

VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA JEAN PAUL C. VEIGA DA ROCHA
Faculdade de Direito Sociedade Brasileira
da Universidade de São Paulo de Direito Público

1. ROBERT ALEXY – *Teoria dos Direitos Fundamentais*
2. WILSON STEINMETZ – *A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais*
3. VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA (org.) – *Interpretação Constitucional*
4. VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA – *A Constitucionalização do Direito*
5. MARCO AURÉLIO SAMPAIO – *A Medida Provisória no Presidencialismo Brasileiro*
6. MARCOS NOBRE e RICARDO TERRA (organizadores) – *Direito e Democracia – Um Guia de Leitura de Habermas*
7. VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA – *Direitos Fundamentais – Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*

* www.teoriaedireitopublico.com.br

DIREITO E DEMOCRACIA

UM GUIA DE LEITURA DE HABERMAS

MARCOS NOBRE

RICARDO TERRA

(ORGANIZADORES)

ANTONIO IANNI SEGATTO • BRUNO NADAI

CONRADO HÜBNER MENDES • DENÍLSON L. WERLE

DENISE VITALE • FELIPE GONÇALVES SILVA

JEAN PAUL C. VEIGA DA ROCHA • JORGE LUBENOW

LUIZ SÉRGIO REPA • MAURÍCIO CARDOSO KEINERT

MAURO V. SOARES • MONIQUE HULSHOF

ORLANDO VILLAS BÔAS FILHO

PAULO TODESCAN LESSA MATTOS • RAPHAEL NEVES

RÚRION SOARES MELO • VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA

 **MALHEIROS**
EDITORES

DIREITO E DEMOCRACIA

Um Guia de Leitura de Habermas

© MARCOS NOBRE e RICARDO TERRA
(organizadores)

ISBN: 978-85-7420-900-5

Direitos reservados desta edição por
MALHEIROS EDITORES LTDA.

Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171

CEP 04531-940 – São Paulo – SP

Tel.: (11) 3078-7205 – Fax: (11) 3168-5495

URL: www.malheiroseditores.com.br

e-mail: malheiroseditores@terra.com.br

Composição

Acqua Estúdio Gráfico Ltda.

Capa

Criação: Vânia Lúcia Amato

Arte: PC Editorial Ltda.

Impresso no Brasil
Printed in Brazil
09.2008

SUMÁRIO

COLABORADORES	9
APRESENTAÇÃO	11
– MARCOS NOBRE e RICARDO TERRA (organizadores)	
INTRODUÇÃO	15
– MARCOS NOBRE	
A TENSÃO ENTRE FACTICIDADE E VALIDADE	37
– ANTONIO IANNI SEGATTO	
DIREITO E TEORIA DA AÇÃO COMUNICATIVA	55
– LUIZ SÉRGIO REPA	
DIFERENCIAÇÃO E COMPLEMENTARIDADE ENTRE DIREITO E MORAL ..	73
– MAURÍCIO CARDOSO KEINERT, MONIQUE HULSHOF e RÚRION SOARES MELO	
A SOLIDARIEDADE ENTRE PÚBLICO E PRIVADO	91
– FELIPE GONÇALVES SILVA	
Política e Direito: a questão da legitimidade do poder	
Político no Estado Democrático de Direito	117
– DENÍLSON L. WERLE e MAURO V. SOARES	

_____: FONSECA, M. A.; GONÇALVES, G. F. L. "Poder". In ARNAUD, A.-J.; JUNQUEIRA, E. B. (Orgs.). *Dicionário da globalização: direito e ciência política*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006b, pp. 340-345.

WHITE, S. K. *Razão, justiça e modernidade: a obra recente de Jürgen Habermas*. Trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. "Reason, modernity and democracy". In WHITE, S. K. *The Cambridge companion to Habermas*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995a, pp. 13-16.

SEPARAÇÃO DOS PODERES E DEMOCRACIA DELIBERATIVA¹

JEAN PAUL C. VEIGA DA ROCHA

1. *A doutrina jurídico-política tradicional da separação dos poderes e seus críticos.* 2. *Separação dos poderes e democracia deliberativa.* 3. *Separação dos poderes e materialização do direito.* 4. *Roteiro de leitura.*

Em outubro de 2005, George W. Bush, presidente dos EUA, des-
pertou críticas contundentes até mesmo dentro de seu partido, o Repu-
blicano, ao indicar Harriet Miers, sua assessora jurídica na Casa Bran-
ca, para uma vaga na Suprema Corte. Considerava-se uma afronta à
separação dos poderes e à própria democracia a possibilidade de uma
jurista de pouca expressão e excessivamente próxima do presidente
norte-americano ocupar uma das nove cadeiras do tribunal mais im-
portante do País, responsável pelo controle da constitucionalidade das
leis em última instância. Miers terminou desistindo da indicação. Embo-
ra a pressão contrária à sua candidatura tenha vindo principalmente dos
setores republicanos mais conservadores, é fato que o país inteiro acom-
panhava, com grande interesse, a mudança na composição do tribunal.

Na mesma época, os EUA discutiam uma outra indicação que Bush
deveria fazer: a do sucessor de Alan Greenspan, presidente do banco
central mais poderoso do mundo, o Federal Reserve ("Fed"). Especu-
lava-se sobre quem estaria à altura de suceder Greenspan, que comple-
taria, na data programada para a aposentadoria – 31 de janeiro de
2006 –, dezoito anos e meio de respeitado exercício das funções. Tal

1. Sou muito grato aos colegas Fernando Rugitsky e Evorah Lusci, do Núcleo
Direito e Democracia do Cebrap, pelo valioso auxílio na revisão do texto.

qual no debate sobre a Suprema Corte, a qualificação intelectual e a independência política do substituto eram levadas a sério no debate público. Em relação a este último requisito, um editorial da revista *The Economist* era taxativo: "Qualquer suspeita de que o Sr. Bush indicaria alguém somente por ser um Republicano fiel minaria a confiança do próximo Presidente [do Fed] antes mesmo de ele tomar posse" (*The Economist* 2005:11).²

O fato de a independência política e a legitimidade democrática de um tribunal constitucional e de um banco central independente estarem no centro do debate institucional de uma sociedade como a norte-americana revela a complexidade do debate contemporâneo sobre a separação dos poderes. A apreensão em relação ao futuro presidente do Fed não dizia respeito somente à confiança dos mercados. A crença generalizada é a de que da atuação do Fed após a substituição dependeria o bem-estar da sociedade americana.

O escolhido de Bush terminou sendo Ben Bernanke, respeitado acadêmico com uma curta, porém bem sucedida, experiência de gestão da política monetária. Apesar de estar próximo ao presidente americano, por fazer parte do Conselho de Consultores da Presidência, Bernanke é um economista independente e renomado. A única coisa, portanto, que esta indicação tinha em comum com aquela outra para a Suprema Corte era o fato de ser amplamente discutida na esfera pública.

No mundo acadêmico, a comparação entre as duas instituições ainda é incipiente. Um dos mais importantes especialistas em regulação financeira, o economista Charles Goodhart, da *London School of Economics*, sugeriu que na sociedade democrática contemporânea o banco central independente deveria ter um *status* jurídico e político equivalente ao de um tribunal constitucional. Goodhart não é voz isolada. Autores como o cientista social Jon Elster e o constitucionalista Bruce Ackerman fizeram afirmações semelhantes em trabalhos acadêmicos já publicados.

