

*Teoria da constituição, democracia e igualdade**

Cláudio Pereira de Souza Neto**

Índice

Introdução. I – Democracia e igualdade material. II – Teoria da constituição dirigente, democracia e igualdade material. III – Teoria constitucional democrático-deliberativa e igualdade material. IV – Limites e possibilidades da teoria da constituição na metódica constitucional. V – Algumas aplicações práticas das reflexões precedentes. V. 1. Os direitos fundamentais como cláusulas pétreas. V. 2. A democratização do processo constitucional. V. 3. A efetividade dos direitos sociais. Conclusão. Bibliografia.

Introdução

No presente estudo serão comparados dois modelos de teoria constitucional: a teoria da constituição dirigente e a teoria da constituição democrático-deliberativa. Isso será feito, no entanto, com o foco direcionado para uma questão central: em um regime democrático, qual é o papel do Judiciário na promoção da igualdade material e, especificamente, na concretização dos direitos sociais? Tem sido bastante discutida, como se sabe, a relação entre democracia e constitucionalismo. A possibilidade de o Judiciário substituir, na produção de normatividade, o Legislativo e o Executivo, legitimados pelo voto popular, exige, efetivamente, uma justificação complexa. No tocante aos direitos de liberdade, a polêmica, embora ainda bastante intensa no campo da fundamentação, tem dado lugar a certos consensos quanto ao resultado final das diversas propostas: entendidos como elementos nucleares do patrimônio jurídico

* A primeira versão deste estudo foi publicada em: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; BERCOVICI, Gilberto; MORAES FILHO, José Filomeno; LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. *Teoria da constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003. As idéias nele contidas estão desenvolvidas em: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

** Professor da Universidade Federal Fluminense (UFF). Doutor em Direito Público na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

individual, tais direitos fornecem pautas normativas para que o Poder Judiciário controle ou modere o arbítrio eventualmente praticado pelo Estado ou por outros poderes privados. O mesmo consenso não caracteriza a prerrogativa judicial de suprir as omissões legislativas na concretização dos direitos sociais que exibem um caráter prestacional (*i. e.*, direitos que implicam o fornecimento de bens e serviços).

Argumenta-se, de um lado, que a concretização de tais direitos, por depender do consumo de recursos públicos em cenários de escassez, implica a tomada de decisões político-orçamentárias,¹ cuja legitimidade só pode derivar da vontade da maioria. De outro lado, sustenta-se que, sem a garantia de direitos sociais básicos, tanto as liberdades individuais quanto a própria democracia se tornam meramente formais; vale dizer, não se projetam do mundo normativo para o mundo real, não são vividas efetivamente.² É claro que subjacentes à polêmica que envolve estas questões se encontram motivações que têm sua origem em compromissos políticos e econômicos. Não obstante isso, os vários pontos de vista que compõem esse debate se legitimam teoricamente, e, ao se projetarem para o campo da dogmática e da metódica constitucionais, dão fundamento a decisões judiciais as mais diversas.

A seguir, serão confrontadas duas formas de compreender, sob o prisma da teoria constitucional, a relação entre democracia e igualdade material. A primeira, que ainda goza de bastante prestígio no pensamento jurídico brasileiro, considera que a justiça social e, portanto, a realização de um contexto favorável à concretização de direitos sociais, são objetivos a serem alcançados pela participação popular. Para esse ponto de vista, a democracia deve realizar a concretização de um determinado projeto social, de modo que a seleção das finalidades estatais por parte do legislador ordinário é consideravelmente restrita. Ao Judiciário cabe o controle dos eventuais abusos ou

¹ Sobre o tema, cf., p. ex.: CANOTILHO, José J. Gomes. “Metodología ‘fuzzy’ y ‘camaleones normativos’ en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales” *In: Derechos y libertades – Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Madrid: Univeridad Carlos III, ano III, fevereiro, n. 6, 1998. p. 43 ss. Na literatura jurídica nacional o tema foi recentemente inventariado por: AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

² A oposição entre liberdade formal e liberdade real é examinada, v. g., por: HENKIN, Louis. *The age of rights*. New York: Columbia University Press, 1990. p. 2; ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 486 ss. Como lembra este último, “la libertad jurídica para hacer u omitir algo sin la libertad fática (real), es decir, sin la posibilidad fática de elegir entre lo permitido, carece de todo valor.” (p. 486). Na literatura jurídica brasileira, cf.: TORRES, Ricardo Lobo. “A cidadania multidimensional na era dos direitos” *In: Teoria dos direitos fundamentais*. Ricardo Lobo Torres (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 264

omissões dos demais poderes, mas não a concretização autônoma e imediata daquele projeto.

A segunda posição, ainda pouco difundida na literatura jurídica nacional, situa os direitos sociais não como objetivos da democracia, mas como suas condições de possibilidade. Com isso, torna-os passíveis de concretização direta pelo Poder Judiciário em caso de omissão estatal. Nesse viés, o ativismo judicial no campo social não representa uma usurpação da soberania popular, mas um incremento das condições para sua efetiva manifestação. Como se observará ao longo deste estudo, enquanto a primeira vertente dá ensejo à legitimação do *dirigismo constitucional*, a segunda se identifica com a *teoria democrática da constituição*. Cabe enfatizar que essa segunda vertente não representa uma capitulação do estado social em favor das tendências libertarianas que tanto têm influenciado o nosso constitucionalismo, sobretudo a partir do início dos anos 90. Pode representar, antes sim, uma compreensão, embora mais modesta – já que restrita ao “campo do político”³ -, também mais operacional do papel do Poder Judiciário na efetiva realização dos direitos sociais. Se a constituição democrática, por um lado, deixa à maioria a formulação e a implementação de um projeto de futuro, por outro lado, atua com muito mais ênfase no incremento das condições da democracia do presente. Com isso, participa apenas mediatamente na construção daquele projeto, enquanto contribui, de modo consistente e imediato, para a realização prática de um presente mais democrático.

I – Democracia e igualdade material

Desde há muito, tem sido objeto de crítica o fato de a democracia liberal se restringir a aspectos formais. Alega-se que a democracia tem se limitado ao reconhecimento legal de determinadas regras do jogo democrático (tais quais o pluralismo partidário; o voto direto, secreto, universal e periódico; a liberdade de imprensa, entre outras), sem que tal reconhecimento legal resulte na conformação de sociedades verdadeiramente democráticas. As democracias contemporâneas se caracterizariam, na realidade, pelo desinteresse generalizado pela política; pela grande influência do poder econômico sobre os processos eleitorais; pela manipulação da opinião pública pelos meios de comunicação; pela corrupção generalizada dos

³ No sentido atribuído por Rawls ao termo, conforme se esclarecerá adiante.

governos; pela ausência de fidelidade dos governantes aos princípios de seu partido e às propostas de campanha etc. Diversas são as vertentes do pensamento político que elaboram críticas como estas; desde de realistas – que sublinham o caráter elitista da democracia contemporânea -, até marxistas, passando por liberais igualitários.⁴ Não há como inventariar, no presente momento, a ampla variedade de autores que se inserem entre os críticos do formalismo da democracia liberal. Não há, tampouco, como cotejar a ampla variedade de propostas alternativas.

Dentre estas, me ateei, por ora, à tendência de conjugação dos aspectos formais da democracia liberal com os direitos sociais. Tais direitos criariam as condições para que todas as pessoas, que desejassem participar do processo político, efetivamente pudessem fazê-lo. A essa conjugação tem se atribuído a expectativa de realização de uma democracia substancial, de modo que a deliberação acerca das principais questões de interesse público de fato resulte da vontade popular. A seguir, serão mencionadas duas contribuições que adotam esse viés. Mas observe-se bem: o que importa, no presente escrito, é debater a necessidade de um contexto social razoavelmente igualitário por razões simplesmente políticas. São relevantes, aqui, as propostas que se situam no âmbito do político, sem recorrer a pressupostos de justiça ou eficiência econômica, bem como a doutrinas abrangentes de natureza ética, religiosa ou filosófica. Essa restrição ao campo do político é fundamental para se definirem os limites e as possibilidades do Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais prestacionais. Vejamos como o argumento é formulado originariamente por Rousseau e retomado por autores Heller.

É sob esse prisma materialmente igualitário que ressurge, com Rousseau, a teoria democrática na Era Moderna. O autor assinala que os únicos beneficiários do contrato social são aqueles que têm algum patrimônio a proteger. A instituição do governo só seria interessante à totalidade dos cidadãos se todos compartilhassem da condição de proprietários. O seu compromisso é, em especial, com a classe dos

⁴ No limite, a crítica de inspiração marxista afirma que, quando vigente em sociedades de classes, a democracia formal acaba servindo à consolidação de uma falsa consciência que neutraliza os potenciais transformadores da luta de classes. Para esse ponto de vista, a democracia formal representa um óbice considerável ao desenvolvimento de uma verdadeira democracia substancial. Essa é a linha da denúncia socialista dirigida contra a “democracia burguesa”. Cf., dentre inúmeras outras obras fundadoras da literatura marxista: LENIN, V. “El estado y la revolución. La doctrina marxista del estado y las tareas del proletariado en la revolución.” *In: Obras escogidas*. Tomo 3. Buenos Aires: Editorial Problemas, 1946. p. 222 e ss., 238 ss. e 275 ss.

pequenos produtores,⁵ em que cada um tenha algo a ser protegido, mas, ao mesmo tempo, não possa exercer qualquer espécie de dominação econômica sobre as demais pessoas.⁶ A importância da igualdade material decorre de que somente ela possibilita que todos tenham interesses semelhantes na manutenção do poder político e o considerem igualmente legítimo. Apenas em um contexto de igualdade, poderiam prevalecer a *vontade geral* e a ética comunitária que é por ela pressuposta, em substituição ao individualismo do homem hobbesiano, criticado por Rousseau. Em uma sociedade igualitária, a política democrática deixaria de ser uma opção *second best*,⁷ para passar a contar com um fundamento moral capaz de provocar a adesão da generalidade dos cidadãos. Na obra de Rousseau, a igualdade material é tão importante que o autor a alça à condição de grande objetivo do governo: “precisamente por sempre tender a força das coisas a destruir a igualdade, a força da legislação deve sempre tender a mantê-la.”⁸ Essa ênfase rousseauiana na igualdade material bastou para Macpherson caracterizasse o modelo do autor como uma utopia incompatível com uma sociedade dividida em classes.⁹ Essas passagens da obra de Rousseau são conhecidas e não há sentido em levar adiante estes comentários. Ora importa notar apenas que o fundamento da igualdade material, para o autor, repousa na política, e não em uma teoria da justiça econômica.

⁵ Isso pode ser percebido de modo bastante evidente, por exemplo, no *Discurso sobre as ciências e as artes* e na dedicatória do *Discurso sobre a desigualdade* à cidade de Genebra. Nessas duas passagens, o autor deixa transparecer seu ideal de vida simples e comedida, que somente se tornaria possível na ausência da riqueza excessiva e da ostentação social das diferenças.

⁶ Essa interpretação do modelo rousseauiano está presente, p. ex., em: COUTINHO, Carlos Nelson. “Crítica e utopia em Rousseau”, *Lua Nova*, São Paulo, nº 38, 1996. p. 24.

⁷ É o que acontece no contrato hobbesiano. Segundo este modelo, os indivíduos, como não são capazes de impor isoladamente a sua vontade, concordam em estabelecer um terceiro imparcial para manter a paz e a ordem, dirimindo os conflitos. Para o indivíduo, no entanto, esta é apenas uma segunda opção, não contando com qualquer adesão moral. Sobre o tema cf.: VITA, Álvaro de. *Justiça liberal*. Argumentos liberais contra o neoliberalismo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993. p. 22.

⁸ *Do contrato social*. São Paulo: Abril Cultural, 1978. [Os Pensadores]. p. 67. Em outra passagem, afirma o autor: “Se quisermos saber em que consiste precisamente o maior de todos os bens, qual deve ser a finalidade de todos os sistemas de legislação, verificar-se-á que se resume nestes dois objetivos principais: a liberdade e a igualdade. (...) ...quanto à igualdade, não se deve entender por essa palavra que sejam absolutamente os mesmos os graus de poder e de riqueza, mas, quanto ao poder, que este esteja distanciado de qualquer violência e nunca se exerça senão em virtude do posto e das leis e, quanto à riqueza, que nenhum cidadão seja suficientemente opulento para poder comprar o outro e não haja nenhum tão pobre que se veja constrangido a vender-se” (*Ibid.*, p. 66).

⁹ Segundo essa interpretação, o propósito de Rousseau não era o de formular um modelo político adequado à sociedade e ao homem de seu tempo, mas sim o de delinear a sociedade em termos ideais, como alternativa à realidade que o desapontava. Seu objetivo era o de promover uma remodelação social a partir de uma tomada de posição nitidamente classista. Cf.: MACPHERSON, C. B. *Democracia liberal: origens e evolução*. Rio de Janeiro: Zahar, 1978. Segundo o autor, a referência de Rousseau a “comprar e vender pessoas” não diz respeito à escravidão (cf. nota 8), que é contrária à própria essência humana, como explicitado no capítulo do *Contrato Social* referente a esse tema. Antes sim, parece tratar-se de proibição à “compra e venda de mão de obra assalariada” (p. 23).

No contexto do constitucionalismo de Weimar, o tema foi retomado, em termos aproximados, por Herman Heller. No conhecido texto “Democracia política e homogeneidade social”,¹⁰ o autor também justifica a igualdade material com base em argumentos restritos ao campo do político.¹¹ Segundo Heller, “a democracia política deve oferecer a cada membro do Estado igual possibilidade de influir sobre a organização da unidade política pela via da designação de representantes. No entanto, a disparidade social pode transformar o *summum jus* em *summa injuria*. A igualdade formal mais radical se converte em uma desigualdade também radical quando a sociedade não é homogênea, e a democracia formal se transforma em ditadura da classe dominante.”¹² Para o autor, o estado democrático se caracteriza por uma “unidade na multiplicidade de opiniões”. Um certo grau de homogeneidade social deve ser garantido justamente para possibilitar essa unidade: “a homogeneidade social é uma situação social e psicológica na qual as oposições e as lutas de interesses mostram-se ligadas umas às outras por uma consciência do sentimento do ‘nós’, por uma vontade comunitária que se atualiza.”¹³

Com isso, o autor se contrapõe à comentada perspectiva de Carl Schmitt, segundo a qual a dinâmica democrático-parlamentar pode ser entendida como uma relação “amigo-inimigo”.¹⁴ Para Heller, o que caracteriza a democracia não é exatamente “a discussão pública como tal”, mas a existência de um “fundamento comum para a discussão”. Este possibilita um *fair play* em face do adversário político interior à comunidade.¹⁵ Nesse sentido, a polêmica entre Schmitt e Heller retoma a clássica contenda entre as perspectivas hobbesiana e rousseauiana, ante mencionada. O fundamental do argumento de Heller, tal como o de Rousseau, não é afirmar que a

¹⁰ “Démocratie politique et homogénéité sociale”, *Revue Cités*, Paris, n. 6, maio de 2001.

