

A DEMOCRACIA À MEIA-LUZ: UMA CRÍTICA AO LIBERALISMO CONSTITUCIONAL DE JOHN RAWLS E JÜRGEN HABERMAS

Daniel Barcelos Vargas

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade de Harvard. Professor da FGV Direito Rio.

Resumo: O liberalismo constitucional se consolidou como a mais influente visão de organização da democracia atualmente. Segundo esta visão, viver em uma sociedade bem organizada é viver sob a égide dos ideais liberais do individualismo, da liberdade e da propriedade¹ e, ao mesmo tempo, viver sob a forma constitucional da separação de poderes e da democracia representativa, com eleições periódicas e controle de constitucionalidade. O artigo coloca em xeque os termos desta união. Tradicionalmente, os impasses neste casamento tendem a se resolver pela revisão da forma constitucional da democracia. Será sustentada a ideia de que o liberalismo constitucional, como o concebemos, sofre de problema interno, cuja solução pede menos uma mudança da forma democrática e mais uma mudança do conteúdo liberal. A pista principal do problema é o déficit de transparência do liberalismo constitucional. Ao mesmo tempo que o regime pressupõe a capacidade de cada indivíduo avaliar livremente o funcionamento do regime, antes de emitir seu juízo de apoio ou de retirada, o déficit de transparência evidencia a impossibilidade de se assegurar, no constitucionalismo liberal, o compromisso do sistema político com a realização de suas promessas. Para sustentar o argumento, este artigo aponta limites na visão de dois expoentes do liberalismo constitucional. O argumento de John Rawls sustenta que o déficit de transparência é fruto de um paradoxo institucional, uma vez que o Judiciário é decisivo para garantir a transparência do regime, porém a ação judicial tem limitações para assegurar e realizar direitos sociais. O argumento de Jürgen Habermas sustenta que o déficit de transparência é fruto do escapismo, já que para assegurar a legitimidade do regime Habermas se limita a invocar a força da capacidade dialógica para corrigir desvios, sem considerar a cultura que define o direito em cada povo. Se Rawls adere à opacidade estratégica, Habermas subscreve à transparência vazia. A consequência é uma “democracia à meia-luz”, que ilumina problemas mais simples, mas obscurece os mais graves.

Palavras-chave: Liberalismo. Constitucionalismo. Democracia. Legitimidade. Rawls. Habermas. Instituições.

Sumário: **1** Introdução – **2** União entre “alma” liberal e “corpo” constitucional – **3** Legitimidade em Rawls – **3.1** Dimensão ideal – **3.2** Dimensão institucional – **3.3** Desafio: déficit de transparência – **4** Legitimidade em Habermas – **4.1** Dimensão ideal – **4.2** Dimensão institucional – **4.3** Desafio: déficit de transparência – **5** Democracia à meia-luz – **6** Conclusão – Referências

¹ Para visão geral sobre distintas correntes da tradição liberal, cf. Stanford Encyclopedia of Philosophy. Gerald Gaus: Liberalism. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/entries/liberalism/>. Acesso em: 10 out. 2018.

1 Introdução

A tradição do pensamento social há bastante tempo se interessa pela dinâmica de organização e mudança das tradições e sentidos na comunidade. O raciocínio costuma explorar a relação (e as tensões) entre ideia e forma.² Na cultura *avant garde*, por exemplo, a genialidade do artista pode se expressar pela criação de forma original, que desafia e expande a cultura vigente. Na música, os sete tons foram desafiados pela estética romântica, refazendo a relação entre sons e sentido. Na poesia brasileira, a obra de João Cabral de Mello Neto capta e exprime a potência da unidade entre a criatividade do poeta e a estrutura do poema.

A afinidade entre ideia e forma também orienta a reflexão sobre a organização e as transformações da sociedade contemporânea. No último século, a versão mais influente desta unidade na tradição social é o que convenciamos chamar de liberalismo constitucional. Viver em uma sociedade bem organizada é viver sob a égide dos ideais liberais do individualismo, da liberdade e da propriedade.³ E, ao mesmo tempo, viver sob a forma constitucional da separação de poderes e da democracia representativa, com eleições e proteção das minorias e controle de constitucionalidade.

A hegemonia do liberalismo constitucional é o resultado de longo processo de acúmulo das experiências dos povos do Ocidente ao longo dos últimos séculos. Impasses sempre fizeram parte desta interação. O choque entre ideia e forma, ou eventuais alterações em seus respectivos conceitos e estruturas, dá origem a um novo equilíbrio. Ao longo do último meio século, impasses no regime social tenderam a se resolver com a afirmação da supremacia do espírito liberal. O ônus da mudança é depositado, quase sempre, nos ombros da forma constitucional da democracia, que precisava se ajustar para assegurar a ordem coletiva.⁴

O presente artigo pretende colocar em xeque os termos desta união uma vez mais. Será sustentada a ideia de que o projeto do liberalismo constitucional, como hoje o concebemos, sofre de problema interno, cuja solução pede menos uma mudança da forma democrática e mais uma mudança do conteúdo liberal da vida em sociedade. A pista principal do problema, ainda pouco explorado ou compreendido no debate contemporâneo, é o déficit de transparência do regime.

² Sobre o conceito de “afinidade eletiva” em Max Weber veja-se LÖWY, Michael. Sobre o conceito de “afinidade eletiva” em Max Weber. In: *Plural - Revista do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da USP*. São Paulo, v.17, n. 2, p. 129-142, 2011.

³ Para visão geral sobre distintas correntes da tradição liberal veja-se Stanford Encyclopedia of Philosophy. Gerald Gaus: Liberalism. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/entries/liberalism/>. Acesso em: 10 out. 2018.

⁴ Sobre o tema, cf. item 5 do artigo.

Este déficit de transparência revela a impossibilidade de se assegurar, no constitucionalismo democrático, o compromisso do regime com a realização de suas promessas. A democracia estará condenada a prometer, sem entregar.

O que resulta do regime opaco é uma “democracia à meia-luz”. Na vida meio obscura somos incapazes de visualizar adequadamente os problemas estruturais que afetam a vida coletiva e, assim, de atuarmos de forma colaborativa para resolver seus obstáculos. Para os liberais, os problemas são mais simples do que na realidade. A consequência é uma disfunção no pensamento liberal, em que se legitimam privilégios e desagregações – no limite, uma ameaça à própria democracia.

Para sustentar este ponto, o presente artigo pretende avançar em uma crítica interna ao projeto liberal de dois dos mais influentes pensadores – e teóricos do liberalismo – no último meio século: John Rawls e Jürgen Habermas. O método consiste em empreender releitura sistêmica do pensamento de cada um destes pensadores e da bibliografia canônica que orienta sua melhor compreensão.

No último meio século, os dois autores formularam ambiciosas reconstruções das tradições política e social modernas para oferecer nova percepção de como a sociedade democrática deve se organizar de forma ótima. Para ambos, a transparência é atributo básico de organização do regime, pois é ela que permite aos indivíduos apreciarem o real funcionamento da sociedade e, assim, julgarem a autoridade do regime para organizar a comunidade. Sem transparência, não há informação nem conhecimento nem razão para crer que uma ordem política opera de maneira mais ou menos adequada.

A transparência é um atributo chave do regime liberal. Primeiro, permite a todo e qualquer cidadão aferir, na operação de suas instituições, no ir e vir da política e das leis, o funcionamento geral do sistema político. Segundo, permite a certificação, por cada indivíduo, do compromisso democrático com a realização de conjunto de valores básicos da comunidade. Sem “luzes”, o regime não é capaz de demandar ou obter o compromisso coletivo com a ordem em curso. Cada cidadão teria bons motivos para pôr em xeque a sociedade liberal.

Em Rawls, sustentaremos que o déficit de transparência é expresso em um paradoxo institucional. Por um lado, o Judiciário é decisivo para garantir a transparência do regime, pois é por meio de suas decisões que a sociedade é capaz de aferir continuamente o compromisso do regime constitucional com a efetivação de direitos fundamentais. Por outro lado, a ação judicial tem limitações para assegurar e realizar direitos sociais. Este paradoxo atinge o centro do liberalismo de Rawls, que não é capaz de revelar, com segurança e vigor, o sentido real dos direitos fundamentais na comunidade política.

Em Habermas, o argumento será ligeiramente distinto. A maneira como Habermas preserva a transparência do regime é desencarnando a justificação do poder do corpo constitucional do liberalismo. A legitimidade, em Habermas, deixa de ser um atributo real, para se tornar abstração, independentemente do texto da Constituição e da prática adjudicativa. Habermas não sucumbe à dependência do ativismo judicial, mas também nada oferece, além de uma promessa vaga da capacidade do diálogo transparente para promoção do avanço social.

Se Rawls adere à opacidade estratégica, Habermas subscreve à transparência vazia. A consequência é uma “democracia à meia-luz”, que ilumina os problemas mais simples, mas obscurece os mais gravosos. Incapaz de iluminar o essencial, a democracia se arrisca a converter-se em um sistema de preservação das estruturas sociais contra as aspirações coletivas que o regime político não está habilitado ou disposto a realizar. Quem mais perde é justamente quem mais precisa. Quem mais ganha é quem mais tem. A distorção intelectual abre as portas do pensamento e da política para, em última análise, questionar a própria legitimidade do regime democrático.

As reflexões finais sustentarão que para lidar com problemas estruturais dos tipos que afetam sociedades grandes, pobres e desiguais, por exemplo, a brasileira, não basta afirmar o compromisso democrático com o “mínimo social”, na esperança de que, com o tempo e gradualmente, a política mude a realidade. Tampouco basta informar, conversar, dialogar, debater, comunicar e argumentar, raciocinar sozinho ou na companhia dos concidadãos bem-intencionados – em cafés, conselhos, ouvidorias, fóruns, praças e auditórios.

É preciso comprometer o regime enquanto ele prospera, com a efetiva mudança das estruturas que dão forma à política e à economia, como hoje a entendemos. Para isso, em vez de supor a alma liberal do constitucionalismo democrático, como hoje vige, e a partir daí discutir maneiras de aprimorar o arranjo político, talvez seja o momento de começar a questionar o sentido liberal da ordem em que vivemos para abrir as estruturas da democracia e da sociedade à inovação profunda e contínua.

2 União entre “alma” liberal e “corpo” constitucional

O liberalismo constitucional é o resultado do encontro entre dois conjuntos de atributos que originalmente se desenvolveram em linhas paralelas, antes de se unirem nos séculos XIX e XX.