Segundo a versão mais difundida da doutrina da separação dos poderes, os órgãos estatais de soberania seriam três: Executivo, Legislativo e Judiciário. Entretanto, a profusão, nas democracias contemporâneas, de órgãos com poderes semelhantes tem embaralhado a tripar-

2. Tradução do autor.

tição clássica. No Brasil, é o caso do Ministério Público, cada vez mais referido na literatura nacional e internacional como um caso de sucesso de agência de *accountability*, ou seja, de responsabilização democrática e prestação de contas das autoridades públicas. Já se tornou lugar comum referir-se ao Ministério Público brasileiro como um "quarto poder", embora essa afirmação incomode os constitucionalistas.

Nos EUA, a metáfora do quarto poder tem sido usada de forma recorrente em trabalhos sobre as agências reguladoras independentes. A expressão aparece nos manuais e artigos de direito público e de ciência política intensamente discutidos pelos acadêmicos de direito e ciências sociais.

O tema é ainda mais complexo, pois ele não se restringe ao surgimento de "novos poderes" do Estado. Diz respeito também às novas relações e dinâmicas políticas que se estabeleceram entre os próprios poderes clássicos. Tomemos os exemplos brasileiros da medida provisória e do controle de constitucionalidade. Desde a Constituição de 1988, a medida provisória tem sido o principal instrumento de viabilização dos programas de governo e de políticas públicas do Governo Federal. Basta citar o Plano Real: no início, uma mera medida provisória que trocou o padrão monetário e o regime cambial, e atacou a inércia inflacionária, interferindo radicalmente nos contratos privados, na liberdade econômica e na história política do País. A medida provisória é um instrumento poderoso que permite ao Executivo não somente legislar – atribuição clássica do Poder Legislativo –, mas pautar a agenda política, pelo seu lugar privilegiado nos ritos do processo legislativo.

Não menos importante tem sido a atuação do Supremo Tribunal Federal (STF), o órgão que interpreta a Constituição em última instância. Foi o próprio jurista Hans Kelsen, o mais importante autor do positivismo jurídico, que denominou o tribunal constitucional de "legislador negativo" (Kelsen, 1998:383), ou seja, uma espécie de legislador às avessas, que desfaz aquilo que o Legislativo cria – ou, em alguns casos, até mesmo o que o "Executivo-legislador" cria.

Esse poder do STF abrange, inclusive, a delimitação das suas próprias competências e das atribuições dos demais Poderes da República. Para exemplificar, voltemos à medida provisória: diante da ausência de regras constitucionais claras, foi o STF quem decidiu em determinada época que as medidas provisórias não rejeitadas pelo Congresso

poderiam ser reeditadas, evitando a paralisa administrativa e preservando a governabilidade. Críticas à parte – e elas não são poucas nem infundadas –, o fato incontestável é que o STF, ao interpretar a Constituição, redefiniu em um momento histórico específico o quadro institucional no qual se desenvolvia a relação Executivo-Legislativo no Brasil, recriando o sentido da separação dos poderes na nova ordem constitucional brasileira.

A reflexão contemporânea sobre a separação dos poderes tornou-se, portanto, bastante complexa, pelo menos por duas importantes razões: (i) ela abrange, ao mesmo tempo, as novas relações dos Poderes clássicos entre si e a atuação de outros “Poderes”, como o Ministério Público, as agências reguladoras e o banco central; (ii) esta nova configuração institucional da separação dos poderes suscita o problema do déficit democrático, dentre outros, do processo administrativo, da regulação econômica e da revisão judicial ampla (controle de legalidade e de constitucionalidade) das leis e das políticas públicas.

Sendo a separação dos poderes um tema caro ao pensamento jurídico ocidental, seria de se esperar que Habermas a ele dedicasse parte da empreitada teórica desenvolvida em *Direito e democracia*, o que de fato ocorreu.

Para entendermos melhor a abordagem da separação dos poderes na perspectiva da teoria habermasiana do direito, convém inicialmente relembra a versão jurídico-política mais difundida daquela doutrina.

1. A doutrina jurídico-política tradicional da separação dos poderes e seus críticos

Considerado um princípio indispensável das constituições democráticas, mas associado ao ideário liberal, a separação dos poderes é lembrada a todo o momento para fundamentar desenhos institucionais, construções doutrinárias e decisões judiciais de grande repercussão política. Sua invocação baseia-se numa pretensão de universalidade do princípio, que deveria ser concretizado em cada caso, a partir de um núcleo essencial – independente, portanto, do contexto cultural de qualquer sistema jurídico-político nacional.

É comum fazer-se referência a um esquema constitucional ideal, resumido no quadro abaixo, baseado na relação entre os elementos do conjunto de órgãos estatais e os do conjunto de funções estatais.

Quadro 1: A doutrina jurídica tradicional da separação dos poderes

Órgão	Função estatal
Legislativo	Legislativa
Executivo	Administrativa
Judiciário	Jurisdicional

Portanto, a doutrina jurídico-política tradicional apresenta a separação dos poderes como um princípio que comporta duas regras: (a) cada uma das funções do Estado deve ser exercida por uma autoridade especializada; (b) essas autoridades devem ser mutuamente independentes. A aplicação do princípio teria como resultado o equilíbrio mútuo entre essas autoridades – nenhuma delas poderia tornar-se despótica. A liberdade seria assim preservada. Esse princípio poderia servir como critério de classificação das constituições: as que o aplicam de forma rígida, as que não o aplicam, e as que o seguem parcialmente.

Entretanto, diante de práticas políticas e desenhos institucionais que parecem fugir ao figurino clássico, essa doutrina passou a sofrer alguns remendos. Após o convencional registro da paternidade do princípio, atribuída a Montesquieu – citado sempre ao lado de Aristóteles e Locke –, costumam ser apontados os “desvios” da realidade, que insiste em não se encaixar naquele modelo tão bem pensado. A explicação usual é a de que “a evolução do Estado e da sociedade” levou o Executivo a assumir parcela da função legislativa, sem que isso caracterizasse uma afronta à separação dos poderes, já que essa sua intromissão no processo legislativo consubstanciaria apenas uma função *atípica* do Poder Executivo. Da mesma forma, o surgimento de tribunais constitucionais que intervêm profundamente nas atividades do Parlamento passa a ser aceitável pelo entendimento de que há um rol de funções típicas e atípicas para cada órgão de soberania. Assim se resolveria o problema, preservando-se o princípio da separação dos poderes e o caráter “científico” da classificação das funções do Estado.

Outros caminhos foram trilhados, ensaiando uma ruptura com a tripartição clássica. É o caso de Karl Loewenstein, para quem a referência a Aristóteles como antecessor da separação dos poderes era um

anacronismo, e a doutrina clássica, um esquema mental arraigado que deveria ser substituído por uma nova classificação das funções estatais: a função de decisão política fundamental (*policy determination*), a de execução da decisão (*policy execution*) e a de controle político (*policy control*). Nesta nova visão do Estado, Parlamento e Governo compartilhariam funções, e o Judiciário teria um peso menor.