¹¹ *Ibid.*, p. 199.

¹² *Ibid.*, 208. Em passagem esclarecedora de seu ponto de vista, o autor lembra ainda que “através do controle financeiro dos partidos, da imprensa, do cinema, da literatura, da influência social sobre a escola e a universidade, [a superioridade econômica] é, mesmo sem recorrer diretamente à corrupção, capaz de exercer uma hábil influência sobre a máquina burocrática e eleitoral, de tal sorte que, mesmo conservando a forma democrática, leva, ao final, quanto ao conteúdo, a uma ditadura. (...) Ela transforma a democracia política em ficção, mesmo que conservando a forma de designação dos representantes, ao falsificar o seu conteúdo.” (*Ibid.*, p. 208).

¹³ *Ibid.*, 205.

¹⁴ O texto de Heller ora referido foi publicado pela primeira vez em 1928, na coletânea *Probleme der Demokratie*. Tal coletânea teve sua origem em uma série de conferências com o mesmo título, organizada pela Hochschule für Politik. A primeira dessas conferências foi proferida justamente por Carl Schmitt e se denominava “O conceito do político”. É essa a oportunidade em que o autor expõe, pela primeira vez, a conhecida tese acima mencionada. A conferência de Heller foi proferida uma semana mais tarde, e contém a primeira crítica ao polêmico trabalho de Schmitt. Tais informações constam da apresentação feita por Dominique Ségler ao texto de Heller ora referido.

¹⁵ *Ibid.*, 204.

política nunca assuma a forma de uma relação “amigo-inimigo”. O objetivo do autor é enfatizar, como também fazia Rousseau, que, em um contexto de igualdade material razoável, é possível uma interação dialógica e cooperativa entre os diversos atores que assumem posições no processo político-democrático.¹⁶

Como se observa, a conexão entre democracia e igualdade material é bastante freqüente. Existe, no entanto, um aspecto em que as diversas concepções se dividem: a igualdade material deve ser entendida como *objetivo* ou como *condição* da democracia? É especialmente essa a polêmica que interessa para o campo da teoria da constituição. Como se esclarecerá adiante, a posição assumida em face dessa indagação lava ao estabelecimento de diferentes soluções para algumas das mais importantes questões do direito constitucional.¹⁷ A seguir, será examinada a primeira possibilidade: igualdade material como finalidade da democracia. Essa alternativa dá sustentação a uma teoria da constituição dirigente, com grandes repercussões dogmáticas, metodológicas e processuais, sobretudo no direito constitucional brasileiro. Após isso, será desenvolvido o segundo ponto de vista (igualdade material como condição da democracia), tal como sustentado pela teoria constitucional democrático-deliberativa.

II – Teoria da constituição dirigente, democracia e igualdade material

Uma primeira maneira de conceber essa relação entre democracia e igualdade é a que atribui ao procedimento democrático a finalidade de realizar a justiça social. Sob esse prisma, somente se pode caracterizar como democrática a deliberação tendente à justiça social, entendida em termos de um projeto econômico igualitário. A legitimidade das decisões estatais, não decorre apenas do respeito às regras do jogo democrático; está também vinculada aos padrões igualitários da “democracia social”.¹⁸ Esse tipo de teoria da democracia se conecta com a noção de constituição dirigente, cujo conceito, amplamente reconhecido no pensamento constitucional brasileiro, corresponde à

¹⁶ No âmbito dessa linhagem jurídico-política, o tema foi retomado atualmente por MÜLLER, Friedrich. “Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático?”, *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre*, ed. especial, outubro de 2000.

¹⁷ Refiro-me, por exemplo, à concepção de norma constitucional; à legitimação do judiciário (e, especialmente, da jurisdição constitucional) no quadro da separação dos poderes; e, de forma mais abrangente, ao próprio modelo de constituição

¹⁸ No âmbito do pensamento constitucional brasileiro, tal ponto de vista é amplamente compartilhado. Cf., entre outros: SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 17ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 136-7; FERREIRA, Pinto. *Curso de direito constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 76 ss.

compreensão de que cabe às constituições o estabelecimento de um projeto social a ser realizado pelo legislador. O dirigismo constitucional dá ensejo à elaboração de um conceito material de legitimidade: em seu cerne encontra-se a idéia de que as constituições devem conter não só normas que determinam limites (constituição garantia) e processos (constituição como processo ou instrumento de governo) para a atividade política, mas também normas definidoras de um projeto a ser realizado pelo legislador.

No Brasil, assim como na Europa, essas idéias nortearam, durante a segunda metade do século XX, grande parte do pensamento constitucional situado à esquerda do espectro político. Percebe-se, aqui, a influência decisiva das perspectivas reformadoras propugnadas, na Europa do segundo pós-guerra, pelo socialismo democrático e pela social-democracia.¹⁹ Entende-se, por um lado, que a justiça social está vinculada aos aspectos centrais de um modelo igualitário de organização da vida econômica. Por outro lado, entende-se também que tal modelo deve necessariamente ser alcançado através dos mecanismos institucionais do constitucionalismo democrático. Rejeita-se, com isso, tanto a via revolucionária de transformação da sociedade, quanto o arcabouço institucional que grassou nos países do socialismo real.²⁰

Em nosso País, essa perspectiva acabou resultando em um movimento político-teórico que podemos denominar “constitucionalismo brasileiro da efetividade”. Tal movimento se situa, predominantemente, no contexto da reabertura democrática, mas algumas de suas contribuições mais relevantes já haviam sido formuladas anteriormente.²¹ Ele ensejou uma guinada no pensamento constitucional progressista, o qual, em face da antiga ordem constitucional, tendia a se vincular à concepção marxista de que o direito era uma mera manifestação superestrutural das relações econômicas de

¹⁹ Nos EUA, por outro lado, esse tipo de concepção da relação entre democracia e finalidades coletivas tem estado presente, especialmente, nas propostas denominadas comunitárias ou republicanas, cuja polêmica com o liberalismo, seja em sua versão igualitária, seja em sua versão libertariana, tanto tem fecundado a filosofia política atual. Embora o ramo do constitucionalismo brasileiro ora em exame esteja mais vinculado à matriz européia, alguns estudos bastante esclarecedores têm sido feitos a partir da grade de inteligibilidade fornecida pelo debate norte-americano. Nessa linha, cf., especialmente: CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos de filosofia constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

²⁰ Sobre o tema cf., p. ex.: SILVA, José Afonso da. “Formação e transformação da social-democracia”. In.: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). *Direito constitucional*. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 471 e segs.

²¹ Refiro-me, especialmente, às contribuições precursoras de J. H. Meirelles Teixeira e José Afonso da Silva, as quais serão comentadas a seguir.

exploração que tinham lugar no âmbito infraestrutural.²² Por isso, se autocompreendia como *teoria crítica do direito*, cujas principais tarefas eram denunciar o caráter eminentemente ideológico do fenômeno jurídico e estimular a realização da justiça *praeter e contra legem*.²³ A partir da reabertura democrática, esse viés vai se alterando cada vez com maior intensidade. A teoria constitucional engajada passa a reconhecer um amplo potencial emancipatório na Constituição Cidadã de 1988. A esse reconhecimento se segue uma sensível tendência de inversão de seu papel: este não mais seria o de criticar o caráter ideológico do Texto Constitucional, mas o de desenvolver mecanismos dogmáticos e processuais para a sua efetivação. É nesse cenário que surge uma série de trabalhos comprometidos com a efetivação dos potenciais emancipatórios da Constituição,²⁴ vindo a se juntar àqueles elaborados por autores que, por já professarem um ideário social-democrata, foram capazes, ainda nas décadas anteriores, de enxergar no estado democrático de direito algo mais que a institucionalização de ideologias conservadoras.²⁵

²² Como relata Luis Roberto Barroso, “no início e em meados da década de 80, na América Latina, ainda sob o signo do autoritarismo militar e do anticomunismo truculento, o direito constitucional vagava errante entre dois extremos, ambos destituídos de normatividade. De um lado, plena de razões e em nome da causa da humanidade, a teoria crítica denunciava o direito como legitimador do *status quo*, instrumento puramente formal de dominação, incapaz de contribuir para o avanço do processo social e para a superação das estruturas de opressão e desigualdade. De outro lado, o pensamento constitucional convencional, mimetizado pela ditadura, acomodava-se a uma perspectiva historicista e puramente descritiva das instituições vigentes. Indiferente à ausência de uma verdadeira ordem jurídica e ao silêncio forçado das ruas, resignava-se a uma curricular desimportância. Cada uma dessas duas vertentes – a crítica e a convencional – por motivos opostos, desprezava as potencialidades da Constituição como fonte de um verdadeiro direito.” (“Nota prévia” in.: *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 4ª ed. ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2000).

²³ É amplíssima a bibliografia referente à matéria. Remeto o leitor interessado em uma introdução representativa dessa vertente do pensamento jurídico brasileiro à coletânea: SOUZA JUNIOR, José Geraldo (org.). *Introdução crítica ao direito*. 4ª ed. Brasília: UNB, 1993 (série “O direito achado na Rua”, v. I).

²⁴ Embora redigido, em sua primeira versão, ainda no ano de 1986, mas já decisivamente marcado pelo ambiente de esperança na nova Constituição, o trabalho que representa, com maior intensidade, essa tendência do direito constitucional brasileiro é a tese de livre docência do Prof. Luis Roberto Barroso: *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. No presente escrito, utilizo a 4ª edição desse trabalho, já citada.

²⁵ Nesse esforço de se atribuir maior efetividade ao texto constitucional, os diversos autores que compõem essa corrente de pensamento passam a desenvolver novos critérios dogmáticos e instrumentos jurídico-processuais, exercendo grande influência no debate jurídico brasileiro. Sua atuação não se restringe, no entanto, ao embate de idéias; projeta-se também para o âmbito da ação político-jurídica. Grande parte desses constitucionalistas atuou nas comissões de redação de projetos para a Assembléia Nacional Constituinte e na assessoria de alguns constituintes bastante influentes. Foi o caso, p. ex., de José Afonso da Silva e Carlos Roberto Siqueira Castro, dentre diversos outros. Essa participação tornou viável que a Constituição de 88 se caracterizasse não apenas pela incorporação de um conteúdo material de caráter progressista, mas também de uma série de instrumentos jurídico-processuais necessários à efetivação judicial desse conteúdo, como é o caso do mandado de injunção e da complexa e avançada jurisdição constitucional brasileira.

Como é de conhecimento geral, esses potenciais emancipatórios da Constituição Federal de 1988 são identificados principalmente em três características específicas do Texto Constitucional. Em primeiro lugar, a Constituição Federal de 1988 estabelece um amplo rol de direitos sociais. Inclusive, já que um dos principais alvos do discurso neoliberal é justamente a flexibilização desses direitos, sobretudo os trabalhistas, sua manutenção e efetivação assumem um viés de “resistência progressista”. Por outro lado, a Constituição consagra também um complexo aparato de garantia das liberdades individuais. Estas, após a reabertura democrática, passam a ser vistas pela esquerda, que havia sofrido com a sua violação durante o período ditatorial, não mais como reflexos da “ideologia burguesa”, mas como “conquistas da civilização” a serem defendidas prioritariamente.²⁶ Por fim, a Constituição Federal de 1988 é uma típica Constituição dirigente, que não se atém apenas ao estabelecimento de direitos e garantias, mas formula também um projeto de futuro. A esse projeto se pode atribuir interpretativamente um caráter social e igualitário, enfatizando-se a face encarnada do “compromisso constitucional”.²⁷ A Constituição Federal de 1988 é, ao mesmo tempo, garantia das liberdades e da democracia política, por um lado, e projeção de uma utopia social, por outro.²⁸ O Texto Constitucional fornece ao pensamento jurídico progressista ao mesmo tempo uma trincheira de resistência e uma carta programática. Ao se juntar a essas características da Constituição a redução da polarização ideológica verificada durante as décadas de 80 e 90, forma-se o contexto para o florescimento, no Brasil, de uma dogmática jurídica cuja meta principal é atribuir a maior efetividade possível à

²⁶ Assim, p. ex., no programa do PCdoB, aprovado em 1985, são elencados como objetivos do partido, dentre outros, os seguintes: “2. Regime efetivamente democrático: eleições diretas em todos os níveis através do sufrágio universal, direto e secreto, sem discriminação de qualquer natureza e com representação proporcional dos partidos políticos. Inviolabilidade da pessoa humana e do domicílio, ampla liberdade de pensamento, de palavra, de reunião, de associação, de greve, de imprensa, de cátedra, de crença e culto religioso, de movimento e profissão.” *In.: A política Revolucionária do PCdoB: informes ao 7º Congresso realizado em maio de 1988.* São Paulo: Editora Anita Garibaldi, 1989. p. 75.

²⁷ A Constituição Federal de 1988 tem sido frequentemente descrita como uma carta compromissória. De fato, a Constituição contém não uma ideologia hegemônica, mas fragmentos de ideologias diversas. Desse modo, teriam sido atendidas, em alguma medida, as expectativas normativas dos diversos grupos que atuaram durante o processo constituinte. Não se pode dizer que a Constituição represente nem um modelo capitalista puro, nem, evidentemente, um modelo socialista puro. Em seu texto, estão presentes princípios como a livre iniciativa, a propriedade privada, a livre concorrência e, simultaneamente, a função social da propriedade, a valorização do trabalho, a defesa do consumidor, a redução das desigualdades regionais, a busca do pleno emprego e a justiça social. Sobre o tema cf.: SOUZA, Washington Peluso. “Conflitos ideológicos na constituição econômica”, *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte: UFMG, v. 69/70, 1990; COMPARATO, Fabio Konder. “A ordem econômica na Constituição brasileira de 1988”, *Cadernos de Direito Econômico e Empresarial – Revista de Direito Público*, n. 93, 1990. p. 263-276; BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 452.

Constituição.²⁹ É a esse ideário, defendido por um conjunto heterogêneo de autores, que podemos denominar “constitucionalismo brasileiro da efetividade”.³⁰

Essa trajetória mereceria, por si só, um estudo de amplas proporções, ainda não realizado em nossa história das idéias jurídico-constitucionais.³¹ No presente momento, serão enfatizadas, a título de síntese, apenas algumas das características centrais desse movimento, bem como suas propostas metodológicas diretamente vinculadas à relação entre dirigismo constitucional e democracia política. Vejamos:

a) Observe-se que, embora a adesão dos juristas ao conteúdo constitucional seja evidentemente subjacente a esse movimento de idéias, como antes mencionado, a teoria da constituição por ele formulada se legitima através da noção de “*teoria da constituição constitucionalmente adequada*”.³² Sendo a Constituição Brasileira de 1988 uma constituição dirigente – conclusão que não pode ser seriamente refutada – uma teoria da constituição que tenha a pretensão de ser útil e aplicável no Brasil deve, segundo esse ponto de vista, ser uma teoria da *constituição dirigente*.³³ Nas últimas duas décadas, a teoria da constituição tem estado, assim, vinculada ao constitucionalismo do estado social e à problemática da constituição dirigente. Para ela, é tarefa da constituição não só o estabelecimento de garantias e procedimentos

²⁸ Na Constituição portuguesa, que é uma das principais influências da Constituição brasileira de 88, chegou-se a prever a transição para o socialismo.

