PARÂMETROS DELIBERATIVOS PARA OS DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS: RAZÃO PÚBLICA, ÉTICA DO DISCURSO E BACKLASH¹

DELIBERATIVE PARAMETERS FOR CONSTITUTIONAL DIALOGUES: PUBLIC REASON, DISCOURSE ETHICS AND BACKLASH

CARLOS BOLONHA² FABRÍCIO FARONI GANEM³ BERNARDO ZETTEL⁴

RESUMO: O presente estudo tem como objetivo analisar o tema da jurisdição constitucional por meio de uma das teses mais relevantes apresentadas acerca dessa temática: a dos diálogos constitucionais. Pretende-se abordar as principais linhas características da tese dos diálogos, e apontar a necessidade de parâmetros deliberativos como uma premissa fundamental para o funcionamento da democracia constitucional dialógica. Para tanto, buscamos identificar alguns parâmetros que podem contribuir para a tese dos diálogos: a razão pública, a ética do discurso e a opinião pública.

PALAVRAS-CHAVE: Diálogos Constitutionais; Democracia Deliberativa; Razão Pública; Ética do Discurso; Opinião Pública.

ABSTRACT: This study aims to analyze the constitutional jurisdiction regarding one of the most relevant thesis presented around this thematic: the constitutional

Artigo recebido em 30.10.2013. Pareceres emitidos em 19.11.2013 e 03.12.2013. Artigo aceito para publicação em 22.12.2013.

¹ Este artigo foi elaborado no âmbito do Laboratório de Estudos Teóricos e Analíticos sobre o Comportamento das Instituições (LETACI), vinculado à Faculdade Nacional de Direito e ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, financiado pelo Projeto Universal Edital Universal MTC/CNpq nº 14/2013 - Faixa C - As Capacidades Institucionais como Fundamento Constitucional Democrático e pelo Projeto Apq 1/2013 FAPERJ - Cortes Constitucionais: Deliberação e Capacidades Institucionais.

² Professor Adjunto do Departamento de Direito do Estado da Faculdade Nacional de Direito e Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (PPGD-UFRJ). Coordenador de pesquisa no Laboratório de Estudos Teóricos e Analíticos sobre o Comportamento das Instituições (LETACI), vinculado ao PPGD-UFRJ. bolonhacarlos@gmail.com
³ Mestrando em Direito no PPGD-UFRJ. Procurador Federal lotado no INSS. Pesquisador do LETACI. faroni@uol.com.br

⁴ Graduando em Direito na UFRJ. Pesquisador do LETACI. b_zettel@hotmail.com

dialogue thesis. We seek to conceive the main characters of the dialogue thesis, and to show the necessity of deliberative parameters as a fundamental premise for the functioning of a dialogic constitutional democracy. For this, we search parameters for the construction of the dialogic thesis: the public reason, the discourse ethics and the public opinion.

KEYWORDS: Constitutional Dialogues; Deliberative Democracy; Public Reason; Discourse Ethics; Public Opinion.

SUMÁRIO: Considerações Iniciais; 1. A Tese dos Diálogos: uma leitura institucional sobre a jurisdição constitucional; 2. Parâmetros Deliberativos para a Construção de Diálogos Constitucionais; 2.1 A Razão Pública e a Polarização na Deliberação Institucional; 2.2 A Ética do Discurso na Teoria Deliberativa Habermasiana; 2.3 A Opinião Pública e o Backlash; Considerações Finais; Referências Básicas.

SUMMARY: Introduction; 1. The Dialogue Thesis: an institutional view about judicial review; 2. Deliberative Parameters for the Construction of Dialogues; 2.1 Public Reason and Polarization on Institutional Deliberation; 2.2 Discourse Ethics in Habermasian Deliberative Theory; 2.3 Public Opinion and Backlash; Conclusion; Bibliography.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Um dos aspectos mais debatidos pela teoria jurídica contemporânea envolve a temática da jurisdição constitucional e sua relação com a democracia. Temas como o da dificuldade contramajoritária⁵ e do ativismo judicial⁶ são desafios constantemente enfrentados pelas teorias constitucionais que pretendem buscar uma fonte de legitimidade para o exercício da jurisdição constitucional. No centro desse debate se encontra uma questão fundamental, expressiva da principal problemática relacionada com a jurisdição constitucional: a tensão entre governo majoritário e direitos individuais protegidos constitucionalmente. Estes dois polos revelam uma disputa que está presente no constitucionalismo desde meados do século XX.

A ideia de diálogos constitucionais é um dos argumentos apresentado no âmbito desse debate. Em sintonia com a tese dos diálogos, a jurisdição constitucional deixa de ser vista de forma isolada, a partir de pressupostos normativo-axiológicos, passando, então, a uma relação dinâmica com as demais instituições que compõem o sistema constitucional. Com efeito, a

O termo "dificuldade contramajoritária" ganhou ampla dimensão no debate constitucional norte-americano com a publicação de *The Least Dangerous Branch* (1986), de Alexander Bickel (Cf. BICKEL, 1986). A expressão está associada diretamente ao problema da legitimidade da jurisdição constitucional, isto é, à competência de juízes não eleitos para declararem a inconstitucionalidade de uma lei criada por um corpo legislativo eleito democraticamente. No cenário atual, a questão contramajoritária tem sido superada e até mesmo contestada como uma análise equivocada sobre o exercício da jurisdição constitucional nas modernas democracias (Cf. PILDES, 2011).

⁶ O termo "ativismo judicial" tem sido objeto de controvérsia no debate constitucional norteamericano e brasileiro. A nosso entender, o termo designa um determinado perfil de atividade jurisdicional caracterizado pela ampliação do número de decisões tomadas sobre questões extrajurídicas ou, melhor dizendo, sobre questões políticas que fogem à dimensão estritamente legal do direito. Na literatura estrangeira, ver: ROACH, 2001; na literatura nacional: MENDES, 2011.

questão é deslocada do âmbito puramente normativo para um plano dialógico em que se mostram importantes os efeitos que produz e a interação dos tribunais com outras instituições, como o legislativo ou agências governamentais. Mecanismos dialógicos presentes em algumas cartas constitucionais, como o de revisão legislativa das decisões judiciais de inconstitucionalidade, são tomados como pontos de apoio para a argumentação dos diálogos constitucionais. Por meio desses mecanismos, pretende-se reduzir o impacto da jurisdição constitucional sobre as demais instituições democráticas, ampliando o número de atores institucionais responsáveis pela interpretação constitucional.

A despeito de seu caráter inovador no âmbito da teoria constitucional, a ideia de diálogos constitucionais deve ser dimensionada no contexto da teoria política focada na ideia de democracia deliberativa. Os estudos na área da deliberação democrática destacam alguns parâmetros importantes que podem servir de base para a tese dos diálogos constitucionais. O conceito teórico de razão pública, desenvolvido principalmente nos trabalhos de John Rawls, e a noção de uma ética do discurso, trabalhada por Jürgen Habermas, são elementos que balizam a deliberação pública e fornecem um caminho a ser seguido pela relação dialógica entre instituições públicas. As premissas para a interação entre as instituições no sistema constitucional são dadas pela teoria deliberativa rawlsiana e habermasiana que, em muitos aspectos, se complementam para formar um ideal democrático-institucional. Mais recentemente, alguns estudos constitucionais ressaltam também o papel da opinião pública como fator legitimatório da jurisdição constitucional. Nesse sentido, o conceito de backlash - expressivo da relação entre opinião pública e política constitucional - representa uma nova concepção sobre a função democrática das Cortes Constitucionais. O objetivo deste estudo é buscar uma compatibilização entre a ideia de diálogos constitucionais com os parâmetros expostos pela teoria democrática de Rawls e Habermas, bem como a sua relação com a opinião pública.

Dessa forma, a análise será estruturada da seguinte forma: na Parte I serão apresentados os principais pontos da teoria dos diálogos constitucionais, com o objetivo de verificar em que medida dependem de premissas deliberativas para sua operacionalização; na Parte II, trazemos alguns aspectos deliberativos das teorias democráticas de John Rawls e Jürgen Habermas, como pontos de apoio para a teoria dialógica, e desenvolvemos as diversas vertentes do pensamento constitucional contemporâneo acerca da temática do *backlash*.

