

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

TEORIA CONSTITUCIONAL

EMILIO PELUSO NEDER MEYER

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

MARIA FERNANDA SALCEDO REPOLES

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

T314

Teoria constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Emilio Peluso Neder Meyer, Paulo Roberto Barbosa Ramos, Maria Fernanda Salcedo Repoles – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-140-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Teoria constitucional. 3. Constituição. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC
/DOM HELDER CÂMARA
TEORIA CONSTITUCIONAL**

Apresentação

O livro Teoria Constitucional reúne artigos os quais articulam ideias sobre os principais fundamentos da teoria constitucional, dando especial atenção à sua dinâmica e desenvolvimento em um contexto globalizado que impõe novos e desafios à lei fundamental.

São discutidas questões atinentes ao poder constituinte, cultura constitucional, interpretação constitucional, princípios constitucionais e alternativas à ponderação, discricionariedade judicial, interpretação constitucional, judicialização e acesso à justiça. As temáticas abordadas procuram refletir debates contemporâneos que permeiam a Teoria da Constituição em todo o mundo. Pode-se perceber, de um lado, a necessidade de difusão (mas também revisão) de inúmeros pressupostos dogmáticos: vários artigos não só apresentam, mas criticam, o uso da proporcionalidade por órgãos judiciais nacionais e transnacionais. De outro lado, os trabalhos são acompanhados de uma abordagem de forte perspectiva crítico-filosófica: a influência da filosofia da linguagem e o papel da sociologia jurídica atestam a transdisciplinariedade necessária para compreender a complexidade dos problemas que hoje perpassam o Direito Constitucional.

Não são outras as razões pelas quais a tensão entre Constitucionalismo e Democracia é inúmeras vezes invocada. Os recentes avanços do Novo Constitucionalismo Latino-Americano (em países como Bolívia, Equador e Colômbia, por exemplo), a necessidade de reforçar o papel da participação popular no acesso à justiça, o reequacionamento da relação entre força normativa da Constituição e as recorrentes frustrações da "concretude constitucional", o enfrentamento e o questionamento de uma "cultura constitucional", são todas questões que são objeto de investigação. Mais do que isso, perpassando o caso brasileiro, a reforma política é discutida na sua dimensão constitucional; o papel do Supremo Tribunal Federal na relação entre controle difuso de constitucionalidade e controle concentrado de constitucionalidade é enfrentado na ótica de realização (ou não) de anseios democráticos, principalmente pensado a partir de importações acríticas de conceitos, como o de mutação constitucional; e, como não poderia deixar de ser, a problemática do ativismo judicial é o tema de inúmeros trabalhos.

Perguntas recorrentes perpassam a compreensão da teoria constitucional exposta nos artigos. A ausência de uma maior reflexão sobre a historiografia chama a atenção para a necessidade

de refletir a respeito da manutenção de uma dependência de inúmeros sistemas constitucionais latino-americanos de um processo econômico pouco afeto a uma base popular. Isto se coloca de forma incisiva quando se pensa como somos irmanados em um passado ditatorial e autoritário que precisa ser adequadamente reconstitucionalizado. É dizer, é preciso pensar direitos de indígenas, camponeses e quilombolas, apenas para ficar em algumas identidades, a partir de uma perspectiva eminentemente emancipatória e consciência do que significa, de fato, fazer democracia depois de autoritarismos.

É preciso perceber o papel reconstutivo que a Teoria da Constituição desempenha perante os institutos do Direito Constitucional. Várias das leituras dogmáticas de institutos da jurisdição constitucional são feitas a partir de uma chave de compreensão democrática. Assim, fenômenos como o papel dos princípios na ordem constitucional ou ativismo das cortes merecem detida atenção e reflexão nos textos que se seguem. Por exemplo, torna-se possível distinguir o ativismo judicial da atuação judicial responsável e garantidora da efetivação da Constituição.

Espera-se que o leitor possa, a partir das reflexões lançadas no livro, entrar em diálogo com perspectivas democráticas e emancipatórias que possam, de fato, cooperar com um sentido forte de construção do projeto constituinte de 1988.

ASPECTOS DA TEORIA DA DEMOCRACIA DELIBERATIVA, OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DELIMITAÇÃO NA ESFERA DA FUNDAMENTALIDADE MATERIAL

ASPECTS OF ASPECTS THE THEORY OF DEMOCRACY DELIBERATIVE, FUNDAMENTAL RIGHTS AND LIMITS ON SPHERE MATERIAL FUNDAMENTALITY

Régis Willyan da Silva Andrade

Resumo

O conceito de legitimidade que vem sendo formado desde a Política de Aristóteles ao questionar a virtude em obedecer aos comandos conduzindo à alma, introduz no cenário jurídico-político a legitimidade como cerne de sustentação do regime democrático, do sistema jurídico bem como da atuação da Administração Pública. Para isso, ocorreram grandes transformações tanto no Estado constitucional desde sua concepção liberal até a atual conjuntura democrático deliberativa quanto na conquista dos direitos e garantias fundamentais. Desta forma, por meio da cooperação entre os cidadãos, poderá se verificar como o Poder Judiciário e a Administração Pública atuam como fiscais da aplicação do texto constitucional bem como da solução de conflitos de interesses público versus interesses privado, sem que haja a priori a prevalência de quaisquer deles, utilizando-se como critério a ponderação no caso concreto sempre que houver necessidade de restrição de um em face do outro, com a aplicação desta cooperação dos cidadãos que serão diretamente afetados por meio da teoria da democracia deliberativa.

Palavras-chave: Administração pública, Direitos fundamentais, Democracia deliberativa

Abstract/Resumen/Résumé

The concept of legitimacy that has been formed from Aristotle's Politics by questioning the virtue to obey the commands leading to the soul, the scene introduces legal and political legitimacy as the core support of the democratic regime, the legal system and the performance of Directors public. For this, major changes occurred in both the constitutional state since its inception to the current economic liberal democratic deliberative and the conquest of the fundamental rights and guarantees. Thus, through cooperation between citizens, can be verified as the judiciary and public administration act as fiscal application of the constitutional text and the solution of conflicts of public interests versus private interests, without a priori prevalence of any of them, using as criteria the assessment on a case where there is need for a restriction in the face of another, with the implementation of this cooperation of citizens who will be directly affected by the theory of deliberative democracy.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Public administration, Fundamental rights, Deliberative democracy

ASPECTOS DA TEORIA DA DEMOCRACIA DELIBERATIVA, OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DELIMITAÇÃO NA ESFERA DA FUNDAMENTALIDADE MATERIAL

1. INTRODUÇÃO

Os Direitos Fundamentais podem ser entendidos como “*condições democráticas*”, reconhecidos pela comunidade política sob a forma de princípios, sem os quais não há cidadania em sentido pleno, nem verdadeiro processo político deliberativo. Tais Direitos, portanto, são uma exigência democrática antes que uma limitação à democracia.

