

**SOBRE A NORMATIVIDADE DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO:
UM *PLAIDOYER* ÀS TEORIAS POLÍTICAS DE R. DWORKIN E J.
HABERMAS**

**ABOUT NORMATIVITY OF DEMOCRATIC RULE OF LAW: A *PLAIDOYER* TO
POLITICS THEORY OF R. DWORKIN AND J. HABERMAN**

*Alberto Paulo Neto*¹

Resumo: A investigação sobre a normatividade do Estado democrático de direito, na contemporaneidade filosófica, está fundamentada pela configuração da justificação da democracia constitucional. Os termos “democracia” e “constituição” foram postulados como mecanismos para a garantia da legitimidade política. A democracia representa a forma de expressão da soberania popular pelo ato legislativo. A constituição simboliza a reunião dos princípios políticos que alicerçam a comunidade jurídica e a restrição que o legislador se impõe para conter a possibilidade de vontade popular arbitrária. A defesa do constitucionalismo democrático tem sido a melhor resposta para o problema da legitimidade das decisões dos agentes políticos (legislativo, judiciário e executivo). A forma como tem sido fundamentado o constitucionalismo democrático é divergente na filosofia política contemporânea. Ronald Dworkin defende a perspectiva substantiva da teoria democrática e afirma que os direitos individuais positivados estão fundamentados em princípios morais. Ele assegura a relevância da Constituição para o estabelecimento de normas que são limitadoras e possibilitadoras ao exercício dos direitos políticos. A sua perspectiva democrática se contrapõe à forma de decisão pela regra da maioria e sustenta o sentido comunitário de ação política. Jürgen Habermas interpreta a relação entre o direito e a política pelo viés discursivo do procedimento democrático. Ele argumenta pela relação primordial entre o exercício da autonomia privada e pública. Os direitos individuais e políticos teriam a mesma origem no ato de proteção dos direitos humanos e a garantia do exercício da soberania popular. Por fim, Habermas e Dworkin advogam perspectivas normativas que permitem analisar como indispensável a defesa da democracia constitucional e resguardar os cidadãos perante as formas arbitrárias de exercício do poder político.

Palavras-chave: Estado de direito. Democracia. Constitucionalismo. Dworkin. Habermas.

Abstract: The research on the normativity of the democratic rule of law, in the philosophical contemporaneity, is based on the configuration of the justification of constitutional democracy. The terms “democracy” and “constitution” were postulated as mechanisms for guaranteeing political legitimacy. Democracy represents the form of expression of popular sovereignty by legislative act. The constitution symbolizes the meeting of the political principles that underpin the legal community and the restriction imposed by the legislator to contain the possibility of arbitrary popular will. The defense of democratic constitutionalism has been the best answer to the problem of the legitimacy of the decisions of political agents (legislative, judicial and executive). The way in which democratic constitutionalism has been founded is divergent in contemporary political philosophy. Ronald Dworkin defends the substantive perspective of democratic theory and affirms that positive individual rights are grounded in moral principles. It ensures the relevance of the Constitution for the establishment of norms that are limiting and enabling to the exercise of political rights. Its democratic perspective is opposed to the form of decision by majority rule and supports the community's sense of political action. Jürgen Habermas interprets the relation between law and politics by the discursive bias of the democratic procedure. He argues for the primordial relationship between the exercise of private

¹ Universidade de São Paulo (USP). E-mail: apnsophos@yahoo.com.br

and public autonomy. Individual and political rights would have the same origin in the act of protection of human rights and the guarantee of the exercise of popular sovereignty. Finally, Habermas and Dworkin advocate normative perspectives that allow to analyze as indispensable the defense of the constitutional democracy and to protect the citizens before the arbitrary forms of exercise of the political power.

Keywords: Rule of law. Democracy. Constitutionalism. Dworkin. Habermas.

1. Introdução

Há mais de duas décadas, R. Dworkin e J. Habermas protagonizaram o debate sobre a normatividade do Estado democrático de direito por meio da análise da tensão entre a defesa da concepção política mais fortemente democrática e a perspectiva teórica que enfatiza os princípios constitucionais². Esse episódio parece não ter sido apreciado conjuntamente nas pesquisas acadêmicas sobre pensamento político-jurídico dos referidos filósofos. Por isso, a discussão se centra na sobreposição (*overlapping*) dos argumentos entre as duas perspectivas jusfilosóficas mediante a investigação da fundamentação normativa da democracia e o processo de tomada de decisão política.

Habermas e Dworkin objetam a ideia de que o Estado de direito possa se estabelecer legitimamente sem o auxílio da participação democrática dos cidadãos. Eles argumentam que o direito e a política possuem a relação de circularidade entre a impositividade das normas jurídicas e o procedimento de legitimação política. O sistema dos direitos estaria aberto à influência das determinações políticas oriundas da esfera pública.

O debate entre Habermas e Dworkin, acontecido na década de 90, teve o objetivo de restaurar a normatividade do Estado democrático de direito pela discussão da relação entre os princípios constitucionais e a legislação democrática³. De acordo

² O debate entre J. Habermas e R. Dworkin foi realizado durante o *Symposium: Law and Morality*, em 1994, no *Zentrum für interdisziplinäre Forschung (ZiF)*/ Universität Bielefeld. Ele compõe a primeira edição do Volume 3 do *European Journal of Philosophy* (1995). Deve-se salientar que o texto apresentado por J. Habermas foi encaminhado antecipadamente como *paper* da conferência à R. Dworkin (1995, p. 2) e tinha sido publicado anteriormente em PREUSS (1994, p. 83-94) e, posteriormente, ele foi publicado como sendo o capítulo 10 da obra *A Inclusão do Outro: estudos de teoria política* (HABERMAS, 1996). O debate entre os filósofos se tornou parte do programa televisivo “Philosophy Today” / “Philosophie Heute”, transmitido pela *Westdeutschen Rundfunks Köln* (WDR). A transcrição do debate televisivo está disponível em BOEHM, 1997, p. 150-173, *Ibid.*, 2002, p. 141-164, HABERMAS; DWORKIN; GÜNTHER, 1998 e *Ibid.*, 1999.

³ Sobre a relevância do debate entre as perspectivas democráticas de Habermas e Dworkin, Frank Michelman afirma que: “A controvérsia entre essas duas visões está atualmente viva na teoria constitucional liberal. Jürgen Habermas adota o lado procedimental em *Faktizität und Geltung* (1992), recentemente publicado em inglês como *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory*

com K. Günther (1999), a relação entre a Constituição e a Democracia pode ser representada por diversos conflitos no âmbito político. Por exemplo, o embate entre a decisão majoritária no Parlamento e a declaração de inconstitucionalidade pelo Tribunal Constitucional ou a limitação que as diretrizes constitucionais impõem às decisões democráticas. No âmbito das funções políticas é questionado quem seja realmente o autor da lei: Os cidadãos? Os legisladores (representantes dos cidadãos)? As decisões dos juízes que possuem a força vinculante sobre os casos decididos, a análise da constitucionalidade ou a revisão dos atos administrativos (*judicial review*)?

Atualmente, a tensão entre o direito e a política tem sido configurada pelo termo “judicialização da política” como forma de ingerência das instituições jurídicas sobre as decisões políticas. A judicialização é resultado do contexto jurídico posterior à 2ª Guerra Mundial. Os Estados de direito buscaram o fortalecimento das diretrizes constitucionais pela atuação dos tribunais constitucionais. A proteção constitucional teria o objetivo de conter a vontade arbitrária (legislativa ou popular) na democracia de massa. Estes seriam os garantidores da sociedade política bem-ordenada pela força da decisão judicial. Esse fenômeno jurídico faz com que a teoria moderna de separação dos poderes e a função jurisdicional, como aplicando restritamente a lei (*bouche de la loi* / “boca da lei”), sejam estremecidas pela ação política e decisivas dos tribunais em temas polêmicos da vida política e cotidiana (Cf. GÜNTHER, 1999, p. 6; IHU, 2016)⁴.

A democracia constitucional pressupõe o exercício do poder democrático em conformidade com os arranjos institucionais. Estes são expressos pela Carta magna. Ela tem o desígnio de conduzir o povo sob a ideia do regime democrático. O conflito na democracia constitucional está entre a pressuposição de primazia dos princípios

of Law and Democracy. Ronald Dworkin adota o lado substantivo na *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*” (MICHELMAN, 1996, p. 4).

⁴ No início do livro *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*, no capítulo “O direito e a filosofia: uma nova agenda no debate teórico-jurídico”, Ronaldo Porto Macedo Junior (2013) realiza a comparação entre o diagnóstico de Habermas e Dworkin sobre o tratamento das questões originadas na filosofia moral e política e que emigraram, a partir do século XIX, para as faculdades de direito. As questões filosóficas se tornaram o alvo das discussões de juristas e de técnicos do direito e ocasionou a redução do conteúdo normativo das indagações filosóficas. Macedo Junior supõe que Habermas e Dworkin se referissem ao processo de *judicialização*, em termos habermasianos “juridificação” (*Verrechtlichung*), dos temas filosóficos como mecanismo de resolução dos conflitos sociais. “Na verdade, a alegação de ambos sugere antes que diversos temas de filosofia moral, de política e do direito contemporâneos migraram para as faculdades de direito na medida em que vários deles foram judicializados ou trazidos para o âmbito das questões jurídicas analisadas e processadas pelos operadores do direito em seu dia a dia. Cite-se, por exemplo, os novos temas de bioética, os direitos humanos e os novos tribunais internacionais, a participação democrática, a revisão judicial dos atos legislativos e do Executivo, os limites da responsabilidade civil e da obrigação contratual etc., para não mencionar o próprio tema da interpretação do direito, que tem gerado uma imensa literatura” (MACEDO JUNIOR, 2013, p. 18-20).

constitucionais em relação à legislação democrática. Como esclarece Frank Michelman:

Não há dúvida de que o ideal democrático prevalecente aceita uma grande quantidade de regras tanto por oficiais legislativos, administrativos e judiciais, operando dentro de esquemas de governo representativo. Os testes ideais, no final, são as leis constitutivas ou fundamentais de um país; as leis, isto é, que fixam os “fundamentos constitucionais” do país - traçam suas instituições e cargos políticos, definem e limitam seus respectivos poderes e jurisdições, estabelecem obrigações básicas de governo e direitos dos governados. “Democracia constitucional”, em suma, significa uma apreciação das leis fundamentais (1), com uma visão de conjunto político popular (2), e autogoverno, como uma condição de liberdade política e pessoal (3) (MICHELMAN, 1996, p. 1-2).