1. A TESE DOS DIÁLOGOS: UMA LEITURA INSTITUCIONAL SOBRE A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

O conceito de diálogos constitucionais foi construído como uma tentativa de resposta ao problema da legitimidade da jurisdição constitucional⁷.

O termo diálogos constitucionais teve grande desenvolvimento teórico a partir de artigo de Peter Hogg e Allison Bushell, publicado em 1997. Nesse trabalho os autores discutem a questão da legitimidade da jurisdição constitucional no cenário canadense a partir de uma visão dialógica

O pano de fundo desse debate consiste em saber até que ponto uma decisão judicial pode resguardar ou proteger direitos individuais contra a deliberação majoritária da sociedade. Ou seja, em que medida juízes podem deixar de aplicar uma lei com o argumento de que, com isso, estão a proteger garantias individuais contra os anseios das maiorias parlamentares. Com poucas palavras, essa problemática pode ser resumida na ideia de dificuldade contramajoritária, que expressa a tensão entre o controle de constitucionalidade das leis e a vontade majoritária parlamentar⁸. A ideia de diálogos constitucionais pretende superar, ou ao menos reduzir, o impacto dessas questões. Para tanto, ressalta alguns mecanismos institucionais capazes de impulsionar o diálogo entre as cortes constitucionais e os poderes políticos do Estado. Somente por meio desses mecanismos de interação é que seria possível, segundo a perspectiva dialógica, estabelecer um novo patamar para a ideia de legitimidade da jurisdição constitucional em uma sociedade democrática pluralista.

A teoria tradicional sobre os diálogos constitucionais aponta como fatores atenuantes do exercicío da jurisdição constitucional os mecanismos presentes em algumas cartas constitucionais que permitem que uma decisão de inconstitucionalidade de um tribunal possa ser revista ou superada pelos demais poderes políticos do Estado. Nesse sentido, os exemplos mais explorados consistem em dispositivos da Carta Canadense de Direitos e Liberdades (*Canadian Charter of Rights and Freedom*, de 1982) que traçam alguma forma de interação entre a Suprema Corte e o legislativo daquele país.

Peter Hogg e Allison Bushell, em uma leitura sobre o cenário canadense, situam os diálogos constitucionais nas hipóteses em que a decisão judicial da Suprema Corte está aberta para modificação ou revogação legislativa⁹.

entre a Suprema Corte e o Parlamento daquele país. Examinado decisões da Suprema Corte e das legislaturas locais que tiveram como objeto a interpretação de direitos e garantias protegidos na Carta de Direitos e Liberdades, os autores puderam identificar na maior parte dessas decisões alguma forma de reação do Parlamento ou das legislaturas locais. A alusão aos diálogos se torna ainda mais evidente na medida em que a reação legislativa ocorreu, na maior parte dos casos, com continuidade e rapidez. (Cf. HOGG; BUSHELL, 1997). Ao final do artigo, os autores apresentam extenso rol das decisões analisadas e do seu respectivo conteúdo, bem como da forma de reação legislativa que se seguiu.

⁸ Robert Dahl, um dos autores mais importantes no debate constitucional e democrático norteamericano, contesta a ideia de que a Suprema Corte americana seria uma instituição essencialmente contramajoritária. Ao revés, sua tese afirma que o histórico de decisões de inconstitucionalidade da corte demonstra muito mais o seu caráter majoritário, alinhado às maiorias e alianças políticas parlamentares. A análise de Dahl com relação ao caráter político da Suprema Corte expressa a relação entre minorias e maiorias como o conteúdo da jurisdição constitucional: "Strictly speaking, then, no matter how the Court acts in determining the legality or constitutionality of one alternative or the other, the outcome of the Court's decision must either (1) accord with the preferences of a minority of citizens and run counter to the preferences of a majority; (2) accord with the preferences of a majority and run counter to the preferences of aninority; or (3) accord with the preferences of a minority and run counter to the preferences of another minority, the rest being indifferent." (DAHL, 1957: 283).

⁹ Os autores definem o diálogo constitucional na seguinte passagem do texto: "Accordingly, the 'dialogue' to which this article refers consists of those cases in which a judicial decision striking

As decisões judiciais de inconstitucionalidade que foram seguidas de alguma forma de reversão legislativa, com a edição de uma nova lei por exemplo, expressam, segundo os autores canadenses, uma forma de manifestação dialógica entre as cortes e o parlamento. Na Carta canadense são identificados quatro elementos que contribuem para o diálogo (HOGG; BUSHELL, 1997: 82-83): (I) o mecanismo de revisão legislativa disposto na Seção 33, que permite com que as legislaturas reeditem leis com seu significado original, superando decisões judiciais de inconstitucionalidade 10; (II) na Seção 1 da Carta está inserida uma cláusula geral de razoabilidade que funciona como parâmetro para aferir a constitucionalidade de atos normativos do poder público em função dos limites impostos pelos direitos e garantias fundamentais. Por meio desse dispositivo, às legislaturas é permitido que regulamentem o exercício de qualquer direito previsto na Carta, por meio de lei formal que obedeça o critério da razoabilidade¹¹. Ao determinar a inconstitucionalidade de um ato normativo que rompe com os limites da razoabilidade, a decisão judicial pode indicar qual outro meio que entende ser menos restritivo de direitos individuais e que, portanto, poderia ser utilizado pelo poder público para atingir os objetivos pretendidos com o ato impugnado. A relação dialógica fica estabelecida quando as legislaturas tomam os critérios indicados na decisão judicial como parâmetros para a edição de nova legislação, que passa, então, ser considerada como razoável; (III) alguns dispositivos da Carta canadense protegem direitos individuais de forma qualificada, ou seja,

down a law on Charter grounds is followed by some action by the competent legislative body. In all of these cases, there must have been consideration of the judicial decision by government, and a decision must have been made as to how to react to it." (HOGG; BUSHELL, 1997: 82).

¹⁰ A chamada *notwithstanding clause* está expressa na Seção 33 da Carta, com o seguinte texto: "(1) Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of the Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this Charter; (2) An Act or a provision of an Act in respect of which a declaration made under this section is in effect shall have such operation as it would have but for the provision of this Charter referred to in the declaration; (3) A declaration made under subsection (1) shall cease to have effect five years after it comes into force or on such earlier dates as may be specified in the declaration; (4) Parliament or the legislature of a province may re-enact a declaration made under subsection (1); (5) Subsection (3) applies in respect of a re-enactment made under subsection (4)."

¹¹ A Seção 1 da Carta Canadense dispõe: "The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law **as can be demonstrably justified in a free and democratic society.**" (grifo nosso). Kent Roach destaca a importância desse dispositivo na formação dos diálogos institucionais: "Section 1 of the Charter allows legislatures to prescribe by law reasonable limits on all Charter rights in the name of any pressing and substantial governmental objective. The 'prescribed by law' requirement is an important dialogic feature of the Charter that has frequently been neglected. It continues the common law tradition of requiring clear statements by the legislature when they infringe rights, a device that should promote democratic deliberation and accountability for the limitation of rights. This is especially important given that much Charter litigation is directed against actions taken by state officials such as the police. The 'prescribed-by-law' requirement forces these officials to demonstrate that their actions in limiting rights have in fact been authorized and contemplated by the people's elected representatives." (ROACH, 2004: 57).

indicam limites de caráter normativo-principiológico para qualquer forma de restrição desses direitos. Dessa forma, o direito à liberdade e à segurança individual somente podem ser restringidos ou violados quando a restrição ou a violação puderem ser justificadas com base nos princípios fundamentais de justiça (Seção 7). Ao estabelecer essas garantias individuais qualificadas, a Carta abre espaço para que as cortes possam traçar os limites para uma eventual restrição a um direito fundamental, por meio da interpretação sobre o conteúdo dos princípios, como dos princípios de justiça do exemplo assinalado; (IV) na Seção 15(1), a Carta estabelece vedações sobre formas de discriminação baseadas em raça, sexo, cor, etnia, origem, nacionalidade ou religião. Qualquer ato normativo do poder público baseado em alguma dessas discriminações permite que o judiciário possa declará-lo inconstitucional e determinar, dessa forma, a inclusão dos grupos que foram discriminados. O diálogo aqui é formado quando o poder público edita nova norma de sobreinclusão dos grupos anteriormente marginalizados.