Na perspectiva de Jurgen Habermas os Direitos Fundamentais não são produto de uma revelação transcendente, como na corrente jusnaturalista, nem tampouco de princípios morais racionalmente endossados pelos cidadãos, como propõe kantianamente John Rawls e Ronald Dworkin, mas consequência da decisão recíproca de cidadãos livres e iguais, que podem legitimamente regular suas vidas por intermédio do direito positivo.

A democracia deliberativa surge como forma de oposição as teorias de liberdade positiva e negativa, como forma de conciliar essas duas tradições em que está baseado o pensamento político moderno, e o faz de modo a sustentar a sua cooriginalidade.

Verifica-se que o núcleo da democracia deliberativa consiste na aferição de igualdade material, não só econômica, mas também a capacidade de atuar publicamente e a inclusão de todos por meio do reconhecimento das diferenças o que gerou uma transformação da teoria constitucional, exigindo para sua legitimação uma reconstrução democrática, discursiva e coerente, a fim de se garantir a eficácia dos direitos fundamentais.

A fundamentalidade formal decorre do fato de a constituição positivar determinada norma como direito fundamental. Já a fundamentalidade material se deriva do conteúdo da norma, seja ou não ela caracterizada pelo texto constitucional como fundamental.

O recurso a fundamentalidade material justifica-se diante da insuficiência de critérios formais fornecidos pelo texto constitucional para definir quais são os Direitos Fundamentais que tem lugar no sistema brasileiro. A partir desta delimitação pode-se verificar no sistema brasileiro a abrangência dos Direitos Fundamentais, a fim de proporcionar a sua proteção adequada, bem como sua efetivação.

De fato, pode-se perceber um tratamento diferenciado para o que a Constituição denomina “direitos individuais” e para o que denomina “direitos sociais”, devido, entre outros fatores, pela própria imprecisão do texto constitucional no estabelecimento de critérios para a definição da fundamentalidade formal.

Alega-se que não cabe ao Poder Judiciário realizar a concretização de tais direitos, visto que esta depende de opções de caráter orçamentário, a serem tomadas em cenários de escassez de recursos. A atuação social do Estado estaria condicionada à “reserva do possível”, razão pela qual a legitimidade para a tomada de decisões nessa seara seria do Poder Executivo e do Poder Legislativo, compostos por autoridades escolhidas pelo voto popular.

O grande desafio para a teoria constitucional não é discutir se os direitos sociais são ou não fundamentais, mas delimitar a esfera da fundamentalidade material, para o que é necessário ingressar na seara da justificação do conteúdo normativo.

O conceito de mínimo existencial exhibe, assim, o *status positivus libertatis*, segundo a qual, sem condições sociais mínimas, o ser humano não pode efetivamente gozar sua liberdade, elevada a critério precípua para a legitimação da organização social.

Poderá se entender que a concretização judicial de direitos sociais fundamentais, independentemente de mediação legislativa, é um mínimo em relação ao controle da ação inconstitucional, o que leva ao fortalecimento da Teoria da Constituição da Democracia Deliberativa, como forma de delimitar a fundamentalidade material.

A maior divergência entre a teoria da constituição dirigente e a teoria da constituição da democracia deliberativa, concerne ao tema da predefinição dos resultados da deliberação democrática.

As expressões “norma programática”, “norma de eficácia limitada”, “princípio programático” acabaram por se constituir em verdadeiros índices da não efetivação da Constituição. Quando se quis, nos últimos vinte anos, deixar de aplicar a Constituição, por diversas vezes, bastou-se etiquetar a norma suscitada como programática e transferir para o legislador a tarefa que, sob o prisma formal, era mesmo do Poder Judiciário.

Será sustentado que a partir disto que são materialmente fundamentais não apenas os direitos que configurem de forma imediata as condições para a participação no processo

democrático, mas também aquelas cuja observância é necessária para que todos se sintam motivados a deliberar tendo em vista a realização do bem comum.

Verificar-se-á que o problema se torna ainda mais grave quando se atribui ao Poder Judiciário a função de implementar os direitos sociais ou de controlar a sua implementação.

A democracia deliberativa é crítica de uma judicialização generalizada da política, de uma hegemonia do Poder Judiciário, considerando que este deve exercer uma função política importante, mas subsidiária à deliberação popular. Situa-se, pois, na esfera da “neutralidade política”, ao propugnar por um núcleo material da Constituição capaz de obter a adesão das mais diversas doutrinas abrangentes razoáveis, sem negar nenhuma delas.

Poderá se constatar que a teoria da constituição da democracia deliberativa mantém como ideal de efetivação constitucional duas relações diferentes. Incrementa a efetividade no âmbito do núcleo substantivo da Constituição e deixa a deliberação majoritária a realização do que, tanto formal quanto materialmente, pode ser caracterizado como projeto constitucional.

Como aspecto fundamental a democracia deliberativa afirma acerca do Estado apenas que este deve ser democrático, e que essa democracia deve se organizar em moldes deliberativos, considerando que o núcleo material da Constituição, enquanto parâmetro fundamental para a limitação da vontade majoritária, deve se circunscrever à esfera da neutralidade política.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 – Democracia Deliberativa, Direitos Fundamentais E Delimitação Na Esfera Da Fundamentalidade Material

A conquista dos Direitos Fundamentais bem como da democracia insurgem como as duas maiores conquistas da moralidade política, onde os ideais que tiveram maior repercussão e destaque como valores basilares da civilização ocidental foram a liberdade, igualdade, Direitos Fundamentais e democracia que se apresentam, simultaneamente, como fundamentos de legitimidade e elementos estruturantes do Estado democrático de direito.

A partir da denominada *virada kantiana*¹ verifica-se uma reaproximação entre ética e direito, com o ressurgimento da razão prática, da fundamentação moral dos Direitos Fundamentais e do debate sobre a Teoria da Justiça fundado em um imperativo categórico jurídico.

Fundamenta-se tal imperativo por meio da aplicação do movimento denominado neo-positivista, como seu principal precursor Hans Kelsen, e mais recentemente a partir da denominada virada lingüística proposta por Wittgenstein e com os pós-positivistas, cujo intuito é reatribuir valores morais as decisões jurídicas.

Ensina Gustavo Binbenbojm² que, “*a ideia de dignidade da pessoa humana, traduzida no postulado kantiano de que cada homem é um fim em si mesmo, eleva-se à condição de princípio jurídico, origem e fundamento de todos os direitos fundamentais*”.

¹ A expressão é normalmente atribuída a Otfried Hoffe. Sobre o tema, v. TORRES, Ricardo Lobo. *A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos*, in Teoria dos Direitos Fundamentais (obra coletiva), Editora Renovar, 1999, p. 248/249.