Na introdução à coletânea *Constitutionalism and Democracy*, Richard Bellamy (2006, p. xi) apresenta o termo “democracia constitucional” sob a ambivalência de contradição e tautologia. O termo pode ser entendido como contraditório quando o significado de constitucionalismo e a democracia se apresentam como opostos. A Constituição estabelece a medida de restrição e divisão de uso do poder político e a democracia teria a característica de unidade do poder e o exercício irrestrito da soberania popular. Esses termos também podem ser apresentados como tautológicos porque o exercício do poder democrático necessita da existência da Constituição. Esta organiza e institui as regras ao processo político.

Bellamy (2006, p. xii) argui que o conflito não se resolve somente pela compreensão adequada entre a relação das diretrizes constitucionais e a legislação democrática. Segundo ele, haveria o conflito entre os modelos de democracia e a forma de revisão das decisões políticas. Dworkin e Habermas argumentam pela compatibilidade entre as determinações constitucionais e a atuação do legislador. Dworkin enfatiza o aspecto moral das garantias de direitos e liberdade individuais necessárias ao exercício dos direitos políticos. Este possui o elemento substancial (moral) como pré-condição para a fundamentação da normatividade do Estado de direito. Habermas assimila o conteúdo normativo do direito e insere no procedimento discursivo de confecção de normas jurídicas. Neste caso, a normatividade do Estado de direito é oriunda do procedimento democrático de discussão de normas.

2. O modelo substancial de constitucionalismo democrático de Dworkin

O modelo substantivo pressupõe o exercício da democracia segundo pré-

requisitos constitucionais e a pressuposição moral que os cidadãos devem ser tratados igualmente. Ronald Dworkin (1995), assim como J. Habermas, salienta a interligação das esferas normativas da filosofia prática (direito, moral e política) como modo de compreensão da amplitude do sistema jurídico. A imposição fática do sistema jurídico, pelo Estado de direito, produz a tensão entre o constitucionalismo e a democracia ou entre as determinações das normas constitucionais e a vontade do legislador democrático. Essa tensão acontece devido a prioridade impositiva da Constituição (Norma fundamental) em relação às decisões legislativas. Isso é possível de ser observado mediante a investigação das objeções ao constitucionalismo. Este é postulado como sendo a forma de restrição ao poder do legislador democrático. No entanto, essa forma de conflito se estabelece pela ilusão originada da compreensão incorreta da democracia.

Para esclarecer essa quimera jurídico-política é necessário distinguir o sentido de aplicação das determinações constitucionais e a forma adequada de entendimento da democracia. Segundo Dworkin, o constitucionalismo se estabelece como sistema jurídico que tem a função de instituir os direitos individuais. O legislador não teria a permissão para anular esse fato jurídico. A Constituição se postula como proteção aos direitos individuais, em especial, durante o jogo democrático, ela institui o amparo às minorias perante a capacidade de interferência e domínio pela maioria. Então, o constitucionalismo estabelece o compromisso com a democracia ao garantir as condições para o exercício dos direitos políticos. Dessa forma, as decisões legislativas não restringem os direitos individuais.

A Constituição estaria imbuída de normas que são *limitadoras* aos poderes políticos. Elas se expressam pela obrigação de respeitar os princípios constitucionais: o devido processo legal (*due process of law*) e a igual proteção das leis (*equal protection of the laws*). As normas limitadoras são essenciais para a democracia. A Norma fundamental também possui as normas que são *possibilitadoras* ao exercício dos direitos políticos, como a construção do governo majoritário e a realização do pleito eleitoral. As condições *possibilitadoras* criam órgãos representativos que agirão impondo *limites* à ação do legislador democrático. Essa dupla característica da carta magna propicia o equilíbrio no jogo democrático durante as disputas pelas funções políticas.

O jogo democrático deve ser distinguindo entre o sentido comunitário (*communal*) e majoritário (*majoritarianism*). O fator majoritário, a regra da maioria, não

se estabelece como decisão democrática, se ele não cumprir as condições para a decisão legítima. O primeiro requisito necessário é que as decisões políticas se adéquem à estrutura constitucional e que elas respeitem os direitos individuais e coletivos dos grupos minoritários.

Nesse sentido, Dworkin investiga os dois conceitos de democracia que estão relacionados ao exercício da ação coletiva. Primeiramente, deve ser compreendido que a democracia envolve uma forma de ação coletiva. Esta é representada pelo sentido etimológico de democracia como sendo o governo do povo. Aqui, o “povo” denota o agente coletivo que representa a comunidade política. A ação coletiva pode ser entendida sob duas formas de ação: estatística e comunitária⁵.

O sentido *estatístico* de ação coletiva ocorre segundo a referência numérica de contabilizar as decisões políticas. O agente coletivo não é observado como entidade metafísica que tenha vontade e a capacidade de impor as suas determinações. A ação coletiva é contabilizada pela maioria de votos e não se trata de realizar a ação como grupo. Esse modelo estatístico de ação coletiva configura o modelo de democracia eleitoral e majoritária. Nele predomina o processo de tomada de decisão em conformidade com a maioria de votos⁶.

⁵ Zurn (2002) analisa que a distinção da ação coletiva, proposta por Dworkin, reúne a filosofia política de Locke e Rousseau sobre o processo democrático. Segundo ele, o fundamento substantivo, a pressuposição dos direitos individuais, seria influência do liberalismo de Locke e a ênfase na participação política seria oriunda da filosofia de Rousseau. “Esses tipos de ação correspondem claramente à distinção entre a vontade de todos e a vontade geral: a democracia lockeana através da agregação visa ações coletivas que satisfaçam as preferências pré-políticas dos indivíduos como indivíduos, enquanto a democracia rousseauiana, pela deliberação visa ações coletivas que satisfaçam as exigências das pessoas que atuam em conjunto como cidadãos” (ZURN, 2002, p. 498). Assim também, Schneider (2000) salienta a assimilação da teoria da democracia de Dworkin entre a recepção dos princípios liberais - a defesa incondicional dos direitos individuais perante a estrutura política - e a relevância do republicanismo cívico, na ênfase à participação política e a construção da comunidade política. “Consequentemente, as visões liberais tendem a definir o governo legítimo em relação à proteção da liberdade individual, muitas vezes especificada em termos de direitos humanos, enquanto as visões republicanas tendem a fundamentar a legitimidade de leis e políticas nas noções de soberania popular. A concepção constitucional de Dworkin sobre a democracia constrói uma ponte entre esses dois princípios” (SCHENEIDER, 2000, p. 104). Em tempo, é necessário salientar que as referências de Zurn (2002) estão pautadas no estudo da Introdução (*The Moral Reading and the Majoritarian Premise*) da obra *Freedom’s Law: The Moral Reading of the American Constitution* (DWORKIN, 1996). Esta obra possui referência ao *paper* analisado sobre o modelo substantivo e nos permite uma melhor compreensão sobre a temática e ao artigo “Equality, Democracy, and Constitution: We the People in Court” (DWORKIN, 1989-1990).

⁶ Frank Michelman esclarece que a distinção proposta por Dworkin sobre a ação coletiva pode ser considerada como duas formas de “leitura” ou de “tipificar” que a ação foi realizada pelo “povo”. Sobre a ação estatística, ele explica: “A ação coletiva é ‘estatística’ quando interpretada como uma função de ações individuais para as quais é redutível sem o restante. O preço de mercado é o exemplo principal de Dworkin. ‘O mercado’, ele diz, não nomeia nenhuma ‘entidade real’, e nada se perde em tradução se dissermos que o que define o preço é uma série de ações co-responsivas de comerciantes individuais. A forma estatística de decisão por pessoas é, naturalmente, uma contagem de nariz” (MICHELMAN, 1996, p. 22).

A ação coletiva estatística simplesmente “conta cabeças” (*counts heads*) e fornece uma leitura estatística do que querem as pessoas. Nesse sentido, é justificado o sistema de regra da maioria. A regra da maioria é a expressão funcional do que deseja o indivíduo, ela observa uma coleção de indivíduos. Simplesmente, as estatísticas são recolhidas (GUEST, 2013, p. 115)⁷.

A decisão majoritária não possui a legitimidade intrínseca que permita o reconhecimento da moralidade (legitimidade) do processo decisório. Ela tem que ser complementada com a defesa dos direitos individuais para que não se coloque como forma de domínio arbitrário em relação à minoria.

Por isso, a necessidade de inserir o sentido da ação coletiva “comunitária”. Este conceito de ação coletiva não possui a referência da teoria política comunitarista e o intuito de autodeterminação ético-política pelos indivíduos. Ele denota a ideia de legitimidade pela participação na comunidade política e a apresentação das convicções morais que fundamentam os princípios políticos. Em *Sovereign Virtue*, Dworkin (2002, p. 211) esclarece que as questões morais dizem respeito ao anseio de justiça na comunidade política e que elas se diferem de questões éticas como a busca de realização da vida boa. Essa distinção, já adotada por J. Rawls (1992), possibilita definir as obrigações do Estado de direito para que os cidadãos tenham a máxima liberdade de orientar a sua vida em conformidade com o valor de vida boa e também eles possam adotar a perspectiva igualitária no âmbito político-jurídico.

“Comunitário (*Communal*)” é o termo de Dworkin para as ações coletivas que não são consideradas como redutíveis às ações individuais: ações detectáveis de independência (*severalty*) de indivíduos “se fundem” em um “ato posterior, unificado, que está junto deles”, o ato de uma “agência coletiva”. Dworkin oferece como exemplo o senso de responsabilidade pela atrocidade nazista que muitos membros da nação alemã possuem até hoje. Em uma leitura comunitária da decisão por parte do povo, não são os “indivíduos tomados um a um” que fazem a decisão, mas “uma entidade distinta - o povo como tal” (MICHELMAN, 1996, p. 22-23).

O sentido *comunitário* de democracia compreende que a ação coletiva não pode ser reduzida a função estatística e de preferência da ação individual. Essa concepção de

⁷ As referências de Guest (2013) sobre a ação coletiva estão pautadas no artigo “Equality, Democracy, and Constitution: We the People in Court” (DWORKIN, 1989-1990), neste são apresentados os princípios condicionais para a democracia mediante a crítica à concepção estatística de democracia em J. H. Ely. No *paper* de Dworkin (1995) permanece a estrutura dos princípios condicionais à democracia e a distinção entre ação coletiva estatística e comunal, no entanto, houve a supressão da crítica ao modelo de democracia em Ely. As ideias iniciais apresentadas no final da década de 80 reapareceram na obra *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution* (DWORKIN, 1996).

democracia entende que os indivíduos se associam à entidade política como grupo e compartilham de princípios políticos e se diferem da mera agremiação social por preferências e interesses privados.