Em outro trabalho acerca da temática dos diálogos, Christine Bateup procura redimensionar o caráter centrista das teorias dialógicas focadas no papel do judiciário para a interpretação constitucional. As teorias juricêntricas não conseguem, segundo a autora, compreender o fenômeno dialógico como um todo, isto é, em sua dinâmica global na qual o sentido das normas constitucionais é construído de forma ampla por todos os setores da sociedade e do Estado. Portanto, para Bateup, a compreensão dos diálogos pode ser concebida de forma mais adequada por aquelas teorias pautadas mais no equilíbrio institucional do que no sobrepeso das cortes constitucionais¹². Um dos principais aspectos dessa vertente dialógica de equilíbrio está na atribuição de igual importância aos diversos atores institucionais na interpretação dos valores constitucionais. Dessa forma, o judiciário é visto não mais com o monopólio sobre a interpretação, mas como um dos atores institucionais que contribui para a construção do significado dos direitos constitucionais.

O ponto comum entre as diversas teorias dialógicas pode ser encontrado no aspecto da interação institucional como mecanismo legítimo para a defesa e interpretação dos direitos. Nesse sentido, o que se pretende com esse marco dialógico é superar a ideia do judiciário como ator monopolizador da interpretação constitucional, e buscar ampliar o conjunto de atores institucionais igualmente responsáveis com a promoção dos valores constitucionais. Em outras palavras, o pressuposto dos diálogos constitucionais é justamente a noção de reciprocidade institucional como expressão de um cenário em que cada ator institucional desempenha seu respectivo papel na materialização dos direitos constitucionais.

¹² Segundo Christine Bateup: "Equilibrium theories of dialogue provide an alternative way of conceiving of the special judicial role in constitutional dialogue that does not privilege judicial contributions. In these theories, the judge's role is described as one of fostering *society-wide* constitutional discussion that ultimately leads to a settled equilibrium about constitutional meaning." (BATEUP, 2006: 1157).

Esse novo marco dialógico traduz uma nova perspectiva para o exercício da jurisdição constitucional. A interpretação e a capacidade decisória sobre os direitos constitucionais é ampliada para o nível institucional, do qual fazem parte os órgãos legislativos e as demais instituições políticas de governo que formam um sistema constitucional global. O problema da legitimidade da jurisdição constitucional é consideravelmente reduzido pela difusão da responsabilidade constitucional entre diversos atores institucionais. Para que seja viabilizada a interação institucional necessária para o funcionamento dos diálogos constitucionais uma condição primordial deve ser atendida: a utilização de parâmetros deliberativos entre as instituições. A reciprocidade do agir conjunto no sistema constitucional-institucional é atingida na medida em que cada instituição política pode deliberar e decidir com base em parâmetros valorativos definidos previamente pela própria comunidade. Na teoria política da segunda metade do século XX, dois parâmetros deliberativos de maior destaque podem ser encontrados nos trabalhos de John Rawls e Jürgen Habermas, através da ideia de razão pública e com a construção de uma ética do discurso, respectivamente.

2. PARÂMETROS DELIBERATIVOS PARA A CONSTRUÇÃO DE DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS

2.1 A Razão Pública e a Polarização na Deliberação Institucional

A teoria constitucional contemporânea, voltada para a análise do comportamento das instituições estatais fundamentais, ressalta o papel da deliberação como fonte de legitimidade das decisões políticas. Para Adrian Vermeule, a deliberação representa um dos valores centrais para a democracia constitucional, sendo compreendida como o procedimento pelo qual os atores democráticos trocam informações e opiniões para formar uma vontade político-institucional (VERMEULE, 2007). Vermeule chega mesmo a tratar da deliberação como procedimento que pode produzir resultados positivos — especialmente com relação a uma decisão mais informada —, mas também produz aspectos negativos. É comum, por exemplo, que a deliberação provoque uma polarização entre grupos políticos opostos, resultando em um processo político decisório mais demorado e mais custoso.

A preocupação com a polarização política causada pela diversidade de opiniões já era observada pelos fundadores da Constituição Americana de 1787. Nos Artigos Federalistas (*Federalist Papers*) já se pensava sobre a importância de se garantir um Poder Executivo fortalecido e unificado, imune a divergências políticas internas¹³. Para os fundadores, um Executivo corrompido pela pluralidade de opiniões políticas acabaria por comprometer

¹³ Os papéis federalistas (*federalist papers*) foram textos publicados em uma série de jornais de Nova York durante a campanha para ratificação da Constituição Federal naquele Estado (1787-1788). Os textos foram escritos por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, sob o pseudônimo de "Publius". (HAMILTON; MADISON; JAY, 2001).

um dos valores centrais dessa instituição: a responsabilidade¹⁴. Os poderes eleitos pelo povo garantem a sua legitimidade política na medida em que se pode lhes atribuir a responsabilidade por suas medidas e atos de governo em geral. Um Executivo formado por diferentes representantes do povo, eleitos por diferentes setores da sociedade, dificultaria a sua responsabilização¹⁵.

O fenômeno da polarização é, assim, considerado por muitos autores como um dos principais resultados negativos produzidos com a prática deliberativa. Cass Sunstein ressalta, contudo, que as diversas tentativas de compreensão desse fenômeno se equivocam sobre a sua conceituação (SUNSTEIN, 2000)¹⁶. Isso porque não se pode tomar a polarização apenas como um processo de gradual cisão entre dois polos opostos. De outra forma, deve ser entendida como fenômeno caracterizado mais pela conotação extremista com que os argumentos vão sendo construídos para a defesa de posições políticas rígidas. Ou seja, a ideia é que a deliberação contribui para tornar grupos de opinião cada vez mais extremados com relação às suas posições. Para Sunstein, a deliberação tende a produzir dois efeitos centrais: (I) diminuir o grau de variação de opiniões políticas dentro de um mesmo grupo, na medida em que o torna mais rígido; e (II) maior convergência sobre argumentos que antes eram objeto de discordâncias no próprio grupo. Alguns mecanismos são listados pela teoria política como aptos a induzir a polarização. Com base em alguns estudos voltados para análise psicológica dos participantes na deliberação, Sunstein aponta que um dos mecanismos causadores da polarização pode ser a necessidade de reconhecimento dentro do grupo. Segundo essa tese, as partes na deliberação querem ser aceitas

-

¹⁴ Um dos constitucionalistas norte-americanos de relevante destaque no debate acadêmico contemporâneo, Adrian Vermeule, em seu Mechanisms of Democracy, destaca que quatro são os valores que devem ser perseguidos na construção de arranjos institucionais democráticos: a imparcialidade, a responsabilização (ou prestação de contas) política, a transparência e a deliberação. A ideia de responsabilização (accountability) é um dos aspectos centrais para os arranjos institucionais, e exige que as razões que fundamentam uma decisão política sejam contestáveis pelos cidadãos envolvidos nos reflexos dessa decisão. Vermeule admite, todavia, que em muitos casos, os quatros valores podem conflitar entre si, ou produzir resultados perversos quando levados ao extremo. Nesse sentido, o autor de Harvard taça um paralelo interessante entre transparência e responsabilização. A transparência contribui para que os eleitores e representados possam ter acesso ao conteúdo das políticas adotadas pelos representantes. Dessa forma, o valor transparência promove o valor responsabilidade política. Mas a transparência também expõe a decisão ao controle de grupos de interesse, de partidos radicais, o que pode comprometer a sua efetividade e promover a desestabilização política (VERMEULE, 2007).

¹⁵ Para Alexander Hamilton, um Poder Executivo marcado por uma composição plural tiraria dos seus eleitores duas das mais importantes garantias que possuem contra o exercício deficitário do poder político: "It is evident from these considerations, that the plurality of the Executive tends to deprive the people of the two greatest securities they can have for the faithful exercise of any delegated power, first, the restraints of public opinion, which lose their efficacy, as well on account of the division of the censure attendant on bad measures among a number, as on account of the uncertainty on whom it ought to fall; and, secondly, the opportunity of discovering with facility and clearness the misconduct of the persons they trust, in order either to their removal from office or to their actual punishment in cases which admit of it." (HAMILTON; MADISON; JAY, 2001: 316).