² BINENBOJIM, 2008, p. 50.

Insurge com o movimento constitucionalista um desejo cada vez maior de aproximar o direito positivado aos valores e garantias fundamentais conquistadas ao longo dos anos, de forma a alcançar o ideal denominado democracia.

A democracia, desta forma, consiste em um projeto moral de autogoverno coletivo, que pressupõe cidadãos que sejam não apenas os destinatários, mas também os autores das normas gerais de conduta e das estruturas jurídico-políticas do Estado. Leciona Gustavo Binimbojm³ que, “*a democracia representa a projeção política da autonomia pública e privada dos cidadãos, alicerçada em um conjunto básico de direitos fundamentais*”.

Verifica-se que a própria regra da maioria apenas é moralmente justificável em um contexto na qual todos os membros são capacitados ativa e passivamente, sendo tratados com igual respeito e consideração, tendo como pressuposto o direito fundamental a igualdade, transubstanciado juridicamente no princípio da maioria como técnica de deliberação coletiva.

A partir desta análise pode-se verificar a estreita relação existente entre Direitos Fundamentais e democracia, podendo-se dizer que há uma relação de interdependência e reciprocidade.

Conjugando-se esses dois elementos é que, segundo Gustavo Binimbojm⁴ surge “*o Estado democrático de direito, estruturado como conjunto de instituições jurídico-políticas erigidas sob o fundamento e para a finalidade de proteger e promover a dignidade da pessoa humana*”.

Na corrente dita liberal destaca-se a obra de John Rawls⁵ que iniciou o debate pós-positivista no campo da filosofia política e do direito. Desta forma, a noção kantiana de uso público da razão – que pressupõe uma comunidade de sujeitos livres e iguais foi utilizada para definir aquilo que denominava “elementos constitucionais essenciais”, classificando-os em dois tipos,

(i) Os princípios fundamentais que especificam a estrutura geral do Estado e do processo político: as competências do Legislativo, do Executivo e do Judiciário; o alcance da regra da maioria;

(ii) Os direitos e liberdades fundamentais e iguais de cidadania que as maiorias legislativas devem respeitar, tais como o direito ao voto e à participação na política, a liberdade de consciência, a liberdade de pensamento e de associação, assim como as garantias do império da lei.

³ BINENBOJIM, 2008, p. 50.

⁴ *Ibidem*, p. 50/51.

⁵ RAWLS, John. *O liberalismo político*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000, p. 277.

Ensina John Rawls⁶ que, “os direitos e liberdades fundamentais tem caráter inalienável e um status especial em relação aos demais valores políticos”. Sustenta ainda que tais liberdades fundamentais “não são absolutas e que apenas podem ser limitadas ou negadas em favor de outras liberdades fundamentais, de modo a formar um sistema coerente garantido igualmente a todos os cidadãos”.

Verifica-se, desta forma, que a Constituição assume a feição liberal de uma Constituição-garantia, que especifica um procedimento político justo e incorpora as restrições que protegem as liberdades fundamentais, ao mesmo tempo em que asseguram a sua prioridade.

Em visão coincidente afirma John Rawls⁷ que “o resto fica a cargo do estágio legislativo. Uma constituição desse tipo está em conformidade com a ideia tradicional de governo democrático, ao mesmo tempo em que abre um espaço para a instituição da revisão judicial”.

Ronald Dworkin⁸, no mesmo sentido, ensina que “procura demonstrar que uma comunidade verdadeiramente democrática não apenas admite como pressupõe a salvaguarda de posições contra majoritárias (os Direitos Fundamentais), cuja força advém de princípios exigidos pela moralidade política”.

Acredita Ronald Dworkin⁹ na aplicação de princípios como uma “separação entre direito e moral, cristalizado pelo positivismo jurídico. Assim, os membros de uma comunidade, atuam como agente morais, aceitando que são governados por princípios comuns e não por regras forjadas em um compromisso político”.

Verifica-se que os Direitos Fundamentais são direitos morais, reconhecidos no seio de uma comunidade política (comunidade de princípios) cujos integrantes são tratados com igual respeito e consideração, desta forma aplicando-se o conceito de democracia como característica fundamental do Estado democrático de direito.

⁶ RAWLS, p. 348/349.

⁷ *Ibidem*, p. 396.

⁸ DWORKIN, Ronald. *Equality, Democracy and Constitution: We the people in court*, in *Alberta Law Review*, 28, 1990, p. 324/346.

⁹ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p.211.

Neste sentido, pontua Gisele Cittadino¹⁰ que,

esta igualdade, que pressupõe os indivíduos como agentes morais independentes, exige que Direitos Fundamentais lhes sejam atribuídos para que tenham a oportunidade de influenciar a vida política, realizar os seus projetos pessoais e assumir as responsabilidades pelas decisões que sua autonomia lhes assegura.

Deste modo, uma democracia apenas pode ser verdadeiramente considerada como um ente governamental, se os cidadãos forem tratados de forma equânime, com igual respeito e consideração.

Os Direitos Fundamentais, neste sentido, podem ser entendidos como “*condições democráticas*”, reconhecidos pela comunidade política sob a forma de princípios, sem os quais não há cidadania em sentido pleno, nem verdadeiro processo político deliberativo. Os Direitos Fundamentais, portanto, são uma exigência democrática antes que uma limitação à democracia.

Em visão semelhante Gustavo Binbenbojm¹¹ ensina que,

o ideal democrático de autogoverno (governo pelo povo) é satisfeito quando o princípio da maioria é respeitado; nada obstante, o princípio majoritário não assegura o governo pelo povo senão quando todos os membros da comunidade são concebidos e igualmente respeitados como agentes morais independentes.

Outra importante vertente jusfilosófica de fundamentação dos Direitos Fundamentais e da democracia, pós-positivista, é fundada na teoria do discurso e no procedimentalismo ético de Jurgen Habermas, que acredita na possibilidade de consensos morais materiais acerca de qual deve ser o conteúdo justo do direito.

Para Jurgen Habermas¹², ao contrário de Ronald Dworkin, a formação democrática da vontade “*não tira sua força legitimadora da convergência preliminar em relação a convicções éticas consuetudinárias, mas sim de pressupostos comunicativos e procedimentos, os quais permitem que, durante o processo deliberativo, venham à tona os melhores argumentos*”.

Na perspectiva habermasiana os Direitos Fundamentais não são produto de uma revelação transcendente, como na corrente jusnaturalista, nem tampouco de princípios morais

¹⁰ CITTADINO, Gisele. Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 1999, p. 156.

¹¹ BINENBOJIM, 2008, p. 55.