²⁹ Assim, segundo Clèmerson Clève “em face da constituição de 1988, o direito constitucional alternativo pode constituir uma dogmática da efetividade” (“A teoria constitucional e o direito alternativo [para uma dogmática constitucional emancipatória].” *In.: Uma vida dedicada ao Direito. Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho. O editor dos juristas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. pp. 34-54).

³⁰ Preferimos aqui o termo “constitucionalismo” ao termo “teoria” (poder-se-ia pensar em uma “teoria brasileira da efetividade constitucional”) tendo em vista que se trata não só de um esforço de elaboração teórica, mas de um movimento de idéias e de ação, exibindo também uma dimensão política.

³¹ O tema tem sido objeto já de uma atenção considerável por parte de nossa melhor teoria constitucional. Deve se mencionar a contribuição inaugural de Clèmerson Clève, já citada. Esse percurso dos teóricos do direito constitucional no Brasil está descrito, em suas linhas gerais, nos seguintes trabalhos: BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*. Rio de Janeiro, mimeo, 2001; SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional*. Construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1999.

³² Assim, segundo Canotilho, “a compreensão da constituição só ganha sentido teórico-prático quando referida a uma situação constitucional concreta, historicamente existente num determinado país...” (*Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Reimpressão [primeira impressão de 1982]. Coimbra: Coimbra ed., 1994. p. 154.) Em outra passagem, afirma o autor: “uma teoria da constituição, se quiser ser de alguma utilidade para a metodologia geral do direito constitucional, deve revelar-se como uma teoria da constituição constitucionalmente adequada.” (*Ibid.*, p. 79).

³³ Nessa linha, cf.: BERCOVICI, Gilberto. “A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro”, *Revista de Informação Legislativa*, n. 142, abril/junho de 1999.

reguladores do exercício do poder político, mas também de determinado conteúdo a ser concretizado pelos agentes estatais e pela sociedade.³⁴

b) Essa teoria da constituição está diretamente vinculada a uma *concepção material de legitimidade*. Estabelece-se um critério não meramente procedimental para se aferir a legitimidade da atividade estatal. Serão legítimos os atos que, além de respeitarem as normas procedimentais, consistirem também na concretização de determinado conteúdo: no caso, o conteúdo correspondente a um projeto social materialmente igualitário, conformado, em seus aspectos gerais, no Texto Constitucional.³⁵

c) No entanto, resta ainda a questão de por que razão deve caber à geração de 1987/88 estabelecer o conteúdo, através de sua decisão constituinte, das decisões a serem tomadas pelas futuras gerações. Não seria o dirigismo constitucional, sob esse prisma, incompatível com o princípio democrático? Muitas repostas são possíveis para esta questão. Estabelece-se, via de regra, uma *concepção dual de democracia*,

³⁴ No tocante ao modelo de constituição dirigente, é de se enfatizar a contribuição do constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho. Sua tese de doutoramento, intitulada “A constituição dirigente e a vinculação do legislador...”, já citada, além de influenciar de maneira definitiva nossa teoria constitucional, foi referência central também para a própria elaboração de nossa Constituição. Como lembra o Prof. Eros Grau, “a tese de doutoramento de Canotilho foi escrita sob o impacto da Constituição portuguesa de 1976, mas, ao contrário, a Constituição brasileira de 1988 foi constituída tal como é também porque já existia aquela mesma tese.” (“Resenha do Prefácio da 2ª edição” *in*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). *Canotilho e a constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003).

³⁵ Assim, segundo Canotilho, “uma teoria da constituição não pode e não deve circunscrever-se a um ‘processo’ tecnocraticamente apto a ‘justificar’ o funcionamento sem falhas do sistema; como instrumento normativo a constituição ‘preocupa-se’ com a ‘justeza’ das decisões, com a ‘identidade material’ de uma ordem política, com a legitimidade normativo-substancial do sistema político.” (*Constituição dirigente e vinculação do legislador...*, cit., p. 108). No entanto, a posição de Canotilho acerca desse tema foi bastante modificada. É especialmente representativo o texto: “Rever ou romper com a constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo”, *Cadernos de direito constitucional e ciência política*, n. 15, abril/junho, 1996. Nesse trabalho, se lê o seguinte trecho, de crítica contundente ao dirigismo constitucional: “... subjacente ao programa constitucional está toda uma filosofia do sujeito e uma teoria da sociedade cujo voluntarismo desmedido e o holismo planetário conduzirão à arrogância de fixar a própria órbita das estrelas e dos planetas. (...) A má utopia do sujeito de progresso histórico alojou-se em constituições plano e balanço onde a propriedade estatal dos meios de produção se misturava em ditadura partidária e coerção moral e psicológica. Alguns – entre os quais me incluo – só vieram a reconhecer isto tarde e lentamente demais...” (p. 9). Mais recentemente, por ocasião de debate com alguns dos principais juristas brasileiros, o autor veio a esclarecer de modo mais abrangente o seu pensamento (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). *Canotilho e a constituição dirigente*, cit). Em resposta a Eros Grau, esclarecia Canotilho que o que acabou não foi propriamente a constituição dirigente, mas a centralidade constitucional dos sujeitos históricos de implementação do projeto constitucional (autor se refere especificamente às classes trabalhadoras e às forças armadas). Para ele, a programaticidade das constituições dirigentes teria se transferido para os textos internacionais. O autor ressalta, sobretudo, que, a partir do momento em que os mesmos objetivos passam a constar dos tratados internacionais, a doutrina, mesmo a de tradição mais conservadora, passa a reconhecer a imperatividade dos textos que apontam para a igualdade real e para a coesão econômica e social. (*Ibid.*, p. 13-5).

alicerçada nos contrastes tradicionais entre poder constituinte do povo e poderes constituídos; representação extraordinária e representação ordinária.³⁶ Contemporaneamente, a essa construção tradicional se junta a crítica aos desvios da democracia ordinária – acusada de elitista, corrompida e manipulada – ao lado do elogio à especial legitimação que caracteriza os momentos constituintes, marcados por grande mobilização nacional e participação popular. Daí a legitimidade de se impor à democracia ordinária o conteúdo material estabelecido pela democracia constituinte.³⁷

d) A teoria da constituição dirigente, tal qual formulada no Brasil, é um aporte jurídico-normativo. Uma das tônicas dessa vertente do pensamento jurídico brasileiro é afirmar que todos os dispositivos constantes da Constituição são dotados de normatividade. O papel da teoria constitucional passa a ser o de incrementar a “força normativa da constituição” – o que só se daria através do desenvolvimento de um instrumental dogmático e processual tendente a sua efetivação. Em nosso País, teve grande repercussão a conhecida exortação de Bobbio, segundo a qual “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los.”³⁸

e) Sobretudo no tocante à *teoria da norma constitucional*, esta vertente do pensamento jurídico desenvolveu parâmetros dogmáticos para a concessão de maior efetividade à Constituição. As teorias anteriores estabeleciam, de plano, a inefetividade de algumas normas constitucionais. A primeira forma de tratar o tema que se encontra na literatura jurídica brasileira é a célebre tipologia que dividia as normas constitucionais em auto-aplicáveis e não auto-aplicáveis, proposta por Rui Barbosa a partir de seus estudos sobre a teoria constitucional norte-americana.³⁹ As normas não auto-aplicáveis não deveriam surtir qualquer efeito. Eram relegadas à condição de

³⁶ Refiro-me à teoria clássica do poder constituinte, formulada por Sieyès, em *Qu'est-ce que lê Tiers État?*, traduzido no Brasil sob o título *A constituinte burguesa*. Rio de Janeiro: Líber Júris, 1988. No entanto, a proposta de Sieyès foi elaborada em um contexto em que se queria estabelecer a superioridade política do povo (ou nação, para Sieyès) sobre o monarca. Este deveria governar dentro dos limites estabelecidos por aquele. O autor não pensava, nos momentos iniciais da Revolução Francesa, nos quais a sua proposta foi formulada, na supressão total do poder do rei. Certamente a proposta do autor não se daria nos mesmos moldes em um contexto em que o poder já fosse exercido, também no plano ordinário de governo, pelo povo.

³⁷ Esse modelo dual de democracia é formulado, v. g., por B. Ackerman: *We the people. Foundations*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

³⁸ *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 24.

meros ornamentos do Texto Constitucional.⁴⁰ Aquela antiga doutrina chegou a elaborar listas de assuntos que, quando fossem objeto de ato legislativo, não poderiam ser submetidos à jurisdição constitucional, sob o argumento de que possuíam natureza política.⁴¹ A teoria da norma constitucional capitaneada por José Afonso da Silva⁴² – que é uma das principais matrizes do constitucionalismo brasileiro da efetividade – representa uma guinada significativa no sentido da efetivação da Constituição.⁴³ Todos

³⁹ BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. Coligidos e ordenados por Homero Pires. Vol. II. São Paulo: Saraiva & Cia., 1933. p. 488 ss.

⁴⁰ Tal comentário não pode senão ser feito com ressalvas, visto que estes mesmos juristas, sobretudo a figura histórica de Rui Barbosa, forneceram importantes contribuições à efetivação das liberdades constitucionais. É o que ocorreu, v. g., por conta do advento da doutrina brasileira do *Habeas Corpus*, que teve em Rui Barbosa o principal formulador. Tal doutrina contribuiu de forma decisiva para a sua efetivação da Constituição. Além disso, a doutrina de Rui Barbosa se situava em um contexto histórico em que o Poder Judiciário ainda afirmava suas prerrogativas institucionais, exigindo-se, por isso, uma postura prudente.

⁴¹ Cf., p. ex.: BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *A teoria das constituições rígidas*. São Paulo: Bushatsky, 1980. pp. 123-131. Para o autor, não devem ser objeto de apreciação judicial os seguintes temas: “1) a declaração de guerra e a celebração da paz; 2) a manutenção e a direção das relações diplomáticas; 3) a verificação dos poderes dos representantes dos governos estrangeiros; 3) a celebração e rescisão de tratados; 5) o reconhecimento da independência e da soberania de outros países; 6) a fixação das extremas do país com seus vizinhos; 7) o regime do comércio internacional; 8) o comando e disposição das forças militares; 9) a convocação e mobilização da milícia; 10) o reconhecimento do governo legítimo nos Estados, quando contestado entre duas parcialidades; 11) a apreciação, nos governos estaduais, da forma republicana, exigida pela Constituição; 12) a fixação das relações entre a União ou os Estados e as tribos indígenas; 13) o regime tributário; 14) a adoção de medidas protecionistas; 15) a admissão de um Estado à União; 17) a declaração da existência do estado de insurreição; 18) o restabelecimento da paz nos Estados insurgentes e a reconstrução neles da ordem federal; 19) o provimento dos cargos federais; 20) o exercício da sanção e do veto sobre as resoluções do Congresso; 21) a convocação extraordinária da representação nacional” (p. 132).

⁴² Embora seja a contribuição de José Afonso da Silva a que se consolida no pensamento jurídico brasileiro, o autor se fundamenta amplamente no pensamento de Meirelles Teixeira. Durante longo tempo, o pensamento desse constitucionalista não chegou ao conhecimento do grande público, circulando apenas através de apostilas e cópias dos registros de suas aulas, feitos por seus alunos. Após a sua morte, veio a ser publicado seu *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. Outra referência fundamental para José Afonso da Silva foi a conhecida obra de Vezio Crisafulli: *La costituzione e le sue disposizioni di principio*. Milano: P Giuffrè, 1952. Esta obra, inclusive, foi também a principal influência de Meirelles Teixeira, sendo, portanto, Crisafulli originariamente o autor das linhas gerais da tipologia. A propósito do caráter formal de tal tipologia vale, inclusive, a transcrição de trecho ilustrativo da lavra do mestre italiano: “dal punto di vista del loro contenuto normativo, nessuna differenza sostanziale sussiste, dunque, tra le disposizioni costituzionali che enunciano principi generali già in atto, rivolte, cioè, in modo diretto e immediato a determinare o a definire riassuntivamente modi di essere attuali dell’ordinamento giuridico, e quelle che pongono invece principi generali puramente programmatici, precisandone cioè le linee fondamentali dello sviluppo avvenire in ordine a certa materie.” (*Ibid.*, p. 37).

⁴³ No entanto, os avanços teóricos não tiveram a repercussão desejada na jurisprudência dos tribunais. De fato, por mais convincente que seja a construção e por mais comprometidas que sejam as finalidades que com ela se busque alcançar, a sua recepção pelo Judiciário tem sido tímida, quando não, deturpadora de seus propósitos. No tocante à teoria da norma, se a proposta de José Afonso da Silva e dos demais autores do constitucionalismo brasileiro da efetividade era tendente à efetivação da Constituição e pôde, justamente por isso, ser incorporada, como referência central, pelo pensamento jurídico progressista, com o tempo, passou a servir paradoxalmente ao propósito contrário; não, evidentemente, por suas características internas, mas por conta da interpretação que fez dela o Poder Judiciário Brasileiro, especialmente o STF. As expressões “norma programática”, “norma de eficácia limitada”, “princípio programático” acabaram por se constituir em verdadeiros índices da não efetivação da Constituição.

os dispositivos constitucionais possuiriam algum grau de normatividade e deveriam surtir alguns efeitos. As antigas normas não auto-aplicáveis se convertem em normas de eficácia limitada (subdivididas em normas de princípio institutivo e normas programáticas). E a elas se passa a atribuir efeitos, embora continuem não sendo passíveis de aplicação autônoma pelo Judiciário sem mediação legislativa.⁴⁴

f) De todos os efeitos surtidos pelas normas de eficácia limitada, dois deles interessam especialmente. Em primeiro lugar, as normas de eficácia limitada passam a constituir parâmetro para o controle da inconstitucionalidade por ação: toda a vez que o legislador contrarie a diretriz fixada na norma programática, o Judiciário está legitimado para declarar a nulidade do ato legislativo. Em segundo lugar, fornecem padrões para a declaração da inconstitucionalidade por omissão. Se o legislador deixar de cumprir o programa constitucional, haverá a possibilidade de o Judiciário declará-lo em mora. Com isso, é posta em termos mais operacionais a idéia de *vinculação do legislador* ao programa constitucional – a qual era desprovida de exigibilidade judicial em suas formulações originais.⁴⁵

Quando se quis, nos últimos vinte anos, deixar de aplicar a Constituição, bastou se etiquetar a norma suscitada como programática e transferir para o legislador uma tarefa que, muitas vezes, era mesmo do Judiciário. Muitos são os exemplos que podem ser colhidos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Talvez o mais conhecido seja o da interpretação do § 3º do artigo 192 da CF. Em repetidos casos, assim decidiu o STF: “A regra inscrita no Art. 192, parágrafo 3º, da Carta Política – norma constitucional de eficácia limitada – constitui preceito de integração que reclama, em caráter necessário, para efeito de sua plena incidência, a mediação legislativa concretizadora do comando nela positivado. // Ausente a lei complementar reclamada pela Constituição, não se revela possível a aplicação imediata da taxa de juros reais de 12% a. a. prevista no Art. 192, parágrafo 3º, do texto constitucional.” Cf., p. ex.: STF, RE 170131/RS, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 24.06.94.