Mais recentemente, Bruce Ackerman propôs a possibilidade e a conveniência de o próprio texto constitucional explicitar a multiplicação de Poderes, numa ruptura total com a idéia tradicional de tripartição. Na mesma linha, Roberto Mangabeira Unger propõe a criação de mais Poderes do Estado, inclusive com competências coincidentes. Para Mangabeira Unger, a ampliação de instâncias estatais levaria ao fortalecimento da democracia por permitir o maior acesso de distintos grupos sociais a recursos de poder, tornando-os aptos a reinventar ou reorganizar instituições como a escola e a mídia.

Diante da imensa diversidade de críticas e propostas alternativas à tripartição de poderes, qual seria a especificidade da contribuição da teoria habermasiana?

2. Separação dos poderes e democracia deliberativa

A doutrina sobre o princípio da separação dos poderes nunca esteve situada num vácuo histórico ou ideológico. É preciso sempre indicar a serviço de quem ou de quê funciona a maquinaria constitucional. Em outras palavras, não é possível discutir separação dos poderes de forma desvinculada de uma teoria da democracia.

Como compreender e criticar a dinâmica constitucional do *Estado Regulador* no contexto de uma sociedade complexa, marcada não somente pela coexistência de esferas autônomas, como a econômica e a administrativa, mas também pelo pluralismo cultural e social? Um bom começo é relembra a distinção que Habermas desenvolve entre liberalismo e republicanismo, a partir do retrato que Frank Michelman faz do debate entre liberais e comunitaristas nos EUA. Essa distinção é feita em relação ao conceito de cidadão, ao conceito de direito e à natureza do processo de formação da vontade política (Habermas 1998: 239-252).³

3. Em *Direito e democracia*, isso é discutido principalmente no capítulo VII.

Na visão liberal, os direitos individuais dos cidadãos têm um caráter negativo, ou seja, dizem respeito à proteção de sua esfera de liberdade de escolha *vis-à-vis* o Estado e os demais cidadãos. Seus direitos políticos têm a mesma característica: ao elegerem seus representantes, os cidadãos contribuem para a formação de uma vontade política que pode determinar o exercício do poder estatal de acordo com o interesse da sociedade. O objetivo do direito, portanto, é o reconhecimento e a garantia dos direitos individuais. A política é vista como “uma luta por posições que garantem acesso ao poder administrativo” (Habermas, 1998:243). A disputa pelo voto, que franqueia aos partidos políticos o acesso ao poder, desenvolve-se num “mercado” político que molda a formação da vontade política. O aparato estatal, objeto da disputa, expressa o poder político pelo *modus operandi* da estrutura administrativa – espera-se que ele persiga os objetivos de toda a sociedade, e não os interesses privados que a compõem. Na distinção entre Estado e sociedade, esta é concebida como “um sistema de interações entre pessoas e seu trabalho, estruturadas em torno do mercado” (Habermas, 1998:239).

Já o modelo republicano de democracia não vê a sociedade estruturada primordialmente em torno do mercado, nem a política como mediadora entre Estado e sociedade. Além do poder administrativo e da busca dos interesses privados que se dá no mercado, a solidariedade desponta como terceira forma de integração social. A prioridade, aqui, é a formação de uma vontade política fundada num entendimento mútuo ou num consenso construído de forma comunicativa. Há um fundamento *ético* para a política. A esfera pública política e a sociedade civil asseguram “o poder de integração e a autonomia da prática comunicativa dos cidadãos” (Habermas, 1998:240). Para o cidadão, o mais importante nesse modelo são as liberdades positivas, os direitos políticos de participação e comunicação, mediante os quais ele pode tornar-se sujeito de uma *comunidade* de cidadãos livres e iguais. O processo político tem como paradigma o diálogo, e não o mercado. Decisões majoritárias nascem de uma prática discursiva – um poder comunicativo que se distingue do poder administrativo do aparato estatal, devendo conformar este último: “o poder administrativo só pode ser exercido com base em políticas e dentro de limites traçados por leis geradas pelo processo democrático” (Habermas, 1998:244).

princípios compõem, segundo ele, uma arquitetura que deve servir de base para instituições que garantam “um exercício efetivo da autonomia política de cidadãos socialmente autônomos para que o poder comunicativo de uma vontade formada racionalmente possa surgir, encontrar expressão em programas legais, circular em toda a sociedade através da aplicação racional, da implementação administrativa de programas legais e desenvolver sua força de integração social – através da estabilização de expectativas e da realização de fins coletivos” (DD I:220).

O primeiro desses princípios é o da soberania popular, que articula o próprio Estado de Direito com o sistema de direitos. De acordo com esse princípio, os cidadãos devem criar as próprias leis que os vinculam, mediante um processo democrático institucionalizado em que discursos – e também negociações – são estruturados de modo a que as questões políticas recebam um tratamento racional. Assim, juntamente com o discurso ético-político, as negociações reguladas proceduralmente fazem parte de um modelo processual que, a partir de questões pragmáticas, passa pelo esclarecimento de questões morais e chega, finalmente, a discursos jurídicos, levando à formação racional da vontade política. O princípio do pluralismo político complementa o princípio da soberania popular, na medida em que exige a “formação informal da opinião na esfera pública política, aberta a todos os cidadãos” (DD I:214). A autodeterminação dos cidadãos é vista, assim, como uma prática ao mesmo tempo institucionalizada e informal – esta última dimensão, protegida pelos direitos fundamentais. Na perspectiva da teoria do discurso, portanto, todo poder político emana do poder comunicativo dos cidadãos.

O segundo princípio é o da ampla proteção jurídica do indivíduo, garantida por um Judiciário independente. Aqui, Habermas retoma a distinção entre as competências de legislar, de um lado, e de aplicar o direito, de outro. A lei é produzida pelo Poder Legislativo com base em discursos de *justificação* (ou de *fundamentação*), para pautar a atuação estatal e lastrear as pretensões jurídicas dos indivíduos. O Poder Judiciário, como representante imparcial da comunidade jurídica, desenvolve, perante uma ampla esfera pública jurídica, um discurso de *aplicação* das normas. Justificação e aplicação, portanto, implicam distintas lógicas de argumentação que precisam ser distribuídas em dois diferentes Poderes do Estado. Complementando esse quadro, o princípio da vinculação do juiz à lei impede o Judiciário, que detém o poder

Por sua vez, o modelo de democracia deliberativa baseado na teoria do discurso de Habermas combina partes dos dois modelos anteriores, mas rejeita tanto a concepção de Estado enquanto comunidade ética quanto o Estado como guardião de uma sociedade estruturada em torno do mercado. Sua preocupação volta-se para o procedimento de deliberação e de tomada de decisões: as regras do discurso e as formas de argumentação – e não mais direitos fundamentais universais ou a vida ética concreta de uma determinada comunidade – serão o contexto privilegiado para o exercício da razão prática. A sociedade não é vista como um ator coletivo centrado no Estado nem tampouco em regras do jogo que regulam interesses modelados pela racionalidade do mercado. A base desse modelo é um tipo de ação voltada para o entendimento combinada com uma premissa que rompe com a filosofia do sujeito: “a *intersubjetividade de alto nível* dos processos comunicativos que se desenvolve, de um lado, nas deliberações institucionalizadas dos órgãos parlamentares, e, de outro, nas redes informais da esfera pública” (Habermas, 1998:248).

