. Mas tal articulação deve ser compreendida de tal forma que a proteção de direitos não fique prejudicada por *razões de Estado*. A garantia dos direitos fundamentais, no duplo sentido de direitos individuais e de direitos de participação política, envolve, assim, compreendê-los como garantias constitutivas do próprio processo democrático.¹²

Há um nexos interno entre democracia e direitos fundamentais. O Direito só se legitima como um meio para a garantia equânime da autonomia privada e da autonomia pública, de direitos individuais e de direitos políticos. Os direitos não podem ser simplesmente impostos ao legislador político como uma restrição externa, como no caso da tradição liberal, nem se deixarem instrumentalizar como requisitos funcionais para seus fins político-legislativos, como no caso do republicanismo comunitarista.

Sob as condições do pluralismo social e cultural, é tão-somente o processo democrático que confere força legitimadora ao processo legislativo de criação do Direito. Normas que podem pretender legitimidade são justamente as que podem contar com a concordância de todos os possíveis afetados. Se discursos e negociações são o que constitui o espaço de formação da opinião e da vontade política, então, para Habermas,¹³ a suposição de racionalidade que deve embasar o processo democrático tem que se apoiar num arranjo comunicativo segundo o qual tudo depende das condições sob as quais se podem institucionalizar juridicamente as formas de comunicação necessárias para a criação legítima do Direito.

A autonomia pública e a privada pressupõem-se mutuamente, sem que haja primazia de uma sobre a outra:

“Os cidadãos só podem fazer um uso adequado de sua autonomia pública quando são independentes o bastante, em razão de uma autonomia privada que esteja equanimemente assegurada; mas também no fato de que só poderão chegar a uma regulamentação capaz de gerar consenso, se fizerem uso adequado de sua autonomia política enquanto cidadãos”.¹⁴

Nesse sentido, procurando reconstruir o nexos interno entre autonomia pública e autonomia privada, é que podemos considerar como a perspectiva desenvolvida pela Teoria Discursiva da Democracia pode contribuir para a reconstrução de uma visão não-conflitiva da relação entre Estado de Direito e Democracia.¹⁵

E isso porque a Teoria Discursiva da Democracia sustenta que o êxito da política deliberativa de formação democrática da opinião e da vontade depende da institucionalização jurídico-constitucional dos procedimentos e das condições de comunicação correspondentes, bem como, para isso, considera que os princípios do Estado Constitucional são uma resposta consistente à questão de como podem ser institucionalizadas as exigentes formas comunicativas de uma formação democrática da vontade e da opinião políticas.

Constitucionalismo e democracia não mais podem ser considerados como concepções contraditórias. O constitucionalismo e, portanto, a própria Constituição de um Estado Democrático de Direito, não pode mais ser compreendido, quer em termos liberais, como a defesa de uma esfera privada e do exercício da autonomia enquanto “liberdade negativa”, naturalisticamente concebidas, contra o público; quer em termos republicanos, como a defesa de uma estabilidade ético-política, que se realiza através do exercício da autonomia enquanto “liberdade positiva”. E a

democracia não pode ser concebida, quer em termos liberais, como uma mera disputa de mercado regulada mecanicamente por regras, que legitimam a escolha de um governo comprometido com os interesses majoritários daqueles que supostamente representa; quer em termos republicanos, como um processo autocompreensivo através do qual a identidade ética presumidamente homogênea de uma comunidade concreta se realiza.

A Constituição, pois, para articular-se com uma visão procedimentalista da Democracia, não pode ser reduzida a um mero "*instrument of government*", garantidor de uma esfera privada de livre-arbítrio perante o poder administrativo-estatal. Sob as condições de uma sociedade complexa como a atual, o sistema de direitos fundamentais não pode mais ser interpretado à luz dos históricos direitos liberais de defesa da esfera privada contra o Estado. O exercício da autonomia privada encontra-se ameaçado não apenas por uma Administração Público-Estatal, tantas vezes privatizada e desvinculada da formação do poder comunicativo, mas também por posições desiguais de poder social e econômico. Esses poderes sociais e econômicos devem ser, também, *domesticados* pelos princípios do Estado Democrático de Direito, através da garantia de igualdade de oportunidades, sociais, econômicas e culturais, de acesso ao processo de formação do poder político-estatal e da permanente redefinição pública do público e do privado, através do reconhecimento de *novos* direitos fundamentais na abertura constitucional a um processo público e plural da interpretação jurídica.