¹² HABERMAS, 2010, p. 345.

racionalmente endossados pelos cidadãos, como propõe kantianamente John Rawls e Ronald Dworkin, mas consequência da decisão recíproca de cidadãos livres e iguais, que podem legitimamente regular suas vidas por intermédio do direito positivo.

Das relações existentes entre Teoria do Discurso, a democracia e os Direitos Fundamentais, Jurgen Habermas¹³ explica que,

a ideia de autolegislação de cidadãos não pode, pois, ser deduzida da autolegislação moral de pessoas singulares. A autonomia tem que ser entendida de modo mais geral e neutro. Por isso introduzi um princípio do discurso, que é indiferente em relação à moral e ao direito. Esse princípio deve assumir – pela via da institucionalização jurídica – a figura de um princípio da democracia, o qual passa a conferir força legitimadora ao processo de normatização. A ideia básica é a seguinte: o princípio da democracia resulta da interligação que existe entre o princípio do discurso e a forma jurídica. Eu vejo esse entrelaçamento como uma gênese lógica de direitos, a qual pode ser reconstruída passo a passo. Ela começa com a aplicação do princípio do discurso ao direito a liberdades subjetivas de ação em geral – constitutivo para a forma jurídica enquanto tal – e termina quando acontece a institucionalização jurídica de condições para um exercício discursivo da autonomia privada, inicialmente abstrata, com a forma jurídica. Por isso, o princípio da democracia só pode aparecer como núcleo de um sistema de direitos. A gênese lógica desses direitos forma um processo circular, no qual o código do direito e o mecanismo para a produção de direito legítimo, portanto o princípio da democracia se constituem de modo co-originário.”

A pretensão de Jurgen Habermas é substituir os fundamentos moral e transcendental dos direitos do homem, próprios da tradição liberal, por um fundamento procedimental, extraído de sua teoria democrática. O princípio do discurso, elevado à condição de ideia-força da democracia, pressupõe uma igualdade entre os cidadãos, como pedra angular de um novo contrato social.

Para Paulo Ferreira da Cunha¹⁴, “*a razão adquire o seu máximo expoente na comunicação plena, no pleno diálogo, logo, para tal há que ter sujeitos iguais, que para isso darão as mãos numa sociedade com Direitos Fundamentais*”.

Jurgen Habermas¹⁵ apresenta a democracia como,

núcleo de um sistema de Direitos Fundamentais. Seu esquema de Direitos Fundamentais é todo ele deduzido logicamente do princípio discursivo, institucionalizado sob a forma do princípio democrático. Desta forma, os Direitos Fundamentais podem ser agrupados da seguinte forma: (1) Direitos Fundamentais que resultam da configuração política autônoma de direito à

¹³ HABERMAS, 2010, p. 158.

¹⁴ CUNHA, Paulo Ferreira. *Constituição, Direito e Utopia - Do Jurídico-constitucional nas Utopias Políticas*, 1996, p. 433.

¹⁵ HABERMAS, 2010, p. 159.

maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação; esses direitos exigem como correlatos necessários; (2) Direitos Fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do status de um membro numa associação voluntária de parceiros do direito; (3) Direitos Fundamentais que resultam imediatamente da possibilidade de postulação judicial de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual; (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 por meio dos quais eles criam direito legítimo; (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 mencionados de (1) até (4).

Mantém o raciocínio Jürgen Habermas¹⁶ e procura compatibilizar a soberania popular com os direitos humanos, pois estes são vistos como *“condições necessárias que apenas possibilitam o exercício da autonomia política; como condições possibilitadoras, eles não podem circunscrever a soberania do legislador, mesmo que estejam à sua disposição. Condições possibilitadoras não impõem limitações àquilo que constituem”*.

Independente de qual aporte teórico se fundamente, verifica-se certo consenso na atualidade sobre o papel das noções de Direitos Fundamentais e democracia como fundamentos de legitimidade e elementos constitutivos do Estado democrático de direito, que irradiam sua influência por todas as suas instituições políticas e jurídicas.

Assim, passa-se a análise dessa evolução da Administração Pública e sobre toda a configuração teórica do direito administrativo sob o enfoque da teoria da democracia deliberativa, bem como seus limites junto ao poder constituinte derivado.

2.2 – A igualdade material e a teoria constitucional de democracia deliberativa

As transformações do Estado, bem como a evolução dos Direitos Fundamentais e da democracia deliberativa, destaca-se que esta tem como uma de suas características mais importante buscar conciliar as duas principais matrizes da Teoria política moderna: a matriz político-liberal e a matriz democrática.

¹⁶ *Ibidem*, p. 165.

Ensina Claudio Pereira Souza Neto¹⁷ que, “*essa compreensão, de que o liberalismo político pode ser conciliado com a democracia, não é uma constante nas reflexões sobre a política e o direito. [...] tanto no mundo dos fatos quanto no plano teórico, a soberania popular foi vista como uma ameaça a liberdade individual*”.

A matriz político-liberal tem como objetivo precípua garantir a liberdade individual contra os eventuais abusos das autoridades estatais, onde destacamos o liberalismo político como a garantia de direitos e liberdades fundamentais.

Leciona Norberto Bobbio¹⁸ que,

o liberalismo é uma doutrina do Estado limitado tanto com respeito aos seus poderes quanto às suas funções. A noção corrente que serve para representar o primeiro é Estado de direito; a noção corrente para representar o segundo é Estado mínimo. Embora o liberalismo conceba o Estado tanto como Estado de direito quanto como Estado mínimo, pode ocorrer um Estado de direito que não seja mínimo (por exemplo, o Estado social contemporâneo) e pode-se também conceber um Estado mínimo que não seja um Estado de direito (tal como, a respeito da esfera econômica, o Leviatã hobbesiano, que é ao mesmo tempo absoluto no mais pleno sentido da palavra e liberal em economia).

O liberalismo político surge em um contexto em que se passa a propugnar pela limitação do Estado absolutista, caracterizado, fundamentalmente, pela centralização do poder político e pela monopolização da produção normativa.

A democracia, por sua vez, preocupa-se não com a limitação do poder do Estado em favor das liberdades individuais, como ocorre no liberalismo, mas com a participação dos cidadãos no processo de tomada de decisões políticas.

Para Hans Kelsen¹⁹ a vontade geral,

formada segundo o princípio da maioria, não é manifesta sob a forma de uma *diktat* imposto pela maioria a minoria, mas como resultado da influência mútua exercida pelos dois grupos, como resultado do embate de orientações políticas de suas vontades [...] De fato, todo o procedimento parlamentar, com sua técnica dialético-contraditória, baseada em discursos e réplicas, em argumentos e contra-argumentos, tende a chegar a um compromisso. Este é o verdadeiro significado do princípio da maioria na democracia real.

¹⁷ NETO, Claudio Pereira de Souza. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 19.

¹⁸ BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. 6. ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 17.