⁴⁴ Segundo a clássica lição de José Afonso da Silva, as normas programáticas surtem os seguintes efeitos: “I – estabelecem um dever para o legislador ordinário; II – condicionam a legislação futura, com a conseqüência de serem inconstitucionais as leis ou atos que as ferirem; III – informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção dos valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum; IV – constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas; V – condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário; VI – criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou de desvantagem...” (*Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 164). Repare que estas normas não são aplicadas diretamente, mas “constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas”. Na mesma linha, segundo Luís Roberto Barroso, as normas programáticas devem surtir os seguintes efeitos: “a) revogam os atos normativos anteriores que disponham em sentido colidente com o princípio que substanciam; b) carregam um juízo de inconstitucionalidade para os atos normativos editados posteriormente, se com elas incompatíveis.” Além disso, tais normas concedem para os jurisdicionados os seguintes direitos: “a) opor-se judicialmente ao cumprimento de regras ou à sujeição a atos que o atinjam, se forem contrários ao sentido de preceptivo constitucional; b) obter, nas prestações jurisdicionais, interpretação e decisão orientadas no mesmo sentido e direção apontados por estas normas, sempre que estejam em pauta os interesses constitucionais por ela protegidos.” (*O direito constitucional e a efetividade de suas normas...*, cit., p. 120).

⁴⁵ Cf. o trabalho de Canotilho, segundo o qual “em sede de constituição dirigente, não tem grande sentido nem alcance prático falar-se dos tribunais ou de um tribunal constitucional como ‘defensor da

g) O modelo se completa com o desenvolvimento de *instrumentos jurídico-processuais* adequados à concretização pelo Judiciário do programa constitucional.⁴⁶ É o caso da ação de inconstitucionalidade por omissão e do mandado de injunção, os quais se prestam a permitir que o Judiciário atue no sentido de atribuir maior efetividade às normas de eficácia limitada.⁴⁷ É de se mencionar também a ampla possibilidade do controle judicial da inconstitucionalidade por ação – que envolve tanto o controle concentrado quanto o difuso – permitindo o combate à atividade legislativa contrária ao programa constitucional. O processo constitucional se converte em instrumento para a

constituição'. (...) Quer pela especificidade das suas funções, quer pelos problemas de legitimação democrática, o alargamento das funções do juiz a tarefas de conformação social positiva é justamente questionável.” (*Constituição dirigente e vinculação do legislador...*, cit., 1994. p. 350). Em outra passagem, afirma ele: “a realização da constituição dirigente não pode aquilatar-se através da dissolução do potencial da ação político-democrática numa ‘curta’ mentalidade de pretensões subjetivas, individualmente acionáveis. A ‘perda de justiciabilidade’ e a colocação dos direitos a prestações dentro da ‘reserva do possível’ devem ser compensadas por uma *intensificação de participação democrática na política dos direitos fundamentais*.” (*Ibid.*, p. 377 – grifo no original). Na realidade, o autor apostava muito mais na participação popular que no Judiciário, embora as interpretações brasileiras de sua obra a tenham conectado com os institutos dogmáticos e processuais tendentes à efetivação judicial da Constituição.

⁴⁶ Cabe destacar, pelo pioneirismo nesse esforço de incremento dos meios processuais adequados à realização dos direitos sociais, a contribuição de Paulo Lobo Saraiva, o qual, ainda em 1983, propunha a instituição do “mandado de garantia social”, o qual teria o propósito de “fazer consagrar, respeitar, manter ou restaurar, preventiva ou repressivamente, os direitos sociais previstos explícita ou implicitamente na constituição federal, contra atitudes ativas ou omissivas do Poder Público ou de particulares, para os quais não exista remédio próprio.” (*Garantia constitucional dos direitos sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 102.) Trata-se, evidentemente, de proposta embrionária do mandado de injunção.

⁴⁷ No campo do direito processual constitucional, o acolhimento pelo Judiciário, sobretudo pelo STF, das teses do constitucionalismo brasileiro da efetividade foi, em regra, bastante restrito. Desnecessário é lembrar o caso do mandado de injunção, que teve sua efetividade podada pelo STF. Como se sabe, em face do mandado de injunção, foram elaboradas duas grandes linhas doutrinárias, evidentemente combinadas por posições intermediárias. A primeira – doutrina concretista – considerava que o mandado de injunção serviria para que o Judiciário elaborasse para o caso concreto a regulamentação que permitiria o exercício dos mencionados direitos e liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Para a segunda vertente – não concretista –, caberia ao Judiciário apenas declarar a mora na elaboração da norma regulamentadora e notificar o órgão competente para elaborá-la. Diante de sua inércia continuada, o Judiciário não teria, no entanto, qualquer possibilidade de obrigá-lo a promover a devida regulamentação. Como se sabe, esta tem sido a posição predominante no Supremo Tribunal Federal (STF, MI 107, Rel. Min. Moreira Alves, DJU 21.09.1990), embora sejam de se mencionar as concessões concretistas que têm marcado algumas decisões recentes do Tribunal, especialmente quando este fixa prazos para que seja suprida a omissão e estabelece a auto-aplicabilidade da norma constitucional em caso de persistência da inércia legislativa (STF, MI n. 232, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ 137/965). Esse não-concretismo da jurisprudência do STF tem gerado um sentimento de decepção bem sintetizado pelo título dado por Barroso a seu estudo sobre o tema: “Mandado de injunção: o que foi sem nunca ter sido” in: *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar: 2001. Sobre as correntes doutrinárias, cf.: QUARESMA, Regina. *O mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão*. Rio de Janeiro: Forense, 1995. Sobre o tratamento dado ao tema pelo STF cf. a jurisprudência reunida em MORAIS, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002. pp. 412-426

realização do programa constitucional.⁴⁸ Talvez seja este, inclusive, o aspecto mais destacado e original do tratamento dado ao tema no Brasil.

III – Teoria constitucional democrático-deliberativa e igualdade material

A outra forma de se compreender a relação entre democracia e igualdade que será objeto de exame no presente estudo é a que situa esta não como finalidade daquela, mas como sua condição. Para este ponto de vista, só haverá democracia em um contexto de igualdade material razoável. Esse tipo de tratamento do tema é recorrente na história das idéias jurídicas, marcando, por exemplo, as contribuições referidas no início do presente estudo (I). Neste momento, será examinada uma das vertentes de maior repercussão no debate contemporâneo. Trata-se da chamada *democracia deliberativa*. Se, há alguns anos, esta se encontrava vinculada às perspectivas de Rawls e Habermas, sobretudo deste último, atualmente já assume uma autonomia que a tem elevado ao plano de verdadeiro ramo do pensamento político hodierno. A seguir, são sintetizados os seus principais aspectos que permitem a formulação de uma teoria da *constituição da democracia deliberativa*.⁴⁹

a) A democracia deliberativa compartilha do diagnóstico de que as sociedades contemporâneas são plurais, convivendo em seu interior inúmeras doutrinas abrangentes de caráter moral, filosófico e religioso⁵⁰, *i. e.*, inúmeras concepções individuais e coletivas acerca do que vem a ser a vida digna, as quais possuem a pretensão de modelar a sociedade, em suas mais diversas dimensões. Por essa razão, é inviável um consenso generalizado sobre os fins que devem ser perseguidos pelo Estado.⁵¹ Em vista

⁴⁸ Cf., p. ex.: GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da constituição*. São Paulo: Celso Bastos Editor/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000. p. 215.

⁴⁹ A expressão “constituição da democracia deliberativa” é utilizada por: NINO, Carlos Santiago. *A Constituição da Democracia Deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1998.

⁵⁰ Segundo Catherine Audard, em glossário dos conceitos de Rawls, são “doutrinas – filosóficas, morais e religiosas – pessoais que englobam, de maneira mais ou menos sistemática e completa, os diversos aspectos da existência humana e, portanto, que ultrapassam as questões meramente políticas, considerando-as como um caso particular de uma concepção mais ampla.” (“Glossário” *In*: RAWLS, John. *Justiça e democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 376). Um dos objetivos centrais da teoria política contemporânea tem sido justamente o de “compreender como é possível existir, ao longo do tempo, uma sociedade estável e justa de cidadãos livres e iguais profundamente divididos por doutrinas religiosas, filosóficas e morais razoáveis, embora incompatíveis.” (RAWLS, John. *Liberalismo político*. São Paulo: Ática, 2000. p. 25).

⁵¹ Por essa mesma razão, se mostra inviável a tentativa de estabelecer um fundamento de caráter metafísico para os direitos fundamentais. O nosso tempo tem sido caracterizado como uma era pós-metafísica. Sobretudo a teoria liberal clássica dos direitos, centrada na proteção do indivíduo, se vê na

dessa impossibilidade de consenso sobre o modelo global de sociedade a ser implementado, as teorias democrático-deliberativas se concentram na estruturação das condições que permitem a cooperação entre os diversos grupos que divergem entre si. Entendem que há a possibilidade de consenso sobre as premissas do processo de tomada das decisões públicas. Tais premissas são justamente as condições da democracia⁵², que são neutras ou imparciais em relação às diversas doutrinas abrangentes razoáveis que habitam as sociedades contemporâneas.⁵³ Quando a teoria democrático-deliberativa fala de consenso e de neutralidade política, está se referindo à estrutura básica da sociedade, plasmada constitucionalmente para permitir a realização das mais diversas doutrinas abrangentes que não sejam com ela incompatíveis. As constituições deveriam, para a perspectiva deliberativa, estabelecer apenas a estrutura básica do estado democrático de direito, de modo a se legitimarem em face dos mais diversos projetos sociais que, pela sua razoabilidade, ostentam legitimamente a pretensão de definir os rumos a serem seguidos pela sociedade.

b) A definição de projetos sociais deve se dar através da deliberação majoritária. Apesar disso, tal consenso deve, dentro de determinados limites temporais, ser tentado. Essa busca do consenso se impõe para que a sociedade trate a todos com igual respeito,

contingência de reformular sua pretensão de estabelecer cognitivamente a correção interna de um sistema de direitos. Se a metafísica garantia em termos indiscutíveis a legitimidade das normas jurídicas, o advento de seu esgotamento dá ensejo a um vazio de legitimidade, instigando uma gama variada de vertentes de pensamento a fornecer novos critérios para sua aferição. Sobre o tema cf.: HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

⁵² Esse ponto de vista é enfatizado por grande parte dos defensores de um modelo normativo de democracia deliberativa. Cf.: HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 9 ss.; COHEN, Joshua. "Procedure and substance in deliberative democracy". In: BOHMAN, James; REHG, William. *Deliberative democracy*. Essays on reason and politics. Cambridge-Mass/London: MIT Press, 1997. pp. 407-437; BENHABIB, Seyla. "Toward a deliberative model of democratic legitimacy", In: BENHABIB, Seyla (ed.). *Democracy and difference*. Contesting the boundaries of the political. Princeton: Princeton University Press, 1996. p. 73. No âmbito da bibliografia nacional, cf.: NEVES, Marcelo. "Do consenso ao dissenso: o estado democrático de direito a partir e além de Habermas" In: SOUZA, Jessé de (org.). *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 2001. p. 136 ss.

⁵³ A importância da formulação de uma teoria da neutralidade política tem sido enfatizada por uma série de autores. A proposta mais influente é a de J. Rawls. Cf., p. ex.: "A idéia de razão pública revista", In: *O direito dos povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 182-185. O autor deseja formular uma teoria política que seja imparcial (*freestanding*) em relação às mencionadas doutrinas abrangentes razoáveis. Mas a proposta de Rawls, como ocorre com as demais teorias democrático-deliberativas, não rejeita nenhuma concepção abrangente razoável; antes sim, tem em vista permitir a sua realização em um contexto de pluralismo. A proposta de Rawls "se move dentro da categoria do político e deixa a filosofia intacta. Ela deixa intocados todos os tipos de doutrinas, religiosas, metafísicas e morais, com suas longas tradições de desenvolvimento e informação." ("Resposta a Habermas", *Educação e sociedade*, n. 57/especial, dezembro de 1996. p. 624).

levando em conta, no processo deliberativo, também as opiniões minoritárias.⁵⁴ O opositor político deve ser considerado, na democracia, não como um inimigo a ser destruído, mas como alguém com quem, apesar da divergência de opiniões, cooperamos. Por isso, a deliberação deve ocorrer em um contexto dialógico, comunicativo. A democracia deliberativa busca superar a concepção de democracia segundo a qual os participantes do processo político se orientam necessariamente por interesses pessoais, sendo as decisões públicas não mais que o somatório desses interesses.⁵⁵ A democracia deliberativa explora a capacidade de entendimento dos cidadãos.⁵⁶ Quando afirma a impossibilidade de um consenso acerca dos objetivos a serem seguidos pela democracia ordinária, isso não significa que a busca desse consenso não deva ser tentada e que tal projeto social abrangente não possa ser objeto da deliberação majoritária. O que é realmente problemático, para uma teoria da constituição inspirada nesse ponto de vista, é a pretensão de projetar constitucionalmente um futuro determinado a partir de uma doutrina particular, excluindo a possibilidade das outras doutrinas igualmente razoáveis serem realizados, não só no presente, mas também no futuro, os seus projetos mais fundamentais. Isso

⁵⁴ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*, vol. I, cit., p. 190 e segs.; COHEN, Joshua. “Deliberation and democratic legitimacy” In: BOHMAN, James; REHG, William (orgs.). *Deliberative democracy. Essays on reason and politics*. Cambridge-Mass/London: MIT Press, 1997. pp. 67-91. A opção inversa é de tomada de decisões por elites ou pela maioria, sem que a minoria tenha sido ouvida – o que implica não tratar a todos como dignos de igual respeito.