O que, para concluir, significa que a Constituição do Estado Democrático de Direito¹⁶ deve ser compreendida, fundamentalmente, da perspectiva de um processo constituinte permanente de aprendizado social, de cunho hermenêutico-crítico, aberto ao longo do tempo histórico, que atualiza, de geração em geração, o sentido performativo do ato de fundação em que os membros do *povo* se comprometem, uns com os outros, com o projeto de construção de uma república de cidadãos livres e iguais. Tal projeto deve ser levado adiante, de forma reflexiva, na defesa de um *patriotismo constitucional*. A Constituição é, pois, a interpretação construtiva de um sistema de direitos fundamentais,¹⁷ garantidores das autonomias pública e privada, que se apresentam como as condições procedimentais de institucionalização jurídica das formas de comunicação necessárias para uma legislação política autônoma; ou seja, as condições procedimentais que configuram e garantem, em termos constitucionais, um processo legislativo democrático, em que maiorias e minorias guardam, portanto, o seu caráter dinâmico, aberto e não naturalizado.

Referências bibliográficas

ARENDDT, Hannah. *Da revolução*. São Paulo/Brasília: Ática/UnB, 1990.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARACHO JUNIOR, José Alfredo de Oliveira. O Supremo Tribunal Federal e a Teoria Constitucional In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.) *15 anos de Constituição: história e vicissitudes*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. O projeto constituinte de um Estado Democrático de Direito. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.) *15 anos de Constituição: história e vicissitudes*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. *Devido processo legislativo: uma justificação do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. São Paulo; Loyola, 2002.

_____. Acerca da legitimação com base nos direitos humanos. In: HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional*. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

_____. Constitutional Democracy: A paradoxical union of contradictory principles? *Political Theory*, v. 29, n. 6, London, dec. 2001, p. 766-781.

_____. *Direito e democracia I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. *Direito e democracia II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

REDONDO, Manuel Jiménez. Introducción. In: HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta, 1998.

SAMPAIO, José Adércio Leite. A Constituição e o pluralismo na encruzilhada. A justiça constitucional como guardiã das minorias políticas. *Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais*, n. 2, Belo Horizonte, jul/dez 2004, p. 79-131.

* Mais uma vez, aos meus caros Professores Doutores Menelick de Carvalho Netto, José Adércio Leite Sampaio, Lenio Luiz Streck, José Alfredo de Oliveira Baracho Junior e Álvaro Ricardo Souza Cruz, pela tão preciosa interlocução.

1 Cf. *Lula diz que democracia não garante voz para minoria*. Disponível em: <http://tv.terra.com.br/>.

2 O tema da proteção às minorias políticas, no direito brasileiro e no direito comparado, é tratado de forma *analítica* sobretudo no excelente artigo de SAMPAIO, José Adércio Leite. A Constituição e o pluralismo na encruzilhada. A justiça constitucional como guardiã das minorias políticas. *Revista Latino-americana de Estudos Constitucionais*, n. 2, Belo Horizonte, jul/dez 2004, p. 79-131. Ver, também, ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 98-101.

3 Faço, aqui, explicitamente, a referência ao debate Habermas-Michelman sobre o sentido não-paradoxal da Constituição de um Estado Democrático de Direito. Em sua resposta a Michelman, Habermas se apóia em vários supostos presentes na própria tradição do republicanismo cívico, adotando, mais uma vez, uma perspectiva que, em vários momentos, foi consagrada por ele e por Apel, ou seja, algo do tipo "Pensando o Estado Democrático de Direito com Michelman contra Michelman". Habermas, inclusive, já teve oportunidade de denominar de *Republicanismo Kantiano* o seu próprio ponto de vista. Sobre a discussão com Michelman, ver HABERMAS, Jürgen. Constitutional Democracy: A paradoxical union of contradictory principles? *Political Theory*, v. 29, n. 6, London, dec. 2001, p. 766-781. Também CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. O projeto constituinte de um Estado Democrático de Direito: Por um exercício de *patriotismo constitucional* no marco da Teoria Discursiva do Direito e do Estado Democrático de Direito de Jürgen Habermas.

In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *15 anos de Constituição: história e vicissitudes*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 131 et seq.

⁴ Cf. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade *Devido Processo Legislativo: uma justificação do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

⁵ Cf. REDONDO, Manuel Jiménez. Introducción. In: HABERMAS, Jürgen *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta, 1998, p. 19 et seq.