¹⁹ KELSEN, Hans. *A democracia*. Trad. Ivone Castilho Benedetti *et al.* 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 69-70.

A democracia deliberativa surge como forma de oposição às teorias de liberdade positiva e negativa, como forma de conciliar essas duas tradições em que está baseado o pensamento político moderno, e o faz de modo a sustentar a sua cooriginalidade.

Ensina Claudio Pereira de Souza Neto²⁰ que “*o estado de direito é entendido como condição de possibilidade da democracia. Sem liberdade de expressão, sem liberdade de pensamento, sem garantia do pluralismo político, não há democracia*”. Estes são Direitos Fundamentais que exercem uma função imediata no processo deliberativo democrático.

A noção de Estado de direito que se vale a democracia deliberativa não se restringe a concepção liberal clássica, mas incorpora também as expectativas igualitárias que tradicionalmente tem sido vinculada ao Estado social, onde esta igualdade material razoável é uma condição fundamental para a efetivação do Estado democrático de direito.

A democracia deliberativa pressupõe a igualdade de “possibilidades” de participação política, em que sob o prisma formal já foi consolidado como elemento inquestionável da estrutura institucional das democracias constitucionais.

Cláudio Pereira Souza Neto²¹ assevera que,

o que há muito tem sido objeto de crítica é o fato da 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 outros) sem que tal reconhecimento legal tenha resultado na conformação de sociedades verdadeiramente democráticas.

A igualdade requerida pela democracia deliberativa, tal qual ocorre com a liberdade, também deve ser entendida como aquela necessária a instauração de um contexto propício para a interação cooperativa, com a distribuição justa dos recursos sociais.

Só há deliberação sobre o bem comum se os participantes do processo político perceberem, que para além das diferenças, existe também um “nós”, porque todos tem interesse na manutenção da estabilidade democrática.

A igualdade econômica razoável é requisito fundamental para que, em um contexto de pluralismo, todos (grupos e indivíduos) se vejam motivados a cooperar no processo político

²⁰ NETO, 2006, p. 57.

²¹ *Ibidem*, p. 168.

democrático, compreendendo o outro com quem se dialoga como um parceiro na empreitada democrática e não como um inimigo que se busca eliminar

Esse ponto de vista é compartilhado por Herman Heller²² que pontua como o estado democrático *“se caracteriza por uma unidade na multiplicidade de opiniões, um certo grau de homogeneidade econômica deve ser garantido justamente para possibilitar essa unidade, já que é capaz de gerar uma consciência d sentimento do ‘nós’, uma vontade comunitária que se atualiza”*.

De acordo com Herman Heller²³, 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”*.

O modelo deliberativo implica não só igualdade quanto ao acesso ao procedimento democrático, mas também igualdade quanto à capacidade de exercer real influência na vida política, estando diretamente ligado a idéia de capacidade igual de funcionar publicamente.

Para Nancy Fraser²⁴ a inclusão exhibe *“além da dimensão econômica, também uma dimensão cultural. Por isso as políticas inclusivas englobam não só redistribuição de recursos, mas também reconhecimento das diferenças”*.

O reconhecimento em conjunto com a redistribuição é fundamental para instaurar um contexto de igualdade de capacidades para atuar em público. Em geral, enquanto a redistribuição é a solução adequada para as diferenças econômicas, o reconhecimento o é para as desigualdades de gênero e etnia.

A teoria constitucional de democracia deliberativa pretende “reconstruir” a normatividade constitucional em vigor, fornecendo-lhe “coerência” e “integridade”. Desta forma, esta teoria é ao mesmo tempo descritiva e racionalizadora.

Esta teoria é descritiva por entender que não é mais possível, em face do fato do pluralismo, sustentar metafisicamente um sistema de princípios. É racional ao buscar reconstruir as tradições políticas que, de fato, informam ao núcleo material da Constituição,

²² HELLER, Herman. *Démocratie politique et homogénéité sociale*. Revue Cités, n. 6, maio, 2001, p. 205 *apud Ibidem*, p. 168.

²³ *Idem*.

²⁴ FRASER, Nancy. *Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça pós-socialista*. In: SOUZA, Jessé (org.). *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: UNB, 2001, p. 245.

consubstanciado em princípios que são objeto de um “consenso” entre as diversas doutrinas abrangentes razoáveis.

Como leciona José Joaquim Gomes Canotilho²⁵, “*a compreensão da constituição só ganha sentido teórico-prático quando referida a uma situação constitucional concreta, historicamente existente num determinado país*”, i. e., “*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*”.

A formação dos elementos nucleares da democracia deliberativa surgem do processo evolutivo de seus principais ideais, a começar pela “racional-normativa” que preponderou durante o constitucionalismo clássico, que tinha como preocupação principal estabelecer limites a atividade estatal, cuja formulação mais conhecida está presente na *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*.

A crise deste modelo clássico surge da relativização histórica do conteúdo constitucional e da elisão da justificação normativa, o que fez surgir inúmeras teorias da constituição, tanto de cunho formal-normativo quanto político-sociológico. Considera-se, por exemplo, a teoria formal-normativa proposta por Hans Kelsen²⁶, como corolário de sua cruzada para “*purificar a ciência do direito de qualquer reflexão de caráter sociológico, psicológico ou político*”.

O “reconstrutivismo” é a via seguida pela democracia deliberativa para superar o conflito entre a perspectiva descritiva e a prescritiva, cuja função é fornecer coerência ao sistema constitucional, e não de uma tentativa de identificar os princípios intrinsecamente válidos, como ocorria na antiga teoria racional-normativa, e nem, tampouco, de uma descrição acrítica do direito constitucional positivo, como se dava na teoria positivista da constituição.

²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra ed., 1994, p. 79 e 154.

²⁶ KELSEN, HANS. *Teoria pura do direito*. Trad. João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 1/5.

Em visão semelhante ensina Ricardo Lobo Torres²⁷ que “*a constituição da democracia deliberativa pode ser entendida como uma constituição complexa, resultante da interação entre a constituição ideal e a constituição histórica*”.

Para a democracia deliberativa, a teoria constitucional não pode servir de alibi para que o intérprete deixe de aplicar a constituição em seu todo, sua função é apenas a de nortear a atividade interpretativa, a qual deve se dar a partir e nos limites do texto constitucional.

É com base nessa evolução que Claudio Pereira de Souza Neto²⁸ conceitua a democracia deliberativa como

um sistema aberto cujo núcleo substantivo é o repositório das tradições políticas que dão fundamento ao estado democrático de direito, reconstruídas democrática, discursiva e coerentemente, de modo a permitir a cooperação livre e igualitária de todos os cidadãos na deliberação democrática.