Dworkin diz que o sentido comunal da democracia é o melhor. Ele diz que nos permite uma melhor leitura da famosa declaração de Abraham Lincoln de que a democracia é “governo do povo, pelo povo e para o povo” e nos dá uma melhor compreensão da ideia de Rousseau sobre a “vontade geral” (GUEST, 2013, p. 115).

Os cidadãos agem como sujeitos morais independentes porque participam coletivamente no procedimento democrático de legislação. Eles almejam a proteção constitucional dos direitos básicos. Dworkin utiliza a metáfora da orquestra sinfônica. Ela representa a comunidade política como organização em conjunto, os músicos executando a mesma sinfonia; e individual, cada indivíduo possui a função que será desempenhada ao tocar o seu instrumento musical (Cf. DWORKIN, 1995, p. 04). Neste modelo de ação coletiva, os cidadãos se observam como pertencentes à comunidade política. A relação entre a política democrática e o sistema dos direitos ocorre pela transmissão dos desígnios dos sujeitos morais independentes. Eles atuam em conformidade com as diretrizes constitucionais e como submissos à legislação.

Nesse sentido, Dworkin argui sobre a possibilidade de conciliação entre o constitucionalismo e a democracia, no sentido comunitário (*communal*), mediante a garantia da proteção constitucional dos direitos fundamentais, como pré-condição à democracia. A democracia é dependente da modalidade de ação coletiva comunitária. Essa modalidade de agir permite o reconhecimento de fatores que possibilitam a legitimidade política, no sentido de moralidade política (*political morality*), para a correção do processo de decisão. Embora, o modelo democrático se institucionalize pelo voto majoritário no processo decisório, ele se torna submisso ao reconhecimento de sua legitimidade política por meio da garantia das condições fundamentais à democracia constitucional. A independência moral dos cidadãos para participação na decisão política garante que o processo político seja equânime e a igual proteção dos indivíduos em respeito e consideração.

Dworkin analisa a existência de duas objeções à defesa do constitucionalismo como forma de garantia da democracia no Estado de direito. A *primeira objeção* diz respeito ao comprometimento da igualdade política ao conceder uma função interpretativa e adjudicativa aos magistrados. Os juízes possuiriam a prioridade

interpretativa sobre Constituição em detrimento do legislador democrático. Todavia, eles se constituem como entidades políticas que não foram eleitos e não teriam responsabilidade política, como a perda do exercício da função. O filósofo estadunidense esclarece que a igualdade política não se constitui em uma função do poder político, ela é o *status* para o exercício de funções políticas. A interpretação judicial se constitui como parte essencial à legislação democrática porque os magistrados fornecem o sentido às normas constitucionais abstratas quando elas são contrapostas aos casos concretos. Em consonância com a sua obra filosófica, ele esclarece que o significado do direito não se estabelece somente pela autoridade política legislativa. A interpretação judicial possibilita a valorização dos princípios constitucionais. Por isso, o direito se tornou uma questão de integridade e não de decretos legislativos⁸. O aperfeiçoamento da comunidade jurídica decorre da apresentação de justificativa moral. O significado moral do direito está inserido no contexto das decisões anteriores (*stare decisis*), como sendo fonte do direito, e pela determinação do propósito da legislação (Cf. DWORKIN, 1986, p. 176-224).

A *segunda objeção* se relaciona à defesa da liberdade política e que o constitucionalismo somente enfatizaria o sentido negativo, em detrimento do sentido positivo, da liberdade civil. Para a compreensão desta crítica se faz necessário o resgate da distinção entre ação coletiva estatística e comunitária. O sentido de democracia como estatística não possui a capacidade de proteger os indivíduos no exercício de suas escolhas. Porque essa modalidade de ação coletiva realiza a avaliação quantitativa das preferências e interesses dos cidadãos. O sentido comunitário de democracia possibilita que o constitucionalismo aja limitando e direcionando os interesses do agente coletivo. Ele garante a existência da comunidade política pelo horizonte normativo primário: a

⁸ Klaus Günther esclarece que a teoria do direito de Ronald Dworkin estabelece a “integridade” como concepção interpretativa do direito. A integridade corresponde à interpretação do direito dentro de um esquema coerente de princípios de justiça e equidade (*fairness*) e tem a fonte na legislação democrática e no precedente (Cf. DWORKIN, 1986). Como explica Günther (1995, p. 44): “(...) de acordo com Dworkin, a integridade está internamente ligada à prática legal de uma comunidade que aceita a autonomia política ou autogoverno. Esta ligação torna-se manifesta de duas maneiras. Em primeiro lugar, Dworkin toma a noção de cidadão como ‘autor’ literalmente da lei. Se cada cidadão é considerado o autor (virtual) da lei, ele ou ela tem que interpretar esta prática como a de escrever um texto narrativo coerente que foi iniciado por autores do passado e tem de ser continuado por futuros. Em segundo lugar, a própria integridade tem uma força integradora aos membros de uma comunidade que se autogovernam. Presume e endossa compromissos mútuos entre os membros da comunidade, que se tratam como livres e iguais segundo o esquema coerente de princípios: ‘um compromisso geral com a integridade manifesta a preocupação de cada um para todo o que é suficientemente especial, pessoal, penetrante e igualitário para fundamentar as obrigações comunitárias de acordo com os padrões de obrigação comunitária que aceitamos em outros lugares’. A integridade liga a autolegislação ao esquema coerente de princípios, que se aplica tanto aos autores da lei como aos destinatários”.

Constituição.

A comunidade política tem que cumprir três condições necessárias para que seja considerada uma comunidade moral. “A estrutura da comunidade política deve ser tal que os cidadãos individuais tenham uma parte no coletivo, uma aposta nele e independência em relação a ele” (DWORKIN, 1995, p. 9). A primeira condição estabelece que a democracia seja o governo comunitário de cidadãos. Essa condição prescreve que os cidadãos sejam iguais em oportunidades para desempenhar o papel e que possam fazer a diferença no caráter das decisões políticas. O exercício da função política não está limitado por suposições acerca da dignidade, talento, habilidade ou solidez das convicções e gostos. Os cidadãos devem ter *participação política* no processo de construção da comunidade jurídica⁹. A segunda condição assevera que as decisões coletivas devem refletir a igual consideração pelos interesses de todos os membros da comunidade política. O princípio da *responsabilidade recíproca* estabelece que os cidadãos exerçam a deliberação equânime sobre os recursos e bens do Estado¹⁰. Por fim, a terceira condição afirma que a comunidade política deve possuir o significado moral ou legitimidade política. As decisões políticas devem ser legítimas para coagir. Os cidadãos reconhecem a legitimidade do ordenamento. Eles se sentem encorajados a observarem os julgamentos morais e éticos como suas próprias responsabilidades e não somente como responsabilidade da comunidade política. Eles fazem jus à *autonomia (independência) moral* para realizarem as decisões políticas¹¹.

⁹ O princípio da participação política estabelece a igualdade de oportunidades para a participação na construção da sociedade democrática. Ele almeja cumprir o desígnio moral de tratar a todos de maneira igualitária. Como esclarece Stephen Guest: “O princípio da participação, diz ele, faz parte da ideia de agência coletiva. Não somos membros de alguma comunidade ou organização a menos que tenhamos algum papel a desempenhar. E, em uma democracia, só temos um papel democrático se somos tratados como um igual nesse papel” (GUEST, 2013, p. 118).

¹⁰ O princípio da responsabilidade salienta o aspecto de harmonia e de correlação entre as decisões dos representantes políticos e os cidadãos. “As pessoas deveriam ter algum tipo de participação em sua comunidade, se sua comunidade for devidamente considerada, ao contrário de uma comunidade estatística (...)” (GUEST, 2013, p. 118). Esse princípio exige que os cidadãos devessem atuar ativamente para a construção da democracia. Os cidadãos devem se sentir responsáveis pelas decisões políticas. “Desse princípio, Dworkin deriva garantias estruturais de liberdade de discurso, associação e religião com base no fato de que as pessoas devem assumir a responsabilidade por suas próprias personalidades e convicções. Ele também diz que o princípio impede a aplicação da moralidade, embora ele pense que possa ser defendida como uma questão de justiça, também, independentemente sobre a estrutura da democracia” (GUEST, 2013, p. 119).

¹¹ O princípio da independência moral age como proteção ao julgamento dos cidadãos e faz referência às orientações da convicção pessoal. “É por isso que as pessoas que se opõem à legislação moralista dizem que querem ‘Fazer a sua própria mente’, que a maioria não o faz por eles, mesmo quando a legislação os deixa livres para pensar o que eles gostam, desde que façam o que dizem” (DWORKIN *apud* GUEST, 2013, p. 119). A perspectiva estatística não considera a possibilidade de independência moral em relação a legislação como valor da democracia, porque ela realiza a avaliação quantitativa das preferências dos cidadãos. “O princípio da independência governa a ideia de ‘direito à privacidade’, pela garantia que as

Essas três condições para a democracia constitucional fazem recordar o adágio de Abraham Lincoln sobre a democracia: “governo do povo, pelo povo e para o povo” (*government of the people, by the people, for the people*). Essa correlação entre a intuição de Lincoln e a teoria política de Dworkin faz com que esse conceito substancial de democracia esteja edificado na história constitucional estadunidense, a defesa dos direitos individuais, e se concretize como obstáculo aos anseios da tirania majoritária.

Enquanto Lincoln considerava a governança em uma democracia como proveniente do povo (de), como sendo praticada pelo povo, e como sendo praticada nos interesses do povo (para), Dworkin considera essencial que os cidadãos tenham parte em uma comunidade coletiva que governa, participa e tem independência dela (SCHNEIDER, 2000, p. 104).

Nesta forma de democracia, as questões relativas aos julgamentos políticos, morais ou éticos fomentam que os cidadãos reflexionem sobre suas crenças e convicções e queiram participar nas discussões públicas¹².

Em outras palavras, aos indivíduos têm de ser dadas as iguais e adequadas oportunidades para influenciar a agenda política e as decisões que são tomadas, eles devem ser vistos como possuindo igual valor e mostrada igual consideração em sua própria decisão e, finalmente, e mais controversa, eles devem ser capazes de assumir a responsabilidade por certas características de sua vida, não sendo interferido pelas decisões coletivas (BELLAMY, 2006, p. xiv).