⁵⁵ Esse último ponto de vista é defendido por inúmeras correntes da teoria democrática, sobretudo as de viés agregativo e elitista, as quais se fundamentam, de modo geral, em uma concepção antropológica de caráter hobbesiano. É claro que o modelo possui uma grande capacidade de descrever como de fato tem se dado o processo político contemporaneamente, sendo, por isso, caracterizado como realista. No entanto, é igualmente real que as pessoas não se orientam somente por seus interesses pessoais, mas pensam também naquilo que é justo. Esse problema, no entanto, não é central para o ponto de vista aqui sustentado. O importante é perceber, como anotado acima, que o modelo deliberativo de democracia é um modelo normativo: quando estabelece quais são os requisitos de uma deliberação ideal, está, com isso, estabelecendo também quais são as pautas normativas que devem servir como referencial para a crítica da democracia real. Um modelo descritivo de democracia centrado na noção de interesse é proposto paradigmaticamente por: SHUMPETER, J. *Socialismo, capitalismo e democracia*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961; DOWNS, Anthony. *An Economic theory of democracy*. New Haven: Yale University Press, 1963. Para uma crítica à democracia centrada em concepções elitistas e utilitaristas, a partir de um ponto de vista deliberativo, cf.: ELSTER, Jon. “The market and the forum: three varieties of political theory”. In: BOHMAN, James; REHG, William (orgs.). *Deliberative democracy. Essays on reason and politics*. Cambridge-Mass/London: MIT Press, 1997. pp. 3-33; HABERMAS, Jürgen. “Três modelos normativos de democracia”, *Lua Nova*, n. 36, 1995; HARDIN, Russel. “Deliberation. Method, not theory.” In MACEDO, Stephen (ed.). *Deliberative politics. Essays on Democracy and disagreement*. New York/Oxford: Oxford University Press, 1999. p. 105-112.

⁵⁶ Enfatizando essa dimensão comunicativa da democracia, cf., sobretudo: HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*, vol. I, cit., p. 190 e segs.; GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. *Democracy and disagreement*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1996; BENVENISTE, Seyla. “Toward a deliberative model of democratic legitimacy”, cit.; COHEN, Joshua. “Deliberation and democratic legitimacy”, cit.. Este último artigo acentua também a função contrafática ora enfatizada.

significaria dizer para aqueles com quem desejamos cooperar que tal cooperação se dará sempre nos termos estritos de nosso ponto de vista particular.

c) Essa interação comunicativa deve se dar também em um contexto em que sejam respeitadas determinadas condições comunicativas, tais quais, sobretudo, a abertura, a igualdade de possibilidades de participação e a liberdade para participar, sem coerções físicas e morais, dessa interação.⁵⁷ Tais condições correspondem aos princípios da democracia deliberativa, os quais visam, do mesmo modo, a abertura, a igualdade de possibilidades de participação e a liberdade para participar, sem coerções físicas e morais, do processo político democrático. Segundo uma das precursoras da teoria democrático-deliberativa - S, Benhabib:

“O modelo discursivo da ética formula os princípios mais gerais e as intuições morais que subjazem às reivindicações de validade de um modelo deliberativo de democracia. A idéia básica que está por detrás deste modelo é a de que essas normas (i. e., regras gerais de ação e arranjos institucionais) só podem ser ditas válidas (i. e., moralmente vinculantes), e contar com a concordância de todos os afetados, se tal acordo foi alcançado como consequência de um processo de deliberação que teve as seguintes características: 1) a participação em tal deliberação é gerida pelas normas de igualdade e simetria; todos têm as mesmas chances para iniciar atos de fala, para questionar, para interrogar e para abrir o debate; 2) todos têm o direito de questionar os tópicos propostos para discussão; e 3) todos têm o direito de iniciar argumentos reflexivos até mesmo sobre as regras do procedimento do discurso e o modo como são aplicadas ou levadas a cabo.”⁵⁸

d) As normas que têm em vista garantir as condições da democracia deliberativa são justamente os direitos (materialmente) fundamentais, os quais podem, por isso, ser aceitos pelas mais diversas doutrinas abrangentes razoáveis. Segundo Habermas, cuja

⁵⁷ Essas regras do discurso prático têm sua formulação mais reconhecida na obra de Habermas: *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. Sobre o tema cf., também: BENHABIB, Seyla. “Toward a deliberative model of democratic legitimacy”, cit., p. 70; ALEXY, Robert. “Discourse theory and human rights” *In: Challenges to law at the end of the 20th century. 17th IVR World Congress, Bologna, Vol. II – Plenary and parallel sessions, 16-21 de Junho, 1995.* p. 22 e segs.

⁵⁸ Cf.: BENHABIB, Seyla. “Toward a deliberative model of democratic legitimacy”, cit., p. 70. Na mesma linha, conectando argumentação prática e democracia, cf.: HÄBERLE, P. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Rio de Janeiro: Sérgio Fabris, 1997. Na literatura jurídica nacional, cf.: MAIA, Antônio Cavalcante. “Notas sobre direito, argumentação e democracia.” *In: CAMARGO, Margarida Maria (org.). 1988 – 1998: uma década de Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

obra, ao lado da de Rawls, é a principal matriz dessa vertente do pensamento democrático, tais direitos são os seguintes:

(1) “Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação*.”

(2) “Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *status de membro* numa associação voluntária de parceiros de direito.”

(3) “Direitos fundamentais que resultam imediatamente da *possibilidade de postulação judicial* de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual.”

Segundo o autor, esses três conjuntos de direitos garantem justamente a autonomia privada, entendida, no modelo deliberativo, como condição da democracia. A esses, o autor agrega aqueles diretamente centrados na autonomia pública:

(4) “Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua *autonomia política* e através dos quais eles criam direito legítimo.”

Finalmente, o autor enfatiza um quinto grupo, que ora nos interessa de forma mais direta:

(5) “Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) até (4)”.⁵⁹⁶⁰

⁵⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*, vol. I, cit., p. 159-160 (grifos do autor). No tocante a esse último grupo de direitos fundamentais, que ora nos interessa de forma mais direta, cf., também especialmente: GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. *Democracy and disagreement*, cit., p. 272 ss. Comentando a contribuição dos autores, Daniel A. Bell lembra que “in a society deeply polarized between rich and poor, it is difficult to imagine that people will be willing to set aside their differences to discuss controversial issue in good faith.” (“Democratic deliberation. The problem of implementation” In MACEDO, Stephen (ed.). *Deliberative politics. Essays on Democracy and disagreement*. New York/Oxford: Oxford University Press, 1999. p. 73). No mesmo sentido, segundo Bohman “the agents have equal standing only if they possess equal capacities for effective social freedom; only under such conditions of equality would they have the reasonable expectation to influence outcomes and thus be motivated to continue to cooperate in deliberation even when they fail to convince others.” (“The coming of age of deliberative democracy”, cit., p. 410-411).

⁶⁰ Sobre a reconstrução habermasiana do sistema de direitos fundamentais, cf., na literatura jurídica brasileira: MAIA, Antônio Cavalcanti. “Direitos humanos e a teoria do discurso do direito e da democracia”, *Arquivos de direitos humanos*, n. 2, 2000; GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença*. Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 203 ss.; NASCIMENTO, Rogério Soares. “A ética do discurso como justificação dos direitos fundamentais na obra de Jürgen Habermas.” In.: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

e) Se, no entanto, a deliberação majoritária chega a conclusões contrárias aos direitos fundamentais se justifica o controle de tais decisões pelo Judiciário. Em razão disso, este é um verdadeiro *guardião da democracia deliberativa*.⁶¹ Ao contrário do que ocorre no âmbito da teoria da constituição dirigente, a tarefa do Judiciário não é a de fiscalizar a implementação efetiva do programa constitucional, mas a de controlar a violação de direitos fundamentais pelas maiorias eventuais. Ao realizar a contento essa tarefa, está incrementando as condições para que o povo decida melhor. E dentre estas se situam os direitos sociais, considerados agora não mais como objetivos, mas como pressupostos e condições. Como isso, o Judiciário se restringe ao campo da imparcialidade política. Aqui, a noção não se confunde com a de imparcialidade epistemológica, defendida pelo positivismo filosófico. Não há, para esse ponto de vista, a pretensão de que o Judiciário esgote cognitivamente a aplicação do direito. Quando a teoria deliberativa sustenta, como idéia regulativa, a neutralidade política do Judiciário, com apoio nas contribuições de Rawls e Habermas, está se referindo ao seu âmbito próprio de atuação, que é o da preservação da democracia, que serve de estrutura básica para diversas doutrinas abrangentes razoáveis. O que se propõe é que o Judiciário leve a efeito sua atividade construtiva (vale dizer, sua atividade de construção de normatividade), até os limites dessa estrutura básica. É claro que, na prática dos tribunais, isso não ocorre sempre e nem pode ocorrer. O magistrado possui o seu ponto de vista abrangente particular, compreensivo, que será determinante em sua argumentação prática. No entanto, uma teoria da imparcialidade política tem o mérito de fornecer critérios para a crítica de como se proferem na prática as decisões judiciais, e a crítica pública possuem um potencial racionalizador.

A justificação da jurisdição constitucional a partir de argumentos que caracterizam o Poder Judiciário como protetor dos direitos fundamentais contra eventuais violações praticadas pela maioria já estava presente no âmbito do pensamento

⁶¹ Cf., nesse sentido, p. ex.: HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*, vol. I, cit., p. 297 e segs.; ELSTER, Jon. *Ulisses and the sirens*. Cambridge University Press, 1979. No Brasil, o tema foi abordado, nesse viés, v. g., por: VIEIRA, Oscar Vilhena. *A constituição como reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 301 ss.; BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 93 ss.

liberal clássico.⁶² Daí decorre o próprio conceito de constituição garantia. No entanto, a perspectiva liberal tradicional se vê obrigada a fornecer uma justificação metafísica para os direitos fundamentais, que não se restringe ao campo do político: as normas de direito fundamental são válidas, para esse ponto de vista, não porque a maioria constituinte assim decidiu, mas porque gozam de uma racionalidade intrínseca. Esse tipo de argumento é inviável no atual contexto de pluralismo, por não superar o problema de definir qual doutrina abrangente tem a legitimidade para indicar quais direitos gozam de racionalidade intrínseca. Se a resposta for “a doutrina majoritária”, cai por terra o argumento, afirmando-se o princípio majoritário que se queria restringir; se for “os mais ilustrados” já não há democracia, mas algo próximo à república platônica de reis-filósofos.

Outra teoria dos direitos fundamentais bastante reconhecida é a axiológica. Para essa perspectiva, a justificação dos direitos fundamentais deve repousar nos valores compartilhados pela comunidade. A jurisdição constitucional se justificaria a partir do conceito de democracia dual. A atividade judicial buscaria sua legitimidade no dever de efetivar os valores fundamentais da comunidade, expressos no momento constituinte. Como a política ordinária se caracterizaria como um mero embate entre elites políticas, desprovido de compromisso ético, não haveria razão para preferi-lo em lugar dos momentos de alta dignidade democrática, que são os momentos constituintes. O Judiciário é considerado um guardião desse grande momento em que se forja a identidade da nação.

Esse ponto de vista também não consegue dar uma resposta satisfatória às exigências decorrentes do fato do pluralismo e tampouco é capaz de justificar a função contramajoritária do Judiciário. Afinal de contas, quem é legítimo para dizer quais são os valores compartilhados pela comunidade? Quem será, ao fim e ao cabo, o “guardião dos valores constitucionais”? Pode-se até afirmar, retomando Marshal, que esta questão está prejudicada porque é o próprio Texto Constitucional que declara quais são esses valores, de modo que caberia ao Judiciário simplesmente aplicá-los, em detrimento da norma infraconstitucional violadora. Tudo se resumiria à solução de um conflito entre normas de diferente hierarquia. No entanto, a questão persiste se observarmos que o problema não é afirmar que a Constituição consagra a igualdade, a liberdade e a dignidade da pessoa humana. É atribuir interpretativamente conteúdo a esses princípios,

⁶² Cf., p. ex.: FREEMANN, S. “Democracia e controle jurídico da constitucionalidade”, *Lua Nova*, n. 32, 1994.

visto que, além de seus textos normativos possuírem uma textura aberta, tais conteúdos se alteram com o tempo.⁶³ A questão da legitimidade persiste: será mesmo razoável querer impor judicialmente uma “teoria dos valores da comunidade” contra os próprios “valores declarados pela maioria”?

Um dos aspectos mais engenhosos da teoria democrático-deliberativa é a resposta que dá para esse impasse. Tal teoria formula o conceito de direitos fundamentais através de argumentos centrados na própria noção de democracia: os direitos fundamentais são condições da democracia e devem, por isso, ser mantidos dentro de uma esfera de intangibilidade, a ser protegida pelo Judiciário contra os arroubos das maiorias eventuais. Ainda que limitando o princípio majoritário, em favor de direitos fundamentais, o Judiciário estará exercendo a função de guardião da democracia e se atendo ao campo da imparcialidade política.⁶⁴

Isso não significa, entretanto, que o Estado, em seus diversos ramos, deva ser neutro, como propugnam as teorias liberais abrangentes mais radicais, como as libertarianas ou neoliberais.⁶⁵ Sobre estas, inclusive, pesa a crítica recorrente de não serem razoáveis (no sentido atribuído por Rawls ao termo), já que incompatíveis com a estrutura básica igualitária pressuposta pelo modelo deliberativo. Pelo contrário: significa apenas que uma postura não neutra somente pode ser assumida por ramos do Estado que foram escolhidos eletivamente e que refletem, em suas decisões, a vontade da maioria. Essa diferença fundamental entre a posição deliberativa e a libertariana pode ser observada, por exemplo, na contenção da legislação do *New Deal*, realizada pela Suprema Corte norte-americana. Uma concepção democrático-deliberativa rejeita a

⁶³ Refiro-me à chamada mutação constitucional, conforme teorizada por Hesse. É justamente da relação entre texto e mudanças contedísticas da constituição que o autor deriva a conhecida distinção entre os conceitos de *modificação*, *rompimento* e *mutação* constitucional. A modificação constitucional ocorrerá quando tiver lugar a alteração do próprio texto da constituição. O processo de emenda constitucional seria o método, por excelência, previsto na Constituição Brasileira, para realizar a modificação constitucional. O rompimento constitucional ocorre quando, no caso concreto, o magistrado profere uma decisão contrária ao Texto Constitucional. A *mutação* constitucional se verifica quando, sem que se altere o texto da norma, a concretização do conteúdo da norma seja alterada, em razão de transformações nos fatos por ela abrangidos. É através da mutação constitucional que se realiza a alteração do conteúdo substancial da constituição, em razão de alterações históricas nos fatos regidos. Cf.: *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998. p. 46.

⁶⁴ A teoria democrático-deliberativa logra, assim, reconciliar direitos fundamentais e democracia, ou, em outros termos, autonomia privada e autonomia pública. Esse aspecto da democracia deliberativa é especialmente enfatizado por: HABERMAS, Jürgen. “Três modelos normativos de democracia”, *Lua Nova*, n. 36, 1995; *Id.* “Soberania popular como procedimento”, *Novos Estudos CEBRAP*, n. 26, março, 1990; BENHABIB, Seyla. “Models of public space: Hannah Arendt, the liberal tradition, and Jürgen Habermas”, *In: COLHUM, C. (org.). Habermas and the public sphere*. Cambridge: MIT Press, 1996.