Assim, verifica-se que o núcleo da democracia deliberativa consiste na aferição de igualdade material, não só econômica, mas também a capacidade de atuar publicamente e a inclusão de todos por meio do reconhecimento das diferenças o que gerou uma transformação da teoria constitucional, exigindo para sua legitimação uma reconstrução democrática, discursiva e coerente, a fim de se garantir a eficácia dos direitos fundamentais.

2.3 – A esfera da fundamentalidade material e a eficácia dos Direitos Fundamentais

A fundamentalidade formal decorre do fato de a Constituição positivar determinada norma como Direito Fundamental. Já a fundamentalidade material se deriva do conteúdo da norma, seja ou não ela caracterizada pelo texto constitucional como fundamental.

Ensina Ingo Wolfgang Sarlet²⁹ em sua definição de direitos de fundamentalidade, como

Direitos Fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera da disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade

²⁷ TORRES, Ricardo Lobo. *A constituição ideal dos direitos: o liberalismo igualitário na obra de Santiago Nino*. In: MACEDO, Ubiratan Borges de. (org.). *Avaliação crítica da proposta da democracia deliberativa*. Rio de Janeiro: Círculo de Estudos do Liberalismo; Londrina: Edições Humanidades, 2002, p. 23/25.

²⁸ NETO, 2006, p. 224.

²⁹ SARLET, 2001, p. 80/85.

formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparadas, agregando-se a Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo).

O recurso a fundamentalidade material justifica-se diante da insuficiência de critérios formais fornecidos pelo texto constitucional para definir quais são os Direitos Fundamentais que tem lugar no sistema brasileiro.

Essa definição é crucial, a fim de que se possa demonstrar quais direitos podem ser caracterizados como cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, inciso IV da CF/88) e quais direitos gozam de aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º da CF/88).

A partir desta delimitação pode-se verificar no sistema brasileiro a abrangência dos Direitos Fundamentais, a fim de proporcionar a sua proteção adequada, bem como sua efetivação.

A primeira referência inscrita na Constituição da República de 1988 atinente a fundamentalidade formal está disposta no Título II: “Dos direitos e garantias fundamentais”.

Pode-se deduzir com base nisso que todos os dispositivos elencados nesse Título (art. 5º a 17 da CF/88) instituem direitos fundamentais e garantias, onde segundo o texto expresso, compreenderia os “direitos e deveres individuais e coletivos”, os “direitos sociais”, os “direitos à nacionalidade” e os “direitos políticos” e poderia se concluir que todos esses direitos deveriam gozar do mesmo tratamento.

Contudo, a jurisprudência não tem entendido dessa maneira, quando reconhece a unidade do sistema, não extrai dela conseqüências iguais em face das diferentes categorias de direitos fundamentais.

De fato, pode-se perceber um tratamento diferenciado para o que a Constituição denomina “direitos individuais” e para o que denomina “direitos sociais”, devido, entre outros fatores, pela própria imprecisão do texto constitucional no estabelecimento de critérios para a definição da fundamentalidade formal.

Em visão semelhante leciona Cláudio Pereira de Souza Neto³⁰ que tudo se complica quando “*outros dispositivos constitucionais passam a ser levados em consideração. O § 1º do*

³⁰ NETO, 2006, p. 228.

artigo 5º estabelece que “as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata””.

Essa expressão leva a uma dupla interpretação, onde na primeira todos os direitos arrolados no Título II da Constituição podem ser compreendidos à luz de conceitos como os de “norma auto-aplicável” ou “norma de eficácia plena”. A segunda interpretação, onde o § 1º do artigo 5º seria aplicada somente ao próprio artigo 5º.

Cláudio Pereira de Souza Neto³¹ pontua ainda que *“as duas conclusões tornam-se problemáticas quando se passa a examinar cada um dos dispositivos que instituem Direitos Fundamentais de acordo com outro critério formal: o modo de positivação”*.

A Constituição da República em seu artigo 6º arrola, como Direito Fundamental social, o direito a saúde, não apresentando problemas quanto ao seu modo de positivação. De acordo com as características formais desse dispositivo, poder-se-ia atribuir ao direito à saúde a possibilidade de ser aplicado imediatamente.

No entanto, quando a Constituição da República trata do direito à saúde com mais profundidade, em seu art. 196, passa a dar espaço para dúvidas, onde segundo esse dispositivo, *“a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário as ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”*.

O texto constitucional determina que a saúde seja garantida por “políticas sociais e econômicas”, não pela ação do Poder Judiciário, ao qual descabe a implementação de “políticas”.

Ingo Wolfgang Sarlet³² ensina que o sistema de Direitos Fundamentais é *“não propriamente um sistema lógico-dedutivo (autônomo-suficiente), mas, sim, um sistema aberto e flexível, receptivo a novos conteúdos e desenvolvimentos, integrado ao restante da ordem constitucional, além de sujeito aos influxos do mundo circundante”*.

Consideram-se materialmente fundamentais aqueles preceitos que configuram condições para a cooperação na deliberação democrática. Tais condições instituem padrões

³¹ NETO, 2006, p. 229.

³² SARLET, 2001, p. 64.

de convivência social cujo respeito garante que todos os cidadãos se sintam efetivos participantes da comunidade política.

Cláudio Pereira de Souza Neto³³ leciona que como condições para a cooperação na deliberação democrática, “*os Direitos Fundamentais não só possibilitam que seja proferida uma decisão majoritária justa, mas também lhe impõe limites, podendo até mesmo obstar os desideratos reformadores do poder constituinte derivado*”.

Ressalta-se que tais limites representam não uma violação da soberania popular, mas uma garantia das precondições indispensáveis para a sua efetiva manifestação. A expressão “direitos e garantias individuais”, presente no art. 60, § 4º, IV, deve, portanto, ser interpretada como “direitos e garantias fundamentais”, e essa fundamentalidade deve ser perquirida observando-se o conteúdo material da norma.

Em visão semelhante Dimitri Dimoulis³⁴ ensina que Direitos Fundamentais são “*direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidas em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual*”.

Alega-se que não cabe ao Poder Judiciário realizar a concretização de tais direitos, visto que esta depende de opções de caráter orçamentário, a serem tomadas em cenários de escassez de recursos.

A atuação social do Estado estaria condicionada à “reserva do possível”, razão pela qual a legitimidade para a tomada de decisões nessa seara seria do Poder Executivo e do Poder Legislativo, compostos por autoridades escolhidas pelo voto popular.

J.J. Canotilho³⁵ glosando a doutrina alemã de W. Martens esclarece que,

o conceito tradicional de reserva do possível: 1 – a total *desvinculação jurídica* do legislador quanto a dinamização dos direitos sociais constitucionais consagrados; 2 – a ‘*tendência zero*’ da eficácia jurídica das normas constitucionais consagradoras dos direitos sociais; 3 – *gradualidade* como dimensão lógica necessária da concretização dos direitos sociais, tendo

³³ NETO, 2006, p. 236.