¹⁶ Ver também: SUNSTEIN, 1998.

pelos demais membros do grupo social, e, por isso, tendem a se conformar com os argumentos defendidos pela maioria do grupo. Em outras palavras, a maioria das pessoas tende a buscar reconhecimento social e, com isso, acabam por anuir com os argumentos apresentados pelo grupo¹⁷. Essas considerações também são válidas para a compreensão da atividade institucional. Em regimes políticos marcados pela diversidade de instituições, com competências distintas, a interação deliberativa entre elas pode ser resultar em polarização política. Assim, uma Suprema Corte Constitucional, diante da resistência política às suas decisões apresentada pelos demais poderes estatais, pode resolver alinhar-se com as correntes políticas majoritárias do governo¹⁸. Esse movimento representaria a própria ideia de polarização aplicada à dimensão institucional.

Esses são aspectos relevantes acerca do procedimento deliberativo que devem ser considerados no plano da atividade institucional, ou seja, devem funcionar como premissas para a arquitetura de mecanismos institucionais capazes de lidar com os aspectos negativos da deliberação. Para se chegar ao plano da atividade institucional, contudo, é preciso que, antes disso, tenhamos por base os pressupostos ou premissas para a própria ideia de deliberação. Nesse sentido, o conceito de razão pública delimita os contornos da deliberação pública interinstitucional, constituindo importante premissa para o marco teórico democrático.

John Rawls, em "O Liberalismo Político" 19, traz uma abordagem sobre o problema da pluralidade moral nas democracias que, em grande medida, contribui para o debate institucional deliberativo 20 21. Para o autor, a sociedade

-

¹⁷ Segundo Sunstein, a polarização pode ser explicada da seguinte forma: "People move their judgments in order to preserve their image to others and their image to themselves. Evidence confirms that mere exposure to the positions of others, without discussion, induces a substantial risky shift (though this shift is only about half as large as the shift produced by discussion)." (SUNSTEIN, 2000: 89).

¹⁸ Barry Friedman alerta para a necessidade de que a teoria constitucional busque entender o comportamento da Suprema Corte a partir da relação com os dois poderes estatais: "To the extent that the Court faces constraint in constitutional cases, this is problematic for normative theory. At the heart of all hope stories about judicial review is the notion that courts can – and will – stand up against the other branches of government in the protection of constitutional safeguards. The fact of constraint calls this story into question. The problem is exacerbated by the role of ideology and party affiliation. The Court likely is most constrained when the other branches are united ideologically, which might be the very time judicial scrutiny is most appropriate in a system of checks and balances". (FRIEDMAN, 2006: 317).

¹⁹ "O Liberalismo Político" (*Political Liberalism*), de 1993, expressa a pretensão de Rawls em sistematizar as reformulações feitas na sua "Uma Teoria da Justiça" (*A Theory of Justice*), de 1971, sendo marcante a ideia de transformá-la em uma doutrina política sem pretensões universalistas.

A ideia de contrato social é um dos pilares do liberalismo clássico, que teve como principais expoentes autores como Grócio, Pufendorf, Locke e, de uma forma particularmente distinta, Hobbes e Rousseau. O contrato social foi, em linhas gerais, concebido como um artifício teórico para expressar o acordo capaz de superar o Estado de Natureza, em que se encontravam os indivíduos, com o objetivo de alcançar um Estado Social. O pano de fundo desse acordo era a preservação de liberdades e direitos tidos como naturais, ou seja, inerentes à condição humana,

democrática moderna é composta por doutrinas diferentes e incompatíveis entre si, mas razoáveis, onde todos os cidadãos respaldam as diferentes concepções morais, filosóficas ou religiosas. Essa seria a consequência do exercício da razão humana sob instituições livres em um regime democrático constitucional. Quando surgissem doutrinas abrangentes desarrazoadas, o sistema deveria contê-las de maneira que não criassem empecilhos à unidade e à justiça da sociedade. O problema trabalhado pelo autor é justamente estabelecer a estrutura necessária para que doutrinas abrangentes profundamente divergentes, ainda que razoáveis, possam conviver e que todas endossem a concepção política do regime constitucional²². Em outras palavras, o projeto político-deliberativo rawlsiano pretende alcançar o consenso entre sujeitos racionais dotados de autonomia moral acerca do conteúdo de princípios de justiça necessários para regular a estrutura básica de uma sociedade plural.

O Liberalismo tenta trazer para o plano político a estrutura teórica de Rawls sobre a justiça, mais precisamente sobre como podemos deliberar sobre princípios de justiça aplicados universalmente em uma sociedade política bem-ordenada. Isto acontece na medida em que Rawls enfrenta inúmeras críticas à sua obra "Uma Teoria da Justiça" (1971) durante os anos 70. A principal dessas críticas questiona a real possibilidade de que a concepção política de justiça como equidade possa, na prática, garantir que cidadãos com diferentes doutrinas abrangentes (religiosas ou filosóficas) possam deliberar sobre aspectos da política, com argumentos razoáveis que possam ser aceitos por pessoas racionais e morais. Esse é um dos temas mais caros para Rawls. Tanto assim que busca esclarecer, já no Liberalismo,

contra a expansão do poder estatal. Contudo, "O Liberalismo Político" rawlsiano marca uma profunda diferença em relação ao projeto liberal clássico. O contratualismo de Rawls não busca a legitimidade do governo, como pretendiam, sobretudo, Hobbes e Locke, mas o modo como se pensar uma teoria da justiça. Dessa forma, pode-se dizer que o objeto do contratualismo rawlsiano é essencialmente distinto daquele liberal clássico, na medida em que se dirige à postulação de princípios de justiça para uma sociedade já reconhecida como politicamente liberal. Nesse sentido: "John Rawls Theory of Justice should be considered the culmination and pinnacle of social contract theory. It represents a complete model not only for defining a conception of justice, but also illustrates in a largely practical sense how justice may be implemented within the body politic." PAYNE, Seth R. "Social Contract and Public Justice" (December 1, 2007). Disponível em sítio: http://ssrn.com/abstract=1952027.

²¹ O contrato social em Rawls também se diferencia da ideia liberal clássica em outro ponto fundamental: a consideração sobre indivíduos defensores de doutrinas morais, religiosas e filosóficas diversas é o ponto de partida de Rawls para o acordo constitutivo dos princípios de justiça (WEITHMAN, 2010).

²² Dessa forma, Rawls pretende conciliar, a partir da ideia de "consenso sobreposto" ou "consenso por sobreposição" (*overlapping consensus*) as diversas doutrinas abrangentes presentes em uma sociedade democrática moderna: "The aim of justice as fairness, then, is practical: it presents itself as a conception of justice that may be shared by citizens as a basis of a reasoned, informed, and willing political agreement. It expresses their shared and public political reason. But to attain such a shared reason, the conception of justice should be, as far as possible, independent of the opposing and conflicting philosophical and religious doctrines that citizens affirm." (RAWLS, 1993: 9).

que sua teoria da justiça não tem a pretensão de se tornar uma doutrina moral compreensiva, mas um modelo voltado apenas para questões básicas da política, como a organização das instituições sociais e a forma como deve ocorrer a distribuição de renda e de recursos. Sobre essas questões básicas, Rawls acredita que mesmo doutrinas morais divergentes podem alcançar um consenso, em termos de justiça como equidade. Estão, assim, concebidos os fundamentos para a ideia de consenso sobreposto (*overlapping consensus*)²³.

Na teoria rawlsiana, dois momentos deliberativos devem ser distinguidos para se compreender a estrutura de uma sociedade guiada por uma concepção política de justiça. Ainda durante a posição original, o pluralismo é contornado pela ideia de consenso sobreposto e pela confiança de Rawls em um equilíbrio reflexivo entre as doutrinas morais abrangentes²⁴. Já durante a dinâmica política em sociedade, o pluralismo torna-se um desafio na medida em que cada cidadão possui, agora, conhecimento sobre seus projetos de vida pessoais, bem como sobre suas concepções religiosas e filosóficas abrangentes²⁵. Como proposta de solução para esse impasse, o modelo deliberativo rawlsiano se funda sobre a ideia de razão pública para defender o chamado fato do pluralismo razoável.