⁶⁵ Refiro-me, especificamente, à formulação de autores como: NOZICK, Robert. *Anarquia, estado e utopia*. Rio de Janeiro: Zahar, 1991; e HAYEK, Frederick. *Direito, legislação e liberdade*. São Paulo: Ed. Visão/UNB, 1985.

postura ativista que a Suprema Corte assumiu, durante a chamada “Era Lochner”, na restrição da intervenção estatal na esfera econômica. Para a Suprema Corte, tal intervenção implicava uma violação da neutralidade que o Estado deveria manter em relação ao mercado.⁶⁶⁶⁷ Não é esta a neutralidade que propugna a perspectiva deliberativa. Imparcial, do ponto de vista político, deve ser o Judiciário, cujos membros não foram escolhidos com base em critérios democráticos, e não o Estado. Este, em seu conjunto, está legitimado democraticamente para a realização de metas coletivas. Não é possível sustentar uma teoria da limitação da ação política do Judiciário sem argumentar com pretensão de imparcialidade. Não é possível em uma sociedade plural afirmar que, quando se trata do meu ponto de vista, o Judiciário deve se conter, quando se trata do ponto de vista do outro, deve ser incisivo. Caso contrário, qualquer reflexão teórica sobre o Judiciário acaba se resumindo a uma “guerra de posições”, no sentido gramsciano do termo.⁶⁸

⁶⁶ Este período da história da Suprema Corte, que vai do caso *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905) até meados da década de 1930, é conhecido como “Lochner Era”. No caso mencionado, a Suprema Corte formula o seguinte entendimento: “there is no reasonable ground, on the score of health, for interfering with the liberty of the person or the right of free contract, by determining the hours of labor, in the occupation of a baker. Nor can a law limiting such hours be justified a health law to safeguard the public health, or the health of the individuals following that occupation.” Essa mesma tendência restritiva da ação do estado na regulação das relações econômicas pode ser observada também durante o período do *New Deal*. Cf., p. ex.: *A. L. A. Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495 (1935); *Carter v. Carter Coal Co.*, 298 U.S. 238 (1936). Em ambos os casos, a Suprema Corte atuou no sentido de restringir a legislação intervencionista do *New Deal*. Neste último, p. ex., a Suprema Corte assim se pronunciou: “Since a mine owner, by refusing to accept the regulatory provisions, would incur a prohibitive tax and be deprived, by other provisions of the Act, of the right to sell coal to the United States or to any of its contractors for use in performing their contracts, the regulations are, in fact, compulsory. In view of this compulsion, provisions of the Act seeking to authorize part of the producers and miners to fix hours for the entire industry, and part of the producers and miners in the districts to fix minimum wages in their districts, are legislative delegation in its most obnoxious form, and clearly violate the Fifth Amendment.” (p. 310).

⁶⁷ Essa tendência da Suprema Corte começa a se modificar em *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937). Neste caso, a Suprema Corte utiliza o princípio do devido processo legal substantivo (princípio da razoabilidade) para possibilitar a intervenção do estado nas relações econômicas, *in verbis*: “Deprivation of liberty to contract is forbidden by the Constitution if without due process of law, but restraint or regulation of this liberty, if reasonable in relation to its subject and if adopted for the protection of the community against evils menacing the health, safety, morals and welfare of the people, is due process.” (p. 391). Em outra passagem, afirma ainda a Suprema Corte: “In dealing with the relation of employer and employed, the legislature has necessarily a wide field of discretion in order that there may be suitable protection of health and safety, and that peace and good order may be promoted through regulations designed to insure wholesome conditions of work and freedom from oppression.” (p. 393). Esta nova orientação se consolida em *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938), em cujo acórdão se lê: “that upon its face, and as supported by judicial knowledge, including facts found in the reports of the congressional committees, the Act is presumptively within the scope of the power to regulate interstate commerce and consistent with due process.” (p. 147).

⁶⁸ Como se sabe, a noção de “guerra de posição” traduz a luta que se dá no âmbito da sociedade civil pela formação de uma contra-hegemonia. Caracteriza-se por um embate ideológico cuja meta é a conquista de mentalidades. Tal qual na “guerra de movimento” as trincheiras vão avançando pouco a pouco, também assim na “guerra de posição” a luta ideológica avançaria lentamente, até que a ideologia em questão se

A neutralidade judicial não implica, tampouco, que o Judiciário deva deixar de realizar, dentro de suas competências, a igualdade material. Pelo contrário, a teoria democrático-deliberativa pode fornecer alguns subsídios bastante operativos para a compreensão da fundamentalidade material dos direitos sociais. Como mencionado, uma das principais objeções que se formulam à noção de que cabe ao Judiciário a concretização de direitos sociais prestacionais diz respeito justamente à legitimação democrática: a concretização de direitos sociais implicaria a tomada de opções políticas em cenários de escassez de recursos; e se concretizar direitos sociais implica decidir, estabelecer prioridades, implementar políticas públicas, essa tarefa caberia conseqüentemente ao Legislativo e ao Executivo, que foram eleitos para tanto e refletem, em suas deliberações, a vontade da maioria. Esta é, em linhas gerais, a mesma crítica oposta à prerrogativa da jurisdição constitucional de invalidar normas produzidas pelo Poder Legislativo legitimado democraticamente. Tais críticas podem ser superadas sob o prisma da própria teoria democrática. Se considerarmos que certos direitos sociais são condições da democracia (como fazem, p. ex., Habermas, Gutmann e Thompson), então o Judiciário, como seu guardião, possui também o dever de concretizá-los, sobretudo quando tem lugar a inércia dos demais ramos do Estado na realização dessa tarefa. Se o Judiciário tem legitimidade para invalidar normas produzidas pelo Poder Legislativo, mais facilmente pode se afirmar que é igualmente legítimo para agir diante da inércia dos demais poderes, quando essa inércia implicar um óbice ao funcionamento regular da vida democrática. A concretização judicial de direitos sociais fundamentais, independentemente de mediação legislativa, é um *minus* em relação ao controle de constitucionalidade.

IV - Limites e possibilidades da teoria da constituição na metódica constitucional

Depois do que foi dito, é necessário esclarecer de que modo esses aspectos de teoria da constituição se relacionam com o Texto Constitucional. Essa nota final é importante para que não restem mal entendidos quanto aos objetivos dos comentários precedentes. Quando o texto normativo já oferece referências seguras e compatíveis com os critérios de justiça estabelecidos no sistema de preceitos constitucionais fundamentais, não há necessidade de se sofisticarem os argumentos. Reconhecer o papel

tornasse hegemônica. Sobre o tema, cf.: GRAMSCI, Antonio. *Maquiavel, a política e o estado moderno*.

da teoria no momento de concretização do direito não implica sustentar a primazia da construção teórica sobre a norma ou o sistema constitucional. A teoria tem justamente o papel de tornar mais controláveis as decisões tomadas dentro da textura aberta da norma jurídica.

Muitas são as propostas metodológicas que se encaminham nessa direção. A metódica constitucional estruturante de F. Müller, p. ex., entende que recurso à construção teórica deve se limitar às possibilidades interpretativas da norma.⁶⁹ Segundo Müller, “é inadmissível querer superar normatizações do direito constitucional vigente mediante invocação do caráter unitário ou sistemático de uma teoria constitucional nessa medida independente das normas ou de uma teoria do estado.”⁷⁰ Por conta disso, o primeiro passo no processo de concretização normativa é a definição do *programa da norma*, revelado através da interpretação do texto da norma. Após a definição do programa da norma é que a atividade de concretização pode se dedicar à definição do *âmbito da norma*. Este deve ser identificado 1) empiricamente⁷¹, nele se situando os “fatos relevantes para a questão de direito compatíveis com o programa da norma elaborado”⁷²; mas também 2) teoricamente, já que o âmbito da norma compreende também elementos dogmáticos, de técnica de solução, de política e de *teoria constitucional*. É este último elemento que ora importa ressaltar. Na metódica estruturante, ele possui, tal qual os fatos sociais compreendidos no âmbito normativo, a natureza de tópicos a serem utilizados no processo de concretização conforme o seu

4^a ed. Trad. Luiz Mário Gazzaneo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1980. p. 92.

⁶⁹ Esse é, inclusive, o aspecto distintivo da metódica estruturante em relação à “tópica pura”. Segundo Müller, “o teor literal demarca as fronteiras extremas das possibilidades variantes de sentido, i. é., funcionalmente defensáveis e constitucionalmente admissíveis” (*Métodos de trabalho do direito constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 64). Assim, como nota Böckenförde, na obra de Müller, ao contrário do que ocorre, p. ex., na obra de Häberle, o texto possui primazia sobre o problema. Cf.: BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. “Los métodos de la interpretación constitucional – inventario crítico” In.: *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos, 1993. p. 32.

⁷⁰ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*, cit., p. 81.

⁷¹ *Id.* *Direito, linguagem, violência*. Elementos de uma teoria constitucional, I. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995. p. 43. Por isso, para a definição do âmbito da norma, o intérprete deverá lançar mão “de dados da sociologia, da ciência política, da economia e de outros dados exigidos pelo âmbito normativo da prescrição concretizanda...” (*Ibid.*, p. 76). Dessa necessidade, o autor deriva, inclusive, a “exigência da política universitária de um treinamento em disciplinas básicas, que entrevê no horizonte distante uma formação de juristas que mereçam esse nome, bem como o desejo da cooperação interdisciplinar são irrecusáveis” (*Ibid.*, p. 77).

⁷² *Id.* “Concepções modernas e a interpretação dos direitos humanos” In.: *Anais da XV Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil*, 1994. p. 104. No entanto, o âmbito da norma pode, eventualmente, chegar a ser definido apenas normativamente. É o que ocorre, por exemplo, com as normas que estabelecem prazos e procedimentos. Cf.: *Id.* *Direito, linguagem, violência...*, cit., p. 43.

potencial persuasivo.⁷³ Não é, portanto, um elemento vinculante, mas um dos elementos que podem contribuir, conforme o caso, no processo de fundamentação da decisão.⁷⁴

Embora divergindo da metódica estruturante de Muller em suas dimensões fundamentais, limitação semelhante tem lugar na obra de Robert Alexy. Para o autor, as regras que regem a argumentação prática geral se aplicam também à argumentação jurídica. Entre ambas, no entanto, existe uma diferença decisiva: a *argumentação jurídica* é limitada pela lei, pelo precedente, pela dogmática e pelas normas do processo.⁷⁵ Assim é que, para Alexy, a argumentação, tal qual ocorria no modelo de Müller, está limitada sistêmica e normativamente. As normas são pontos de partida inegáveis – o que não ocorre na argumentação prática geral.⁷⁶ A argumentação jurídica tem justamente a função de tornar a eleição de uma das interpretações possíveis, às quais se abre a norma, controlável metodologicamente, sem que seja determinante a vontade do magistrado.⁷⁷ A pretensão de correção, presente na argumentação jurídica, não exige que o enunciado jurídico normativo seja “simplesmente racional, mas sim que, no contexto de um ordenamento jurídico vigente, possa ser racionalmente fundamentado.”⁷⁸

Também aqui não se trata de propor que os magistrados desconsiderem o texto constitucional e passem a realizar seus projetos teóricos. O texto constitucional é, ao mesmo tempo, fonte primacial e limite para a atividade do intérprete. A perspectiva democrático-deliberativa não se afasta da idéia de teoria constitucional constitucionalmente adequada, que legitima a teoria da constituição dirigente. De fato,

⁷³ A tais elementos, “pertencem os lineamentos fundamentais dos procedimentos com os quais se pretende formular e examinar as hipóteses gradualmente precisandas ou corrigendas sobre a norma, com os quais se pretende procurar pelo caminho da *inventio* ‘tópica’ pontos de vista para soluções orientadas segundo problemas e com os quais se pretende encontrar a espécie de estruturação e argumentação no texto da decisão que parece mais útil segundo a respectiva função.” (*Id. Métodos de trabalho do direito constitucional*, cit., p. 80).

⁷⁴ No mesmo sentido, afirma Canotilho que “a teoria da constituição intervém lá onde a solução dogmático-jurídica (ou, se se quiser, teórico-científica) deixa de poder apoiar-se metódica e metodologicamente na normatividade constitucional e passa a ter uma resposta em sede teórico-constitucional.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador...*, cit., p. 79).

⁷⁵ *Teoría de la argumentación jurídica*: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 38.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 206.

⁷⁷ Segundo Alexy, “cuando hay supuestos en los que la decisión de un caso singular no se sigue lógicamente ni de las normas presupuestas, ni de enunciados solidamente fundamentados de un sistema cualquiera (juntamente con enunciados empíricos), ni puede ser fundamentada concluyentemente con ayuda de las reglas de la metodología jurídica, entonces al decisor le queda un campo de acción en el que tiene que elegir entre varias soluciones, a partir de normas jurídicas, reglas metodológicas y enunciados de sistema jurídicos no determinados ulteriormente” (*Ibid.*, p. 27).

⁷⁸ *Ibid.*, p. 208.

sua proposta é a de reconstruir a normatividade subjacente à noção de estado democrático de direito, a qual ocupa o núcleo normativo de nossa Ordem Constitucional. A democracia deliberativa busca justamente “decidir a pendência” entre os dois principais pilares da democracia constitucional: o estado de direito e a soberania popular.⁷⁹ Seu objetivo é o de reconstruir⁸⁰ essas duas tradições de modo a permitir a realização concomitante da autonomia privada e da autonomia pública. Ela se assenta, em verdade, nas tradições políticas que efetivamente deram fundamento às instituições políticas vigentes.

Assim concebida, a tarefa da elaboração teórica não é mais a de simplesmente descrever o direito,⁸¹ mas a de estabelecer um todo moralmente coerente, através da reconstrução do material normativo disponível.⁸² A Constituição de 1988 surgiu comprometida com uma nova normatividade, em cujo cerne está a noção de estado democrático de direito. O papel da teoria constitucional brasileira, para esse ponto de vista, é, portanto, o de reconstruir a Ordem Constitucional à luz dos princípios fundamentais que compõem a noção de estado democrático de direito, potencializando, sobretudo, a eficácia irradiante da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana.

⁷⁹ Cf.: RAWLS, John. “Justiça como equidade: uma concepção política, não metafísica”, *Lua Nova*, n. 25, 1992. p. 30; HABERMAS, J. “Conciliação através do uso público da razão: observações sobre o liberalismo político de John Rawls”, cit., p. 613 ss. A convivência entre essas duas tradições está classicamente tematizada no ensaio de B. Constant: “Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos”. In: *Filosofia Política*. Promoção conjunta do Curso de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e do Departamento de Filosofia da Universidade de Campinas, L&PM, s.d.

⁸⁰ A compreensão reconstrutiva dos discursos de aplicação mostra-se especialmente promissora na obra de Ronald Dworkin, quando o autor elabora sua concepção de direito como *integridade* (*O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999).

⁸¹ Não se utiliza aqui a expressão “elaboração teórica” no sentido de aplicação teórica da razão, mas sim em vista do contexto contemporâneo de convergência entre filosofia e teoria do direito.