De um lado, boa parte da “alma” liberal remonta aos clássicos da Filosofia Política moderna. Thomas Hobbes destacou a importância, para a paz e o

progresso, da construção de uma “moralidade compartilhada” e encarnada nas mãos de um soberano.⁵ John Locke foi pioneiro do liberalismo, uma vez que revisou o pensamento de Hobbes para ajustar os atributos da moral compartilhada a valores individuais.⁶ Jean-Jacques Rousseau avançou a tradição liberal afirmando o valor ímpar da participação cívica na construção da vontade geral.⁷ O passo seguinte do amadurecimento da consciência liberal veio com John Stuart Mill, que⁸, inspirado no Romantismo alemão,⁹ chama a atenção para a importância da liberdade interna – a subjetividade – para o próprio desenvolvimento democrático.

O “corpo” constitucional, por sua vez, desenvolveu-se em trajetória paralela.¹⁰ A Constituição serve, a princípio, para definir escopo do poder governamental e suas instituições básicas. A democracia moderna avança no século XIX, com o desenvolvimento da representação política e do processo eleitoral como formas de escolha de lideranças.¹¹ O amadurecimento do processo político, por um bom tempo, veio com a ampliação do rol de participantes no processo democrático, até que, no século XX, o voto direto e universal consolidou-se como mecanismo paradigmático de organização da democracia no Ocidente. A participação direta dos cidadãos, por meio de plebiscitos e referendos, também contribuiu para qualificar o regime. E, na segunda metade do século XX, o instituto do controle de constitucionalidade de leis converteu-se em novo *status quo* da democracia constitucional em dezenas de países do mundo.¹²

A união entre o ideal do liberalismo e a forma do constitucionalismo ocorreu ao longo do século XX. Marco deste encontro é a afirmação da supremacia da *rule of law* ou do “Estado Democrático de Direito” na gestão da vida coletiva. Neste momento, a *forma* da democracia constitucional deixa de servir apenas para definir e ordenar a política, para também comprometer o governo e a sociedade com conjunto de ideais liberais representados nos direitos fundamentais. Ao

⁵ HOBBS, Thomas. *Leviathan*. Oxford: Clarendon Press, 1967.

⁶ LOCKE, John. *Second treatise of government and a letter concerning toleration*. Oxford; New York: Oxford University Press, 2016.

⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *The major political writings of Jean-Jacques Rousseau: the two discourses and the social contract*. Chicago; London: The University of Chicago Press, 2012.

⁸ STUART MILL, John. *On Liberty*. London; New York: Pearson Longman, 2007.

⁹ Sobre influência do romantismo no utilitarismo de Mill, conferir SCOTT STEWART, Robert. Utilitarianism Meets Romanticism: J. S. Mill's Theory of Imagination. In: *History of Philosophy Quarterly*, v. 10, n. 4, pp. 369-388, out. 1993.

¹⁰ Sobre a evolução do constitucionalismo antigo e moderno veja-se MCILWAIN, Charles. *Constitutionalism: Ancient and Modern*. Ithaca, NY: Cornell University Press, 1947.

¹¹ Sobre o surgimento da democracia moderna e a especialização de funções, cf. Online Library of Liberty. Benjamin Constant, The Liberty of Ancients Compared with that of Moderns (Unknown, 1819). Disponível em: <http://oll.libertyfund.org/titles/2251>. Acesso em: 10 out. 2018.

¹² Sobre a globalização do *judicial review* e as particularidades de diversos arranjos, cf. GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind (Ed.). *Comparative constitutional law*. Edward Elgar Publishing, 2011 (especialmente o capítulo 6, de Rosalind Dixon).

mesmo tempo, o liberalismo deixou de ser visto apenas como promessa crua para comprometer todos os cantos da ação estatal. Em suma: o espírito liberal encontra o corpo constitucional.

As obras de John Rawls e Jürgen Habermas estão entre as principais contribuições do pensamento liberal, ao longo do século XX, para afirmar o valor da unidade entre o liberalismo e o constitucionalismo democrático. Uma das principais contribuições de Rawls foi afirmar o compromisso prioritário do liberalismo constitucional com as demandas dos indivíduos mais pobres. Rawls foi o “filósofo dos pobres”.¹³ Foi ele quem trouxe para dentro do ideal de justiça e da constituição o compromisso fundamental com o “mínimo social”, a que todos os cidadãos, em uma democracia, deveriam ter direito.

Jürgen Habermas, navegando em outra tradição de pensamento,¹⁴ contribuiu para trazer para o centro liberal o valor da deliberação e da participação cívica na formação e aprimoramento das normas e instituições sociais. Habermas é o “filósofo do diálogo” e o mais influente teórico da democracia deliberativa do papel da sociedade civil na produção e controle do poder. Foi ele também um dos mais convictos defensores do pluralismo na sociedade contemporânea.

O projeto liberal de Rawls e Habermas converge no propósito de defender como a organização das democracias constitucionais contemporâneas pode aprimorar sua capacidade de preservar e aprofundar os atributos da liberdade e da igualdade entre as pessoas.¹⁵ Para ambos, quando o conjunto correto de valores e instituições são orquestrados e implementados em uma sociedade, cada indivíduo tem bons motivos para aceitar e apoiar o exercício do poder pelo Estado. O exercício do poder, em outras palavras, é “legítimo”.¹⁶

3 Legitimidade em Rawls

O princípio da legitimidade liberal é o nó górdio que une a ideia liberal com a forma da democracia constitucional no pensamento de Rawls. O autor define este

¹³ Sobre vocação antipobreza do pensamento de John Rawls, cf. MICHELMAN, Frank. Poverty in liberalism: a comment on the constitutional essentials. In: *Drake Law Review*, v. 60, p. 1001 (21).

¹⁴ Cf. GEUSS, Raymond. *The idea of a critical theory: Habermas and the Frankfurt School*. Cambridge; New York: Cambridge University Press, 1981.

¹⁵ Sobre a função legitimadora do regime político (e da Constituição), cf. MICHELMAN, Frank. Legitimacy, the Social Turn, and Constitutional Review: What Political Liberalism Suggests. In: *Critical Quarterly for Legislation and Law*, n. 3, 2015. (“Por legitimação, nos referimos ao processo social e comunicativo por meio do qual o povo de um país sustenta entre si um senso de confirmação do merecimento de suporte geral e regular do regime político”).

¹⁶ Para distintas concepções de legitimidade no direito constitucional, cf. FALLON, R. Legitimacy and the Constitution. In: *Harvard Law Review*, v. 118, n. 6, pp. 1787-1853, abr. 2005.

conceito nos seguintes termos: “Our exercise of political power is fully proper only when it is exercised in accordance with a constitution the essentials of which all citizens as free and equal may reasonably be expected to endorse in the light of principles and ideals acceptable to their common human reason”.¹⁷

Este conceito revela um conjunto de premissas – todas passíveis de questionamento – geralmente compartilhadas por liberais.¹⁸ A primeira é o “juízo individual”: ainda quando liberais apoiam valores coletivos, fazem-no em nome do benefício individual.¹⁹ A segunda premissa é o juízo “normativo”: liberais não se limitam a descrever a realidade, mas formulam plano ideal para sociedade bem organizada.²⁰ A terceira é o “constitucionalismo”: liberais subscrevem ao duplo grau de produção normativa.²¹

Em que condições específicas deve um cidadão, na sociedade imaginada por Rawls, habitada por pessoas com concepções de vida distintas²² e regida por regras do Direito, assentir com a operação do Estado? Em outros termos, quais as condições da legitimidade?

A resposta, para o autor, está na combinação de duas dimensões constitutivas da boa ordem democrática. A primeira é a dimensão conceitual, que diz respeito à fundamentação do conjunto de valores que orientam o funcionamento do regime. A segunda é a dimensão institucional, que diz respeito à fundamentação dos parâmetros jurídico-institucionais capazes de tornar estes valores minimamente efetivos na sociedade.

¹⁷ RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1996, p. 137.

¹⁸ Sobre premissas do liberalismo, cf. MICHELMAN, Frank. Poverty in liberalism: a comment on the constitutional essentials. In: *Drake Law Review*, v. 60, p. 1003. (“Liberalismo, no sentido utilizado, sempre carrega alguns marcadores, explícitos ou implícitos: ‘liberalismo individual’, ‘liberalismo baseado em direitos’. E poderíamos adicionar um outro conector, explícito ou não: o constitucionalismo”).

¹⁹ O liberalismo assenta-se no assentimento do indivíduo – e não do “espírito coletivo”. Isso não significa que liberais sejam adversários de valores sociais, mas apenas que seu fundamento deve ser aferido à luz do interesse individual. Sobre o ponto, cf. MICHELMAN, Frank. Poverty in liberalism: a comment on the constitutional essentials. In: *Drake Law Review*, v. 60, p. 1003 (4).

²⁰ Não é qualquer pessoa que “decide” no liberalismo, mas a “pessoa ideal” que se comporta conforme o conjunto de critérios em que está a “razoabilidade” de seu comportamento. A pessoa ideal é a representação do modelo ideal de indivíduo na cultura democrática. Sobre o conceito normativo de pessoa no liberalismo, cf. MICHELMAN, Frank. The Subject of Liberalism. In: *Stanford Law Review*, v. 46, pp.1807-1835, 1994.

²¹ O constitucionalismo exprime um modelo de organização política que combina dois níveis de produção normativa, a supremacia do primeiro nível (constitucional) sobre o segundo nível (ordinário), com base em critérios fundamentados à luz de valores gerais. A legitimidade, em Rawls, é aferida a partir do núcleo essencial da Constituição (“constitutional essentials”). Sobre natureza “contratual” do constitucionalismo em Rawls e seus limites, cf. MICHELMAN, Frank. Is the constitution a contract for legitimacy? In: *Review of Constitutional Studies*, v. 8, n. 2, p. 101 (28).

²² Premissa relevante do pensamento de Rawls, e dos liberais contemporâneos em geral, é o “fato do pluralismo”. Sobre o tema, cf. RAWLS, John. In: *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, xvii, 1996.

Em uma democracia legítima, estas duas dimensões devem estar simultaneamente garantidas.²³ Não é legítima, para Rawls, a sociedade organizada segundo valores injustos ou parciais. Tampouco é legítima a sociedade organizada segundo valores justos, porém limitados a promessas no papel, incapazes de serem efetivados. Em ambos os casos, o regime não seria digno do respeito de nenhum indivíduo.