O parâmetro deliberativo rawlsiano – a razão pública – é composto pelo conjunto dos valores políticos e constitucionais que formam uma sociedade democrática²⁶. Somente por meio dessa razão que o projeto rawlsiano consegue explicar o fenômeno do pluralismo nas democracias constitucionais. A razão pública é formada por aqueles valores políticos que podem ser justificados a partir da concepção política justiça como equidade. Portanto, a deliberação de

²³ Nesse sentido, explica Joshua Cohen: "In such a society we have a overlapping consensus on a political conception of justice. Citizens achieve social unity because they all accept that conception and so agree to conduct the fundamentals of political argument on the shared ground that the conception makes available and to set aside for political purposes their deep, ultimate, and persistent disagreement about what we are like, what the world is like, and how best to face its demands." (COHEN, 2011: 133).

O momento da posição original representa um artifício metodológico da teoria rawlsiana que funciona como base de avaliação da legitimidade do resultado deliberativo sobre questões políticas. Em linhas gerais, podemos resumir a ideia de posição original como um momento hipotético em que indivíduos representantes de uma determinada comunidade deliberam sobre as questões fundamentais de justiça política e distributiva, sem que conheçam as suas respectivas características pessoais socioeconômicas e seus interesses pessoais. O resultado dessa deliberação inicial seria, para Rawls, a formulação dos dois princípios de justiça que se aplicam à estrutura básica da sociedade. Com efeito, a posição original consagra a ideia de legitimidade política procedimental pura, isto é, os princípios de justiça são legítimos na medida em que refletem o resultado de uma deliberação entre sujeitos livres e iguais, com capacidade racional. (RAWLS, 1971-1999: 102-168).

²⁵ O objeto central da teoria rawlsiana para este estudo será o segundo momento deliberativo, representado pela ideia de razão pública.

[&]quot;(a razão pública) explicita no nível mais profundo os valores morais e políticos que devem determinar a relação de um governo democrático constitucional com os seus cidadãos e a relação destes entre si. Aqueles que rejeitam a democracia constitucional com o seu critério de reciprocidade rejeitarão, naturalmente, a ideia de razão pública" (RAWLS, 2001: 173).

todas as esferas institucionais de um regime constitucional deve estar, segundo Rawls, baseadas em argumentos que poderiam ser aceitos pelos cidadãos livres e iguais em uma sociedade democrática. Isso significa que a razão pública especifica em grau mais profundo os argumentos que podem ser utilizados para a tomada de uma decisão política a partir da ideia de reciprocidade. Se a decisão é justificada com base em argumentos aceitos genericamente como legítimos pelos cidadão, então ela pode ser justificada com base na razão pública. A razão pública legitima a decisão institucional na medida em que pode reunir a diversidade de doutrinas morais abrangentes que compõem uma sociedade democrática. Para tanto, é com base em princípios de justiça política que poderiam ser aceitos por todas as doutrinas que se chega a um consenso capaz de garantir a legitimidade política de um regime constitucional.

O objeto da razão pública é bem delimitado por Rawls, compreendendo os elementos constitucionais essenciais - tais como os direitos e as liberdades básicas - e as questões de justiça básica - distribuição de recursos e divisão de deveres na sociedade. A partir dessa delimitação, o projeto rawlsiano pretende retirar do debate sobre estas questões fundamentais à ordem democrática qualquer argumento embasado unicamente em uma doutrina abrangente particular. É importante observar que Rawls desvenda com a ideia de razão pública os limites para a deliberação sobre os problemas mais relevantes da democracia, restringindo o campo dos possíveis argumentos a serem utilizados pelos cidadãos. Somente valores políticos devem resolver questões fundamentais, tais como liberdades e direitos constitucionais. O conteúdo da razão pública é formado, portanto, pela própria concepção política de justiça, na medida em que especifica certos direitos e liberdades fundamentais. É essencial que uma concepção política liberal inclua, além de seus princípios de justiça, princípios de argumentação e critérios para a exposição de informações pertinentes às questões políticas. São diretrizes para que a deliberação sobre questões políticas possa ser direcionada sempre aos princípios de justiça.

Dois tipos de valores formam, assim, a teoria da justiça rawlsiana: (I) os valores de justiça política, que são os valores derivados do conteúdo dos princípios de justiça, tais como o valor da igualdade social, da igualdade política e das liberdades cívicas; e (II) os valores da razão pública, que tornam o processo político livre e público por meio de critérios deliberativos para exposição de argumentos na defesa de propostas políticas. Em conjunto, esses valores se tornam parâmetros substantivos e procedimentais para um ideal deliberativo em uma democracia constitucional²⁷.

²⁷ "a. The first kind – the values of political justice – fall under the principles of justice for the basic structure: the values of equal political and civil liberty; equality of opportunity; the values of social equality and economic reciprocity; and let us add also values of the common good as well as the various necessary conditions for all these values. b. The second kind of political values – the values of public reason – fall under the guidelines for public inquiry, which make that inquiry free and public.

A ideia de razão pública é, portanto, uma aspecto central para a fundamentação da legitimidade de sistemas democráticos deliberativos. Dessa forma, a construção de um marco teórico deliberativo para a democracia requer alguma forma de delimitação dos argumentos que podem ser incluídos na deliberação pública entre as instituições. A teoria da justiça de Rawls representa um novo marco para o debate político sobre o pluralismo moral que caracteriza as democracias contemporâneas. Compreender a gama de questões envolvendo o pluralismo de doutrinas morais tem um valor significativo no âmbito da teoria constitucional. O exercício da jurisdição constitucional é, em grande parte, um instrumento para solução da tensão que se estabelece entre pontos de vista morais distintos sobre o conteúdo de direitos constitucionais. Com isso, o ponto de contato entre a teoria rawlsiana e o constitucionalismo está na possibilidade das democracias compatibilizarem doutrinas morais divergentes com base em uma concepção política única, formada essencialmente pelo conteúdo essencial dos direitos constitucionais. É o consenso sobre valores político-constitucionais básicos que torna viável um projeto de democracia constitucional.

2.2 A Ética do Discurso na Teoria Deliberativa Habermasiana

O projeto deliberativo de Jürgen Habermas tem sua essência na superação do modelo substantivo de sociedade justa, sugerindo as condições comunicativas necessárias para que os membros envolvidos na deliberação pública possam decidir acerca do melhor projeto político para a sociedade. O modelo democrático habermasiano é construído, em linhas gerais, a partir da conjugação dos seguintes elementos: (I) uma estrutura deliberativa de caráter democrático; (II) um sistema de direitos e liberdades fundamentais; (III) um princípio normativo do discurso, apto a guiar a formação da opinião e da vontade no Estado.

Em Between Facts and Norms, mais uma vez, Habermas busca trazer nova proposta de legitimação democrática do direito baseada em sua tese construção de uma ética do discurso (HABERMAS, 1996). As ideias de pluralismo razoável e de doutrinas abrangentes são também pressupostos para o projeto democrático habermasiano. O pluralismo político e cultural são temas centrais que perpassam por inúmeros trabalhos de Habermas, tanto na filosofia política quanto na filosofia do direito. No entanto, de forma distinta daquela proposta por John Rawls, Habermas busca dar conta da problemática sobre o consenso político a partir de uma proposta democrático-deliberativa que se funda na sua concepção sobre o *agir comunicativo*²⁸.

Also included here are such political virtues as reasonableness and a readiness to honor the (moral) duty of civility, which as virtues of citizens help to make possible reasoned public discussion of political questions." (RAWLS, 1993: 224).