Nesse sentido, o constitucionalismo não se estabelece como ameaça ao modelo de liberdade positiva porque ela é essencial para criar a comunidade democrática. O exercício da liberdade política pressupõe a participação democrática (ação coletiva). As normas constitucionais se compõem como impedimento ao anseio arbitrário do legislador democrático. Os cidadãos colaboram para a construção da legitimidade

peças sejam capazes de fazer seus próprios julgamentos morais pelo tipo de vida que eles desejam levar” (GUEST, 2013, p. 120).

¹² Segundo Zurn (2002, p. 498), as condições para a comunidade moral permitem verificar a legitimidade das decisões coletivas e garantir o cumprimento do princípio de igual tratamento. O princípio da participação impede a discriminação arbitrária e atua como justificativa aos procedimentos políticos representativos. O princípio da responsabilidade moral fundamenta a igual preocupação entre os cidadãos. “Esta condição proíbe a comunidade de ignorar, em suas decisões, o impacto diferencial que uma política proposta poderia ter para as necessidades e interesses de todos os seus membros. Não exige que as distribuições sejam estritamente igualitárias; mas insiste em que os interesses de todos sejam razoavelmente considerados na criação de acordos de distribuição” (ZURN, 2002, p. 499). O princípio da independência moral realiza a restrição sobre a força coercitiva do Estado sobre a liberdade individual e a concepção de vida boa. Sobre as condições para a democracia na comunidade política é relevante também conferir a *review* “Freedom’s Politics: A Review Essay of Ronald Dworkin’s Freedom’s Law: The Moral Reading of the American Constitution” de Gregory Bassham (2014, p. 1264-1265)

política e para a correção dos princípios injustos e das decisões judiciais que careçam de critérios de justiça¹³.

Dessa forma, a defesa da constituição é estabelecida como pressuposto essencial à democracia. O exercício dos direitos políticos objetiva o estabelecimento dos princípios ou direitos fundamentais à elaboração da Constituição. Ele pode ocorrer mediante a realização de eleições periódicas, *referendum*, iniciativa popular e plebiscito. A interpretação judicial se coloca como proteção e garantia de cumprimento das regras do jogo democrático. Ademais, a defesa da democracia requer que o poder das autoridades políticas eleitas seja analisado pelo sistema de direitos e que os juízes interpretem e apliquem os direitos individuais com o objetivo de proporcionar o fórum público de discussão. Os cidadãos conseguem participar da discussão judicial mediante a expressão das convicções morais acerca dos princípios políticos na esfera pública.

3. A teoria discursiva do direito e a conexão interna entre Estado de direito e Democracia

A teoria discursiva do direito de Habermas pretende assegurar a existência da coesão interna entre os direitos individuais e os direitos políticos. A concepção jurídica procedimentalista observa que o processo democrático de autolegislação tem o intuito de garantir simultaneamente a autonomia privada e pública. Essa maneira de conceber a política democrática enfatiza a necessidade de participação discursiva dos envolvidos (afetados) na esfera pública. Ela se desenvolve como perspectiva alternativa ao paradigma liberal e social do direito. A coesão interna entre o Estado de direito e a democracia foi encoberta pela concorrência entre os paradigmas jurídicos. Os paradigmas do direito estão aprisionados à perspectiva subjetivista de compreensão da liberdade política.

O modelo liberal considera a regulação jurídica como garantidora da liberdade econômica (mercado). Ele institucionaliza os direitos individuais conforme a

¹³ Como esclarece Guest sobre a relação entre os três princípios da democracia comunitária: “O princípio da participação apoia as liberdades políticas, tais como o livre discurso. O princípio da reciprocidade (*stake*) está por trás da cláusula de igualdade de proteção, porque deve mostrar se a decisão do governo reflete uma boa fé em igualdade de interesses aos seus cidadãos ou, antes, preconceito e partidarismo. Mais adiante, o princípio da independência governa a ideia de ‘direito à privacidade’, pela garantia que as pessoas sejam capazes de fazer seus próprios julgamentos morais pelo tipo de vida que elas desejam levar. Dworkin conclui que existe uma relação entre a comunidade política e os seus cidadãos individuais, que compreende a aplicação dos três princípios de participação, reciprocidade (*stake*) e independência. Consequentemente, a concepção comunitária de democracia permite compreender as disposições incapacitantes da Constituição e ‘não comprometendo a democracia, mas como parte importante da história democrática’ ” (GUEST, 2013, p. 120).

representação do direito privado (direitos à propriedade e a liberdade de contrato) e pretende realizar a justiça social pela garantia do *status* jurídico negativo (delimitação de esferas de liberdade individual).

O paradigma social se instituiu como crítico ao liberalismo econômico. Ele entende a necessidade de regulação social pela via da intervenção estatal na economia. A liberdade do “poder ter e poder adquirir” corresponde a garantia da justiça material (social). Por isso, o modelo do *welfare state* defende a igualdade do “poder juridicamente” como sendo a intervenção jurídica para a redução da desigualdade social-econômica e a realização da distribuição mais equitativa de recursos. O modelo social realiza a “materialização” do direito. Pois, ele apregoa o paternalismo socioestatal e transforma os cidadãos em “clientes” de programas sociais e reféns da burocracia estatal. O intervencionismo do estado limita a liberdade individual.

Os dois paradigmas do direito representam a relação dialética entre a liberdade jurídica e a liberdade de fato. Eles estão fadados ao erro quando se comprometem pelo esforço particular, assegurado e autônomo a concretizar as concepções de bem-viver como sendo o desenvolvimento da sociedade econômica capitalista e industrial e a garantia da justiça social. Eles discordam na garantia da autonomia privada pelos direitos individuais ou pela concessão de reivindicações de benefícios sociais. Ambos os paradigmas perdem a capacidade de analisar a coesão interna entre a autonomia pública e privada.

O direito moderno se desenvolveu sob a ambivalência de garantir a coerção fática das leis e a proteção da liberdade individual. O Estado de direito garante a efetiva imposição jurídica e a instituição legítima do direito. O aparato estatal institui a estrutura processual da ordem legal e almeja a legitimidade das regras. As normas jurídicas são o produto da vontade legislativa e obtêm a legitimidade pela garantia equitativa da autonomia ou dos direitos civis. A validade jurídica se conecta com a facticidade impositiva das leis e adquire a força de legitimação pelo procedimento instituidor do direito, a democracia. O procedimento democrático se estabeleceu pelo mecanismo de legitimação do sistema de direitos. Essa relação da legislação e a democracia demonstra a conexão causal entre a teoria do direito e a democracia.

O conceito de *legalidade* de Kant permite observar as exigências de obediência às normas jurídicas sob o duplo aspecto de compreensão do direito moderno¹⁴. Por um

¹⁴ Na *Metafísica dos Costumes* (AA 219), Kant definiu o termo legalidade como significando a consonância entre a ação social e a legislação jurídica. A ação em conformidade com a lei

lado, as normas jurídicas podem significar uma restrição ao arbítrio do destinatário do direito. Os indivíduos livremente consideram as normas como restritivas e agem estrategicamente por causa da possível sanção. Por outro lado, as normas jurídicas podem significar a representação da liberdade dos sujeitos de direito e serem cumpridas por atitude performativa (por respeito à lei). A obrigação jurídica decorre pelo processo de formação da opinião e da vontade e as decisões são coletivamente vinculadas por instâncias que estabelecem e aplicam o direito. O sistema jurídico realiza a divisão de papéis entre os atores sociais ao estabelecer a função de legisladores, magistrados e pessoas do direito. Dessa forma, o conceito kantiano de legalidade demonstra simultaneamente que as normas jurídicas são leis coercitivas e leis da liberdade.

O direito se configurou de acordo com a forma impositiva que requer a aceitação de seus destinatários. A legitimidade jurídica pode ser referenciada pela autonomia moral dos cidadãos, todavia, o direito positivo teve que prescindir da fundamentação moral para justificar a sua obrigatoriedade. A modernidade desenvolveu a necessidade de fundamentação da legitimidade das regras jurídicas (leis, normas constitucionais) pela sua própria estrutura.

O processo de racionalização social impossibilitou a recorrência a algum direito superior, que se assemelhasse à fundamentação jusnaturalista clássica ou racional (direito natural religioso ou metafísico), e o estabelecimento do positivismo jurídico determinou a diferenciação entre as esferas normativas do direito e da moral. A teoria jusnaturalista estabelecia a hierarquia de direitos conforme a doutrina metafísica da moral. O direito moderno não pode ser entendido como complemento funcional à moral¹⁵. Ele tem a capacidade de suprir as exigências cognitivas, motivacionais e

(*Gesetzmäßigkeit*) não realiza o exame da motivação do agente. “A legalidade jurídica se constitui na possibilidade positiva de uma ação em conformidade com os princípios do direito, não obstante, ela se constitui em uma iminente possibilidade que está para além da legislação jurídica. Porque ela propicia que haja uma ação de conformidade à lei segundo uma legitimidade moral ou moralidade” (PAULO NETO, 2009, p. 108). Sobre o conceito de legalidade em Kant, confira também: DUTRA, 2005, p. 197-199.

¹⁵ Zurn (2014) apresenta o dilema sobre o direito nas teorias jusnaturalistas e positivista ao fundamentar que a perspectiva do direito natural defende a concepção de subordinação do direito em relação à moral e se torna ineficaz para compreender a caracterização da lei moderna a partir da vontade do legislador. A perspectiva do direito positivo assevera a legitimidade jurídica pelo cumprimento princípio da legalidade e a impossibilidade de integração social pelo direito. “O positivismo jurídico está certo de que o direito positivo moderno constrói artificialmente uma ordem de realidade social, mas leva esse voluntarismo muito longe. Ignora o fato de que o direito não pode alcançar a integração social exclusivamente através de comandos apoiados por ameaças coercivas, mas também deve poder reivindicar legitimidade para ter força obrigatória aos seus destinatários. De maneira paralela, a teoria do direito natural vê corretamente que muitas leis têm um conteúdo bastante semelhante para corrigir de maneira independente os deveres morais, mas se deixa levar pela sobreposição da lei e da moralidade e assim ignora grande parte da positividade voluntarista da lei moderna” (ZURN, 2014, p. 162-163).

organizacionais para o cumprimento dos mandamentos morais¹⁶.