⁸² A importância central da elaboração teórica na atividade de concretização dos direitos fundamentais e, de modo geral, da Constituição tem sido amplamente reconhecida na literatura jurídica contemporânea, tanto nacional quanto estrangeira. Cf., p. ex.: BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 53; BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. “Teoría e interpretación de los derechos fundamentales”. In: *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos, 1993. Nesta última obra se lê: “semejante interpretación descifradora y, ante todo, concretizadora del contenido, no encuentra ningún punto de conexión suficiente en la literalidad, el significado de las palabras y el contexto normativo. Se establece y se deriva – consciente o inconscientemente – de una determinada teoría de los derechos fundamentales,

V – Algumas aplicações práticas das reflexões precedentes

O leitor atento às discussões mais atuais no campo do direito constitucional brasileiro já terá estabelecido algumas conexões com as reflexões teóricas precedentes. A seguir, farei algumas cogitações sobre umas poucas questões práticas. Isso se dará, no entanto, com uma finalidade meramente ilustrativa.

V. 1. Os direitos fundamentais como cláusulas pétreas

A teoria democrático-deliberativa pode fornecer elementos interessantes, por exemplo, para a interpretação do art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal. A limitação do legislador ordinário pela totalidade do Texto Constitucional já implica uma fundamentação complexa. Mais difícil ainda é a fundamentação dos limites materiais à deliberação do constituinte derivado, estabelecidos nas cláusulas pétreas. Ao declarar a inconstitucionalidade de Emenda, o Judiciário frustra as expectativas de, no mínimo, 3/5 dos representantes do povo. Tal legitimação, no entanto, é possível. Basta considerarmos que mesmo as grandes majorias não devem ter o poder de dar cabo da própria democracia (e, portanto, de suas condições de possibilidade). Desse modo, a limitação material estabelecida no inciso IV, do § 4º, do art. 60, se legitima democraticamente, já que os direitos fundamentais são condições da democracia. No entanto, restam algumas dúvidas quanto à melhor interpretação do Texto Constitucional. A Constituição fala de “direitos e garantias individuais”. O que isso significa para efeito de definição das cláusulas pétreas? Estão protegidos através do *status* de cláusula pétrea somente os direitos definidos no art. 5º? Ou todos os direitos previstos no Título II (dentre os quais se encontram os direitos sociais) estão abrigados pela proteção do art. 60, §4º, IV? Qual é a importância do § 2º do Art. 5º para essa matéria? Observemos algumas respostas democrático-deliberativas para esses problemas.

De acordo com essa perspectiva, também os direitos sociais, na medida em que possam ser considerados condições da democracia, devem gozar do *status* de cláusula pétrea. Os argumentos centrais para que assim seja já foram expostos acima. Cabe apenas lembrar que mesmo as grandes majorias não devem possuir o direito de autodestruírem sua própria capacidade de deliberar. Embora o Texto Constitucional fale

entendiéndose por tal teoría una concepción sistemáticamente orientada acerca del carácter general, finalidad normativa y el alcance material de los derechos fundamentales.” (p. 45).

apenas de “direitos individuais”, a interpretação constitucional deve atribuir a esse texto o sentido de “direitos fundamentais”, dentre os quais se encontram os direitos sociais que possuem fundamentalidade material.

Por outro lado, nem todos os direitos individuais previstos na Constituição possuem esse mesmo *status*. Seria aí o caso de também se indagar por sua fundamentalidade material. E é esse o papel da noção de condições da democracia, como acima se buscou esclarecer. Nessa linha, parece ter sido excessiva a decisão do STF que declarou inconstitucional o § 2º, do art. 2º, da EC nº 3/93. Segundo o dispositivo impugnado, para efeito de instituição do IPMF, o poder de tributar da União não poderia ser limitado pelo princípio da anterioridade tributária (150, III, b).⁸³ De fato, quando as referências formais (a posição topográfica da norma, p. ex.) são insuficientes para se estabelecer se o dispositivo é ou não direito fundamental, o interprete deve passar à inquirição de sua fundamentalidade material. Isso é permitido pelo § 2º do art. 5º, o qual estabelece a abertura material do sistema brasileiro de direitos fundamentais. Pois bem, de acordo com critérios democrático-deliberativos, o princípio da anterioridade tributária não seria materialmente fundamental. A cobrança de um tributo no mesmo exercício financeiro em que foi instituído não implica, efetivamente, uma violação das condições procedimentais da democracia. Por essas razões, o STF, neste caso, parece ter ido além do seu papel de guardião da democracia, sem que sua decisão fosse decorrente do texto expresso da Constituição.⁸⁴

V. 2. A democratização do processo constitucional

Outra questão que pode ser examinada à luz da teoria democrático-deliberativa é a da democratização da jurisdição constitucional. Observa-se, na Ordem Constitucional brasileira, a ampliação da comunidade de intérpretes da constituição.⁸⁵ Isso se justifica pelo fato de as decisões judiciais sobre questões constitucionais se darem, muitas vezes, dentro um amplo programa normativo, já que a norma constitucional, via de regra, se

⁸³ STF, ADIN 939-7/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, DJU 18.03.94. Além de declarar a inconstitucionalidade da Emenda referida, o STF declarou a inconstitucionalidade também do art. 28 da Lei Complementar nº 77/93, na parte em que havia permitido a cobrança do tributo no próprio ano de 1993.

⁸⁴ Essa foi a posição assumida pelos Ministros Sepúlveda Pertence e Otávio Galotti, que votaram a inconstitucionalidade do § 2º, do art. 2º, da EC nº 003 / 93, apenas no tocante ao inciso VI do art. 150 da CF, sem fazê-lo em relação ao inciso III, b.

⁸⁵ No tocante a esse tema, destaca-se a influência do conhecido trabalho de P. Häberle: *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição...*, já citado.

abre a diversas interpretações diferentes. A democracia deliberativa desloca a racionalidade de tais decisões do sujeito (Tribunal Constitucional) para o processo comunicativo, cujas condições são institucionalizadas, no caso, pelas normas do processo constitucional.⁸⁶ A ampla possibilidade de participação no processo de interpretação constitucional tem justamente como função racionalizar e legitimar as decisões da Corte Constitucional. Como antes explicitado, a necessidade de justificá-las perante os demais participantes da interação comunicativa exige que se argumente com razoabilidade e reciprocidade.

Assim, a Constituição Federal, em seu artigo 103, ampliou o rol de legitimados para o ajuizamento de ADIN. Assim também a Lei 9868/99, que detalha o procedimento da ADIN e da ADC, em seu Art. 7º, § 2º, criou a figura do *amicus curiae*, possibilitando a manifestação no processo de outros órgãos e entidades, que não os próprios autores da ação. Além disso, a mesma Lei, em seu art. 9º, §§1º, 2º e 3º, permitiu o pronunciamento, no curso do processo, de perito ou comissão de peritos, bem como a realização de audiência pública e a solicitação de informações a outros tribunais. Todos esses dispositivos se encaminham no sentido de ampliar e pluralizar a participação no processo de tomada de decisões acerca de questões constitucionais.

O STF, no entanto, ainda não tem mostrado plenamente comprometimento com essa nova tendência de pluralização e de democratização do processo constitucional. Isso se torna visível quando o Tribunal mantém o critério da pertinência temática para o ajuizamento de ADIN. De acordo com os precedentes do Tribunal, a pertinência temática deve figurar como verdadeira condição da ação quando seu autor for mesa de assembléia legislativa ou da Câmara Distrital, Governador de Estado ou do Distrito Federal, confederação sindical ou entidade de classe.⁸⁷ Nessas decisões, a Corte demonstra que ainda está vinculada às concepções privatistas que marcam o processo civil tradicional. A ampliação do rol de legitimados para a propositura da ADIN tem como escopo, inversamente, permitir a instauração de um debate público plural sobre a

⁸⁶ Lembre-se que, segundo o próprio P. Häberle, os direitos fundamentais exibem também um *status activus processualis*. Para esse ponto de vista, o *status activus* de Jellinek não mais se restringiria ao direito ao voto; deveria incluir também a prerrogativa de participar ativamente nos processos de tomada das decisões públicas. Sobre o tema, cf.: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Tópicos de um curso de mestrado sobre direitos fundamentais, procedimento, processo e organização”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXVI, 1990.

⁸⁷ Nessa linha, p. ex.: STF, ADIN (Med. Liminar) 1508, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU 29.11.1996; STF, ADIN (Med. Liminar) 1526 – 1, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJU 21.02.1997. O tema não sofreu modificações em função da Lei 9868/99. Na realidade, o dispositivo que alterava a matéria, restringindo a pertinência temática às confederações sindicais e entidades de classe, foi vetado pelo Presidente da República.

constitucionalidade da lei impugnada, com vistas à realização do interesse público, e não do interesse privado do próprio legitimado, ou das pessoas que tal legitimado representa.⁸⁸

V. 3. A efetividade dos direitos sociais

Uma teoria constitucional democrático-deliberativa chancela a jurisprudência recente do STF relativa ao direito à saúde. O STF atuou no sentido de conceder uma máxima efetividade à Constituição, mesmo se tratando, no caso, de um direito social prestacional. Observe-se, especialmente, que isso foi feito em oposição à interpretação decorrente do conceito de norma programática. O próprio José Afonso da Silva havia caracterizado o art. 196, que consagra o direito à saúde, como uma norma de eficácia limitada. Segundo o autor, “‘dever do estado’[art. 196: ‘A saúde é (...) *dever* do estado...’], ai, não impõe propriamente uma obrigação jurídica, mas traduz um princípio, segundo o qual a saúde e o desporto para todos e cada um se incluem entre os fins estatais, e deve ser atendido. Sente-se, por isso, que as prescrições têm eficácia reduzida...”⁸⁹ No entanto, a despeito dessa interpretação, o STF considerou a norma passível de aplicação direta pelo Poder Judiciário, e não mera diretriz a ser concretizada judicialmente só após mediação legislativa.⁹⁰ Note-se que a norma do Art. 196, do ponto de vista da sua forma de positivação, se mostra muito mais dependente de mediação legislativa que outros dispositivos considerados, pelo STF, norma de eficácia limitada, como é o caso do art. 192, § 3º. A Constituição Federal, no art. 196, se afirma expressamente que a saúde é dever do Estado, afirma também que o Estado deve garanti-la mediante “políticas sociais e econômicas”. A despeito disso, no caso em tela, determinou nossa mais Alta Corte que o Estado arcasse com o custeio do tratamento da AIDS, fornecendo, inclusive, remédios gratuitamente.

Para a perspectiva democrático-deliberativa, quando se trata de direitos sociais básicos, o Judiciário tem legitimidade concretizá-los independentemente de decisões majoritárias. Não há aqui usurpação dos direitos da maioria, a quem caberia a

⁸⁸ Na mesma direção vinha se encaminhado a jurisprudência do STF sobre os contornos do procedimento da ADIN e da ADC após a Lei 9868/99 ter entrado em vigor. Assim, o STF não admitiu, p. ex., a sustentação oral do representante do *amicus curiae*. Cf.: ADI-MC 2321/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 10.06.2005. A posição foi, contudo, alterada, e hoje se permite a sustentação oral. Cf.: ADI 2777/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, Informativo STF n. 331, 24 a 28 de novembro de 2003.

⁸⁹ *Aplicabilidade das normas constitucionais*, cit., p. 83-4.

implementação do projeto constitucional. Há, antes sim, a garantia de condições sociais de vida sem as quais a própria idéia de cooperação social perde complementemente o sentido. As diferenças sociais, quando se radicalizam a ponto de criar uma fronteira entre aqueles que têm o direito à vida e aqueles que não o têm – apenas por não serem capazes de arcar com os custos de medicamentos amplamente disponíveis no mercado – minam gravemente os próprios alicerces da estrutura básica de uma sociedade que se legitima ao afirmar que trata a todos como dignos de igual respeito. Parafraseando Heller, pode-se afirmar que a condenação à morte lenta e dolorosa dos pobres que são portadores de HIV, a despeito do reconhecimento textual do direito à saúde, efetivamente equivaleria a converter o *summum jus* em *summa injuria*. E essa parece ter sido a compreensão do STF, *in verbis*:

“O caráter programático da regra inscrita no Art. 196 da Carta Política – que tem por destinatário todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional incosequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.”⁹¹

Conclusão

Os comentários precedentes foram motivados por uma preocupação com a relação muitas vezes problemática, tanto no plano da teoria quanto no da política, entre

⁹⁰ Cf., p. ex.: AGRAG 238328/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU 16/11/1999; AGRRE 255627/RS, Rel. Min. Nelson Jobim, DJU 23.02.2001.

⁹¹ STF, AGRRE 271286/RS, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 24.11.2000. Neste caso, o mesmo resultado pode ser alcançado lançando-se mão de outras estratégias conceituais. Basta lembrar – pela sua recente repercussão em nosso direito constitucional – a teoria do *mínimo existencial*. Essa elaboração teórica tem o mérito de novamente deslocar o debate para o campo da fundamentalidade material. Sua finalidade central é estabelecer quais são os direitos sociais que representam condições para o exercício efetivo da *liberdade*, entendida como autonomia privada. Para a teoria do mínimo existencial, os direitos sociais não são considerados *prima facie* direitos fundamentais: sua fundamentalidade é derivada da liberdade, esta sim, por si só, fundamental. Cf., p. ex., o conhecido trabalho do Prof. Ricardo Lobo Torres: “A cidadania multidimensional na era dos direitos”, cit., p. 264. Para a teoria constitucional democrático-deliberativa, serão considerados fundamentais não só os direitos sociais que são condições para o exercício efetivo da autonomia privada, como ocorre na teoria do mínimo existencial, mas também aqueles que representam condições da autonomia pública. Embora um pouco mais abrangente, essa segunda possibilidade supera com um pouco mais facilidade a crítica de que a concretização de direitos sociais pelo Judiciário implicaria uma usurpação das prerrogativas legislativas. Essa formulação preenche todos os requisitos da legitimação democrática: ao invés de se apoderar de prerrogativas que cabem à deliberação majoritária, o que faz de fato o Judiciário, quando concretiza direitos sociais fundamentais, é possibilitar que a maioria

a democracia e o Poder Judiciário. Uma definição mais clara acerca de qual é realmente o papel do Judiciário no regime democrático já suscitou muita polêmica em diversos momentos cruciais da conformação do arcabouço institucional do Estado moderno. Lembre-se, por exemplo, dos debates sobre o tema que tiveram lugar no contexto da Revolução Francesa. Como se sabe, na França, com base no princípio da soberania popular, sempre se propugnou por uma ação moderada do Poder Judiciário. A tendência predominante sempre foi a de se restringir o ato jurisdicional à mera aplicação do texto da lei. Lembre-se também do longo processo de consolidação das prerrogativas institucionais da Suprema Corte norte-americana. Muitos momentos importantes nesse processo poderiam ser recordados, tais quais a crise política subjacente à fixação da doutrina da *judicial review*, em *Marbury v. Madison*; a jurisprudência restritiva da intervenção estatal durante o *New Deal*; os precedentes decorrentes do *Civil Rights Movement*. Todos esses momentos históricos deram ensejo a muita discussão e revelam, sobretudo, que não é possível legitimar a jurisdição constitucional somente através da idéia de resolução de conflito entre normas de diferentes hierarquias.