Tal como no modelo republicano, cumpre, aqui, atentar para a forma como o poder comunicativo modela o poder administrativo. Entretanto, ao contrário daquele modelo, na democracia deliberativa a legitimidade do direito não se funda na unanimidade de opiniões de uma comunidade, mas nas condições de comunicação e nos procedimentos institucionalizados que, ao viabilizar o balanceamento dos diversos interesses e ideais que convivem numa sociedade plural, levam à formação de uma vontade política que cria, de forma mais ou menos racional, regras sobre matérias relevantes para todos. O resultado desse modelo, portanto, do ponto de vista normativo, é pensar o Estado e a sociedade de forma distinta do liberalismo e do republicanismo: “As implicações normativas são óbvias: a força integradora da solidariedade, que não pode ser obtida somente das fontes de ação comunicativa, deveria se desenvolver mediante procedimentos de deliberação democrática e de tomada de decisões juridicamente institucionalizados, adquirindo a força necessária para se afirmar perante as outras duas forças sociais – o dinheiro e o poder administrativo” (Habermas, 1998:249).⁴

Por essa razão, Habermas propõe uma nova formulação dos princípios do Estado de Direito, na perspectiva da teoria do discurso. Esses

4. Tradução do autor.

de determinar a execução administrativa de suas próprias decisões, de definir o conteúdo de sua própria atuação. Habermas lembra também que o princípio da proteção jurídica, combinado com o devido processo legal, promove a segurança jurídica e a aceitação racional das decisões judiciais.

O terceiro princípio é o da legalidade da atuação da administração pública. Aqui reside, segundo Habermas, o sentido central da separação e do balanceamento dos poderes. Se a lei emana do poder comunicativo dos cidadãos, e se a administração pública só pode atuar de acordo com a lei, o princípio da legalidade garante a submissão do poder administrativo ao poder comunicativo. Assim, todas as normas (regulamentos, portarias, resoluções etc.) e atos administrativos que contrariem uma lei ou a Constituição podem ser anulados nos tribunais. A legalidade, aqui, expressa muito mais do que a mera proteção – de caráter liberal – do indivíduo contra o Estado. A separação dos poderes, na perspectiva da teoria do discurso, não é aquela da versão clássica: “[s]uperando uma diferenciação funcional, que se explica a partir da lógica da argumentação que introduz uma diferença entre fundamentação de normas e aplicação de normas, a diferenciação institucional que se expressa na constituição de poderes separados tem por finalidade amarrar a aplicação do poder administrativo ao direito normatizado democraticamente, de tal modo que o poder administrativo só se regenera a partir do poder comunicativo produzido conjuntamente pelos cidadãos” (DD I:216).

O quarto princípio é o da separação entre Estado e sociedade. Para Habermas, embora tradicionalmente associada à visão liberal, essa dissociação não deve ser identificada exclusivamente com o modelo do Estado constitucional burguês. O princípio também é válido para um Estado de direito concebido na perspectiva da teoria do discurso, embora Habermas reconheça ser problemático esperar que a sociedade civil neutralize as diferenças de riqueza e de poder de modo a facilitar a formação do poder comunicativo. Esse *poder social* pode, eventualmente, restringir, ao invés de facilitar, o exercício da autonomia cívica. Entretanto, a separação permanece necessária. O princípio da responsabilização democrática (*accountability*) a expressa de forma clara, mediante os mecanismos clássicos de eleição, *impeachment* e outras formas de fiscalização e controle. O Estado não pode se confundir com

a sociedade, exercendo papéis ou participando de negociações que colocariam ambos num mesmo patamar.

O modelo de democracia deliberativa fundado na teoria do discurso oferece um rico instrumental analítico para o estudo do tema da separação dos poderes na sociedade complexa, pelo menos por duas razões: (i) o modelo não assume uma postura idealista em relação ao processo político, reconhecendo, ao contrário, a ação estratégica que indivíduos e grupos empreendem para a defesa de seus interesses concretos, ou seja, reconhecendo a barganha como uma das formas de comunicação (DD I:221); (ii) ele não alimenta a expectativa ingênua de que a opinião pública comandará diretamente os rumos da sociedade e o funcionamento do sistema econômico, deixando claro que ela poderá tão-somente conduzir o uso do poder administrativo numa determinada direção.

Um dos exemplos referidos no início deste texto ilustra a riqueza da perspectiva habermasiana: o seu modelo de democracia deliberativa reconhece como democrático o papel do controle de constitucionalidade numa sociedade complexa. Este último desdobramento do pensamento de Habermas só pode ser entendido com a explicitação do significado que a separação dos poderes adquire quando pensada não de acordo com o liberalismo da doutrina predominante no Brasil, nem conforme o republicanismo que caracteriza, por exemplo, o pensamento jurídico francês, mas plantada no solo fértil da democracia deliberativa. É possível, portanto, pensar a separação dos poderes de modo que a dinâmica constitucional esteja a serviço não da soberania popular, tal como ela é concebida em termos republicanos, mas funcionando em prol da institucionalização dos procedimentos que permitam a uma sociedade complexa, em meio à imensa diversidade de interesses, ideais e culturas, controlar de forma democrática o poder administrativo que, imbricado com o dinheiro, mantém a coesão social. Em outras palavras, a separação dos poderes deve estar a serviço do reforço da relação entre o poder comunicativo e o poder administrativo (DD I:232-240).

Para tanto, é necessário enfatizar as diferentes formas de comunicação e os respectivos padrões de argumentação que caracterizam as funções de legislar, julgar e administrar. Isso é extremamente importante para a democracia deliberativa, na medida em que a repartição de competências entre as autoridades públicas reflete a “distribuição

das possibilidades para acesso a diferentes tipos de razões” e formas de comunicação (DD I:239). O Judiciário, por exemplo, só pode ter acesso a razões de caráter normativo, pragmático e empírico na medida em que se encaixem na sua tarefa de aplicação do direito de modo coerente, ou seja, mediante produção de decisões consistentes ao longo do tempo.

Ao associar, inicialmente, a configuração institucional clássica da separação dos poderes – divisão funcional dos poderes – às exigências de uma teoria discursiva do direito, a partir da distinção entre justificação e aplicação das normas, Habermas não está obviamente aderindo à doutrina clássica da tripartição dos poderes.

Na verdade, o que Habermas realiza, nesse passo da ambiciosa empreitada teórica de *Direito e democracia*, é a fundamentação da configuração constitucional clássica da separação dos poderes de acordo com as exigências normativas da democracia deliberativa. Entretanto, ele não sustenta que essa formulação clássica, na sua *concretude institucional*, continue válida. Muito pelo contrário, o desenvolvimento do tema da separação dos poderes em seu trabalho deixa claro que uma perspectiva baseada na configuração institucional clássica da separação dos poderes – “legislativo”, “judiciário” e “administrativo” – é limitada por adotar como referência uma *estrutura concreta herdada*:

“As palavras ‘legislador’, ‘juiz’ e ‘administrador’ sugerem uma compreensão demasiado concreta, determinada pelas formas de institucionalização, que falseia o nível de abstração da teoria do discurso, no qual esboçamos as *funções* da legislação, da aplicação e da execução. Para avaliar as formas concretas de institucionalização de princípios que resultam da lógica da divisão dos poderes, é preciso adotar os pontos de vista abstratos da disposição sobre diferentes tipos de argumentos e da subordinação de formas de comunicação correspondentes” (DD I:239).

Essa ressalva deixa claro como Habermas está atento ao impacto que a materialização do direito tem historicamente provocado na dinâmica constitucional da separação dos poderes.