Na modernidade, o sistema jurídico se fundou na garantia dos direitos individuais. Ele se constituiu como ordem legal que supre a necessidade de ação social decorrente do cumprimento de mandamentos morais. Por isso, o direito moderno estatui, como princípio jurídico, a possibilidade de execução da ação que não se constitua em uma interferência ao arbítrio de outrem. Os direitos individuais protegem a ação que esteja em conformidade com a preferência dos indivíduos e que não restrinja a liberdade. As matérias jurídicas se qualificam pela restrição e abrangência das normas. Ela é restrita porque exerce a coerção exterior do comportamento individual e abrangente ao exercer a regulação entre os conflitos interpessoais e o cumprimento de programas políticos e demarcações políticas de objetivos. As regulamentações jurídicas tangenciam as questões morais, pragmáticas e éticas e o estabelecimento de acordos entre os interesses conflitantes. A reivindicação da legitimidade jurídica poderá ocorrer através de múltiplas razões (discursos e negociações) para a aceitação das normas. A reivindicação normativa de validação dos mandamentos morais é delimitada pelas asserções que possam obter o assentimento universal.

Habermas argumenta que o direito e a moral realizam a defesa equitativa da autonomia. O direito se torna legítimo pela garantia da liberdade (autonomia). A positividade do direito realiza a decomposição da autonomia em privada e pública. A autonomia privada está relacionada as decisões individuais que estão protegidas pela ordem legal. A autonomia pública significa a capacidade de exercício dos direitos políticos para a organização da comunidade jurídica. A autonomia (autodeterminação) moral, segundo o modelo de Kant, se estabelece como conceito unitário e pessoal que não possibilita a distinção realizada pelo sistema jurídico. A autonomia moral é

¹⁶ De acordo com Zurn (2014), a filosofia jurídica de Habermas estabelece que o direito moderno deve ser o mediador (*medium*) da sociedade para a realização da integração social. “Para entender como os sistemas jurídicos promovem a integração social diante das rupturas da modernização, precisamos examinar algumas das características do direito moderno. Primeiro, o direito positivo opera através de normas gerais, publicamente promulgadas, que se aplicam em vários domínios da vida social. Tais regras legais formam um ambiente social estável, estabelecendo regras padrão para as interações, o que, por sua vez, gera um contexto de expectativas confiáveis contra as quais os atores individuais podem planejar suas atividades e coordená-las com outras pessoas. Desta forma, a lei compensa a perda cognitiva de um mundo de vida de significados e valores estáveis, compartilhados e certos. As leis positivas não precisam nem de um consenso global sobre valores substantivos, nem de uma ação comunicativa explícita para alcançar a integração social. As regras legais também criam direitos - os direitos - que são atribuídos aos indivíduos e garantidos para serem executados através do monopólio do Estado pelo uso legítimo da força. Dessa forma, a lei compensa os déficits motivacionais de um mundo da vida modernizado: mesmo que indivíduos diferentes possam subscrever sistemas de valores diferentes e ter diversas orientações de ação, os atores sociais sob um sistema jurídico moderno podem contar com os incentivos materiais do direito - ameaça de punições e penalidades - para subscrever expectativas de comportamento mais ou menos confiável, legalmente compatível por parte de outros indivíduos” (ZURN, 2014, p. 158-9).

representada pela mesma determinação de cumprir à lei no âmbito privado e público.

A autodeterminação moral, no sentido de Kant, é um conceito unitário, na medida em que pretende que cada indivíduo *in propria persona* obedeça exatamente às normas que ele se impõe a si mesmo, segundo o seu próprio juízo imparcial (ou segundo o juízo de conjuntamente com todos). No entanto, a exigência das normas jurídicas não se baseia apenas na formação de opinião e julgamento, mas nas resoluções coletivamente obrigatórias dos órgãos legislativos e de aplicação jurídica (HABERMAS, 1999a, p. 13).

Os filósofos do jusnaturalismo racional estabeleceram a dupla resposta à questão da legitimidade do direito. Eles indicaram o princípio da soberania popular e a defesa dos direitos humanos para a garantia da legitimidade jurídica. Por um lado, o princípio da soberania popular institui o direito à comunicação e a participação política pela autonomia pública. Por outro lado, a ideia de direitos humanos erige o “Império da lei” que protege os direitos fundamentais clássicos (autonomia privada). Essa dupla forma de legitimação da ordem jurídica ocasionou a tensão entre a soberania popular e os direitos humanos ou entre a “liberdade dos antigos” e a “liberdade dos modernos”.

Na história das ideias políticas, a teoria republicana, representada desde Aristóteles até o Humanismo renascentista, assegurou a primazia da autonomia política. A legitimidade do direito ocorreria pelo autoentendimento ético e autodeterminação soberana da coletividade política. Na modernidade, a teoria liberal, iniciada por Locke, denunciou o perigo da maioria tirana e afirmou a primazia dos direitos individuais (direitos humanos). O liberalismo postulou os direitos individuais como barreira à vontade popular de violar as liberdades subjetivas de ação. Rousseau e Kant tiveram o objetivo de resgatar a conexão entre a razão prática e a vontade soberana pelo conceito de autonomia da pessoa do direito. Eles realizaram a interpretação da *equiprimordialidade* (*gleichursprünglichkeit*) entre o princípio da soberania popular e os direitos humanos¹⁷. No entanto, os dois filósofos modernos cometeram equívocos na

¹⁷ O conceito de *equiprimordialidade* representa o centro da articulação entre o direito e a política ou entre o Estado de direito e a democracia, ele permite compreender a relação primordial entre o exercício da autonomia pública e privada. Habermas foi enfático em afirmar a relevância dessa intuição para a reconstrução discursiva e normativa do direito (Cf. MAUS, 2002, p. 90-91; BAXTER, 2011, p. 63-64; GÜNTHER, 2016, p. 51). “(...) Em *Facticidade e Validade (Faktizität und Geltung)* tratei de fundamentar a seguinte tese: não há Estado de direito sem democracia radical. Esta complementação não é somente normativamente desejável, mas conceitualmente necessária, pois de outro modo a autonomia da pessoa jurídica se veria consideravelmente reduzida. Se tomada a sério a ideia de uma comunidade de pessoas jurídicas livres e iguais, não se conformará com uma ordem jurídica de tipo paternalista que outorgue a todos iguais liberdade de ação de tipo privado. Pois os cidadãos somente podem estar seguros de que a distribuição de direitos subjetivos tenha sido igualitária, se como co-legisladores se colocarem de acordo sobre os aspectos e critérios conforme aos que igualmente vai receber ao tratar igualmente o igual e

forma de expor a intuição de *equiprimordialidade* das ideias políticas. Rousseau denota uma leitura mais republicana pela ênfase na Vontade geral e a exigência de participação popular na Assembleia reunida. Kant se aproximou mais da teoria liberal ao defender a ideia de direitos humanos em conformidade com o direito a expressão da igual concessão de liberdade subjetiva de ação. Esse direito inato se tornou uma restrição ao legislador democrático. Nesse sentido, os direitos humanos se caracterizam como barreira externa à ação do legislador. Ele é um bem jurídico que não pode ser instrumentalizável pela vontade soberana do legislador.

A teoria do discurso de Habermas assevera que a legitimidade do direito é oriunda da equânime garantia da autonomia pública e privada. A autonomia pública representa a auto-organização da comunidade política pela lei e mediante o exercício da vontade popular. A autonomia privada se refere a garantia de direitos fundamentais pelo domínio anônimo das leis. Habermas pretende resgatar a intuição de Rousseau e Kant sobre a *equiprimordialidade* entre a autonomia privada e pública¹⁸. Ele caracteriza o procedimento democrático sob a condição de pluralismo social e a diversidade de visões de mundo. Ele confere força legitimadora ao processo de criação do direito. A proposição fundamental é que as regulamentações que requerem legitimidade devem estar em concordância com os possíveis envolvidos como participantes em discursos racionais. O processo democrático é constituído por discursos e negociações. Ele é também o espaço para a formação da vontade política racional. A racionalidade comunicativa serve de embasamento ao processo democrático. Ela estabelece as condições de institucionalização das formas de comunicação legítima para a criação do direito.

Dito de outra forma, assegurar a autonomia privada individual através da lei pressupõe o uso coletivo da autonomia pública e política para determinar os contornos exatos dos direitos individuais. É claro que a teoria jurídica e política também deve evitar um erro paralelo de tomar

desigualmente, o desigual. E, portanto, somente pode ter força legitimamente um procedimento democrático que prometa o entendimento racional sobre essa questão. Assim, a autonomia pública dos cidadãos, que dá a si mesmos a suas próprias leis nos processos democráticos de formação da opinião e da vontade, tem igual originalidade (*gleichursprünglichkeit*) que a autonomia privada dos sujeitos jurídicos que estão submetidos a essas leis” (HABERMAS, 1999b, p. 103-104).

¹⁸ Como esclarece Baxter (2011, p. 64): “A reconstrução de Habermas da ‘auto-compreensão’ da ordem jurídica moderna começa com leituras de duas tradições: a teoria civil alemã do século XIX e a teoria do contrato social de Rousseau e Kant. Habermas tira duas conclusões dessas leituras. Primeiro, as ideias de direitos humanos e soberania popular são “as únicas ideias que podem justificar o direito moderno”. Em segundo lugar, nenhuma tradição conseguiu conciliar as duas ideias. Este relato é o pano de fundo da própria tentativa de Habermas de mediar a tensão entre os direitos humanos e a soberania popular, a autonomia privada e a autonomia cívica”.

todo e qualquer exercício da agência política coletiva como suficiente para legitimar o uso do poder do Estado. Porque a democracia só é justificada na medida em que podemos esperar que seguir um conjunto de procedimentos específicos para a tomada de decisão coletiva justificará a expectativa de resultados melhores, mais racionais e razoáveis do que resultaria de não seguir esses procedimentos. Isso significa que os procedimentos da democracia são de fato bastante exigentes, e, é por isso que eles são enunciados e institucionalizados por uma constituição legal. A democracia legítima requer, entre outras coisas, um sistema institucional e reflexivamente desenvolvido de direitos fundamentais de liberdade individual, igualdade e participação política e a separação de poderes governamentais, que devem ser desenvolvidos e mantidos através dos mecanismos do direito moderno (ZURN, 2014, p. 166).