3.1 Dimensão ideal

A dimensão ideal da legitimidade é fundamentada por Rawls em etapas.

A primeira, e mais significativa, é a identificação dos princípios e ideais aceitáveis pela razão humana compartilhada. Estes princípios e ideais são revelados a partir de um recurso de pensamento: a posição original, um instrumento de reflexão por meio do qual o filósofo nos convida a decidir, com acesso limitado ao conhecimento, em que tipo de sociedade desejaríamos viver. Rawls sustenta que, vestindo o “véu da ignorância”²⁴ (em que as partes possuem acesso limitado a informações),²⁵ todos nós teríamos bons motivos para escolher viver em sociedade cujas estruturas básicas seguissem dois princípios de justiça: o princípio da igual liberdade e o princípio da diferença.

Estes dois princípios de justiça servem de parâmetro para organizar uma sociedade justa. Porém, são demasiadamente exigentes para servir como métrica para uma sociedade real, como a norte-americana ou qualquer sociedade europeia.²⁶ Referência suficiente para justificar o exercício do poder em sociedade democrática, pensa Rawls, é a legitimidade. A legitimidade exige a realização de apenas uma parcela dos valores que integram o princípio de justiça (o princípio

²³ Veja-se MICHELMAN, Frank. Rawls on constitutionalism and constitutional law. In: FREEMAN, Samuel (Ed.). *The Cambridge Companion to Rawls*. New York: Cambridge University Press, 2003.

²⁴ Sobre o véu da ignorância, veja-se RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard University Press, 1999, p. 118-122.

²⁵ RAWLS. *Ibid.* (“Presumimos, portanto, que as partes não conhecem determinados fatos particulares. Primeiro, ninguém conhece seu lugar na sociedade, sua posição de classe ou status social; também não conhece sua fortuna na distribuição de recursos naturais e habilidades, sua inteligência e força, e nada do gênero. Tampouco sabe qual é a sua concepção de bem ou mesmo seus traços psicológicos característicos. Mais que isso, também presumimos que as partes não conhecem as circunstâncias particulares de sua própria sociedade. Isto é, eles não conhecem sua situação política ou econômica, ou o nível de civilização e cultura que ela conseguiu alcançar. As pessoas na posição original não possuem informação sobre qual geração pertencem”).

²⁶ Para visão liberal crítica sobre a posição original de John Rawls, conferir DWORKIN, Ronald. The Original Position. In: *University of Chicago Law Review*, v. 40, n. 3, pp. 500-503, 1973 (argumentando que a posição original apenas é capaz de fundamentar o ponto de vista “universal” abstratamente; para fundamentar princípios de justiça e princípios constitucionais, seria necessário levantar o “véu da ignorância” e apoiar-se nos interesses verdadeiros dos indivíduos).

da liberdade mais uma porção básica do princípio da igual diferença – o mínimo social). Estes valores básicos, que podem ser identificados por cidadãos em uma cultura democrática avançada,²⁷ devem integrar o núcleo de direitos fundamentais da Constituição²⁸ e servir de referência para o funcionamento e interação das instituições do Estado.

3.2 Dimensão institucional

A dimensão institucional da legitimidade, por sua vez, exige a fundamentação da capacidade instalada do regime de atuar de forma decidida a realizar os direitos fundamentais. Não basta, como dito, que o conjunto de promessas normativas estejam presentes na cultura política ou descritas no texto constitucional, sem que o regime caminhe para efetivá-los. A dimensão institucional busca garantir a efetividade do regime – ou, ao menos, sinalizar seu compromisso claro com esta efetividade. Será legítimo, segundo Rawls, o regime capaz de revelar o compromisso com a implementação dos mandamentos constitucionais.²⁹ Como aferir este compromisso?

O Direito e o Judiciário desempenham função essencial no liberalismo. O Direito, por um lado, serve como espécie de atalho para o raciocínio individual, pois simplifica a complexidade do juízo moral a ser realizado por cada pessoa. Na sociedade liberal, pensa Rawls, não é necessário que o indivíduo conheça e julgue o funcionamento de cada uma das peças do quebra-cabeças institucional para concluir sobre seu mérito. Como o Direito Constitucional possui hierarquia superior ao Direito ordinário,³⁰ observar o seu funcionamento, no topo do regime, é um atalho para apreender situação geral da sociedade.

²⁷ Rawls promove um “giro hegeliano” em sua concepção de justiça, ao publicar, em 1993, *Political Liberalism*. Para uma visão crítica desta reorientação, cf. KUKATHAS, Chandran; PETTIT, Philip. *Rawls: A Theory of Justice and Its Critics*. Stanford University Press, 1990.

Também sobre a reorientação do pensamento de Rawls, cf. KUNNEMAN, Harry; VANDENBERGHE, Frédéric. *Justice and Judgment: The Rise and the Prospect of the Judgment Model*. In: FERRARA, Alessandro. *Contemporary Political Philosophy*, London: Sage, 1999, p. 21.

²⁸ MICHELMAN, Frank. Rawls on constitutionalism and constitutional law in FREEMAN, Samuel (Ed.). *The Cambridge Companion to Rawls*. New York: Cambridge University Press, 2003.

²⁹ Veja-se MICHELMAN, Frank. Justice as Fairness, Legitimacy, and the Question of Judicial Review: A Comment. In: *Fordham Law Review*, v. 72, p. 1410-1411, 2003-2004. (“A questão sempre será se os princípios fundamentais são, de fato, implementados”); MICHELMAN, Frank. The constitution, social rights, and liberal political justification. In: *International Journal of Constitutional Law*, v. 1, n. 1, 2003, p. 25. (argumentando que um sistema de produção normativa legítimo deve “incluir um princípio ou garantia sobre todo tópico para o qual uma pessoa racional e razoável, respondendo razoavelmente, demandaria uma garantia como uma condição de desejar apoio para o sistema como um todo”).

³⁰ A teoria do “justice as fairness” de John Rawls é baseada em versão dualista da democracia constitucional: “ela distingue [...] a lei superior do povo da lei ordinária dos órgãos legislativos” (RAWLS, John. *Political*

Por outro lado, o real sentido do Direito, em uma sociedade democrática, é aferido em grande parte pela ação do Judiciário. O Judiciário, na sociedade liberal, é o “árbitro público autoritativo”³¹ da democracia constitucional. Este papel se realiza no processo de interpretação e aplicação das normas. Quando protege cidadãos contra ingerência abusiva do Poder Público em sua esfera de liberdade individual (prestações negativas), ou quando determina ao Estado que atue para realizar condições básicas necessárias à dignidade de cada cidadão (prestações positivas), o Judiciário está também está a cumprir função sistêmica decisiva.³² Ele se comunica com a sociedade, garantindo a transparência do regime.

Em resumo, para Rawls, todo cidadão – racional e razoável – vivendo em uma sociedade regida por regras subordinadas aos direitos fundamentais de uma Constituição e resguardados pela ação do sistema judicial, em especial da Suprema Corte, tem motivos suficientes para reconhecer a autoridade do regime político em que vive, pois, inda que haja imperfeições ou injustiças pontuais na sociedade à sua volta, há bons motivos para crer que, ao longo do tempo, o regime democrático, por meio de suas instituições, será capaz de identificá-las e resolvê-las a contento.

3.3 Desafio: déficit de transparência

Os limites do liberalismo constitucional em Rawls se tornam sensíveis quando se constata o déficit de transparência no centro de seu projeto democrático.

A transparência é o atributo do regime que permite aos indivíduos avaliarem o estado de saúde da democracia. É dizer, em que medida as instituições que dão forma ao regime democrático estão, de fato, trabalhando para converter os ideais deste regime – basicamente, os direitos fundamentais inscritos na Constituição – em realidade. Sem transparência, o regime não provê as informações básicas para a deliberação individual. A credibilidade do regime, por conseguinte, tende a entrar em xeque.

Liberalism. New York: Columbia University Press, 1996). Este dualismo também inaugura o debate sobre a restrição da validade das leis ordinárias. Sobre o tema, cf. MICHELMAN, Frank. Justice as Fairness, Legitimacy, and the Question of Judicial Review: A Comment. In: *Fordham Law Review*, v. 72, p. 1410-1411, 2003-2004. (“Em outras palavras, o princípio da legitimidade liberal proposto por Rawls é satisfeito somente com a condição de que a Constituição providencie o que ela moralmente deve prover e os atos legislativos em conflito com os requisitos constitucionais são efetivamente nulos”).

³¹ RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1996, p. 228-230.

³² Sobre o papel dos juízes para garantir a transparência do sistema político em Rawls veja-se MICHELMAN, Frank. The constitution, social rights, and liberal political justification. In: *International Journal of Constitutional Law*, v. 1, n. 1, 2003, p. 13-34.

A garantia da transparência na democracia, pensa Rawls, depende do Poder Legislativo e, nos casos de falha ou negligência, da ação do Judiciário, em especial da Suprema Corte.³³ A Suprema Corte encarna, na visão do autor, o paradigma de razão pública dentro da sociedade.³⁴ Quando ela julga, afirma os ideais de funcionamento do regime que comprometerão os demais poderes e o restante da sociedade. Porque sua voz é a voz no topo do regime, ainda quando a sociedade conviva com problemas, observando o bom funcionamento da Suprema Corte podemos confiar que o regime geral agirá em conformidade com os direitos fundamentais.

O desafio da transparência torna-se claro quando analisamos o compromisso da democracia liberal proposta por Rawls com a transformação das estruturas sociais. Este compromisso pode ser identificado, na obra de Rawls, com o segundo princípio de justiça: o princípio da diferença. Para Rawls, este princípio se decompõe em duas partes, basicamente. A primeira parte é a garantia do “mínimo social”: o conjunto de garantias básicas à dignidade individual, como a erradicação da miséria. São aqueles direitos que tipicamente associamos à ação do Estado de Bem-Estar. A segunda parte é o princípio da “igualdade de oportunidades”, que inclui compromisso do regime com a transformação das estruturas que geram diferenciações de classe, raça e gênero, por exemplo.