A nossa própria jurisprudência tem gerado uma série de perplexidades. O contraste entre o País plasmado no Texto Constitucional e o País da realidade social tem sido, certamente, causa de grande decepção, pelo menos para todos aqueles que se dedicam ao estudo do Direito Constitucional motivados por um fim ético. Diante de tal sentimento, muitos propugnam por um incremento ainda maior do ativismo judicial. É claro que muitas vezes o Judiciário deve ser objeto de crítica. A crítica jurisprudencial certamente tem muito a contribuir para a racionalização e a legitimação das decisões judiciais. No entanto, muitas vezes a crítica predominante no pensamento jurídico nacional ignora que a auto-contenção judicial na aplicação da Constituição se deve a problemas reais de legitimação. Efetivamente, é necessário reconhecer que a definição do papel do Judiciário em nossa democracia ainda não chegou ainda a um bom termo.

Por um lado, sobrecarregar o Judiciário com a expectativa de que este Poder possa ser “o protagonista” do processo de transformação social gera não só decepções inevitáveis, mas também, em certos casos, percepções elitistas de nossa estrutura institucional. Por detrás dessa supervalorização do Judiciário como agente de transformação da sociedade está situada uma descrença no potencial transformador do voto popular, decorrente de uma profunda desilusão com a nossa recente democracia. O

delibere melhor, além de incluir efetivamente um maior contingente no processo deliberativo democrático.

argumento mais comum é o seguinte: “já que a democracia não tem funcionado bem em nosso País; já que os representantes do povo são, de modo geral, corruptos e incompetentes; devemos apostar nos juízes, os quais éticos e preparados”. No fundo, essa percepção, mesmo que eventualmente com sinal trocado, não difere muito, p. ex., da proposta de tornar o banco central independente. No cerne das duas propostas, está a velhíssima utopia platônica; está a crença nos “reis filósofos”, nos “monarcas ilustrados” e na “vanguarda revolucionária”.

Por outro lado, isso não quer dizer que o Judiciário não possua um papel fundamental no regime democrático. A história está repleta de exemplos que levam à conclusão de que a democracia não pode ser entendida apenas a partir do princípio majoritário. A democracia implica, além da decisão majoritária, também a instauração de um contexto de diálogo, de respeito pela posição do outro e de garantia dos direitos fundamentais das minorias. É justamente na promoção desse contexto e na garantia desses direitos que o Judiciário pode desempenhar um papel primordial. O Judiciário pode ser, nessa linha, um guardião da democracia. Por isso, só há sentido em pensar em uma “judicialização da política” enquanto atuação judicial que preserve a interação democrática entre os cidadãos, e não como realização pelo Judiciário de tarefas que legitimamente cabem às maiorias.

Todavia, a afirmação segundo a qual, quando o Judiciário aplica a Constituição, deve levar em conta que o seu papel institucional é subsidiário à democracia (tal afirmação se dá a partir da reconstrução da normatividade imanente ao estado democrático de direito), não significa concebê-la como mero instrumento de governo ou mecanismo de manutenção do *status quo*. Pelo contrário, quer dizer apenas que o Judiciário tem o papel fundamental de contribuir para a consolidação de um contexto adequado ao bom funcionamento da vida democrática, capaz de permitir que o próprio povo construa o seu futuro. A democracia é um princípio constitucional, mas não um princípio qualquer: embora não goze de prioridade absoluta, como tampouco ocorre com os demais princípios que compõem o sistema constitucional, a ele se deve, pelo menos, atribuir um considerável peso abstrato, comparável apenas a de princípios como a liberdade, a igualdade e a dignidade da pessoa humana. No caso concreto, pode até haver razões relativas ao grau de interferência nos princípios em colisão, bem como à probabilidade de realização prática dessa interferência, que autorizem a relativização do princípio democrático. No entanto, este ocupa, pelo menos *prima facie*, uma posição de altíssima dignidade normativa.

Os comentários precedentes não implicam, tampouco, abrir mão da postura atuante da sociedade organizada perante o Poder Judiciário, que tanto motivou, p. ex., o movimento do direito alternativo. Essa postura ativa e reivindicatória continua fazendo todo o sentido se a pensarmos em termos de uma atividade que provoque o Judiciário para que este concretize direitos fundamentais e, com isso, cumpra a sua relevante missão institucional de promotor de um contexto propício para a construção de uma verdadeira democracia. E esse tipo de mobilização política ainda não se verifica no Brasil com a intensidade desejada. Há um trabalho muito interessante de C. Epp que demonstra a importância da organização da sociedade civil na reivindicação judicial de direitos humanos, durante o já mencionado *civil rights movement*.⁹² No Brasil, esta tarefa ainda é cumprida quase que exclusivamente pelo Ministério Público, salvo algumas poucas exceções. Esse é um campo importante de atuação ainda a ser explorado em nosso País. O que se tem a fazer é atuar judicialmente na área em que o Judiciário efetivamente tem a contribuir. Embora a Constituição não possa tudo, pode certamente muito, e estas potencialidades só estão começando a se realizar em nosso País.

Bibliografia

ACKERMAN, B. *We the people. Foundations*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

ALEXY, Robert. "Discourse theory and human rights" *In: Challenges to law at the end of the 20th century. 17th IVR World Congress, Bologna*, Vol. II – Plenary and parallel sessions, 16-21 de Junho, 1995.

_____. *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

⁹² Os estudos sobre o período da chamada *Warren Court*, em que se desenvolveu uma postura mais ativista da Suprema Corte na garantia dos direitos humanos, são muito variados. Tais estudos têm como objeto desde o contexto político até a biografia dos magistrados que a compuseram. O trabalho de Epp revela a importância, para o advento da chamada *Rights Revolution*, da montagem de uma ampla rede de escritórios de advocacia profissionalizados, que atuavam na defesa dos direitos humanos (com logística, trabalho de equipe, financiamento etc.). Cf.: EPP, Charles R. *The rights revolution: lawyers, activists, and Supreme Courts in comparative perspective*. Chicago/London: The University of Chicago Press, 1998.

- AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *A teoria das constituições rígidas*. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1980.
- BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. Coligidos e ordenados por Homero Pires. Vol. II. São Paulo: Saraiva & Cia., 1933.
- BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*. Rio de Janeiro, mimeo, 2001.
- _____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 4ª ed. ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- BELL, Daniel A. “Democratic deliberation. The problem of implementation” In: MACEDO, Stephen (Ed.). *Deliberative politics*. Essays on Democracy and disagreement. New York/Oxford: Oxford University Press, 1999.
- BENHABIB, Seyla. “Models of public space: Hannah Arendt, the liberal tradition, and Jürgen Habermas, In CALHUN, C. (org.). *Habermas and the public sphere*. Cambridge: MIT Press, 1996.
- _____. “Toward a deliberative model of democratic legitimacy”, In: BENHABIB, Seyla (Ed.). *Democracy and difference*. Contesting the boundaries of the political. Princeton: Princeton University Press, 1996.
- BERCOVICI, Gilberto. “A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro”, *Revista de Informação Legislativa*, n. 142, abril/junho de 1999.
- BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Trad. de Juan Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos, 1993.
- BOHMAN, James. “The coming of age of deliberative democracy”, *The Journal of Political Philosophy*, vol. 6, n. 4, 1998.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- CANOTILHO, José J. Gomes. “Metodología ‘fuzzy’ y ‘camaleones normativos’ en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales” In: *Derechos y libertades – Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, n. 6, fev.1998.

_____. “Rever ou romper com a constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo”, *Cadernos de direito constitucional e ciência política*, n. 15, abril/junho, 1996.

_____. “Tópicos de um curso de mestrado sobre direitos fundamentais, procedimento, processo e organização”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXVI, 1990.

_____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Reimpressão [primeira impressão de 1982]. Coimbra: Coimbra ed., 1994.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos de filosofia constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

CLÈVE, Clèmerson. “A teoria constitucional e o direito alternativo [para uma dogmática constitucional emancipatória].” *In.: Uma vida dedicada ao Direito. Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho. O editor dos juristas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

COHEN, Joshua. “Deliberation and democratic legitimacy” *In: BOHMAN, James; REHG, William (org.). Deliberative democracy. Essays on reason and politics*. Cambridge-Mass/London: MIT Press, 1997.

_____. “Procedure and substance in deliberative democracy”. *In: BOHMAN, James; REHG, William (org.). Deliberative democracy. Essays on reason and politics*. Cambridge-Mass/London: MIT Press, 1997.

COMPARATO, Fabio Konder. “A ordem econômica na Constituição brasileira de 1988”, *Cadernos de direito econômico e empresarial – Revista de Direito Público*, n. 93, 1990.

CONSTANT, B. “Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos”. *In.: Filosofia Política* Trad. de Loura Silveira. Promoção conjunta do Curso de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e do Departamento de Filosofia da Universidade de Campinas, L&PM, s.d.

COUTINHO, Carlos Nelson. “Crítica e utopia em Rousseau”, *Lua Nova*, n° 38, 1996.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). *Canotilho e a constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CRISAFULLI, Vezio. *La costituzione e le sue disposizioni di principio*. Milano: P Giuffrè, 1952.

DOWNS, Anthony. *An Economic theory of democracy*. New Haven: Yale University Press, 1963.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ELSTER, Jon. “The market and the forum: three varieties of political theory”. In: BOHMAN, James; REHG, William (org.). *Deliberative democracy*. Essays on reason and politics. Cambridge-Mass/London: MIT Press, 1997.

_____. *Ulisses and the sirens*. Cambridge University Press, 1979.

FERREIRA, Pinto. *Curso de direito constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FREEMANN, S. “Democracia e controle jurídico da constitucionalidade”, *Lua Nova*, n. 32, 1994.

GRAMSCI, Antonio. *Maquiavel, a política e o estado moderno*. 4ª ed. Trad. Luiz Mário Gazzaneo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1980.

GRAU, Eros. Resenha do Prefácio da 2ª edição”. In.: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). *Canotilho e a constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença*. Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da constituição*. 2ª ed., com posfácio. São Paulo: Celso Bastos Editor/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.

GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. *Democracy and disagreement*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1996.

HÄBERLE, P. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos interpretes da constituição*: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Rio de Janeiro: Sérgio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. “Soberania popular como procedimento”, *Novos Estudos CEBRAP*, n. 26, março, 1990.

_____. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. vol. II. Trad. Flávio Beno Sieneneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. “Três modelos normativos de democracia”, *Lua Nova*, n. 36, 1995.

_____. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

HARDIN, Russel. “Deliberation. Method, not theory.” In MACEDO, Stephen (ed.). *Deliberative politics. Essays on Democracy and disagreement*. New York/Oxford: Oxford University Press, 1999.

HAYEK, Frederick. *Direito, legislação e liberdade*. São Paulo: Ed. Visão/UNB, 1985.

HELLER, Hermann. “Démocratie politique et homogénéité sociale”, *Revue Cités*, Paris, n. 6, maio de 2001.

HENKIN, Louis. *The age of rights*. New York: Columbia University Press, 1990.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998.

LENIN, V. “El estado y la revolución. La doctrina marxista del estado y las tareas del proletariado en la revolución.” *In: Obras escogidas*. Tomo 3. Buenos Aires: Editorial Problemas, 1946.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. de Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: UNB, 1980.

MACPHERSON, C. B. *Democracia liberal: origens e evolução*. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

MAIA, Antônio Cavalcante. “Notas sobre direito, argumentação e democracia.”
CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (org.). *In: 1988 – 1998: uma década de Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. “Direitos humanos e a teoria do discurso do direito e da democracia”, *Arquivos de direitos humanos*, n. 2 2000.

MORAIS, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.

MÜLLER, Friedrich. “Concepções modernas e a interpretação dos direitos humanos”
In: Anais da XV Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil. Trad. provisória de Peter Naumann, 1994.

_____. “Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático?”, *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre*, Trad. Peter Maumann, Porto Alegre: Unidade Editorial da Secretaria da Cultura, Ed. Especial, outubro de 2000.

_____. *Direito, linguagem, violência*. Elementos de uma teoria constitucional, I. Trad. de Peter Naumann. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995.

_____. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Trad. de Peter Naumann. Porto Alegre: Síntese, 1999.

NASCIMENTO, Rogério Soares do. “A ética do discurso como justificação dos direitos fundamentais na obra de Jürgen Habermas.” *In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NEVES, Marcelo. “Do consenso ao dissenso: o estado democrático de direito a partir e além de Habermas” *In: SOUZA, Jessé de (org.). Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 2001.

NINO, Carlos Santiago. *A Constituição da Democracia Deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1998.

NOZICK, Robert. *Anarquia, estado e utopia*. Rio de Janeiro: Zahar, 1991.

Política Revolucionária do PCdoB: informes ao 7º congresso realizado em maio de 1988. São Paulo: Editora Anita Garibaldi, 1989.

QUARESMA, Regina. *O mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão.* Rio de Janeiro: Forense, 1995.

RAWLS, John. “A idéia de razão pública revista”, *In: O direito dos povos.* Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. “Resposta a Habermas”, *Educação e sociedade*, ano XVII, n. 57/especial, dezembro de 1996.

_____. *Justiça e democracia.* São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Liberalismo político.* Trad. Dinah de Abreu Azevedo. Revisão Álvaro de Vita. 2ª edição. São Paulo: Ática, 2000.

ROUSSEAU, J.-J. *Do contrato social.* Tradução: Lourdes Santos Machado. Introdução e notas de Paul Arbusse-Bastide e Lourival Gomes Machado. 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978. (Os Pensadores).

SARAIVA, Paulo Lobo. *Garantia constitucional dos direitos sociais no Brasil.* Rio de Janeiro: Forense, 1983.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional.* Construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1999.

SHUMPETER, J. *Socialismo, capitalismo e democracia.* Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa.* Trad. Norma Azeredo. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Líber Júris, 1988.

SILVA, José Afonso da. “Formação e transformação da social-democracia”. *In.: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). Direito constitucional.* Estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais.* 3ª ed., 2ª tiragem, revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Curso de direito constitucional positivo.* 17ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOUZA JUNIOR, José Geraldo (org.). *Introdução crítica ao direito.* 4ª ed. Brasília: UNB, 1993 (série “O direito achado na Rua”, v. I).

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático”, *Arquivos de Direitos Humanos*, Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, vol. IV, 2002.

_____. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SOUZA, Washington Peluso. “Conflitos ideológicos na constituição econômica”, *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte: UFMG, v. 69/70, 1990.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. Texto revisado e atualizado por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

TORRES, Ricardo Lobo. “A cidadania multidimensional na era dos direitos” *In: Teoria dos direitos fundamentais*. Ricardo Lobo Torres (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A constituição como reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999.

VITA, Álvaro de. *Justiça liberal*. Argumentos liberais contra o neoliberalismo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.