A coesão interna entre o princípio da soberania popular e os direitos humanos é observada pela caracterização dos direitos humanos como sendo a forma de proteção ao exercício da soberania popular e não se apresenta como restrição à vontade legislativa. Por um lado, os direitos humanos, caracterizados pela garantia da liberdade subjetiva de ação (o direito à nacionalidade, a ampla proteção jurídica e garantia de igualdade de chances), possuem valor intrínseco. Eles possibilitam a práxis de autodeterminação dos cidadãos. Eles são bens jurídicos indisponíveis à vontade do legislador. Por outro lado, os direitos políticos (direitos à comunicação e participação), derivados do princípio da soberania popular, asseguram a autonomia política. Como explica Habermas:

Neste caso, a conexão interna desejada entre direitos humanos e soberania popular consiste nisto: a precondição da institucionalização jurídica da práxis cívica do uso público da razão se satisfaz, justamente, através dos direitos humanos. Os direitos humanos, que possibilitam o exercício da soberania popular juridicamente possível, não podem ser impostos a esta práxis como restrições externas, pois não se deve confundir com as condições *possibilitadoras* com este tipo de restrições. Neste ponto, estou de acordo com o professor Dworkin (HABERMAS, 1999a, p. 14).

A fundamentação discursiva dos direitos humanos reestabelece a ideia de autonomia jurídica em sentido completo, pois, os indivíduos se observam como destinatários e autores do direito. O processo legislativo democrático se torna válido pelo *medium* do direito. O soberano (legislador democrático) não pode fazer uso desta fundamentação pela forma paternalista ou entrar em contradição com esse pressuposto jurídico.

A institucionalização dos pressupostos comunicativos pelo código jurídico estabelece as pessoas de direito como pertencentes à associação voluntária de

jurisconsortes. “A *equiprimordialidade* da autonomia privada e política, os direitos de liberdade e de participação podem ser derivados apenas no segundo nível, nomeadamente através da aplicação do princípio do discurso à forma jurídica - isto é, a partir de outra experiência de pensamento” (PINZANI, 2000, p. 83). Essa associação jurídica efetiva as reivindicações dos sujeitos de direito. Ela realiza a pressuposição mútua entre autonomia privada e pública. Por um lado, não é possível instituir o direito sem a autonomia privada (direitos fundamentais). Por outro lado, os sujeitos de direito têm a necessidade de participação política pela reivindicação de direitos. Nesse sentido, os cidadãos fazem uso adequado da autonomia pública quando são independentes em razão da autonomia privada e não se admite a primazia entre direitos humanos ou soberania popular.

4. Convergências e divergências entre o modelo substancial e procedimental de direito e democracia

Em sua *laudatio* à Ronald Dworkin, intitulada “Ronald Dworkin: um solitário entre os juristas” (*Ronald Dworkin; Ein Solitär im Kreise der Rechtsgelehrten*), Habermas (2009) salienta o aspecto obstinado da produção acadêmica do filósofo estadunidense. Na década de 70, Dworkin se destacou pelos seus escritos polêmicos relacionados à desobediência civil, objeção de consciência ao serviço militar, ação afirmativa, garantia da igualdade de direitos aos homossexuais, o direito à pornografia que não eram temas moderados à época (Cf. HABERMAS, 2009, p. 49-50).

Dworkin desenvolveu a sua teoria dos direitos pela perspectiva dos participantes. Ele iniciou a atividade acadêmica com a crítica ao modelo positivista de Hart, *Levando os direitos à sério* (1977). O positivismo jurídico adotou a orientação teórica de separação abstrata entre as esferas normativas do direito e a moral. Dworkin não realizou a objeção à separação estrutural entre direito e moral, mas ele questionou a neutralidade moral do direito. Na década de 70, Dworkin era estudante em Harvard e teve contato com a *Theory of Justice* (1971) de J. Rawls. Ela proporcionou a compreensão que os juízos morais se constituiriam em conteúdos cognitivos. Os juízos morais estão sujeitos à crítica e fundamentação de sua pretensão de validade. Dworkin se prontificou a comprovar que o conteúdo moral do direito se inclui no processo de aplicação. O ponto de vista moral concede o igual respeito e consideração.

O magistrado estaria aprisionado à facticidade do direito vigente, estabelecido pelo legislador político, e a tradição da jurisprudência anterior. O princípio da segurança

jurídica (prognosticabilidade das decisões) manteria a função de coordenação das ações e de estabilizador de expectativas de comportamento. No entanto, haveria casos que a regra não consegue subsumir ao caso particular e abriria o espaço ao exercício do poder discricionário do juiz. O magistrado não pode orientar-se por um passado vinculante. Por isso, haveria a tensão entre harmonizar as convicções morais do presente e a referência do passado ao corpo do direito vigente. Existiria a possibilidade de realização da decisão correta como processo construtivo de interpretação das normas. O caso particular (*hard case*) teria que se adequar à totalidade do direito (integrada, dinâmica e composta de princípios e regras).

Na obra *Império do direito* (1986), Dworkin apresenta o conceito de integridade no direito como sendo a ideia de autointerpretação jurídica orientada por princípios. Os conteúdos morais dos princípios jurídicos conduziram à legitimidade da ordem jurídica. Essa atitude de “levar a sério os direitos” significa a elaboração de uma teoria coerente sobre a natureza dos direitos morais e agir de maneira consistente com as convicções morais (Cf. DWORKIN, 1977, p. 186). O conteúdo moral dos direitos humanos é convertido em direitos individuais positivados. Os direitos humanos adquirem a força da validade dos direitos positivos, por um lado, e impregnam a ordem jurídica em sua totalidade, por outro lado. Naquela obra da década de 80, Dworkin apresentou a primeira referência à teoria do agir comunicativo de Habermas. Ele explica que o seu modelo construtivo de interpretação constitucional se assemelha ao processo discursivo de aprendizagem. Esse modelo almeja entender o propósito da legislação constitucional. O construtivismo constitucional não estava comprometido com pesquisa historicista de reconstruir a intenção do legislador (Cf. DWORKIN, 1986, p. 52; 420). Ainda com referência ao filósofo alemão, Dworkin utiliza a distinção habermasiana entre o método de pesquisa nas ciências naturais e sociais para demonstrar que a interpretação constitucional não objetiva a descrição e a explicação das intenções do legislador como realizam as ciências da natureza, mas ela tem o intuito de compreender e participar das práticas sociais, como realiza o cientista social (Cf. DWORKIN, 1986, p. 65; 422).

De acordo com Günther (1999, p. 22), Habermas e Dworkin concordam que o direito não deve reger a política e que permanece a tensão produtiva entre o direito e a política. Os filósofos concordam que a política e o direito devem ser mediados pelos princípios morais. Por um lado, Dworkin enfatiza a perspectiva objetiva do direito e que a melhor interpretação deve ocorrer pela política democrática. Por outro lado, Habermas salienta a qualidade discursiva dos procedimentos democráticos e a possibilidade de

interação entre a autonomia privada e pública.

Dworkin vê as liberdades políticas como um pré-requisito para democracia, uma estrutura constitucional como a melhor maneira de protegê-los. Os cidadãos devem ser encorajados a partilhar as suas informações, a se engajarem na discussão, para que o processo democrático seja sempre democrático e igual. Habermas coloca ainda mais ênfase no discurso do que Dworkin. O tema análogo em sua teoria é que a proteção de direitos, que ajudam os cidadãos a desenvolverem-se mais plenamente, a construírem as suas opiniões, a engajarem no discurso, são necessárias para o estabelecimento da verdadeira democracia (SCHNEIDER, 2000, p. 106).

Os direitos básicos não possuem a característica de restritivos em relação a legislação democrática. Eles não são interpretados como obstrução ao processo político de autodeterminação democrática. Os filósofos subscrevem que os direitos básicos ou direitos humanos são a condição de possibilidade para o exercício da autonomia política. Pois, a pressuposição de direitos básicos permite que os cidadãos façam o livre uso de seus direitos políticos.

Horacio Spector (1999) analisa o debate Habermas-Dworkin pela investigação do ponto de partida de ambos os filósofos sobre a legitimidade do governo democrático. Segundo ele, Dworkin teria a preocupação em salvaguardar a igualdade de consideração entre os indivíduos na democracia constitucional. A postulação da igualdade formal não seria suficiente para satisfazer o critério de legitimidade democrática. Por isso, o filósofo estadunidense teria insistido que o Estado de direito deve garantir a igualdade de influência entre os cidadãos e que as desigualdades sociais não devem ser o motivo para que determinado grupo ou indivíduo tenha maior influência nas decisões políticas.

Particularmente é interessante que Dworkin não acredita na igualdade de poder político. A igualdade de poder político como impacto não faz sentido e, diz ele, a igualdade de influência significaria restringir as convicções e ambições das pessoas de uma maneira que lhes negaria o valor moral que deveriam ser concedidas em uma democracia. O ponto de vista é impressionante porque, pelo menos no que diz respeito à igualdade política horizontal, tem-se a ideia de tornar os cidadãos iguais na quantidade de influência política que eles possam exercer (GUEST, 2013, p. 116-117).

Na consideração sobre o modelo de democracia deliberativa de Habermas, Spector avalia que a orientação do filósofo alemão é a intuição de *equiprimordialidade* entre direitos humanos e a soberania popular e a compreensão discursiva do direito. Ele destaca a tese de que não haveria direitos morais que precedem a discussão racional

sobre normas que serão institucionalizadas pelo direito. O Princípio do discurso cumpriria a função de coordenar os cidadãos na discussão pública e possuiria a característica de neutralidade em relação ao direito e a moral. O processo deliberativo tem a precedência sobre a decisão política e a impositividade do direito.

Habermas (1999a, p. 13) considera que não haveria desacordo com a aceitação da *equiprimordialidade* entre a autonomia privada e pública. A forma de esclarecimento dessa intuição possui contornos diferentes nas obras de ambos os autores. Eles concordam que o Estado democrático de direito possibilita o livre exercício da autonomia privada e pública e que o sistema de direitos deve observar os cidadãos como autores e destinatários da lei. Como salienta Schneider (2000, p. 109), ao comentar o princípio da independência moral em Dworkin, ela enfatiza a similitude entre as perspectivas de Habermas e Dworkin sobre a autonomia.

Talvez ainda mais surpreendente do que o princípio da independência da visão de Lincoln do governo do povo, é a sua semelhança com o conceito de co-originariedade de autonomia pública e privada de Habermas. Habermas argumenta, ainda mais eloquentemente do que Dworkin, que a democracia só funcionará se os destinatários das leis se sentem como os autores dessas leis. Aproximadamente, seu argumento é que os indivíduos só participarão no processo democrático (para o qual autonomia pública), se tiverem sido concedidas liberdades individuais para desenvolverem suas próprias personalidades e convicções (autonomia privada) (SCHNEIDER, 2000, p. 109).