Embora ambos os subprincípios componham o conteúdo da justiça em Rawls, apenas o mínimo social integra, de fato, o núcleo fundamental da Constituição. A divisão espacial dos subprincípios da diferença (uma parte dentro do catálogo de direitos fundamentais e a outra parte fora) não representa uma hierarquia substantiva para Rawls. Ambos são igualmente valiosos para o autor. A diferença entre eles é apenas pragmática,³⁵ pois reside na adequação da capacidade dos

³³ Cortes preservam ou estimulam a implementação dos direitos fundamentais, assegurando, com isso, a legitimidade do regime. A minha interpretação de Rawls não é que as Cortes devam ser as “líderes” do processo transformativo da sociedade. O sistema teórico de Rawls, por exemplo, não necessita, necessariamente, de um sistema de *judicial review* (veja-se MICHELMAN, Frank. *Justice as Fairness, Legitimacy, and the Question of Judicial Review: A Comment*. In: *Fordham Law Review*, v. 72, p. 1410-1411, 2003-2004). Contudo, juízes exercem papel decisivo no regime de *justice as fairness*. A legitimidade do regime depende, em larga medida, da participação ativa dos magistrados na garantia da sua transparência.

³⁴ Cf. RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993, Livro VI, §6, pp. 231-239.

³⁵ Cf. RAWLS. *Op. cit.*, pp. 229-30 (“Se os ‘constitutional essentials’ cobrindo as liberdades básicas são satisfeitos é mais ou menos visível na face de arranjos constitucionais e como se vê sua aplicação na prática. Mas se os propósitos dos princípios que respondem à desigualdade social e econômica são realizados, é muito mais difícil de confirmar. Logo, embora questões dos dois tipos devam ser discutidas em termos de valores políticos, nós podemos esperar mais acordo sobre se os princípios de liberdades e direitos básicos são realizados do que sobre se os princípios de justiça econômica e social são realizados. Esta não é uma diferença sobre quais são os princípios corretos, mas simplesmente uma diferença na dificuldade de visualizar quais princípios são alcançados”).

meios para sua efetivação. Ao Judiciário compete garantir o mínimo social, porém cumpre aos demais poderes e à sociedade civil, por meio da deliberação política, atuar para gradualmente implementar a igualdade de oportunidades.

À primeira vista poderia parecer desejável e eficaz simplesmente incorporar, no coração da Constituição, a nossa lista inteira de desejos superiores e, ao mesmo tempo, comprometer as Cortes com a garantia de efetividade de todos os desejos constitucionais. Por que Rawls não faz isso? A razão é simples: incluir o compromisso fundamental com a igualdade de oportunidades entre os *constitutional essentials*, pensa Rawls, arriscaria criar ônus de transparência insuportável para o regime.

As condições de transparência de cada direito variam. Certificar o compromisso efetivo do regime com direitos de liberdade e com o mínimo social, por exemplo, é mais simples do que atestar o compromisso efetivo do regime com a igualdade de oportunidades. A decisão do Judiciário que afirma a constitucionalidade de se “queimar a bandeira”, como parte integrante do direito à liberdade de expressão, é uma decisão clara, cujos efeitos são diretos. Todo cidadão, na sociedade, sabe, de imediato, que sua liberdade de expressão está protegida judicialmente.

Por sua vez, no caso da igualdade de oportunidades, as causas do problema são comumente múltiplas e interconectadas – o que se costuma chamar de problema estrutural ou complexo. A decisão do Judiciário, nestes casos, tende a ser muito menos hábil a concretizar o direito. Quando a Justiça insiste em decidir casos que envolvem problemas estruturais – como a igualdade de oportunidades – com o intuito de sinalizar ao público a transparência do regime, arrisca gerar o efeito inverso, e ampliar a opacidade da democracia.³⁶ Isso porque a decisão sobre igualdade de oportunidades tomada no papel nada exprime sobre sua potencial efetividade na prática.³⁷

Em outras palavras: se, por um lado, o compromisso do regime constitucional com a efetividade das normas é importante para Rawls, também é importante evitar que a opacidade da ação judicial em áreas nebulosas ameace a credibilidade

³⁶ O equilíbrio reflexivo é o princípio que organiza e limita o direito em Rawls. Juízes erram, mas, no conjunto, subsiste um mercado competitivo de decisões que, na visão do autor, tende a eliminar decisões erradas e priorizar as corretas. Este avanço sobre temas em que o magistrado não possui capacidade de tomar decisão efetiva arrisca gerar “equilíbrio nocivo”, em que a decisão não é capaz de promover o avanço do regime. Cf. RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard University Press, 1999, p. 209 (“Em um caso particular, se as regras são complicadas e exigem interpretação pode ser fácil justificar uma decisão arbitrária. Mas, à medida que o número de casos aumenta, justificações plausíveis para julgamentos tendenciosos tendem a se tornar mais difíceis de construir. A exigência de consistência vale, é claro, para a interpretação das regras e para a sua justificação em todos os níveis”).

³⁷ Para outra visão, cf. SAGER, Lawrence. The Why of Constitutional Essentials. In: *Fordham Law Review*, v. 72, p. 1424-1426, 2004. Sager sustenta que a distância entre os “constitutional Essentials” e a capacidade judicial não é necessariamente um problema para a legitimidade do sistema político.

da democracia. A equação “aumentar garantia de efetividade” versus “aumentar a transparência do regime” é muito sensível para o filósofo. A solução prudencial a que chega é limitar a constitucionalização da igualdade básica, com consequente supervisão judicial, e deixar à política e à sociedade o desafio de agir para gradualmente erradicar problemas sociais complexos.

O efeito desta opção prudencial é crônico no pensamento de Rawls. Primeiro, porque contradiz as premissas do autor. Em uma sociedade hipotética com poucos problemas estruturais a solução poderia fazer sentido para um pensador utilitarista, possivelmente incrédulo na fundamentação do poder com base em princípios de justiça. Não é este, contudo, o caso de Rawls, que elabora toda a sua obra como uma alternativa ao utilitarismo como método e forma de organizar a sociedade.³⁸ Rawls prefere a organização de uma sociedade contratualizada em torno de “razões corretas”, e não apenas prudenciais.

Segundo, porque a prudência conservadora implica custo dramático para o regime. Em sociedades marcadas por problemas estruturais, como parece ser o caso da vasta maioria das democracias no Ocidente (e que mitigam justamente a consagração da igualdade de oportunidades), o déficit de transparência do regime arrisca convertê-lo exatamente no seu oposto. Em vez de servir para orientar a mudança social, a democracia constitucional, como sugere a experiência de países em desenvolvimento pelo mundo, afirma a imunidade das estruturas sociais em vigor ao enfrentamento das ideias e da política. O pensamento serve para invisibilizar justamente os desafios mais marcantes destas sociedades. E distribuir o ônus desigualmente entre os cidadãos. Quem mais sofreria seria justamente aqueles que mais precisam de ajuda.

Em resumo, a partir de um certo quantum de compromisso constitucional com os direitos fundamentais, a ampliação do “conteúdo constitucional” do regime democrático promove tensão insolúvel na democracia liberal de Rawls. Pois, ao mesmo tempo que a judicialização pode aumentar a transparência do regime, revelando seu compromisso com a transformação social, também tende a reduzir a capacidade de o Judiciário garantir, com efetividade, a implementação dos compromissos constitucionais. O efeito imediato desta tensão é a opacidade e a imunização do regime às mudanças.

³⁸ Sobre críticas de Rawls ao utilitarismo, cf. RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard University Press, 1999, p.19-30 (“Meu propósito é desenvolver uma teoria da justiça que represente uma alternativa ao pensamento utilitarista em geral, e, portanto, a todas as suas diferentes versões”).

4 Legitimidade em Habermas

A aliança “liberalismo constitucional”, no pensamento de Habermas, baseia-se em outra concepção de legitimidade, a legitimidade procedimental:

The discourse theory of law conceives constitutional democracy as institutionalizing – by way of legitimate law – the procedures and communicative presuppositions for a discursive opinion – and will-formation that in turn makes possible legitimate making.³⁹

As premissas do liberalismo habermasiano são similares às de Rawls. No que é central, o autor também compartilha dos ideais de individualidade (embora reconheça a intersubjetividade como aspecto central), a normatividade (pois tenta oferecer condições de um regime capaz de ser efetivo – capaz de transcender limites da faticidade e da validade), e o constitucionalismo (pois o autor também reconstrói a democracia à luz de seus padrões institucionais mais influentes, como a representação, os direitos fundamentais e o controle de constitucionalidade, entre outros).

A garantia da legitimidade, para Habermas, também depende da fundamentação simultânea de duas dimensões complementares da legitimidade: a conceitual e a institucional. Habermas diferencia-se marcadamente de Rawls por sua tentativa de promover a reflexividade dos componentes da legitimidade. Tanto o conceito como a prática democrática, em Habermas, devem agora fundamentar-se em ideais e institutos continuamente revisitáveis. A justiça, a Constituição, a democracia e o Direito, em Habermas, são dinâmicos e incompletos; portanto, estão em contínua evolução.

4.1 Dimensão ideal

A intuição inicial do projeto de Habermas pode ser resumida a uma máxima: as práticas compartilhadas de discurso providenciam a referência a partir de que desenvolvemos e avaliamos nossas visões particulares do mundo.⁴⁰

³⁹ HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Trad. William Rehg. Cambridge, Mass: MIT Press, 1996, p. 437.

⁴⁰ As origens da ideia quasi-transcendental remete ao seu primeiro grande trabalho, *Legitimation Crisis* (Cambridge, UK: Polity Press, 1988), passando por *The Theory of Communicative Action* (Cambridge: Polity Press, 1986-1989) e *The Philosophical Discourse of Modernity: twelve lectures* (Cambridge, Mass.: MIT Press, 1987), em que a ideia de ação comunicativa é sistematicamente formulada, finalmente alcançando seu desenvolvimento mais avançado em: HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Trad. William Rehg. Cambridge, Mass: MIT Press, 1996.

No centro do seu pensamento, está o compromisso com ideais de deliberação e participação social em processo contínuo de revisão e amadurecimento dos ideais que orientam a democracia.