3. Separação dos poderes e materialização do direito

O processo de materialização do direito desarranja de tal forma o esquema clássico que uma separação dos poderes compatível com a

democracia deliberativa só pode ser concretizada a partir do desenvolvimento de novas estruturas e novos procedimentos. As funções de legislar, aplicar e implementar serão repartidas e realocadas, dando origem a procedimentos “quase-judiciais”, “quase-parlamentares”, bem como a procedimentos que levem à formação de compromissos entre grupos antagonísticos. O importante é que este exercício de “imaginação institucional e experimentação cuidadosa” (DD II:184) seja orientado *normativamente* por uma visão do Estado e do direito baseada em princípios de acordo com os quais o direito *legítimo* nasce do poder comunicativo e este é convertido em poder administrativo por meio do direito produzido pelo Estado. Em outras palavras: o direito não pode ser somente o código de poder de acordo com o qual funciona o processo administrativo. Ele *deve* ser também o *medium* que transforma o poder comunicativo em poder administrativo.

Assim, por exemplo, aos que criticam o tribunal constitucional pela sua função política ou discricionária, Habermas lembra o caráter deontológico dos direitos fundamentais e dos princípios, que não se confundem com *valores* a serem assumidos ou hierarquizados pelo juiz. O tribunal constitucional só pode usar uma forma de argumentação que leve isso a sério e que seja consistente, ou seja, que garanta a coerência do ordenamento jurídico. Somente assim sua atuação recriadora do direito pode ser considerada legítima a partir de uma visão procedimental da constituição.

Se, no modelo liberal de democracia, o controle de constitucionalidade é visto de partida como contrário à separação dos poderes – entendendo-se: contrário à noção de separação dos poderes própria do modelo liberal de democracia –, na democracia deliberativa ele só será ilegítimo se sacrificar o respeito às condições procedimentais para a gênese democrática das leis em prol de uma pretensa ordem objetiva de valores. Em outras palavras, uma hermenêutica mais sofisticada que permita ao tribunal exercer, de certa forma, um papel criador de direito, não aprofunda a materialização deste. Pelo contrário, ela seria uma alternativa à discricionariedade judicial que levaria a uma “tirania dos valores”, como costumava criticar Carl Schmitt. Ela somente pode ser aceita, portanto, se respeitada a exigência de que ao tribunal não é permitido argumentar em termos funcionalistas ou utilitaristas. Para garantir a racionalidade e a legitimidade de suas decisões, ele deve tratar de direitos, de normas, de princípios, e não de valores, interesses

nem objetivos de política pública nem de política econômica (DD I: Cap. VI).⁵ O império do direito deve prevalecer sobre o império da finalidade.

Fica claro, assim, o modo como Habermas desenvolve um conceito de direito distinto do de Weber. Em relação ao direito, Weber demonstra a seguinte preocupação: sendo o Direito moderno essencialmente *formal*, associado ao tipo ideal do modo de dominação legítima legal-racional, sua materialização significaria seu enfraquecimento e, no limite, seu desmonte. Portanto, analisar decisões de controle de constitucionalidade com base na dialética weberiana entre racionalidade formal e material seria um mero exercício de constatação trágica da desestruturação do direito moderno, já que o caráter político daquele controle tem implicado, na experiência judicial europeia do pós-guerra, uma materialização exacerbada do Direito, sem que este tenha sido ainda destruído.

Ao contrário da visão trágica weberiana, a ambição do modelo de democracia deliberativa fundado na teoria do discurso é oferecer critérios normativos para que o controle de constitucionalidade possa ser criticado e redirecionado para uma prática judicial que, ao buscar a garantia concomitante das autonomias pública e privada do cidadão, contribua para reduzir os efeitos perversos da juridificação do Estado Social, sem que isso implique o bloqueio da ação estatal que visa à quebra das assimetrias de poder que se escondem por trás da igualdade formal.

Com seu lugar garantido no modelo de democracia deliberativa, a atuação do tribunal constitucional confere outro sentido ao tema clássico do controle judicial da administração pública. Não se trata mais simplesmente, como no modelo liberal, de defender o indivíduo contra o Estado. O que está em jogo agora é a possibilidade de o Judiciário zelar pela legitimidade democrática do direito gerado nas entranhas do sistema administrativo – preservando, assim, a *centralidade do papel do legislador democrático*.

5. Uma discussão mais profunda sobre certos temas de direito penal no Brasil desdobraria de forma sistemática a perplexidade que os alunos de direito ou mesmo o público leigo demonstram quando, ao indagar um professor de direito ou jurista sobre certas decisões judiciais que contrariam claramente a dogmática do direito penal, ouvem a seguinte resposta: “a decisão logicamente correta seria ‘A’, mas o tribunal decidiu ‘B’ por uma questão de *política criminal*”.

Dessa forma, a distinção entre justificação e aplicação pavimenta o caminho para que a teoria habermasiana dê conta da análise da mudança de paradigma do direito: “Com o crescimento e a mudança qualitativa das tarefas do Estado, modifica-se a necessidade de legitimação; quanto mais o direito é tomado como meio de regulação política e de estruturação social, tanto maior é o peso de legitimação a ser carregado pela gênese democrática do direito” (DD II:171).

Habermas enfatiza o risco de que o direito se dilua em política no Estado Social, o que levaria à extinção da tensão entre facticidade e validade, inerente ao direito, que tem como função própria a normatização de expectativas de comportamento: “Ao contrário do que pensa o neoliberalismo, as limitações impostas à política pela forma do direito são de tipo estrutural, não de tipo quantitativo. A *quantidade* de programas políticos pode, inclusive, sobrecarregar o *medium* do direito, quando o processo político fere as condições procedimentais de normatizações legítimas, diferenciadas nos princípios do Estado de direito, em última instância, quando atinge o processo democrático da estruturação política autônoma do sistema de direitos” (DD II:171).

Políticas que não seguem as condições da gênese democrática do direito não têm como ser avaliadas do ponto de vista normativo. Os critérios de legitimidade democrática são perigosamente substituídos por *standards* de eficiência: “A partir desse momento, o direito *instrumentalizado* para fins políticos é açambarcado por um sistema administrativo independente e degradado à condição de meio entre outros meios aptos a resolver unicamente problemas de integração funcional” (DD II:172).

Habermas critica o que ele chama de uma “compreensão paradigmática errônea do direito” – aquela que despreza a dimensão da legitimidade, da gênese democrática do direito (DD II:172).

Nesse sentido, surgem as seguintes questões: que feições podem assumir, no processo de concretização da Constituição, as competências dos conselhos e agências do Poder Executivo? Esses órgãos estão efetivamente substituindo o Parlamento, devido à sobrecarga provocada pelas inúmeras tarefas regulatórias assumidas pelo Estado? Como a racionalidade da burocracia estatal, que rege a reprodução do capitalismo regulado, condiciona a interpretação e aplicação dos princípios constitucionais indispensáveis ao Estado de direito? Por sua vez, como es-

ses princípios podem garantir a legitimidade democrática do direito produzido no âmbito do Estado Regulador? Na sociedade de riscos, que demanda a atuação planejadora, prospectiva e cada vez mais influente de burocracias altamente especializadas, como preservar a separação dos poderes?