⁶ Ibid., p.21.

⁷ Ibid., p.23.

⁸ Para uma reflexão crítica sobre a Declaração de 1789, numa perspectiva comparativa da Revolução Francesa com a Norte-americana, que leva a sério, no contexto do republicanismo cívico, o sentido político, não "natural", portanto, dos direitos fundamentais, ver, sobretudo, ARENDT, Hannah. *Da revolução*. São Paulo/Brasília: Ática/UnB, 1990.

⁹ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1 e 2.

¹⁰ Sobre o tema da proteção das minorias políticas no Supremo Tribunal Federal, ver SAMPAIO, *op. cit.*, especialmente, p. 103-130.

¹¹ Tal análise será feita no sentido de se contribuir para um diálogo franco entre a Universidade e as Instituições Políticas, especialmente o Supremo Tribunal Federal, nos termos propostos em BARACHO JUNIOR, José Alfredo de Oliveira. O Supremo tribunal Federal e a Teoria Constitucional In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.) *15 anos de Constituição: história e vicissitudes*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 209 et seq. O que se pretende é reforçar o papel decisivo do STF na consolidação da democracia no Brasil, sem, contudo, fazer do Supremo um substituto para o Legislativo ou para o Executivo.

¹² Algumas críticas, entretanto, podem ser feitas à parte da argumentação desenvolvida pelo Relator. O Min. Celso de Mello considerou necessária uma aplicação "analógica", "integrativa", "extratextual", portanto, do Regimento Interno da Câmara Federal, a fim de solucionar o caso no Senado. Ora, essa visão é incompatível com a compreensão principiológica do Direito que ele tanto buscou defender! Isso porque, embora o Regimento do Senado não preveja expressamente a competência específica de o seu Presidente para nomear os membros de uma CPI, diante do caso de não indicação de membros pelos líderes dos partidos, como ocorre expressamente no caso do Regimento Interno da Câmara, bastava somente o reconhecimento, com base no princípio constitucional do devido processo legislativo, no "princípio democrático", para usar a expressão utilizada pelo Ministro, da falta de cumprimento de um dever de agir por parte do Presidente do Senado, lesiva a direitos fundamentais, para resolver o caso.

¹³ Cf. HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. São Paulo: Loyola, 2002, p. 292. Ver, também,

CATTONI DE OLIVEIRA, *Devido processo legislativo, op. cit.*, p. 77.

¹⁴ Cf. HABERMAS, *A inclusão do outro, op. cit.*, p. 294. Sobre isso, ver, também, a claríssima passagem de HABERMAS, Jürgen. Acerca da legitimação com base nos direitos humanos. In: HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional*. São Paulo: Littera Mundi, 2001, p. 147-149.

¹⁵ Ver, para tanto, HABERMAS, *Constitutional Democracy, op. cit.*; e, também, CATTONI DE OLIVEIRA, O projeto constituinte de um Estado Democrático de Direito, *op. cit.*, p.131 *et seq.*

¹⁶ Segundo Habermas, o paradigma procedimentalista do Direito apóia-se nas seguintes premissas: "a) o caminho de volta, propalado pelo neoliberalismo através do mote 'retorno da sociedade burguesa e de seu direito', está obstruído; b) o apelo que nos incita a 'redescobrir o indivíduo' é provocado por um tipo de juridificação no interior do Estado social, que impede reconstruir a autonomia privada; c) o projeto do Estado social não pode ser simplesmente congelado ou interrompido: é preciso continuá-lo num nível de reflexão superior. O que se tem em mente é domesticar o sistema econômico capitalista, 'transformando-o', social e ecologicamente, por um caminho que permita 'refrear' o uso do poder administrativo, sob dois pontos de vista: o da eficácia, que lhe permita recorrer a formas mitigadas de regulação indireta, e o da legitimidade, que lhe permita retroligar-se ao poder comunicativo e imunizar-se contra o poder ilegítimo" (cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia II, op. cit.*, p.147-148).

¹⁷ Reconstitutivamente, segundo Habermas, esses direitos fundamentais são os seguintes: (a) a iguais liberdades subjetivas; (b) a iguais direitos de pertinência; (c) à garantia do direito de ação; (d) à elaboração legislativa autônoma; e (e) participatórios (cf. HABERMAS, *Direito e Democracia I, op. cit.*, p. 159 *et seq.*).