O sujeito transcendental de Kant, que inspira o habitante da posição original de Rawls, cede espaço, na obra de Habermas, ao diálogo hipotético entre pessoas livres e iguais. O raciocínio solitário do “eu” kantiano, capaz de acessar, pela especulação individual, a ideia do que é moralmente justo, é agora substituído pelo processo dialógico⁴¹ que opera em condições procedimentais e institucionais idealizadas.⁴²

Habermas nomeia esta nova modalidade de reflexão de razão comunicativa. A razão comunicativa serve de fundamento para a visão de legitimidade. O traço central da legitimidade, para o filósofo germânico, é a inclusão dos afetados pela decisão⁴³ – o que o autor irá denominar “princípio do discurso deliberativo” (princípio D) ao afirmar que:⁴⁴ “somente são válidas as normas com as quais

⁴¹ Habermas critica o fundamento ideal da legitimidade de Rawls. Na posição original, atributos morais da razoabilidade são substituídos por um desenho racional que garante que o consenso emergja do processo deliberativo. Mas, ao mesmo tempo, Rawls presume que as partes devem considerar os interesses dos cidadãos autônomos na sociedade. As limitações das capacidades cognitivas dos indivíduos na posição original, contudo, bloqueiam as possibilidades de os participantes racionais conseguirem apropriadamente representar os interesses dos cidadãos na sociedade como um todo. Cf. HABERMAS, Jürgen. Reconciliation through the Public Use of Reason: Remarks on John Rawls’s Political Liberalism. In: *Journal of Philosophy*, v. 92, p. 113, mar. 1995.

⁴² Há diferenças metodológicas consideráveis. A mais relevante é um alívio considerável do ponto de vista metafísico no trabalho de Habermas, como resultado da alteração da “pessoa política ideal” para a “situação ideal de diálogo”. Outra importante diferença é a substituição da dedução como processo de decisão sobre o significado da justiça. A justiça, nos termos de Rawls, é o resultado deduzido de um processo diretamente racional, enquanto no projeto de Habermas é o produto resultante do processo deliberativo sob condição ideal de diálogo. Contudo, e em resumo, o projeto de Habermas basicamente compartilha as mesmas intenções e resultados que o de Rawls (“Porque este projeto seja por nós admirado, compartilhamos suas intenções, e consideramos os seus resultados essencialmente corretos, o desacordo que expressamos aqui será mantido dentro dos limites de uma disputa familiar”). HABERMAS, Jürgen. Reconciliation through the Public Use of Reason: Remarks on John Rawls’s Political Liberalism. In: *Journal of Philosophy*, v. 92, p. 113, mar. 1995.

⁴³ HABERMAS, Jürgen. Moral consciousness and communicative action. Trad. Christian Lenhardt e Shiery Weber Nicholsen. Cambridge, Mass.: MIT Press, 1990, p. 65 (o princípio democrático oferece uma norma universal, que garante a validade de um método: quando “todos os afetados podem aceitar as consequências e efeitos colaterais, sua observância geral pode ser antecipada como satisfazendo aos interesses de todos”).

⁴⁴ A *rationale* por trás do ato de fala é uma adaptação da ética comunicativa elaborada por Apel. O princípio da universalização U, como Apel o apresentou, estabelece o ponto de vista moral universal, que garantiria uma base neutra para a justificação do diálogo (APEL, Karl-Otto. *Towards a transformation of philosophy*. Trad. Glyn Adey e David Frisby. Milwaukee, Wis.: Marquette University Press, 1998). Habermas concorda em geral com Apel, com exceção de que Habermas compreende o princípio U como uma “pressuposição pragmática” da fala, não como um ponto de partida moral ou transcendental. Em qualquer caso, o princípio U é que garante a justificação do processo.

todas as pessoas afetadas possam concordar como participantes de um discurso racional.”⁴⁵

O fundamento da legitimidade, em Habermas, não reside em “conjunto moral” específico, derivado da natureza humana ou reconhecido em uma comunidade de valores. O que assegura a legitimidade das normas é a estrutura intersubjetiva de comunicação. O respeito a esta estrutura garante o respeito ao princípio D. Para isso, indivíduos devem compartilhar entre si “relações simétricas de reconhecimento mútuo”.⁴⁶ É dizer: reconhecerem uns aos outros como participantes livres e iguais no processo dialógico.

Quando esta intersubjetividade, na dinâmica social, existe e é preservada a sociedade é capaz, pensa Habermas, de continuamente acessar distintos pontos de vista individuais, processá-los e transformá-los continuamente em uma democracia.⁴⁷ Este processo reflexivo continuado é capaz de irrigar e comprometer o restante do regime em que vivemos, quando o conjunto de pressupostos comunicativos (regras sobre os agentes e sobre o diálogo) e condições institucionais (regras sobre circunstâncias em que a deliberação opera) são vigentes e efetivas.

4.2 Dimensão institucional

A institucionalização dos pressupostos e condições do diálogo inclusivo em uma democracia multicultural depende, em Habermas, também do bom funcionamento do Direito e da Justiça. O Direito é o mediador por excelência da vida social em que já não existe um fundamento metafísico de ordenação

⁴⁵ HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Trad. William Rehg. Cambridge, Mass: MIT Press, 1996, p. 107.

⁴⁶ HABERMAS. *Idem*, p. 251.

⁴⁷ Habermas diferencia três visões de democracia: (1) a visão liberal vê a política como força mediadora entre interesses privados agregados e o governo. Democracia é uma competição aberta pelo poder nos termos do modelo liberal de competição de mercado; (2) a visão republicana de democracia, em que a política é “concebida como a forma refletida da vida ética substantiva. “A sociedade se torna consciente da dependência recíproca de todos os indivíduos à medida que se envolve no processo deliberativo. Os republicanos, contudo, promovem uma “restrição ética do discurso político”, o que, de acordo com Habermas, limita a democracia a um processo de revelação da identidade coletiva de um povo; (3) a democracia deliberativa, por fim, adota a deliberação racional sem o fundo ético pressuposto pelos republicanos. Ela funde a percepção republicana da força da razão e do diálogo com a legitimidade liberal neutra em relação aos valores. Cf. HABERMAS, Jürgen. *Three Normative Models of Democracy, Constellations*, 1994, v. 1, n. 1, p. 1-3.

coletiva aceite por todos.⁴⁸ Neste processo, ao mesmo tempo, o Direito integra e fundamenta a coordenação social.⁴⁹

No entanto, a forma como Habermas compreende a função do Direito – e a forma de aplicá-la sociedade – distancia-se do pensamento de Rawls.⁵⁰ Habermas separa formas de discurso que a cultura constitucional contemporânea – incluindo Rawls – tipicamente trata de modo indistinto: o discurso de justificação e o discurso de aplicação.⁵¹ O discurso de justificação consiste na produção originária da norma pela democracia, ou seja, é o resultado da manifestação direta da soberania popular.⁵² Já o discurso de aplicação consiste na derivação concreta do sentido da norma geral,⁵³ segundo padrões paradigmáticos.⁵⁴

⁴⁸ HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Trad. William Rehg. Cambridge, Mass: MIT Press, 1996, p. 31. O Direito carrega uma tensão inerente entre prover certeza jurídica e conferir validade normativa. Ele garante, por um lado, a liberdade de todo indivíduo orientar-se de acordo com sua própria visão. Contudo, ele não requer dos indivíduos a obediência moral a um conjunto de razões limitadas. Por outro, o Direito carrega a força normativa da integração resultante do processo deliberativo. Estes dois papéis do Direito se unem na sua origem: o processo deliberativo. A deliberação democrática – baseada no princípio “D”, que justifica o valor performativo do diálogo – simultaneamente produz o Direito e suas expectativas normativas”.

⁴⁹ Essa “face dupla” do Direito nas sociedades modernas confere-lhe tanto o papel de assegurar a integração nas sociedades pluralistas como validade normativa ao sistema político (HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Trad. William Rehg. Cambridge, Mass: MIT Press, 1996, p. 31).

⁵⁰ Habermas abandona a ideia de razão pública (o filtro em Rawls para a validade argumentativa na esfera política) como guia de justificação. Em vez disso, ele apresenta dois discursos por meio dos quais a argumentação jurídica deve ser limitada. Para uma leitura relativamente recente da crítica de Habermas sobre a ideia de razão pública em Rawls, cf. HABERMAS, Jürgen. Religion in the Public Sphere. In: *European Journal of Philosophy*, v. 14, n. 1, pp. 1-25, 2006.

⁵¹ Habermas toma emprestada esta ideia de Klaus Gunther: GUNTHER, Klaus. A Normative Conception of Coherence for a Discursive Theory of Legal Justification. In: *Ratio Juris*, v. 2, p. 157, 1989. Para uma análise do desenvolvimento dos seus argumentos, cf. HABERMAS, Jürgen. *Justification and application: Remarks on discourse ethics*. Trad. C. P. Cronin. Cambridge, Mass.: MIT Press, 1993, p. 35.

⁵² Para compreensão sobre o como o discurso de justificação, que fundamenta a norma jurídica, situa-se no escopo mais amplo do pensamento do autor, conferir HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Trad. William Rehg. Cambridge, Mass: MIT Press, 1996, p. 213-222.

⁵³ O discurso de aplicação diz respeito “não à validade da norma, mas à sua referência apropriada a uma situação. Porque cada norma seleciona apenas atributos selecionados de um caso individual conjunto de fatos situado no mundo da vida, o discurso de aplicação precisa determinar quais descrições dos fatos são significativas e exaustivas para interpretar a situação em um caso em disputa” (HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Trad. William Rehg. Cambridge, Mass: MIT Press, 1996, p. 217).

⁵⁴ O trecho a seguir esclarece o papel dos paradigmas jurídicos na obra de Habermas: “Paradigmas jurídicos tornam possível o diagnóstico de situações com o intuito de guiar a ação. Eles iluminam o horizonte de uma determinada sociedade à luz do projeto de realização do sistema de direitos. Neste sentido, eles possuem primariamente uma função de abertura-do-mundo. Paradigmas abrem as perspectivas interpretativas através das quais os princípios do estado constitucional (em uma interpretação específica) podem se relacionar com o contexto social como um todo. Eles jogam luz sobre as restrições e possibilidades de realização dos direitos básicos que, como princípios insaturados, requerem novas interpretações e elaboração” HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Trad. William Rehg. Cambridge, Mass: MIT Press, 1996, p. 437.

Para Habermas, os papéis de cada um destes discursos na democracia são distintos. A fundamentação da norma legítima ocorre no discurso de justificação. É neste momento que as diversas razões e valores expressos pelos potencialmente afetados pelas normas devem ser incluídos no bojo da deliberação. Por sua vez, o discurso de aplicação deve imunizar-se dos fundamentos éticos, políticos ou religiosos. No ato de implementação desta norma pelas cortes, os participantes do processo judicial devem limitar-se a determinar o conteúdo do Direito.