Para Habermas, essas questões, suscitadas por um diagnóstico de crise do direito, devem ser atacadas a partir de um paradigma procedimental do direito – que se contraponha à descrição funcionalista e fatalista da inevitabilidade do agigantamento das funções regulatórias do Estado. Essa crise passa exatamente pela progressiva perda de eficácia das leis produzidas pelo Parlamento e pelo fato de a separação dos poderes correr perigo (DD II:173). Maior até do que o problema da legitimidade da ampla revisão judicial contemporânea é “a insuficiente regulação da administração pelo direito constitucional”, ou a perda de validade da Constituição (DD II:175).

Além desse problema, há o fenômeno cada vez mais comum da atuação do Estado em situações de negociação com subsistemas sociais, grandes organizações, associações etc. Habermas critica duramente esse tipo de atuação estatal, por ela minar a soberania do Estado – este se coloca no mesmo nível da sociedade, enquanto poderosas corporações, inclusive partidos políticos, passam a exercer um poder político ilegítimo.

Ao mesmo tempo em que rejeita a volta ao passado, ou seja, a re-formalização do direito, a desregulação, o desmonte do aparato estatal intervencionista, de um liberalismo que privilegia a igualdade formal e bloqueia a intervenção estatal, o paradigma procedimental da democracia deliberativa desenvolvido por Habermas também não propugna o aprofundamento da materialização do direito pela discricionariedade judicial ou pelo incremento inevitável da regulação ou a agudização da racionalidade instrumental do Estado intervencionista – que tende a reduzir a legitimidade do direito à sua boa *performance*, deixando em segundo plano o sistema de direitos. Habermas igualmente critica o neocorporativismo reflexivo, no qual o respeito ao sistema de direitos ficaria à mercê das organizações, que se engajariam em barganhas com um Estado fraco, que recorreria à negociação porque seus instrumentos de intervenção direta teriam se exaurido.

Habermas critica a interpretação funcionalista da crise, que trabalha, de forma pretensamente objetiva, com tipos ideais de Estado e suas respectivas formas de atuação administrativa, atribuídas a épocas distintas – conforme resume o quadro abaixo:

Quadro 2: Tipologia funcionalista das formas de Estado e do papel do direito

Tipos ideais de Estado	Função predominante	Papel do direito
Estado de Direito (<i>Rechtsstaat</i>)	Segurança jurídica (manutenção da ordem)	Predominante. Administração limitada pelo direito.
Estado Social (<i>Sozialstaat</i>)	Bem-estar social (superação das desigualdades materiais)	Secundário, perante a predominância de um novo modo cognitivo de ação (baseado em recursos financeiros e conhecimento técnico). Intensa atividade regulatória da Administração.
Estado Securitário (<i>Sicherheitsstaat</i>)	Prevenção de riscos	Secundário, perante a predominância de um novo modo cognitivo de ação (baseado em recursos financeiros e conhecimento técnico). Regulação indireta da Administração.

A crítica habermasiana a essa leitura da crise é contundente: “Essa perspectiva analítica pode ser fecunda para quem se interessa pelas condições de funcionamento de uma administração efetiva. Todavia, não se pode transformar prematuramente os resultados de uma interpretação funcionalista em paradigmas do direito” (DD II:179).

Para Habermas, se a realização do sistema de direitos, e não uma sociologia da administração, é o critério mais importante para a análise, o quadro acima é insatisfatório, pois “[o]s indícios de uma erosão do

Estado de direito assinalam, sem dúvida, tendências de crise; no entanto, nelas se manifesta muito mais a *insuficiente institucionalização de princípios do Estado de direito* do que uma sobrecarga da atividade do Estado, tornada mais complexa através desses princípios” (DD II:180).

Se a administração pública passa a exercer de forma relevante a justificação e aplicação de normas, desenvolvendo programas próprios, substituindo o legislador, ela já não tem mais o papel neutro que se costumava lhe atribuir o esquema clássico da separação dos poderes. Sua atuação não é “objetiva”. As questões práticas que ela é chamada a decidir diariamente não podem ser tratadas com base exclusivamente em critérios de eficiência.

É distinta, portanto, a perspectiva do paradigma procedimentalista com relação a esse fenômeno. Ela não vislumbra a substituição de um tipo de direito por outro. Para Habermas, o agigantamento do direito regulatório oferece “a ocasião para a dissolução de uma determinada figura histórica da divisão de poderes no Estado de direito” (DD II:182). O desafio que se coloca, segundo Habermas, é de uma nova institucionalização da separação dos poderes. Embora permaneça a centralidade do legislador, deve-se atentar para o fato de que cada vez mais o legislador é levado a adotar *metadecisões*, ou seja, escolher o que será decidido pelo próprio Legislativo e o que será deixado a cargo do Judiciário ou da burocracia reguladora. Havendo tal delegação, muitas vezes implícita, põe-se o problema de como ela pode ser exercida de forma legítima, pois juízes e *experts* da administração pública passariam a exercer uma função *quase-legislativa*, ao mobilizar, em suas decisões, elementos do discurso de justificação – discurso próprio do Legislativo. Haveria portanto a exigência de uma legitimação “suplementar” para a criação de direito nestas outras instâncias que não o Parlamento.

A reação ao déficit democrático do processo administrativo e da regulação econômica passa por fórmulas conhecidas, como o *ombudsman*, as consultas e audiências públicas, além do controle judicial. Entretanto, para Habermas, as práticas já existentes não devem impedir o que ele denominou de imaginação institucional e experimentalismo cauteloso.

Diante (i) desse espraçamento da produção normativa, (ii) da crescente complexidade das tarefas estatais – muitas vezes demandando decisões falsamente objetivas, pragmáticas –, e (iii) do cada vez maior

envolvimento do Estado em arranjos neocorporativistas, o importante, independentemente de desenhos institucionais alternativos, é que os programas do legislador devem continuar sendo a referência para essa criação do direito fora do Parlamento, de forma transparente, ampla e controlável.

Para Habermas, apesar de importante, não é o quadro institucional que garante a gênese democrática do direito: “Não existem receitas capazes de levar a isso. E, para impedir, em última instância, que um poder ilegítimo se torne independente e coloque em risco a liberdade, não temos outra coisa a não ser uma esfera pública desconfiada, móvel, desperta e informada, que exerce influência no complexo parlamentar e insiste nas *condições da gênese do direito legítimo*” (DD II:185).

Assim, segundo Habermas, chega-se ao núcleo do paradigma procedimentalista do direito. A esfera pública, nessa perspectiva, não deve ser confundida com os bastidores do Parlamento. Sua melhor descrição é a de uma periferia geradora de impulsos, que envolve o centro político, ou seja, afeta, sem invadi-los ou colonizá-los, os procedimentos institucionalizados de formação da vontade política.

Concebida nessa perspectiva, a separação dos poderes, seja como doutrina, seja como princípio do Estado de direito, permite ao mesmo tempo compreender e criticar os desenhos institucionais e dinâmicas constitucionais concretas a partir dos desafios que se apresentam à democracia contemporânea. Ao formular os critérios para distribuição, pelos Poderes do Estado, dos diferentes tipos aceitáveis de argumentos e suas correspondentes formas de comunicação, a teoria habermasiana nos fornece instrumentos para fazer essa crítica da maquinaria constitucional.

A maioria dos *experts* não vê com bons olhos a intervenção de outros Poderes no seu “quarto poder”, que são as agências reguladoras e o banco central – embora tolerem uma civilizada discussão sobre a *accountability* – controle *ex post* – da burocracia.