³⁴ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos Direitos Fundamentais. 3. ed. rev. atual. e ampl.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 49.

³⁵ CANOTILHO, J.J. GOMES. *Metodologia ‘fuzzy’ y ‘camaleones normativos’ em la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales. Derechos y libertades – Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, n. 6, fev., 1998, p.44* apud NETO, Claudio Pereira de Souza. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 245/246.

em conta, sobretudo, os limites financeiros; 4 – *insindicabilidade* de controle jurisdicional das opções legislativas quanto à densificação legislativa das normas constitucionais reconhecedoras dos direitos sociais. Após essas referências, Canotilho busca relativizá-las, mas considera inequívoco que os direitos econômicos, culturais e sociais se caracterizam: 1 – pela gradualidade de sua realização; 2 – pela dependência financeira dos recursos do Estado; 3 – pela tendencial liberdade conformação do legislador quanto às políticas de realização destes direitos; 4 – pela insucetibilidade de controle jurisdicional dos programas político-legislativos, a não ser quando estes se manifestem em clara contradição com as normas constitucionais ou quando, manifestamente, suportem dimensões pouco razoáveis.

Contudo, adotando-se, como critério para a definição da fundamentalidade material dos direitos sociais, a noção de condições para cooperação na deliberação democrática, o argumento democrático-orçamentário fica superado.

Leciona Claudio Pereira de Souza Neto³⁶ que,

o que importa, sob o prisma da legitimidade, é observar que a objeção democrático-orçamentária à atribuição de fundamentalidade aos direitos sociais incide em uma falácia, ao vincular duas questões distintas: uma é a de fundamentalidade material, que decorre do conteúdo da norma; outra é dos meios necessário para concretizá-la.

O grande desafio para a teoria constitucional não é discutir se os direitos sociais são ou não fundamentais, mas delimitar a esfera da fundamentalidade material, para o que é necessário ingressar na seara da justificação do conteúdo normativo.

Em visão semelhante Ricardo Lobo Torres³⁷ defende a “*teoria do mínimo existencial que serve a finalidade de estabelecer quais são os direitos sociais que representam condições para o exercício efetivo da liberdade*”.

O conceito de mínimo existencial exhibe, assim, o *status positivus libertatis*, segundo a qual, sem condições sociais mínimas, o ser humano não pode efetivamente gozar sua liberdade, elevada a critério precípua para a legitimação da organização social.

De qualquer forma, seja como fundamento na liberdade, seja como fulcro em uma versão minimalista da dignidade humana, dessa importante construção resulta a prerrogativa de o Poder Judiciário concretizar a esfera mínima dos direitos sociais, independentemente das Políticas Públicas implementadas pelo Poder Executivo e Pelo Poder Legislativo.

³⁶ NETO, 2006, p. 246.

³⁷ TORRES, Ricardo Lobo. A jusfundamentalidade dos direitos sociais. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, v. XII, 2003, p.356; *Id.* A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos Fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 1/5.

Como esclarece Ricardo Lobo Torres³⁸ à retórica do mínimo existencial “*não minimiza os direitos sociais, senão que os fortalece extraordinariamente na sua dimensão essencial, dotada de plena eficácia, e os deixa incólumes ou até mesmo os maximiza na região periférica, em que valem sob reserva de lei*”.

O debate sobre quais são os limites máximos de realização da justiça social pelo Estado, por meio de Políticas Públicas, diz respeito ao conceito de máximo social, que não reflete sobre os limites da ação do Poder Judiciário, mas da ação dos demais poderes do Estado.

Para além do mínimo, os direitos sociais também podem ser implementados, mas “sob reserva de lei”, que permite ao legislador comum introduzir limitações, restringindo a área de proteção do direito, no que ensina Dimitri Dimoulis³⁹ que,

a reserva de lei pode ser de várias espécies. Está presente uma reserva legal simples (também denominada de plena, absoluta ou ordinária) quando a Constituição indica que o exercício do direito será feito ‘na forma da lei’ ou nos ‘termos da lei’ (exemplos art. 5º, XV, XVIII, da CF). Tem-se uma reserva legal qualificada (também denominada de limitada ou relativa) quando a Constituição indica pelo menos um dos seguintes elementos: o tipo, a finalidade ou o meio de intervenção autorizado, dos quais o legislador poderá se valer quando de sua concretização da limitação constitucional do Direito Fundamental consubstanciado na reserva legal qualificada (exemplos: art. 5º, XII, da CF).

Assim como a Teoria do Mínimo, a democracia deliberativa também atribui fundamentalidade material aos direitos sociais que figuram como condições de liberdade, concebendo-os como condições necessárias, além de enfatizar o sentido positivo da liberdade e de buscar harmonizá-lo com a igualdade.

Claudio Pereira de Souza Neto⁴⁰ leciona que “*a fundamentalidade material dos direitos sociais pode também ser concebida, sob o prisma democrático como uma manifestação da “eficácia horizontal” dos direitos ‘civis’ e ‘políticos’*”.

Os direitos sociais são garantias que permitem aos indivíduos viver a sua vida privada e cooperar na empreitada democrática livres de qualquer dominação social e econômica figurando como artifícios para a moderação do absolutismo dos poderes econômicos e sociais.

³⁸ TORRES, 1999, p. 264.

³⁹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo., 2011, p. 146/147.

⁴⁰ NETO, 2006, p. 252.

A igualdade material sustentada pela democracia não é uma igualdade absoluta, mas relativa o suficiente para que se possam deliberar quais são as diferenças consideradas justas.

A teoria democrático deliberativa conforme ensina Claudio Pereira de Souza Neto⁴¹ “leva à restrição da atividade judicial ao campo da neutralidade política, deixando aberta à deliberação majoritária a definição de conteúdos. O que não pode ocorrer é o Estado violar os Direitos Fundamentais ou deixar de implementá-los”. Essa formulação, embora possa apresentar alguns problemas de executoriedade em nossa realidade periférica, preenche todos os requisitos da legitimação democrática.

Conforme destacado, uma das principais objeções à atuação do Poder Judiciário na concretização de direitos sociais prestacionais implica a tomada de opções políticas em cenários de escassez de recursos, implementando Políticas Públicas que caberiam aos Poderes Legislativo e Executivo, refletem, em suas deliberações a vontade da maioria.

A questão central esta relacionada ao fato que se considerarmos certos direitos sociais como condições para a cooperação democrática, então o Poder Judiciário, como seu guardião, possui também o dever de concretizá-los, quando tem lugar a inércia dos demais ramos do Estado na realização dessa tarefa.