Esta distinção de trabalhos entre a justificação e a aplicação, no Direito, visa a cumprir, de uma só vez, dois propósitos. De um lado, tornar o Direito mais inclusivo no momento de produção da norma. Ao aumentar o espaço de participação dos potenciais atingidos pela norma em seu processo de produção, amplia-se também sua legitimidade. De outro lado, tornar o Direito mais autônomo e imparcial no momento de aplicação da norma. Ao confinar o processo de aplicação da norma aos critérios estabelecidos na tradição jurídica, sem interferência indevida da ética, da religião ou da política, evita-se a degradação das fronteiras do Direito e a formação de dissensos morais ilimitados.⁵⁵

Para que o liberalismo de Habermas opere adequadamente, o Direito, em especial o Direito Constitucional, possui papel muito relevante. O ordenamento deve garantir as condições para que cidadãos participem ativamente do processo deliberativo, com iguais condições de vocacionar suas percepções e argumentos. E as instituições do Estado devem estar habilitadas a reconhecer, filtrar e converter os *inputs* da manifestação civil em normas. Quando isso ocorre, o processo de produção de normas opera como um sistema de integração social.⁵⁶

Para Rawls, o ativismo constitucional, até certo ponto, pode contribuir com a transparência do regime. Para Habermas, este ativismo arrisca servir para usurpar competência da soberania popular e aprofundar a instabilidade do regime. O ativismo judicial pode provocar a pulverização de normas, mitigando a capacidade de a sociedade enxergar o que “vale” e o que “não vale” no regime.⁵⁷ Sem clareza sobre o que é regra geral e o que não é, amplia-se a incerteza coletiva – e a opacidade do regime. Ao mesmo tempo, o canal de justificação normativa é obstruído, reduzindo o escopo da política.

⁵⁵ Esta distinção analítica permite a Habermas justificar a existência de conflitos de duas normas legítimas em uma situação concreta, e ao mesmo tempo resolver este conflito sem ter de recorrer a uma teoria válida elaborada por um juiz superpoderoso ciente de todos os precedentes e tradições. HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Trad. William Rehg. Cambridge, Mass: MIT Press, 1996, p. 218.

⁵⁶ HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Trad. William Rehg. Cambridge, Mass: MIT Press, 1996, p. 437.

⁵⁷ HABERMAS. Op. cit., p. 220.

O papel do Judiciário na aplicação da norma é prioritariamente garantir a estabilidade do regime. Nesta função, deve limitar-se a depuração das normas jurídicas no caso concreto, respeitando regras processuais do contraditório entre as partes. O que garante a legitimidade em sociedade bem organizada, pensa Habermas, é a manutenção permanentemente aberta do canal de produção normativa.⁵⁸ Nesta dinâmica reflexiva institucionalmente assegurada, as normas são feitas e refeitas pelo Congresso, mediante *inputs* produzidos pela sociedade civil.

O caminho adequado para o avanço da democracia é concentrar as atenções do regime no papel crescentemente inclusivo do processo deliberativo. Para isso, o desejável é desincorporar o elemento “ético-substantivo” dos conceitos de Justiça, legitimidade, Constituição e ação judicial. A legitimidade agora é compreendida como a qualidade de uma norma produzida em processo de diálogo, por pessoas livres e iguais, em regime democrático com participação ativa da sociedade.

4.3 Desafio: déficit de transparência

A reflexividade da ordem constitucional, em Habermas, não é capaz de solucionar o problema da transparência. O liberalismo propõe-se a justificar, perante cada um – e todos os indivíduos – da sociedade o exercício do poder pelo Estado. A justificação, na tradição liberal, depende, em algum grau, da compreensão do real funcionamento do regime e, por isso mesmo, das regras do Direito que lhe dão forma. A condição para este juízo não é apenas abstrata, mas também institucional e concreta.

Habermas, contudo, desvirtua o sentido do Direito e de sua aplicação em uma democracia. Faz diferença, para um povo democrático, viver em uma sociedade em que a liberdade de expressão tolera o discurso nazista ou não; em que a igualdade contempla quotas raciais ou não; em que se reconhece o direito ao aborto ou não. Estas distinções são definidas pelo conteúdo da Constituição, ou seja, do Direito.⁵⁹ Não é suficiente conter-se com a promessa da liberdade e da igualdade na ideia do Direito, sem que o seu significado, ou boa parte dele, seja inscrito na cultura de um povo pelo texto constitucional.

⁵⁸ De acordo com Habermas, juízes e experts jurídicos poderiam eventualmente ter uma posição privilegiada neste diálogo, porém “eles não podem usar sua autoridade profissional para impor uma visão da constituição sobre o restante de nós” (HABERMAS. Op. cit., p. 395).

⁵⁹ Sobre limites da visão jurídica de Habermas, conferir MICHELMAN, Frank. Family Quarrel. In: *Cardozo Law Review*, v. 17, p. 1177-1998, 1996. (“Sua força [do Direito] para gerar a integração não pode resultar da natureza idealizada da ética comunicativa, mas precisa seguir os valores substantivos compartilhados que subscrevem a prática comunicativa”).

Do mesmo modo, é decisivo para o juízo individual antever como o Judiciário, a começar pela Suprema Corte, na cultura jurídica do seu tempo interpretarão e aplicarão uma norma.⁶⁰ A credibilidade de todo e qualquer regime coletivo entra em xeque, com frequência, justamente quando as promessas não são cumpridas e, sob o pretexto de orientar a mudança, convertem-se, ao olhar do cidadão comum, em disfarce para o jogo desigual de interesses e em anestésico contra a rebeldia cívica.

Habermas, provocado, dá sinais de flexibilizar seu processualismo abstrato para aproximar-se da compreensão institucional do Direito. Faz isso ao reconhecer que:

[...] moralidades universais são dependentes de formas de vida que são racionalizadas de forma que tornem possível a aplicação prudente de *insights* morais universais. [...] Somente estas formas de vida que chegam a um compromisso com as moralidades universalistas cumprem com as condições necessárias para reverter as conquistas abstratas da descontextualização e da desmotivação.⁶¹

O que são as “formas de vida”? Na interpretação de Michelman, elas correspondem a “classe de fatos empiricamente contingentes”, uma “classe de fatos culturais.”⁶² São mais que meros ideais desencarnados. Estes “fatos culturais” fertilizariam o terreno sobre o qual a moral universal seria capaz de florescer. Para que a democracia opere adequadamente, “[a] forma de vida precisa[ria] ser capaz de nutrir na população uma consciência de intersubjetividade”.⁶³

A aproximação, no entanto, é insuficiente para garantir a transparência da sociedade liberal de Habermas. Cidadãos não teriam suficiente motivo para expressar sua anuência com o regime.⁶⁴ O ponto ganhará mais clareza se observarmos a realidade de um país em desenvolvimento.

⁶⁰ Michelman dá exemplos de diferenças substanciais na concepção de direito básico, a liberdade de expressão, no Canadá e nos Estados Unidos.

⁶¹ HABERMAS, Jürgen. Discourse Ethics: Notes on a Program of Philosophical Justification. In: HABERMAS, Jürgen. *Legitimation Crisis*. Cambridge, UK: Polity Press, 1988, p. 109; HABERMAS, Jürgen. *Moral consciousness and communicative action*. Trad. Christian Lenhardt e Shiery Weber Nicholsen. Cambridge, Mass.: MIT Press, 1990, p. 195-208.

⁶² MICHELMAN, Frank. Family Quarrel. In: *Cardozo Law Review*, v. 17, p. 1177-1998, 1996.

⁶³ MICHELMAN, Frank. Family Quarrel. In: *Cardozo Law Review*, v. 17, p. 1177-1998, 1996.

⁶⁴ Este tema se reflete no debate do “regresso infinito”, entre Michelman e Habermas. Cf. MICHELMAN, Frank. Between Facts and Norms. In: *Journal of Philosophy*, v. 93, n. 6, p. 307-315, jun. 1996. Para análise da resposta de Habermas, cf. HABERMAS, Jürgen. Constitutional Democracy: A Paradoxical Union of Contradictory Principles? In: *Political Theory*, v. 29, p. 770, 2001. Para análise informativa do debate entre Michelman e Habermas veja também FERRARA, Alessandro. On Boats and Principles: Reflections on Habermas’s ‘Constitutional Democracy’. In: *Political Theory*, v. 29, n. 6 (Dec., 2006), pp. 782-791.

Considere uma sociedade marcada pela pobreza e pela desigualdade extrema, como o Brasil ou a África do Sul. Considere que um conjunto da população brasileira ou sul-africana não possui acesso a bens básicos para sua sobrevivência adequada, e que este problema permaneça há décadas. Não é indiferente para um cidadão, em uma destas sociedades, saber se o regime constitucionaliza ou não o mínimo social. Tampouco é indiferente saber se o Judiciário atuará de forma decisiva ou não para garantir o compromisso do regime com a erradicação da miséria. Ou, de outro modo, por que um cidadão concordaria com as regras do jogo nesta sociedade? Por que deveria reconhecer os benefícios da união, quando esta união não esclarece como haveria de ter uma perspectiva de futuro?

A saída deste impasse não é possível sem o reconhecimento intransigente do domínio inevitavelmente institucional do Direito.⁶⁵ O que dá origem “ao princípio abstrato do Direito, cuja forma elaborada é uma moralidade universal”, é a consciência recíproca de conjunto de indivíduos que reconhecem um ao outro como iguais. “Quando desenvolvido institucionalmente, este conteúdo se torna direito necessário para assegurar a conexão interna entre autonomia privada e pública”.⁶⁶

Sem o reconhecimento do conteúdo institucional – e, portanto, ético, histórico, social, real – do Direito, o regime de Habermas arrisca girar em falso. A transparência que Habermas garante é, no melhor dos casos, vazia. A reconciliação entre dimensões ideal e institucional da legitimidade em sua obra é um “salto no abstrato”, uma fuga. O raciocínio da justificação, tão cara para os liberais, passa pela percepção real do funcionamento do sistema. E nenhum sistema é legítimo apenas nos céus do pensamento. Ele é legítimo nas condições reais de vida da democracia de um povo.

5 Democracia à meia-luz

O liberalismo constitucional, na ótica de Rawls e Habermas, promove um casamento infeliz. Ou admitimos o realismo prudencial em Rawls, ou sucumbimos à utopia superficial em Habermas. Podemos escolher pela prudência de Rawls, e conter o papel do Direito Constitucional e do Judiciário na realização dos direitos sociais. Ou podemos escolher a transparência superficial de Habermas, limitando-nos a afirmar o potencial do diálogo entre instituições representativas e

⁶⁵ MICHELMAN, Frank. Family Quarrel. In: *Cardozo Law Review*, v. 17, p. 1177-1998, 1996.