A intuição de *equiprimordialidade* entre os direitos humanos e a soberania popular demonstra que o direito e a política possuem a relação recíproca para a construção legítima do Estado democrático de direito. A política se torna o espaço para o exercício da prática discursiva e dos acordos. O direito é o mecanismo de institucionalização das diretrizes políticas e de imposição das determinações constitucionais ao legislador democrático. Os dois sistemas sociais estariam suscetíveis à influência das deliberações e decisões na esfera pública.

Embora, Habermas e Dworkin concordem que o direito e a política possuam a relação de reciprocidade e tenham o enfoque cognitivista sobre a teoria moral, eles discordam na diretriz para se chegar a hipótese de relação entre direito e política e o significado dos enunciados morais. O centro da divergência entre Habermas e Dworkin está na postulação substancial de que a interpretação legislativa dos direitos básicos se alicerça em uma pretensão de verdade que pode ser predicada pela concepção de

verdade objetiva. Habermas critica o realismo moral da teoria política de Dworkin. O filósofo estadunidense pressupõe que a interpretação constitucional é o desvelamento da Constituição verdadeira.

O modelo de democracia de Dworkin afirma a função constitutiva dos direitos fundamentais como sendo compreensíveis pela ideia de comunidade cuja capacidade de ação reside na atuação conjunta dos cidadãos (*i*). O filósofo estadunidense valoriza o aspecto de pertencimento (nascimento) à comunidade como configurando o dever de obediência às leis. A ideia de pertencimento à comunidade jurídica seria o modo de consentimento tácito em respeito ao direito. Ela pode ser verificada na metáfora da orquestra sinfônica (*ii*). Os direitos individuais se apresentam de forma compatível com a autodeterminação coletiva, no entanto, Dworkin argui pela independência dos cidadãos em questões morais polêmicas (*iii*).

Habermas argumenta pela separação completa entre a função constitutiva dos direitos básicos, na democracia, em relação a ideia de pertencimento à comunidade. Segundo o filósofo alemão não seria necessária a fundação prévia da comunidade política para o exercício da autodeterminação democrática. Ele considera a imprescindibilidade dos procedimentos públicos para formação da vontade e da opinião dos cidadãos. Esse procedimento democrático sustentaria o processo de institucionalização das deliberações no Estado democrático de direito. A democracia deliberativa se efetiva pela normatização jurídica. Os direitos individuais atuam como pressupostos à autodeterminação democrática e não como constitutivos precedentes à ação deliberativa.

A configuração *legiforme* e pública da opinião e da vontade em uma democracia são, pois, um processo particularmente pretensioso que se orienta pela crítica pública das decisões políticas (por exemplo, os projetos de lei) e ao intercâmbio de argumentos. Habermas chama “deliberativo” o processo de autodeterminação democrática (GÜNTHER, 1998, p. 8).

Na perspectiva habermasiana, os direitos individuais são compreendidos de forma abstrata e adquirem a concretização pela Constituição. Ela tem a função de tornar apreensível e consolidado o procedimento discursivo da política. A ação do legislador faz com que a Constituição e as leis complementares tenham uma dinamicidade pelos casos que são apresentados ao intérprete da Constituição.

A tarefa legislativa de todos os dias é a realização e a continuação

deste projeto para criar uma Constituição. Eu tenho uma ideia dinâmica de criação constitucional. A constituição não é o final. Em certo sentido, cada direito individual representa uma interpretação e, se quiser, um refinamento dos princípios básicos encontrados e são explicados em uma determinada Constituição (HABERMAS, 1993, p. 13).

Habermas critica a pressuposição de Constituição verdadeira como fato objetivo. Essa parece ser a maior divergência com o filósofo estadunidense no âmbito moral e jurídico. O filósofo alemão considera que a racionalidade discursiva do procedimento democrático poderá alcançar a interpretação constitucional correta. A interpretação adequada se daria pela forma discursiva e pela força de convencimento do melhor argumento. Nesse sentido, seria desnecessária a hipótese de fundamentar a justificação normativa como forma externa ou fato objetivo ao próprio procedimento democrático.

O procedimento discursivo da democracia se estabelece pela aceitação do falibilismo da força do melhor argumento. Isso quer dizer que os motivos das asserções não concluem definitivamente a discussão sobre a legitimidade das leis, eles se estabelecem provisoriamente verdadeiros e deixa o caminho aberto para o novo debate. Klaus Günther esclarece esse árduo epicentro do debate pela demonstração da tensão entre a razão e a vontade no reconhecimento da verdade moral como fato objetivo.

Desde a Idade média se discute sobre a relação de primazia entre ambas. Se a verdade moral é um fato objetivo, então somente é possível conhecê-la pela razão, independentemente da nossa vontade. Se a verdade moral, todavia, é somente um acordo arbitrário, então a razão deve seguir à vontade. Superar esse dualismo entre razão e vontade é, segundo Habermas, o sentido de autonomia (GÜNTHER, 1999, p 18).

Dworkin rejeita a ideia da interpretação constitucional como sendo o exercício do poder constituinte (*constitutional legislation*) ou a criação de novos direitos. Os magistrados no processo dialético de discordância sobre a melhor interpretação das cláusulas constitucionais abstratas realizam a descoberta da verdadeira Constituição. Por exemplo, as questões polêmicas sobre moralidade política, como o direito ao aborto, são exigidas que os juízes decidissem segundo os princípios do direito e reconheçam a correta interpretação constitucional.

Mesmo que os juízes discordem sobre a melhor interpretação das cláusulas constitucionais abstratas, como a cláusula do devido processo, não se segue que eles estão a legislar nova lei constitucional em vez de fazer o seu melhor para descobrir o que o direito

constitucional existente é realmente (DWORKIN, 1995, p. 8).

O filósofo estadunidense replica o fato de Habermas pressupor a existência de direitos que “merecem reconhecimento universal” (HABERMAS, 1998b, p. 15), neste caos, essa pressuposição normativa constituiria em aceitação objetiva da realidade moral. Na perspectiva de Dworkin, a capacidade cognitiva de exercer discursivamente o reconhecimento dos direitos, que podem ser predicados na Constituição, se estabelece pela aceitação que qualquer enunciado moral seja o reconhecimento da realidade objetiva (Cf. DWORKIN, 1998, p. 18). Nesta perspectiva de análise estão pautadas as críticas de Charles Larmore (1995, p. 64-68) sobre a interpretação discursiva dos direitos individuais e políticos. Segundo ele, a relação entre os direitos individuais básicos e o ideal democrático da soberania popular está na senda do liberalismo. A pressuposição dos princípios políticos, como racionalmente aceitáveis, expressa a convicção moral prévia ao autoentendimento político. Essa convicção moral se assemelha à fórmula kantiana do imperativo categórico do fim em si mesmo.

Este resultado também significa que, ao contrário de Habermas, o conceito de discurso (*Diskurs*) - seja a discussão pública real em que o autogoverno democrático é exercido ou até mesmo a discussão hipotética que podemos imaginar a ser realizada sob as condições ideais - não pode desempenhar o papel fundamental na nossa auto-compreensão moral e política. Em um nível ainda mais profundo deve ser o princípio moral de respeito pelas pessoas (LARMORE, 1995, p. 67).

Em *Faktizität und Geltung*, Habermas (1992, p. 194) caracterizou o processo construtivo das normas jurídicas por meio da autoimposição de obrigações jurídicas que são mediadas pelas instituições sociais. O procedimento discursivo é postulado como critério para elaboração das normas jurídicas. Ele estabelece a estrutura formal para a dedução jurídica. O princípio do discurso não possui conteúdo prévio que possa permitir a condução da prática legislativa em conformidade com a orientação moral. Por isso, a crítica de Larmore não faz distinção entre o postulado do Princípio do discurso como neutro em relação ao direito e a moral e que o processo de dedução lógica dos direitos fundamentais, o princípio da dignidade humana (respeito e igual consideração), é obtido durante a prática legislativa¹⁹.

¹⁹ Zurn (2014) esclarece que, em *Faktizität und Geltung*, a legislação jurídica não está subordinada aos princípios morais e o procedimento discursivo da democracia possibilita a legitimação do sistema de direitos. “Seu argumento agora é que há um princípio muito geral e básico especificando como qualquer tipo de norma de ação, seja uma norma moral ou legal, pode ser justificada pelo Princípio do discurso

Por isso, os princípios morais não necessitam ser implementados pelo direito. Eles servem de fundamento para a resolução das controvérsias nas questões jurídicas. O sistema jurídico não se coloca como indiferente e abstrato em relação aos autores e destinatários, ele está inserido na história constitucional da comunidade política. Essa compreensão da circularidade do sistema jurídico recompõe a aproximação entre a concepção de direito e democracia em Habermas e Dworkin.

Ronald Dworkin, o importante teórico estadunidense do direito, analisando sentenças judiciais concernentes às questões de princípios, tem mostrado que o direito não pode prescindir da moral, tem que voltar a desatar esse feixe de razões pragmáticas, éticas e morais, cuja luz o legislador político fundamentou as normas que ditou, ou tenha fundamentado. O direito positivo fala, pois, uma linguagem própria, específica, mas não é uma instituição neutra em assuntos de moral (HABERMAS, 1999b, p. 102-103).

Esse destaque de Habermas à filosofia jurídica de Dworkin faz compreender que a relação entre direito e moral permanece em complementariedade. Os princípios morais auxiliam na compreensão das determinações legislativas e possibilitam que os cidadãos se reconheçam na esfera jurídica como coparticipes e coautores do processo de dedução de normas jurídicas.

5. Considerações finais

As teorias políticas de Habermas e Dworkin demonstraram que a defesa das diretrizes constitucionais é condição *sine qua non* para a democracia. Os referidos filósofos se aproximam pelo modo de análise da política moderna. Eles investigaram a liberdade política, em seu sentido positivo e negativo, pela interligação entre o direito e a política. A teoria substantiva de Ronald Dworkin propõe a síntese entre a defesa do “império da lei” e dos direitos individuais do pensamento político liberal de John Locke e a ênfase na participação política segundo a concepção de Jean-Jacques Rousseau. A teoria do discurso de Habermas mediante o conceito de *equiprimordialidade* entre os direitos humanos e a soberania popular resgata a vinculação da autonomia privada e

(D). O princípio moral básico (U) - o princípio da universalização – deve, então, ser concebido como uma especificação de (D) adaptada ao domínio distinto das normas morais. O princípio jurídico básico - o princípio da democracia - deve ser concebido como uma especificação de (D) adaptada ao domínio das normas jurídicas. O princípio (U) para a justificação das normas morais e o princípio da democracia para justificar as normas legais são concebidos com especificações *equiprimordiais* do mesmo princípio do discurso (D), em sentido normativo e geral; a subordinação equivocada da lei à moralidade é assim evitada” (ZURN, 2014, p, 164).

pública.