²⁸ Habermas pretende desenvolver um modelo teórico deliberativo pós-metafísico, ou seja, desvinculado de qualquer concepção metafísica para a explicação do fenômeno democrático. Para tanto, adota uma postura diferente de Rawls, baseada não em uma concepção de justiça a ser aplicada em condições políticas predeterminadas, mas sim em uma filosofia da linguagem

O grande desafio habermasiano é buscar conciliar as liberdades individuais, características de sujeitos morais autônomos, com o princípio democrático. Uma ordem jurídico-normativa – o Direito – somente poder ser legitimada na medida em que fornece condições necessárias para que sujeitos morais autônomos possam ter consideradas as suas posições políticas individuais para a formação da vontade e da opinião política do Estado. O problema enfrentado por Habermas consiste em definir como um sistema de direitos pode ser construído a partir do *consenso* entre indivíduos com interesses particulares e objetivos políticos distintos. As teorias contratualistas, para Habermas, não apresentaram respostas suficientes para essa questão na medida em que não ofereceram uma explicação razoável para a transição ao Estado de Direito através do contrato social²⁹.

A resposta para o desafio da produção do consenso é dada por Habermas através da construção racional de um sistema de direitos. O direito é concebido de forma racional, de maneira a ser aceito e reconhecido pela sociedade. Essa construção racional do direito se dá, em um primeiro momento, por meio

que possa explicar os principais elementos do *agir comunicativo*: "One should first be aware that the theory of communicative action involves a particular view about how social coordination is effected through language. Specifically, competent speakers know how to base their interactions on validity claims that their hearers will accept or that could, if necessary, be redeemed with good reasons. As understood by participants engaged in interaction and discourse, truth claims are claims about the objective world that all human beings share, and moral claims have to do with norms for interpersonal relationships that any autonomous adult should find rationally acceptable from the standpoint of justice and respect for persons. If such claims are valid, then any competent speaker should, under suitable conditions, be able to accept the claim on the basis of good reasons. When a claim is contested, actually bringing about such rational acceptance requires actors to shift in to a discourse in which, the pressures of action having been more or less neutralized, they can isolate and test the disputed claim solely on the basis of arguments." (REGH, 1996: XIV-XV).

A crítica de Habermas direcionada às teorias contratualistas está inserida na sua preocupação com a busca por um fundamento de legitimidade para o direito moderno. Neste sentido, o autor deixa claro, no posfácio de Between Facts and Norms (1994), que o projeto contratualista desde Hobbes até Rawls não foi capaz de superar o problema da legitimidade nas sociedades plurais: "What grounds the legitimacy of rules that can be changed at any time by the political lawgiver? This question becomes especially acute in pluralistic societies in which comprehensive worldviews and collectively binding ethics have disintegrated, societies in which the surviving posttraditional morality of conscience no longer supplies a substitute for the natural law that was once." (...) "From the standpoint of legal theory, the modern legal order can draw its legitimacy only from the idea of self-determination: citizens should always be able to understand themselves also as authors of the law to which they are subject as addressees. Social-contract theories have construed the autonomy of citizens in the categories of bourgeois contract law, that is, as the private free choice of parties who conclude a contract. But the Hobbesian problem of founding a social order could not be satisfactorily resolved in terms of the fortuitous confluence of rational choices made by independent actors. This led Kant to equip the parties in the state of nature with genuinely moral capacities, as Rawls would later do with parties in the original position. Today, following the linguistic turn, discourse theory provides an interpretation of this deontological understanding of morality. Consequently, a discursive or deliberative model replaces the contract model: the legal community constitutes itself not by way of a social contract but on the basis of a discursively achieved agreement grounded in religion or metaphysics." (HABERMAS, 1996: 448-449).

da comunicação e participação do cidadão, de forma a garantir-lhe a autodeterminação³⁰. Nesse sentido, a sociedade como um todo deve ser estruturada de forma a reconhecer todos os seus atores. O reconhecimento é justamente o aceite recíproco dos participantes, e só é possível por meio de sistemas inclusivos de constituição da vontade³¹. Assim, o cerne da legitimidade de um Estado Democrático de Direito, para o filósofo, está no procedimento de criação das decisões em todos os âmbitos³². A tensão entre faticidade e validade, inerente ao fenômeno jurídico somente pode ser superada, para Habermas, por meio da construção racional do direito, em que

-

³¹ Para Habermas: "A força origina-se, isso sim, do poder gerado comunicativamente em meio à práxis de autodeterminação dos cidadãos do Estado e legitima-se pelo fato de defender essa mesma práxis através da institucionalização das liberdades públicas. A justificação existencial do Estado não reside primeiramente na defesa dos mesmos direitos subjetivos, mas sim na garantia de um processo inclusivo de formação da opinião e da vontade, em que cidadãos livres e iguais chegam ao acordo mútuo quanto a quais devem ser os objetivos e normas que correspondam ao interesse comum." (HABERMAS, 2002: 272-273).

³² Nesse sentido: "O conceito de uma política deliberativa só ganha referência empírica quando fazemos jus à diversidade das formas comunicativas na qual se constitui uma vontade comum, não apenas por um auto-entendimento mútuo de caráter ético, mas também pela busca de equilíbrio entre interesses divergentes e do estabelecimento de acordos, de checagem da coerência jurídica, de uma escolha de instrumentos racionais, voltada a um fim específico e por meio, enfim, de uma fundamentação moral. Assim, os dois tipos de político que Michelman contrapõe em um exercício de tipificação ideal podem impregnar-se um do outro e complementar-se. A política dialógica e instrumental, quando as respectivas formas de comunicação estão suficientemente institucionalizadas, podem entrecruzar-se no medium das deliberações. Tudo depende, portanto, das condições de comunicação e procedimento que conferem força legitimatória à formação institucionalizada de opinião e da vontade. O terceiro modelo de Democracia que me permito sugerir baseia-se nas condições de comunicação sobre as quais o processo político supõe-se capaz de alcançar resultados racionais, justamente por cumprir-se, em todo seu alcance, de modo deliberativo." (HABERMAS, 2002: 277).

³⁰ Para Habermas: "Porque esse meio de poder estatal se constitui em formas do Direito, ordenamentos políticos nutrem-se do pleito de legitimidade jurídica. É que o Direito não somente exige aceitação; não apenas solicita dos seus endereçados reconhecimento de fato, mas também pleiteia merecer reconhecimento. Para a legitimação de um ordenamento estatal, constituído na forma da lei, requerem-se, por isso, todas as fundamentações e construções públicas que resgatarão esse pleito como digno de ser reconhecido." (...) "Essa estrutura reflete-se no modo singular da validade do Direito que se situa entre a facticidade de o Estado promulgar o direito com a legitimidade da positivação jurídica através de um procedimento que se pretende racional." (...) "O princípio da soberania do povo estabelece procedimento que a partir de suas características democráticas, fundamenta a suposição de resultados legítimos. Esse princípio expressa-se nos direitos à comunicação e à participação que garantem a autonomia pública dos cidadãos" (...) "Parto do princípio, que aqui não posso explicar em maiores detalhes, de que podem pleitear legitimamente exatamente aquelas regulamentações, com as quais todos os eventuais implicados poderiam concordar como participantes de discursos racionais. Em discursos, os participantes pretendem chegar a pontos de vista comuns, tentando convencer-se mutuamente de algo através de argumentos, enquanto que em negociações buscam um pacto quanto aos seus interesses divergentes. (No entanto, a lealdade a tais pactos, por sua vez, depende de procedimentos que. na elaboração dos compromissos, são discursivamente fundamentados.) A pressuposição do resultado legítimo precisa apoiar-se, em última instância, em um arranjo comunicativo, sendo pois, tais discursos (e negociações) o lugar em que se pode formar uma vontade racional política." (HABERMAS, 2003: 122).

a relação dialógica entre cidadãos livres e iguais possa se ver refletida, institucionalmente, na formação da vontade jurídico-política do Estado.

O parâmetro deliberativo construído pela teoria habermasiana contribui significativamente para a tese dos diálogos constitucionais. De forma analítica, verifica-se a adequação deliberativa por meio da estrutura da ética do discurso traçada por Habermas.

A estrutura da ética do discurso habermasiana está dividida em duas dimensões complementares. A primeira delas específica as condições para tornar possível um acordo racional legítimo. Nesse sentido, o procedimento dialógico para conferir validade a normas sociais deve envolver todos aqueles possivelmente afetados pela norma. Todos devem ter iguais oportunidades para desempenharem seus papéis no processo discursivo, livres de qualquer pressão externa, isto é, desconstrangidos de qualquer força política ou econômica. É a condição de liberdade comunicativa que Habermas vê como necessária para o procedimento discursivo. Em linhas gerais, o procedimento discursivo deve reunir as condições de reciprocidade, reflexividade e assimetria entre os argumentos utilizados pelos participantes³³.