⁶⁶ HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Trad. William Rehg. Cambridge, Mass: MIT Press, 1996, p. 407-408.

a sociedade civil para continuamente oxigenar rotina institucional com impulsos de mudança.

Em ambos os casos, a falta de transparência cria uma espécie de sombra na sociedade liberal, diante de um Judiciário que não sabe como proceder, conter-se e pecar por “lavar as mãos”, ou intervir desgovernadamente e confundir mais do que esclarecer. O liberalismo pede que aceitemos a opacidade. Mas, sem clareza sobre os critérios que asseguram o bom funcionamento do regime democrático, indivíduos (livres e iguais, racionais e razoáveis) não teriam motivos suficientes para anuírem com a ordem constitucional.

O esforço de Rawls e Habermas parece deparar-se com um limite sensível da união entre liberalismo e constitucionalismo, cujas consequências são crônicas para a organização da sociedade. Qual a parte iluminada e qual a parte obscurecida do regime? A parte iluminada refere-se aos direitos civis e políticos – é dizer, os direitos de liberdade em que se assenta a ordem política e a ordem econômica clássica. A parte obscurecida, por sua vez, diz respeito aos direitos sociais e econômicos – ou seja, aos direitos que concernem à igualdade real entre as partes.

A prioridade dos direitos civis e políticos no liberalismo dos dois autores parece expressar uma fé superior na capacidade de a democracia ordenar a vida da economia. A prioridade é organizar a política – a começar pela liberdade e o quantum de igualdade necessário para a operação deliberativa.⁶⁷ Aspectos econômicos e sociais apenas são garantidos na medida estritamente necessária para assegurar a viabilidade dos direitos civis e políticos. É dizer: para que o processo deliberativo seja inclusivo o suficiente para impulsionar as instituições-chaves da sociedade.

A priorização da ordem política sobre a ordem econômica e social revela uma fé na hegemonia da política sobre as estruturas organizadoras da sociedade. Esta presunção, contudo, não é um dado da natureza. Ela precisa ser fundamentada. Não há razão especial para crer que primeiro se organiza e se muda a política, para, em um segundo momento, tomarmos nas mãos os problemas profundos da vida coletiva que distorcem o funcionamento da economia, do Direito, da cultura e da própria política na sociedade.

O liberalismo de Rawls e Habermas, contudo, é incapaz de desonerar-se do ônus de mostrar a força superior da política sobre as estruturas coletivas. Nos parâmetros em que ambos os autores se reconhecem a importância da política –

⁶⁷ Sobre a precedência dos princípios de Liberdade em relação ao princípio da diferença e os fundamentos desta opção, conferir RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993, p.229–230.

da deliberação, do voto, da comunicação, do diálogo, da troca respeitosa de argumentos, da tolerância, das diferenças religiosas e ideológicas – não é capaz de iluminar a situação dos que continuamente perdem no jogo da vida – da economia e da própria política – em função de barreiras que distribuem oportunidades de forma desigual.

O déficit de transparência no liberalismo constitucional é um drama das sociedades ocidentais.

O que fazer?

Podemos continuar a apostar na rota convencional. E, assim, continuar na busca de micro ajustes institucionais, tais como as súmulas vinculantes,⁶⁸ a modulação dos efeitos das decisões judiciais,⁶⁹ a mistura adequada de modelos de controle de constitucionalidade concentrado e difuso,⁷⁰ o equilíbrio certo no diálogo interinstitucional,⁷¹ a abertura maior ou menor das portas do Judiciário para “ouvir” a sociedade civil, ou a abertura das portas dos processos para ampliar a participação dos grupos legitimamente interessados no deslinde da causa,⁷² a modificação do sistema de indicação e sabatina dos ministros, a mudança dos critérios de seleção dos ministros, a fixação de mandato para os ministros, a mudança dos critérios de definição da pauta do STF, a mudança dos critérios de distribuição dos processos nesta Corte, a ampliação (ou redução) da transparência da deliberação no Supremo,⁷³ a abertura da base de dados dos processos judiciais para o controle mais efetivo da academia e da sociedade civil, a diversificação do perfil dos ministros, a mudança do regime presidencialista para regime parlamentar ou semiparlamentar, a alteração dos critérios de funcionamento do processo legislativo, a ampliação (ou redução) do tempo das campanhas eleitorais, a mudança do sistema eleitoral para distrital – misto ou não –, a definição clara dos critérios de ação do TSE, a criação de um Código

⁶⁸ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1335-1337.

⁶⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 353.657-5, relator Ministro Marco Aurélio Mello, voto (sem questão de ordem) do Ministro Ricardo Lewandowski, p. 4-7.

⁷⁰ PATRICIO, Navia; RÍOS-FIGUEROA, Julio. *The Constitutional Adjudication Mosaic of Latin America*. New York: Sage Publications, 2005, p. 191-193.

⁷¹ TUSHNET, Mark. Interpretation in Legislatures and Courts: Incentives and Institutional Design in the least examined branch. *The Role of Legislatures in the Constitutional State* Cambridge. Cambridge University Press; DIXON, Rosalind. Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited. In: *International Journal of Constitutional Law - I-Con*, v. 5, n. 3, p. 391-418, 2007.

⁷² MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 13. ed., 2003, p. 502-503; BINENBOJM, Gustavo. A Dimensão do Amicus Curiae no Processo Constitucional Brasileiro: Requisitos, Poderes Processuais e Aplicabilidade no Âmbito Estadual. In: *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, ano 5, n. 19, 2005.

⁷³ SILVA, Virgílio. Deciding Without deliberating. In: *Oxford University Press and New York University School of Law*, v. 11, n. 3, pp. 579-583, 2013.

Eleitoral sistemático, o deslocamento da competência eleitoral para o Parlamento, o efeito cascata das decisões judiciais,⁷⁴ a mudança do prazo de mandato do Executivo e do Legislativo etc.

Ou passamos a reconhecer que o déficit de transparência é o sintoma de uma doença mais grave e mais profunda, provocada pela estabilização de estruturas sociais que ordenam o funcionamento da economia, da cultura e da própria política, porém imunizados constitucionalmente. Não é que o processo democrático não seja capaz de promover mudanças políticas. Não é que não haja debates sobre problemas econômicos e sociais em uma democracia. É que essas mudanças não se concretizam se a premissa do regime é a manutenção da sacralidade da propriedade e da liberdade individuais, em sua forma institucional vigente.

6 Conclusão

O casamento entre ideia e forma revela o contexto mais amplo em que se afirma o projeto liberal. A ideia é o liberalismo. A forma é democracia constitucional. Há pelo menos meio século, a ansiedade com a vida social tem suscitado propostas de ajuste no regime. As propostas, quase sempre, concentram-se em alterações no segundo elemento do matrimônio: os limites da Constituição no liberalismo constitucional. O que pouco se tem discutido é o problema do primeiro cônjuge: o liberalismo no liberalismo constitucional.

Ao apontar o déficit de transparência no pensamento de Rawls e Habermas, este artigo busca também revelar tensão profunda no projeto do constitucionalismo liberal: a incapacidade de assegurar o compromisso do regime com transformações socioeconômicas da sociedade. A solução do problema exige mais que um leve ajuste institucional nos arranjos constitucionais vigentes. Exige repensar a relação entre ideia e forma no regime – entre espírito liberal e mecanismos de sua realização.

Como lidar com o problema agora? Em 1992, um ano antes de morrer, João Cabral de Melo Neto, um dos maiores escritores da língua portuguesa, perdeu a visão. A cegueira retirou-lhe não apenas a vista, mas a “poesia”. “Pedem-me um poema”⁷⁵ é uma resposta aos que lhe pediam que continuasse a escrever. O

⁷⁴ SUNSTEIN, Cass. Garbage in, garbage out? Some micro sources of macro errors. In: *Journal of Institutional Economics*, v. 11, n. 3, pp. 569-572, 2015.

⁷⁵ *Pedem-me um poema*, João Cabral de Melo Neto. “Pedem-me um poema/um poema que seja inédito,/ poema é coisa que se faz vendo,/como imaginar Picasso cego?//Um poema se faz se vendo,/um poema se faz para a vista,/como fazer o poema ditado/sem vê-lo na folha inescrita?//Poema é composição,/

talento artesanal para converter em palavras as profundezas da vida certamente não mudara no autor. Mas a alma da escrita desaparecera junto com sua visão. “Poema é coisa de ver, é coisa sobre um espaço”.

O liberalismo constitucional, tal como concebido por John Rawls e Jürgen Habermas, sofre de crise similar. A incapacidade de fundamentar, com clareza, as condições de transparência no funcionamento do liberalismo retira da democracia parte do seu brilho. Assim como as palavras na mente do poeta, as regras continuam disponíveis na alma da cultura institucional. O que morre, com a falta de luz, é a capacidade de promover o encontro fértil entre a forma e o espírito – entre as regras do regime e os ideais do povo. Tanto o poeta como o liberalismo democrático arriscam perder seu sentido.

A solução talvez seja começar a imaginar e construir as possibilidades de vida democrática capazes de aprofundar o liberalismo constitucional. João Cabral fez poesia com sons – um pouco a contragosto, como em um epitáfio antecipado, mas não sem menos brilho. Na democracia real (e imperfeita) em que vivemos, talvez devamos reaprender a trabalhar com ideais e instituições de outras maneiras – partindo da realidade opaca, com os limites de informações e circunstâncias. A partir daí, apostar em nossa capacidade coletiva de expandir os ideais e espaços segundo os quais desejamos viver. O poeta, mesmo cego, pode ser genial. A cultura democrática também.