As esferas normativas do direito e da moral realizam a proteção da autonomia dos cidadãos em modos diferenciados. A moral possui o conceito unitário de autonomia como a capacidade de legislação universal em conformidade com a Lei moral (Kant). O direito realiza a cisão entre a autonomia privada e pública e se diferencia da moralidade neste aspecto.

A teoria da democracia de Ronald Dworkin analisa a tensão entre as restrições impostas pelas normas constitucionais e a vontade do legislador. Ela esclarece que a Constituição estabelece as regras do jogo político para que ele possa se realizar segundo os pressupostos democráticos. Ela possui as normas que são limitadoras e possibilitadoras ao exercício das decisões políticas. A Carta magna mantém a absoluta proteção aos direitos individuais para que não seja possível a ascensão da tirania majoritária. A participação política democrática não ocorre somente pela restrição constitucional. Ela pressupõe que os sujeitos de direito também realizem a ação em conjunto como partícipes da comunidade jurídica. Dworkin diferencia duas formas de ação coletiva: a estatística e a comunitária. A ação estatística se caracteriza pela apuração das preferências e desejos dos indivíduos. Eles seriam somente agentes autointeressados e exigem do aparelho estatal a satisfação de suas predileções. A ação comunitária se insere como a forma democrática por excelência porque ela exige a participação popular dos cidadãos como sujeitos livres e independentes sob o ponto de vista moral. Eles se percebem como corresponsáveis pelas decisões políticas no Estado democrático de direito e simultaneamente é garantido o direito de independência em relação as questões que possuam controvérsia moral.

Esse modelo substantivo de democracia responde as objeções sobre a garantia da igualdade política e a provável ênfase na liberdade negativa. Em relação a primeira objeção, Dworkin demonstra que a garantia da igualdade política não pode ser compreendida somente como *status* político (sentido formal de isonomia), ela deve se referir a possibilidade de exercício das funções políticas que impeçam a discriminação na qualificação dos atores políticos. A segunda objeção é nulificada pelo realce que é dado à proteção dos direitos individuais (liberdade negativa) e o suporte para a participação política (liberdade positiva) no Estado de direito.

A teoria do discurso de Habermas sustenta a correlação intrínseca entre o Estado de direito e a democracia. Segundo ele, não seria possível estabelecer a legitimidade no Estado de direito se os direitos individuais e políticos não fossem garantidos. Ele realiza

o diálogo com a tradição política moderna para comprovar que os pensadores tiveram a mesma precaução em garantir aos cidadãos a defesa da liberdade subjetiva de ação e o espaço para realização de exigências aos governantes e a participação na elaboração das leis. O modelo discursivo reconstrói o sistema jurídico como aberto aos anseios dos participantes das discussões na esfera pública. Ele permite entender a dupla face do direito como mecanismo de imposição de normas e representativo da concepção moral dos cidadãos.

Os filósofos se distanciam no ato de interpretação constitucional. A *petitio principii* de Dworkin conduz ao reconhecimento da possibilidade de investigar as discussões morais a partir do realismo moral. Obviamente, Habermas afirma que o critério de validade moral ou jurídico está inserido no procedimento discursivo de inquirição das normas sociais.

6. Referências

- BASSHAM, G. Freedom's Politics: A Review Essay of Ronald Dworkin's Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution. *Notre Dame Law Review*, v. 72, n. 4. 2014, p. 1235-1276.
- BAXTER, H. *Habermas: the discourse theory of law and democracy*. Stanford, California: Stanford University Press, 2011.
- BELLAMY, R (Ed.). *Constitutionalism and Democracy*. Aldershot: Ashgate Publishing Limited, 2006.
- BOEHM, U (Hrsg.). *Philosophie heute: Gespräche mit Ulrich Beck, Hans-Georg Gadamer, Jürgen Habermas, Hans Jonas, Odo Marquard, Carl-Friedrich von Weizsäcker, Ulrich Wickert u.a.*. Frankfurt am Main/New York: Campus Verlag, 1997.
- _____. *Filosofía hoy*. México: Fondo de Cultura Económica, 2002.
- DUTRA, D. J. V. *Razão e Consenso em Habermas: a teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia*. Florianópolis: EDUFSC, 2005.
- DWORKIN, R. *Taking rights seriously*. Cambridge/Massachusetts: Harvard University Press, 1977.
- _____. *Law's Empire*. Cambridge/Massachusetts: Harvard University Press, 1986.
- _____. Equality, Democracy, and Constitution: We the People in Court. *Alberta. Law Review*, v. XXVIII, 1989-1990, p. 324-346.
- _____. Constitutionalism and Democracy. *European Journal of Philosophy*, v. 3, n. 1, 1995, p. 2-11.
- _____. *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1996.
- _____. *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*. Cambridge/Massachusetts: Harvard University Press, 2002.
- GOSEPATH, S. The Place of Equality in Habermas' and Dworkin's Theories of Justice. *European Journal of Philosophy*, v. 3, n. 1, 1995, p. 21-35.
- GÜNTHER, K. Legal Adjudication and Democracy: Some Remarks on Dworkin and Habermas. *European Journal of Philosophy*, v. 3, n. 1, 1995, p. 36-54.
- _____. Zur Rekonstruktion des Rechts (1): Das System der Rechte. In: KOLLER,

- Peter & HIEBAUM, Christian. *Jürgen Habermas: Faktizität und Geltung*. Berlin/Boston: Walter de Gruyter GmbH, 2016, p. 51-67.
- GUEST, S. *Ronald Dworkin*. Stanford: Stanford University Press, 2013.
- HABERMAS, J. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1992.
- _____. On the Internal Relation between the Rule of Law and Democracy. *European Journal of Philosophy*, v. 3, n. 1, 1995, p. 12-20.
- _____. *Die Einbeziehung des Anderen: Studien zur politischen Theorie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1996.
- _____. *Direito e democracia: entre a facticidade e a validade no Estado democrático de direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I e II.
- _____. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Editorial Trotta, 1998a.
- _____. DWORKIN, R; GÜNTHER, K. ¿Impera el derecho sobre la política? *La Política: Revista de estudios sobre el estado y la sociedad*, n. 4, 1998b, p. 5-22
- _____. DWORKIN, R; GÜNTHER, K. “Jürgen Habermas en diálogo con Ronald Dworkin” (Traducción del Video-Tape). *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, v. 1, n. 1, Nov. 1999a, p. 1-22.
- _____. *Más Allá del Estado Nacional*. México: Fondo de Cultura Económica, 1999b.
- HABERMAS, J; DWORKIN, R; GÜNTHER, K. El derecho domina la política? Jürgen Habermas en diálogo com Ronald Dworkin. Comentarios adicionales de Klaus Günther. In: BOEHM, Ulrich. *Filosofía hoy*. México: Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 141-164.
- _____. *Ach Europa. Kleine politische Schriften XI*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 2008.
- _____. R. Dworkin – Un solitario entre los juristas. In: _____. *Ay, Europa: Pequeños escritos políticos*. Madrid: Trotta, 2009, p. 44-51.
- INSTITUTO HUMANITAS UNISINOS. Judicialização da política: A democracia e o Estado de direito em tensão. São Leopoldo, *IHU ON-LINE: Revista do Instituto Humanitas da Unisinos*, n. 494, Ano XV. Disponível em <http://www.ihuonline.unisinos.br/index.php?option=com_content&view=article&id=6630&secao=494>. Acesso em 3.10.2016.
- LARMORE, C. The Foundations of Modern Democracy: Reflections on Jürgen Habermas. *European Journal of Philosophy*, v. 3, n. 1, 1995, p. 58-68.
- MACEDO JUNIOR, R. P. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva 2013.
- MAUS, I. Liberties and Popular Sovereignty: On Habermas’s Reconstruction of the System of Rights. In: SCHOMBERG, René von; BAYNES, Kenneth. *Discourse and Democracy: Essays on Habermas’s Between Facts and Norms*. Albany: State University of New York Press, 2002, p. 89-128.
- MICHELMAN, F. Democracy and Positive Liberty. *Boston Review: a political and literary forum*. October/ November 1996, p. 1-32. Disponível em: <<http://bostonreview.net/archives/BR21.5/michelman.html>>. Acesso em 3.10.2016.
- PAULO NETO, A. *A análise de Jürgen Habermas sobre a tensão entre Direitos humanos e Soberania popular na Teoria do direito de Immanuel Kant*. 2009. Dissertação (Mestrado em Filosofia) - Universidade Federal de Santa Catarina, 2009.
- _____. *Entre o consenso e a contestação no Estado democrático de direito: Uma interlocução entre a Teoria democrática de J. Habermas e P. Pettit*. 2015. 198f. Tese (Doutorado em Filosofia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Departamento de Filosofia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

- PINZANI, A. *Diskurs und Menschenrechte: Habermas' Theorie der Rechte im Vergleich*. Hamburg: Dr. Kovac, 2000.
- PREUSS, U. K. (Org.). *Zum Begriff der Verfassung: Die Ordnung des Politischen*. Frankfurt am Main: Fischer Taschenbuch Verlag, 1994.
- RAWLS, J. Justiça como equidade: uma concepção política, não metafísica. São Paulo, *Lua Nova*, n. 25, Abr. 1992, p. 25-59.
- SCHNEIDER, C. The Constitutional Protection of Rights in Dworkin's and Habermas' Theories of Democracy. *UCL Jurisprudence Review*, 2000, p. 101-121.
- SPECTOR, H. Entre Habermas y Dworkin una nota sobre los fundamentos de la democracia. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, v. 1, n. 1, Nov. 1999, p. 1-7.
- ZURN, C. F. Deliberative Democracy and Constitutional Review. *Law and Philosophy*, v. 21, n. 4/5, 2002, p. 467-542.
- _____. Discourse theory of law. In: FULTNER, Barbara. *Jürgen Habermas: Key Concepts*. London/New York: Routledge Taylor & Francis Group, 2014, p. 156-171.