O debate contemporâneo sobre a inserção da burocracia reguladora nos textos constitucionais muitas vezes é provocado pela intenção – velada ou explícita – de consolidar a blindagem institucional da tecnocracia, como no caso da extraordinária independência de um único Banco Central para toda a União Européia. Nesse debate, a teoria crítica desenvolvida por Habermas permite, em contraposição à racionalidade tecnocrática e às perspectivas funcionalistas, repensar a separação

dos poderes de modo a responder ao desafio de realização do sistema de direitos, para domesticar a burocracia que exprime de forma singular a combinação do dinheiro com o poder administrativo.

4. Roteiro de leitura

É vasta e de ampla diversidade teórica a literatura sobre separação dos poderes. Não faria sentido, aqui, a sua reprodução. É possível, entretanto, indicar algumas poucas referências que ajudariam o leitor interessado no tema a compreender o debate contemporâneo no qual se insere a reflexão mais recente de Habermas sobre o direito constitucional. Indispensável é a leitura de textos clássicos, especialmente Montesquieu (o capítulo VI do Livro XI de *De l'Esprit des Loix* – há edição brasileira traduzida por Fernando Henrique Cardoso e Leônício Martins Rodrigues: *O Espírito das Leis*. São Paulo: Editor Victor Civita, 1973, com várias reedições posteriores, sempre na Coleção *Os Pensadores*) e os *Artigos Federalistas* (especialmente os artigos 9, de Hamilton, e 47 e 51, de Madison – há edição brasileira: J. Madison; A. Hamilton; J. Jay, *Os artigos federalistas: 1787-1788*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993).

Os trabalhos de Maurice J. C. Vile (*Constitutionalism and the separation of powers*. Oxford: Clarendon Press, 1967), William B. Gwyn (*The meaning of the separation of powers: an analysis of the doctrine from its origin to the adoption of the United States Constitution*. New Orleans: Tulane University, 1965) e Michel Troper (*La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*. Paris: LGDJ, 1980) oferecem uma abordagem histórica da separação dos poderes bastante útil para o entendimento das várias expressões concretas da doutrina – ou, melhor dizendo, das várias doutrinas da separação dos poderes. A segunda edição da obra de Vile (Indianápolis: Liberty Fund, 1998) traz um excelente levantamento bibliográfico.

Michel Troper possui um conjunto de textos muito interessantes sobre o tema, com abordagens que variam desde a crítica à jurisdição constitucional até o resgate das teses de Charles Eisenmann sobre Montesquieu e a separação dos poderes (*La théorie du droit, le droit, l'État*. Paris: PUF, 2001; *Pour une théorie juridique de l'État*. Paris: PUF, 1996; “Charles Eisenmann contre le mythe de la séparation des

pouvoirs”, publicado em *Cahiers de Philosophie Politique (Montesquieu)*. Bruxelas: Ousia, 1985).

Em trabalho – ainda pouco conhecido – da década de 1930, o jurista Charles Eisenmann (“*L'Esprit des Loix et la Séparation des Pouvoirs*”, publicado originalmente em *Mélanges Carré de Malberg*. Paris: 1933; e posteriormente em *Cahiers de Philosophie Politique (Montesquieu)*. Bruxelas: Ousia, 1985) procurou contestar a versão jurídica tradicional da tripartição de poderes, voltando ao texto de Montesquieu para sustentar que neste já não havia a “separação” de poderes tal qual consagrada pela doutrina jurídico-política tradicional. Eisenmann foi retomado décadas depois por ninguém menos que Louis Althusser (*Montesquieu: la politique et l'histoire*. 7ª ed., Paris: Quadrige/PUF, 1992). A contestação à visão tradicional da doutrina também está presente na obra de Hans Kelsen, mestre de Eisenmann e o mais importante teórico do positivismo jurídico. Kelsen, com a clareza e o rigor lógico que sempre caracterizaram sua obra, sustenta que há somente duas funções do Estado, e não três. Elas seriam a criação e a aplicação do direito. Mais que isso: seria impossível definir a fronteira entre as duas: o poder de veto legislativo do chefe do Executivo e a anulação de uma lei por um juiz constitucional seriam exemplos do exercício de função legislativa por outros Poderes que não o Legislativo (*Teoria geral do direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, especialmente pp. 383-404). O livro foi originariamente publicado em inglês, nos EUA, em 1945). Não se pode deixar de referir o debate entre Kelsen e Carl Schmitt sobre o tribunal constitucional (Hans Kelsen, *Quien debe ser el defensor de la Constitución*. Madrid: Tecnos, 1995). Ao responder à crítica de Schmitt, segundo a qual o tribunal constitucional seria antidemocrático, Kelsen demonstra como Schmitt, ao interpretar a Constituição de Weimar e concluir que o Presidente do Reich é que deveria ser o “guardião da Constituição”, na verdade estava retomando a doutrina do poder neutro de Benjamin Constant, transferindo-a da figura do monarca para o chefe de Estado republicano. Finalmente, ainda na linha revisionista da doutrina tradicional, é também obrigatória a referência a Karl Loewenstein (*Teoria de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1986), que propôs uma nova classificação das funções estatais: a função de decisão política fundamental (*policy determination*), a de execução da decisão (*policy execution*) e a de controle político (*policy control*). Nesta nova visão do Estado, Parlamento e Governo compartilhariam funções, e o Judiciário teria um peso menor.

Dois autores contemporâneos exemplificam o fascinante debate atual sobre as formas institucionais alternativas que a separação dos poderes pode assumir: Bruce Ackerman, professor de Direito de Yale ("The new separation of powers", *Harvard Law Review*, 113, pp. 633-729, 2000), e o brasileiro Roberto Mangabeira Unger (*False necessity: anti-necessitarian social theory in the service of radical democracy*, 2ª ed., New York: Verso, 2001, pp. 449-461), professor da Escola de Direito de Harvard – cada um com fundamentos e objetivos distintos –, defendem o reconhecimento constitucional de vários outros *Poderes* além dos três clássicos. Ackerman chega a afirmar que a metafora do "quarto Poder", que é a burocracia reguladora (agências e banco central), ainda não foi levada a sério pelos constitucionalistas. Mangabeira Unger, numa perspectiva ainda mais ousada, propõe a radicalização da democracia mediante a multiplicação e superposição de poderes e funções do Estado, que coexistiriam e colidiriam de modo a ampliar a participação do cidadão e o experimentalismo social. O experimentalismo democrático é também o mote para alguns trabalhos de Charles Sabel (com Joshua Cohen, "Directly deliberative polyarchy", 1999; com Michael Dorf, "A Constitution of democratic experimentalism", working paper, Columbia Law School, março/1997; ambos disponíveis em www2.law.columbia.edu/sabel/).