A segunda dimensão especifica, em um nível formal, o possível conteúdo desse acordo. Habermas associa a validade de uma norma com a possibilidade de generalização de seu conteúdo, isto é, somente pode ser considerada válida a norma que satisfaz a seguinte condição: todos os indivíduos afetados pela norma devem poder aceitar as suas consequências tal como possam ser antecipadas de forma genérica. Está justificado, assim, o princípio da universalização, como pilar da segunda dimensão da ética do discurso³⁴.

A conjugação entre essas duas dimensões da ética do discurso permite que Habermas trace a sua linha distintiva entre o público e o privado. Somente com essa distinção fica delinaeado o objeto da deliberação pública, ou seja, aquilo que pode ser regulamentado por meio da construção de um

³³ Os principais traços característicos do procedimento discursivo habermasiano são explicados de forma lapidar por Jean Cohen e Andrew Arato: "Anyone capable of speech and action, who is potentially affected by the norms under dispute, must be able to participate in the discussion on equal terms. Furthermore, the participants must be capable of altering the level of discourse in order to be in a position to challenge traditional norms that may be tacitly presupposed. In other words, nothing can or should be taboo for rational discourse – nor the preserves of power, wealth, tradition, or authority. In short, the procedural principles underlying the possibility of arriving at a consensus on the validity of a norm involve *symmetry*, *reciprocity*, and *reflexivity*." (COHEN; ARATO, 1992: 348).

³⁴ A ética do discurso habermasiana busca dar conta do problema da fundamentação de afirmações normativas. Diferentemente de Kant, que identificou no imperativo categórico a possibilidade de justificação moral das condutas individuais, o princípio do discurso assinala uma nova perspectiva: "Na ética do discurso, o método de argumentação moral substitui o imperativo categórico. É ela que formula o princípio 'D': as únicas normas que têm o direito de reclamar validade são aquelas que podem obter a anuência de todos os participantes envolvidos num discurso prático. O imperativo categórico desce ao mesmo tempo na escala, transformando-se em num princípio de universalização 'U', que nos discursos práticos assume o papel de uma regra de argumentação." (HABERMAS, 1991: 15-16).

sistema de direitos. Um ponto é importante para se esclarecer a delimitação da moralidade no âmbito da teoria habermasiana: as decisões que devem ser deixadas para o julgamento moral de cada indivíduo somente podem ser definidas por meio de um processo de deliberação pública. Ou seja, delimitar até que ponto é legítima a regulação do Estado por meio do direito, sem que esbarre sobre o espaço de autonomia moral dos indivíduos, é uma tarefa que somente pode ser realizada através da deliberação pública. A deliberação, nesse sentido, é a chave para se compreender a legitimidade do sistema de direitos e, consequentemente, da própria democracia enquanto sistema político.

2.3 A Opinião Pública e o Backlash

Outro parâmetro a ser considerado pelas teorias dos diálogos constitucionais está situado no plano da opinião pública e sua reação às decisões político-institucionais. Até agora, os parâmetros analisados como ponto de apoio para a deliberação consistem em critérios para a demarcação dos limites substantivos e formais para a democracia deliberativa. Na ideia de razão pública rawlsiana encontramos o fundamento político e os valores constitucionais que podem servir de argumentos para a deliberação pública institucional. Com a ética do discurso habermasiana tem-se em foco as dimensões procedimentais da deliberação: a liberdade comunicativa e o princípio da universalização funcionam como balizas para a legitimidade da interação institucional. Esses dois parâmetros, no entanto, devem ser complementados pelo atual debate travado na teoria constitucional envolvendo a ideia de *backlash* como elemento que transfere a legitimidade dos diálogos constitucionais para o plano das consequências produzidas pela jurisdição constitucional.

A ideia de *backlash* foi construída pela teoria constitucional norte-americana para dar conta da crescente tensão entre política e direito, bem como para responder aos anseios de legitimidade democrática da Suprema Corte americana. Robert Post e Reva Siegel associam o conceito com a tese do constitucionalismo democrático, defendida pelos autores. O constitucionalismo democrático descreve como uma ordem constitucional negocia a tensão entre Estado de Direito e autogoverno como critério de legitimidade democrática. Ou seja, demonstra como o significado dos direitos constitucionais é performado à opinião pública e, ainda assim, mantém a sua integridade normativa. O principal objetivo da tese do constitucionalismo democrático é, assim, ampliar a deliberação da sociedade e dos poderes políticos representativos sobre o conteúdo das normas constitucionais, sobretudo daquelas normas que protegem direitos individuais básicos, e que são marcadas pela sua pluralidade e abertura conceitual³⁵. Segundo essa perspectiva, o fenômeno

_

³⁵ Em sua versão sobre o constitucionalismo democrático, Robert Post e Reva Siegel deixam claro que a ideia não é restringir a atuação do judiciário sobre a interpretação constitucional, mas ampliar o debate sobre os direitos constitucionais na sociedade: "Democratic constitutionalism affirms the role of representative government and mobilized citizens in enforcing the Constitution

conhecido como *backlash* é visto como uma prática de contestação normativa das decisões judiciais em âmbito constitucional. Prática pela qual a opinião pública procura influenciar o conteúdo das normas constitucionais, conferindo maior grau de legitimidade democrática à jurisdição constitucional.

Mais do que contribuir para a polarização social, as decisões da Suprema Corte podem produzir um maior engajamento dos cidadãos sobre um conflito constitucional e, dessa forma, ajudar na formação de uma coesão da opinião pública sobre os valores fundamentais da ordem democrático-constitucional. O constitucionalismo democrático confia na potencialidade de uma decisão judicial em provocar um amplo debate na opinião pública sobre os valores constitucionais em disputa para a solução de um caso concreto. Os desacordos sobre os direitos são, assim, uma condição para o fortalecimento da democracia, e a Suprema Corte deve ser reconhecida como instituição capaz de desempenhar um papel essencialmente democrático, decidindo casos difíceis e, com isso, incentivando o debate público na construção do conteúdo normativo dos direitos. Assim, a legitimidade da jurisdição constitucional, segundo essa visão democrática, pode ser conciliada com a efetivação da cidadania³⁶.

Cass Sunstein define o *backlash* como uma intensa e continuada desaprovação de uma decisão judicial, acompanhada de medidas agressivas de resistência e de tentativa de remover a sua força legal (SUNSTEIN, 2009)³⁷. Diante dessa definição, Sunstein se pergunta como a teoria constitucional deve compreender esse fenômeno, como as cortes devem pensar sobre os riscos produzidos pela repercussão social de sua decisão. De imediato, o professor de Harvard afasta qualquer tentativa de se determinar, *a priori*, os contornos que devem ser dados ao *backlash*. A análise sobre esse fenômeno depende

at the same time as it affirms the role of courts in using professional legal reason to interpret the Constitution. Unlike popular constitutionalism, democratic constitutionalism does not seek to take the Constitution away from courts. Democratic constitutionalism recognizes the essential role of judicially enforced constitutional rights in the American polity." (POST; SIEGEL, 2007: 7).

36 Na perspectiva do constitucionalismo democrático, o fenômeno conhecido como backlash na

Na perspectiva do constitucionalismo democrático, o fenômeno conhecido como *backlash* na doutrina norte-americana pode ser definido como: "Democratic constitutionalism conceptualizes the phenomenon of backlash not merely from the perspective of courts, but also from the point of view of the American constitutional order as a whole. It situates backlash within the dense network of communicative exchange that sustains the democratic legitimacy of the Constitution. Americans believe that constitutional meaning should be embodied in legally enforceable ways and that constitutional meaning should be potentially responsive to their own views. Citizens engaged in backlash press government officials to enforce what those citizens believe to be the correct understanding of the Constitution. They press these demands so that officials will interpret the Constitution in ways that are democratically accountable." (POST; SIEGEL, 2007: 18).