The democracy at half-light: a criticism to the constitutional liberalism of John Rawls and Jürgen Habermas

Abstract: Liberal constitutionalism has become the most influential vision behind political democracy in our time. Accordingly, a well-ordered society is organized around liberal ideals of individualism, liberty and property, at the same time that it also protects the constitutional structures of separation of powers, representative democracy, periodical elections and (normally) judicial review. The essay questions the terms of this union. Episodic impasses in this relationship have traditionally been solved through a revision of the form of constitutional democracy. I will argue that liberal constitutionalism suffers from an internal problem, which cannot be solved through marginal changes in its democratic form. The first evidence of the problem is the transparency deficit of constitutional liberalism. At the same time that the regime presupposes the capacity of each individual to freely evaluate the system’s overall performance before grating its support, the transparency deficit makes evident the limits of liberal constitutionalism to hold its promises. The essay will then elaborate this critique in the works of two influential exponents of liberal constitutionalism. *Contra* Rawls, I will argue that the deficit of transparency is a result of an

mesmo da coisa vivida,/um poema é o que se arruma,/dentro da desarrumada vida.//Por exemplo, é como um rio,/por exemplo, um Capibaribe,/em suas margens domado/para chegar ao Recife.//Onde com o Beberibe,/com o Tejupió, Jaboatão/para fazer o Atlântico,/todos se juntam a mão.//Poema é coisa de ver,/é coisa sobre um espaço,/como se vê um Franz Weissman,/como não se ouve um quadrado.”

institutional paradox: the legitimacy of the political system is highly dependent on an active performance of the regime, yet judicial review is unable to realize socioeconomic rights. *Contra* Habermas, I will hold that the deficit of transparency is the fruit of an escapist strategy: to hold the legitimacy of the system, Habermas invites us to bet on the dialogical capacity of democracy to correct its mistakes, yet he does not consider how culture effectively shapes and orients the performance of law in each culture. If Rawls subscribes to a strategic opacity, Habermas falls into an empty transparency. The output is a kind of “democracy at twilight”, capable of illuminating society’s simpler problems, yet at the same time preserving deeper social problems in the dark.

Keywords: Liberalism. Constitutionalism. Democracy. Legitimacy. Rawls. Habermas. Institutions.

Summary: **1** Introduction – **2** Liberal “soul” and constitutional “body” union – **3** Legitimacy in Rawls – **3.1** Ideal dimension – **3.2** Institucional dimension – **3.3** Challenge: deficit of transparency – **4** Legitimacy in Habermas – **4.1** Ideal dimension – **4.2** Institucional dimension – **4.3** Challenge: deficit of transparency – **5** Democracy at half-light – **6** Conclusion – References

Referências

APEL, Karl-Otto. *Towards a transformation of philosophy*. Trad. Glyn Adey e David Frisby. Milwaukee, Wis.: Marquette University Press, 1998.

BAUMAN, Richard W.; KAHANA, Tsvi (Ed.). *The least examined branch: The role of legislatures in the constitutional state*. Mass.: Cambridge University Press, 2006.

BINENBOJM, G. A Dimensão do Amicus Curiae no Processo Constitucional Brasileiro: Requisitos, Poderes Processuais e Aplicabilidade no Âmbito Estadual. In: *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, ano 5, n. 19, 2005.

CABRAL DE MELO NETO, João. *Pedem-me um poema*. Poema inédito.

DIXON, Rosalind. Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited. In: *International Journal of Constitutional Law - I-Con*, v. 5, n. 3, 2007.

DWORKIN, Ronald. The Original Position. In: *University of Chicago Law Review*, v. 40, n. 3, 1973.

FALLON, R. Legitimacy and the Constitution. In: *Harvard Law Review*, v. 118, n. 6, abr. 2005.

FERRARA, A. On Boats and Principles: Reflections on Habermas’s ‘Constitutional Democracy’. In: *Political Theory*, v. 29, n. 6, dez; 2006.

GEUSS, Raymond. *The idea of a critical theory: Habermas and the Frankfurt School*. Cambridge; New York: Cambridge University Press, 1981.

GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind (Ed.). *Comparative constitutional law*. Cheltenham (UK): Edward Elgar Publishing, 2011.

GUNTHER, Klaus. A Normative Conception of Coherence for a Discursive Theory of Legal Justification. In: *Ratio Juris*, v. 2, p. 157, 1989.

- HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Trad. William Rehg. Cambridge, Mass: MIT Press, 1996.
- HABERMAS, Jürgen. Constitutional Democracy: A Paradoxical Union of Contradictory Principles? In: *Political Theory*, v. 29, 2001.
- HABERMAS, Jürgen. Discourse Ethics: Notes on a Program of Philosophical Justification. In: HABERMAS, Jürgen. *Legitimation Crisis*. Cambridge, UK: Polity Press, 1988.
- HABERMAS, Jürgen. *Justification and application: Remarks on discourse ethics*. Trad. C. P. Cronin. Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 1993.
- HABERMAS, Jürgen. Moral consciousness and communicative action. Trad. Christian Lenhardt and Shierry Weber Nicholson. Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 1990.
- HABERMAS, Jürgen. Morality and Ethical Life: Does Hegel's Critique of Kant Apply to Discourse Ethics? In: HABERMAS, Jürgen. *Moral Consciousness and Communicative Action*. Trad. Shierry Weber Nicholson and Christian Lenhardt. Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 1990.
- HABERMAS, Jürgen. Reconciliation through the Public Use of Reason: Remarks on John Rawls's Political Liberalism. In: *Journal of Philosophy*, v. 92, mar. 1995.
- HABERMAS, Jürgen. Religion in the Public Sphere. In: *European Journal of Philosophy*, v. 14, n. 1, 2006.
- HABERMAS, Jürgen. *The Philosophical Discourse of Modernity: twelve lectures*. Cambridge, Mass.: MIT Press, 1987.
- HABERMAS, Jürgen. *The Theory of Communicative Action*. Cambridge: Polity Press, 1986-1989.
- HABERMAS, Jürgen. *Three Normative Models of Democracy, Constellations*. v. 1, n. 1, 1994.
- HOBBS, Thomas. *Leviathan*. Oxford: Clarendon Press, 1967.
- KUKATHAS, Chandran; PETTIT, Philip. *Rawls: A Theory of Justice and Its Critics*. Stanford University Press, 1990.
- KUNNEMAN, Harry; VANDENBERGHE, Frédéric. Justice and Judgment: The Rise and the Prospect of the Judgment Model in FERRARA, Alessandro. In: *Contemporary Political Philosophy*, London: Sage, 1999.
- LOCKE, John. *Second treatise of government and a letter concerning toleration*. Oxford; New York: Oxford University Press, 2016.
- LÖWY, Michael. Sobre o conceito de "afinidade eletiva" em Max Weber. In: *Plural - Revista do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da USP, São Paulo*, v.17, n. 2, 2011.
- MANGABEIRA UNGER, Roberto. *Politics: the central texts: theory against fate*. London; New York: Verso, 1997.
- MANGABEIRA UNGER, Roberto. *The critical legal studies movement: another time, a greater task*. New York: Verso, 2015.
- MCILWAIN, Charles. *Constitutionalism: Ancient and Modern*. Ithaca, NY: Cornell University Press, 1947.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

MICHELMAN, Frank. Between Facts and Norms. In: *Journal of Philosophy*, v. 93, n. 6, pp. 307-315, jun. 1996.

MICHELMAN, Frank. Family Quarrel. In: *Cardozo Law Review*, v. 17, 1998-1996.

MICHELMAN, Frank. Is the constitution a contract for legitimacy? In: *Review of Constitutional Studies*, v. 8, n. 2., 2003.

MICHELMAN, Frank. Justice as Fairness, Legitimacy, and the Question of Judicial Review: A Comment. In: *Fordham Law Review*, v. 72, 2003-2004.

MICHELMAN, Frank. Legitimacy, the Social Turn, and Constitutional Review: What Political Liberalism Suggests. In: *Critical Quarterly for Legislation and Law*, n. 3, 2015.

MICHELMAN, Frank. Poverty in liberalism: a comment on the constitutional essentials. *Drake Law Review*, v. 60. p. 1001-1021, 2012.

MICHELMAN, Frank. Rawls on constitutionalism and constitutional law. In: FREEMAN, Samuel (Ed.). *The Cambridge Companion to Rawls*. New York: Cambridge University Press, 2003.

MICHELMAN, Frank. The constitution, social rights, and liberal political justification. In: *International Journal of Constitutional Law*, v. 1, n. 1, 2003.

MICHELMAN, Frank. The Subject of Liberalism. In: *Stanford Law Review*, v. 46, 1994.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 13. ed, São Paulo: Atlas, 2003.

ONLINE LIBRARY OF LIBERTY. Benjamin Constant, The Liberty of Ancients Compared with that of Moderns (Unknown, 1819). Disponível em: <http://oll.libertyfund.org/titles/2251>. Acesso em: 10 out. 2018.

PATRICIO, Navia; RÍOS-FIGUEROA, Julio. *The Constitutional Adjudication Mosaic of Latin America*. London: Sage Publications, 2005.

RAWLS, John. *A Theory of Justice*. rev. ed. Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard University Press, 1999.

RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1996.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *The major political writings of Jean-Jacques Rousseau: the two discourses and the social contract*. Chicago; London: The University of Chicago Press, 2012.

SAGER, Lawrence. The Why of Constitutional Essentials. In: *Fordham Law Review*, v. 72, 2004.

SCOTT STEWART, Robert. Utilitarianism Meets Romanticism: J. S. Mill's Theory of Imagination. In: *History of Philosophy Quarterly*, v. 10, n. 4, out. 1993.

SILVA, Virgílio. Deciding Without deliberating. In: *Oxford University Press; New York University School of Law*, v. 11, n. 3, 2013.

STANFORD ENCYCLOPEDIA OF PHILOSOPHY. Gerald Gaus: Liberalism. Disponível em <https://plato.stanford.edu/entries/liberalism/>. Acesso em: 10 out. 2018.

STUART MILL, John. *On Liberty*. London; New York: Pearson Longman, 2007.

STUART MILL, John. *On Liberty*. London; New York: Routledge, 1991.

SUNSTEIN, Cass. Garbage in, garbage out? Some micro sources of macro errors. In: *Journal of Institutional Economics*, v. 11, n. 3, 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Extraordinário nº 353. 657-5*, relator Ministro Marco Aurélio. Brasília, 8 de outubro de 2008.

TUSHNET, Mark. *Interpretation in Legislatures and Courts: Incentives and Institutional Design in the least examined branch. The Role of Legislatures in the Constitutional State* Cambridge. Cambridge: Cambridge University press, 2009.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

VARGAS, Daniel Barcelos. A democracia à meia-luz: uma crítica ao liberalismo constitucional de John Rawls e Jürgen Habermas. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 13, n. 40, p. 115-143, jan./jun. 2019.

Recebido em: 11.10.2018

Pareceres: 17.12.2018, 19.12.2018 e 20.02.2019

Aceito para publicação: 22.02.2019