Há uma enorme quantidade de publicações que tratam da separação dos poderes na perspectiva de correntes teóricas da ciência política, inclusive em estudos de política comparada (especialmente estudos sobre América Latina). A agenda de reflexões (sistemas eleitorais, presidencialismo e parlamentarismo) e uma bibliografia básica podem ser encontradas no livro de Giovanni Sartori, *Engenharia constitucional* (Brasília: UnB, 1996). Sendo impraticável sua resenha neste espaço, limitamo-nos a apontar trabalhos que buscaram captar a especificidade da separação de poderes e do presidencialismo no Brasil, desenvolvendo diagnósticos que contrariam prestigiosas teses estrangeiras: nesse sentido, Fernando Limongi e Argelina Figueiredo realizaram o mais completo estudo existente sobre as medidas provisórias no Brasil (*Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional*. Rio de Janeiro: FGV/FAPESP, 1999; "Presidential power, legislative organization and party behavior in the legislature", *Comparative Politics*, 32, pp. 151-170, 2000). Ainda na chave da Ciência Política, um bom e atual panorama dos estudos sobre separação dos poderes, *checks and balances* e *ac-*

countability na América Latina – inclusive um estudo sobre o Ministério Público brasileiro – pode ser encontrado na coletânea organizada por Scott Mainwaring e Christopher Welna (*Democratic accountability in Latin America*. New York: Oxford University Press, 2003).

Ainda é pequena a literatura que, ao comentar a concepção procedimental do direito de Habermas, trata especificamente da separação dos poderes. Na coletânea organizada por Michel Rosenfeld e Andrew Arato (*Habermas on Law and Democracy: critical exchanges*. Berkeley: University of California Press, 1998), Jacques Lenoble ("Law and undecidability: toward a new vision of the proceduralization of law", pp. 37-81) desenvolve uma detalhada crítica a Habermas, que, segundo ele, teria simplesmente reproduzido, em sua teoria, o modelo tradicional da separação dos poderes. Para Lenoble, as premissas filosóficas de Habermas têm equívocos responsáveis pela inadequação de sua teoria do direito. Assim, em Habermas, seriam problemáticas (i) a distinção pragmática entre *justificação* e *aplicação* e (ii) a visão do controle de constitucionalidade. Como consequência, sustenta Lenoble, a concepção habermasiana de proceduralização do direito e de democracia deliberativa estaria equivocada e não daria conta dos dois grandes desafios do direito contemporâneo: o relativo à regulação econômica e o problema da identidade e do multiculturalismo. Outra abordagem crítica, a partir de uma profunda análise comparativa entre Luhmann e Habermas, pode ser encontrada no trabalho de Marcelo Neves (*Entre Têmis e Leviatã, uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, especialmente pp. 185-213). Neves critica a centralidade que assume o legislador na perspectiva habermasiana e sustenta que a separação dos poderes no Estado Democrático de Direito possui atualmente uma dinâmica de circularidade de procedimentos que impede uma decisão definitiva excludente. Além disso, critica também a concepção habermasiana de decisão judicial, baseada em Dworkin, considerando-a imbuída de um racionalismo e um idealismo incapazes de dar conta da complexidade da sociedade moderna. Luhmann ("Quod Omnes Tangit: remarks on Jürgen Habermas's legal theory", também publicado na coletânea *Habermas on Law and Democracy: critical exchanges*, pp. 157-172) aponta a ênfase bastante tradicional que Habermas dá à legislação, subestimando a criação de direito pelo Judiciário, o que

o aproximaria, segundo Luhmann, da concepção kelseniana de direito como uma estrutura escalonada de normas.

Nas discussões concretas sobre regulação econômica, já surgiram textos que partem da análise habermasiana de procedimentalização do direito. Dois artigos de Julia Black foram recentemente publicados no Brasil ("Procedimentalizando a regulação: parte I" e "Procedimentalizando a regulação: parte II", ambos em Paulo Mattos *et al.* (Orgs.), *Regulação econômica e democracia: o debate europeu*. São Paulo: Singular, 2006). Julia Black desenvolve sua análise a partir de Habermas, mas problematiza o que ela entende ser uma limitação da concepção daquele autor, que, segundo ela, restringiria aos três Poderes clássicos do Estado a possibilidade de formação legítima de normas. Black defende uma concepção ampla de procedimentalização que combina técnicas de descentralização com a formação pluralista da norma em políarquias deliberativas. Ela avança também na discussão sobre o papel de mediador do regulador, apontando as limitações da teoria de Habermas. Um bom panorama dos debates atuais sobre regulação e democracia pode ser encontrado no conjunto de textos debatidos no Seminário internacional *Economic and Social Regulation, Accountability and Democracy*, organizado pelo Núcleo Direito e Democracia do Cebrap, realizado em São Paulo (textos de autores como Charles Sabel, Jerry Mashaw, Susan Rose-Ackerman, dentre outros, reunidos no volume especial da *Revista Direito GV*, novembro/2005, organizado por Paulo Mattos). Textos clássicos e contemporâneos sobre regulação, democracia, separação dos poderes e *accountability* podem também ser encontrados em duas outras coletâneas também organizadas pelo Núcleo Direito e Democracia do Cebrap (Paulo Mattos *et al.* (Orgs.), *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: Ed. 34, 2004; Paulo Mattos *et al.* (Orgs.), *Regulação econômica e democracia: o debate europeu*. São Paulo: Singular, 2006). Excelentes discussões teóricas e empíricas sobre experiências institucionais brasileiras (orçamento participativo, conselhos de saúde, gestão de bacias hidrográficas, audiências e consultas públicas em órgãos ambientais e na Agência Nacional de Telecomunicações etc.) podem ser encontradas no livro organizado por Marcos Nobre e Vera Schattan P. Coelho (*Participação e deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Ed. 34, 2004). O agigantamento da burocracia reguladora no âmbito da União Européia originou

uma linha de pesquisa voltada para os "comitês", a "comitologia" (ver, por exemplo, Christian Joerges, Ellen Vos (Eds.), *EU committees: social regulation, law and politics*. Oxford: Hart Publishing, 1999).

O debate contemporâneo sobre o estatuto constitucional do banco central está apenas no início. Os trabalhos de Charles Goodhart ("The constitutional position of the central bank", publicado em Charles Goodhart, Milton Friedman, *Money, inflation and the constitutional position of the central bank*. London: The Institute of Economic Affairs, 2003) e Jon Elster ("Constitutional courts and central banks: suicide prevention or suicide pact?", *East European Constitutional Review*, 3, p. 66, 1994) são enfáticos na comparação entre a importância de um banco central independente e a relevância de um Judiciário independente (especialmente a corte constitucional). Desde a Grande Depressão e a revolução keynesiana não se pode mais negar a centralidade da gestão macroeconômica na organização da vida social. Desde a crise do Welfare State e das políticas keynesianas clássicas, as políticas econômicas concretas têm dado maior ênfase ao controle da inflação e à disciplina fiscal. Atualmente, o largo prestígio do sistema de metas de inflação – adotado inclusive no Brasil – tem reforçado a sensação de que o assunto é técnico e deveria ser amplamente delegado a uma autoridade monetária independente. A literatura econômica sobre a eficiência desses novos desenhos institucionais da política monetária é farta (por todos, ver Alan Blinder, *Bancos centrais: teoria e prática*. São Paulo: Ed. 34, 1999), ao contrário da literatura interdisciplinar crítica. Mais ainda inexpressiva ou mesmo inexistente é a bibliografia que trate da reflexão crítica sobre a legitimidade democrática dos bancos centrais independentes e da regulação financeira em geral a partir da instigante perspectiva habermasiana sobre a separação dos poderes.

Bibliografia

- HABERMAS, Jürgen. *The inclusion of the other: studies in political theory*. Editado por Ciaran Cronin e Pablo De Greiff. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 1998.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- THE ECONOMIST, 15-21.10.2005.