³⁷ Cass Sunstein apresenta o que seriam os argumentos de muitas mentes (*many minds arguments*), o tradicionalismo, o populismo, e o cosmopolitismo. O segundo destes argumentos, em particular, desenvolve-se sobre a ideia de opinião pública, mas em uma perspectiva muito mais ativa do que passiva. Isto é, ao contrário da habitual visão de que os juízes adotam valores que encontram na opinião pública, esta é considerada conforme o grau de influência que exerce sobre a própria Corte, exigindo, por exemplo, que suas discussões a considerem como um ponto de partida.

DIREITOS FUNDAMENTAIS & JUSTIÇA - ANO 7, Nº 25, P. 170-190, OUT./DEZ. 2013

das características políticas e jurídicas de cada Estado, as capacidades das cortes, o perfil sociopolítico de suas instituições democráticas e o nível de cidadania em geral. A conclusão a que se chega com Sunstein é que a delimitação dos contornos do diálogo entre as cortes e a opinião pública não pode ser dada sem antes olhar para fatores políticos e sociais do sistema democrático de cada Estado. Com isso, as consequências produzidas por uma decisão judicial sobre direitos constitucionais pode ser positiva ou negativa, a depender da capacidade o sistema institucional no qual repercutirá. Para Sunstein, é equivocada a ideia de *backlash* como um mecanismo de orientação das decisões judiciais, ou seja, como um parâmetro segundo o qual as cortes devem antecipar o sentimento público sobre determinados direitos constitucionais. Essa tese negligencia um fator fundamental: a probabilidade de erro judicial. As cortes podem, naturalmente, se equivocar com relação ao quadro político da opinião pública, o que dificulta um julgamento por antecipação sobre valores democráticos priorizados na sociedade³⁸.

Dessa forma, o fenômeno contruído pela teoria norte-americana como backlash pode servir como importante parâmetro para a relação dialógica institucional. O conceito revela a necessidade em se dicutir as consequências de uma decisão judicial sobre a formação da posição política da sociedade, e constitui uma forma de interação mais profunda entre cortes constitucionais e opinião pública, delimitadas por uma realidade democrático-deliberativa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A relação entre democracia e jurisdição constitucional é um dos temas mais controversos no âmbito da teoria constitucional. Em recente construção teórica, a tese dos diálogos constitucionais – como uma especificação dos diálogos entre instituições de representação política e o judiciário – tem servido de base a muitos autores para defenderem a necessidade de difusão da interpretação constitucional entre instituições diversas. O objetivo é tornar a construção axiológica dos direitos constitucionais uma tarefa a ser desempenhada por todas as instituições políticas de uma democracia constitucional. Com isso, pretende-se reduzir o impacto da jurisdição constitucional sobre as instituições democráticas de governo, tornando mais integradas as decisões sobre matéria constitucional do ponto de vista institucional.

A proposta de uma democracia constitucional dialógica está associada à interação entre instituições políticas que formam um sistema integrado de decisão sobre matérias jurídicas. Como condição para o funcionamento

~

(SUNSTEIN, 2009: 135).

³⁸ Como medidas para prevenir os erros judiciais envolvendo a interpretação de direitos marcados pela ambiguidade e amplitude semântica, Sunstein sugere: "Such measures might involve use of the passive virtues, designed to reduce judicial intervention in American life; or minamilism, designed to ensure a degree of narrowness and shallowness; or generalized deference, designed to impose a heavy burden of proof and persuasion on those who challenge legislatures."

desse sistema é preciso que as decisões tomadas por cada instituição estejam coordenadas por princípios constitucionais e políticos, que sirvam como balizas para a atuação democrática. Nesse sentido é que se pode falar em parâmetros deliberativos para os diálogos constitucionais. Alguns desses parâmetros podem ser encontrados nos projetos político-democráticos de John Rawls e Jürgen Habermas.

Em Rawls, a deliberação sobre questões da política em uma sociedade democrática está circunscrita pela noção de razão pública, como um repositório de princípios e valores constitucionais básicos da cultura política da comunidade. Os valores da razão pública especificam os argumentos que podem ser apresentados em foro público de deliberação e, assim, servem de parâmetros para a atuação institucional integrada e dialógica.

Já com relação à Habermas, encontramos na deliberação o fator fundamental de sua teoria democrática. É na ética do discurso habermasiana que são dadas as premissas normativas para a construção de uma sociedade dialógica. A liberdade comunicativa e o princípio da universalização são os dois pilares da ética do discurso e, portanto, os dois parâmtros para a relação institucional dialógica.

Contudo a relação dialógica institucional deve atentar também para dois fatores importantes que influenciam diretamente a legitimidade política de um regime constitucional. Primeiro, a polarização como um aspecto negativo característico do processo de deliberação para tomada de decisões política em grupos plurais. Segundo, os efeitos da decisão sobre a composição da opinião pública, que evidenciam o que a teoria constitucional contemporânea denomina como o fenômeno do *backlash*. O objetivo central deste trabalho, portanto, é mostrar como a razão pública e a ética do discurso funcionam como balizas para adequação e conformação da deliberação travada na interação dialógica institucional.

REFERÊNCIAS BÁSICAS

BATEUP, Christine. "The Dialogic Promise. Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue." *Brooklyn Law Review*, Vol. 71, 3, 2006.

BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics.* New Haven: Yale University Press, 1986.

COHEN, Jean; ARATO, Andrew. *Civil Society and Political Theory*. Cambridge, MA: MIT Press, 1992.

COHEN, Joshua. *The Arc of the Moral Universe and other Essays*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2011.

DAHL, Robert. "Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as National Policy-Maker." *Journal of Public Law*, no 6, 1957.

FRIEDMAN, Barry. "The Politics of Judicial Review". New York University Public Law & Legal Theory Research Papers Series, no 06-04, 2006.

HABERMAS, Jürgen. Comentários à Ética do Discurso. Lisboa: Instituto Piaget, 1991.

- _____. Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy. Trad. William Regh. Cambridge, MA: The MIT Press, 1996.
- _____. Inclusão do Outro: Estudos de Teoria Politica. Trad. George Sperber; Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.
- _____. "Sobre a Legitimação pelos Direitos Humanos." In: *Direito e Legitimidade*. MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Org.), São Paulo: Landy, 2003.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The Federalist Papers*. Electronic Classics Series Publication: Pennsylvania State University, 2001.
- HOGG, Peter; BUSHELL, Allison. "The *Charter*Dialogue Between Courts and Legislatures." *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 35, no 1, 1997.
- MENDES, Conrado. *Direitos Fundamentais, Separação dos Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva Editora, 2011.
- PILDES, Richard. "Is the Supreme Court a Majoritarian Institution?" New York University School of Law. *Public Law & Legal Theory Research Paper Series*. № 11-01, 2011.
- POST, Robert; SIEGEL, Reva. "Roe Rage. Democratic Constitutionalism and Backlash." *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review, 2007;* Yale Law School, *Public Law Working Paper*, no 131.
- RAWLS, John. A Theory of Justice. Revised Edition, Harvard University Press, 1971-1999.
- _____. Political Liberalism. New York: Columbia University Press, 1993.
- . O Direito dos Povos. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- REGH, William. Translator Introduction. In: HABERMAS, Jürgen, *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy.* Trad. William Regh. Cambridge, MA: The MIT Press, 1996.
- ROACH, Kent. The Supreme Court on Trial. Judicial Activism or Democratic Dialogue. Toronto: Irwin Law, 2001.
- _____. "Dialogic Judicial Review and Its Critics." Supreme Court Law Review, Vol. 23, 2004.
- SUNSTEIN, Cass. *The Partial Consitution*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1998.
- _____. "Deliberation Trouble? Why Groups go to Extremes." *The Yale Law Journal*, Vol. 110, no 71, 2000.
- _____. A Constitution of Many Minds: Why the Founding Document Doens't Means What It Meant Before. Princeton: Princeton University Press, 2009.
- WEITHMAN, Paul. Why Political Liberalism? On John Rawls's Political Turn. Nova York: Oxford University Press, 2010.
- VERMEULE, Adrian. *Mechanisms of Democracy. Institutional Design Writ Small.* New York: Oxford University Press, 2007.