Assim, pode-se entender que a concretização judicial de direitos sociais fundamentais, independentemente de mediação legislativa, é um mínimo em relação ao controle da ação inconstitucional, o que leva ao fortalecimento da Teoria da Constituição da Democracia Deliberativa, como forma de delimitar a fundamentalidade material.

2.4 – A Teoria da Constituição da Democracia Deliberativa como fator delimitador da Fundamentalidade Material

Chega-se, então, a análise do modo como a teoria democrático-deliberativa atua nas Constituições, em especial a Constituição da República de 1988, definindo Direitos Fundamentais e normas estruturantes, bem como programas de ação, fornecendo resultados mais convincentes do que as versões procedimentalista e substancialista.

No Brasil, tem predominado, há cerca de duas décadas, uma “teoria normativa da Constituição dirigente”, cujo aspecto central é a afirmação de que os dispositivos

⁴¹ *Ibidem*, p. 256.

constitucionais instituidores de programas de ação são normas e, como tais devem ser aplicados.

José Joaquim Gomes Canotilho⁴² ensina que “*sob esse prisma, a teoria constitucional deve se preocupar com a ‘justeza’ das decisões, com a ‘identidade material’ de uma ordem política, com a legitimidade normativo-substancial do sistema político*”.

Essa afirmação da normatividade do “bloco dirigente” é uma das principais conseqüências da guinada por que passou a teoria constitucional progressista a partir da reabertura democrática, e principalmente da entrada em vigor da Constituição da República de 1988.

Em visão semelhante Claudio Pereira de Souza Neto⁴³ pontua que,

instaurado o ambiente democrático, passou a compreender que seu papel não mais seria o de criticar o caráter ideológico da Constituição, mas precisamente o de desenvolver mecanismos dogmáticos e processuais capazes de garantir a efetivação de seus “potenciais emancipatórios”.

A Constituição Federal de 1988 representa, ao mesmo tempo, a garantia da liberdade e da democracia política, e a projeção de uma utopia social igualitária, fornecendo ao pensamento jurídico progressista simultaneamente uma “trincheira de resistência” e uma “carta programática”.

Dado esse conteúdo constitucional, uma das tônicas da teoria brasileira passa a ser incrementar a força normativa da Constituição pela via do desenvolvimento de uma dogmática da efetividade.

Norberto Bobbio⁴⁴ ensina que “*o problema fundamental em relação aos Direitos do Homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los*”. Chegou-se, pela ausência da valorização da reflexão sobre a justificação normativa, a questionar a conveniência de a Constituição ter consagrado princípios como o da dignidade da pessoa humana.

Leciona Lênio Streck⁴⁵ que,

⁴² CANOTILHO, 1994, p. 108.

⁴³ NETO, 2006, p. 260.

⁴⁴ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 24.

⁴⁵ STRECK, Lênio Luiz. *O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais fundamentais*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos Fundamentais sociais: estudos de direito constitucional internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 191.

a adequação da teoria da constituição dirigente a compreensão da Constituição Federal de 1988 também tem sido, por vezes, sustentada sob o prisma material, figurando como uma decorrência do não cumprimento das promessas da modernidade, plasmadas no Texto Constitucional, e do funcionamento distorcido de nossa democracia representativa – ambas características da “realidade periférica” de nosso País.

Esse compromisso com a efetividade e com o dirigismo se revela, sobretudo, no âmbito da teoria da norma constitucional, formulado por José Afonso da Silva⁴⁶ onde “*todos os dispositivos constitucionais possuiriam algum grau de normatividade e deveriam, por isso, surtir efeito*”.

As antigas normas não auto-aplicáveis se convertem em normas de eficácia limitada, e a elas se passa a atribuir uma série de efeitos, embora, continuem não sendo passíveis de aplicação integral autônoma pelo Poder Judiciário, sem a intermediação legislativa.

A maior divergência entre a teoria da constituição dirigente e a teoria da constituição da democracia deliberativa, concerne ao tema da predefinição dos resultados da deliberação democrática.

Leciona Cláudio Pereira de Souza Neto⁴⁷ que “*a teoria da constituição da democracia deliberativa entende que o papel da Constituição é estabelecer apenas as condições para o funcionamento adequado da vida democrática*”. Pontua ainda que,

no tocante à teoria da norma, se a proposta da dogmática da efetividade era tendente ao incremento da normatividade da Constituição e pode, justamente por isso, ser incorporada pelo pensamento jurídico progressista, com o tempo, passou a servir paradoxalmente ao propósito contrário, sobretudo por conta da interpretação que fez dela o Poder Judiciário brasileiro, especialmente sua mais Alta Corte.

As expressões “norma programática”, “norma de eficácia limitada”, “princípio programático” acabaram por se constituir em verdadeiros índices da não efetivação da Constituição. Quando se quis, nos últimos vinte anos, deixar de aplicar a Constituição, por diversas vezes, bastou-se etiquetar a norma suscitada como programática e transferir para o legislador a tarefa que, sob o prisma formal, era mesmo do Poder Judiciário.

Na concepção habermasiana⁴⁸ de legitimidade procedimental, “*justas são as decisões tomadas em um contexto em que estejam presentes determinadas condições procedimentais,*

⁴⁶ SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 27.

⁴⁷ NETO, 2006, p. 268/269.

⁴⁸ HABERMAS, 2010, p. 152.

a saber, aquelas que permitem que a deliberação pública se dê de maneira livre, aberta e igualitária”.

Não há cabimento, portanto, em estabelecer previamente à deliberação, princípios informadores do seu resultado, onde a deliberação pública apenas estaria impedida de chegar a resultados que violassem as suas próprias condições procedimentais.

Jurgen Habermas⁴⁹ parece conceber o núcleo material da constituição democrático-deliberativa em termos mais cooperativos, especialmente, quando extrai de sua ética do discurso, destacando que a deliberação pública deve se pautar por “ações comunicativas”, não “estratégicas”.

Sustenta-se, a partir disto que são materialmente fundamentais não apenas os direitos que configurem de forma imediata as condições para a participação no processo democrático, mas também aquelas cuja observância é necessária para que todos se sintam motivados a deliberar tendo em vista a realização do bem comum.

Verifica-se, desta forma, que o problema se torna ainda mais grave quando se atribui ao Poder Judiciário a função de implementar os direitos sociais ou de controlar a sua implementação.

J.J. Canotilho⁵⁰ ensina que *“em sede de Constituição dirigente, não tem grande sentido nem alcance prático falar-se dos tribunais ou de um tribunal constitucional como defensor da Constituição [...] quer pela especificidade de suas funções, quer pelos problemas de legitimação democrática, o alargamento das funções do juiz a tarefas de conformação social positiva é justamente questionável”*.

Leciona Canotilho⁵¹ que,

a dissolução do potencial da ação político-democrática numa ‘curta’ mentalidade de pretensões subjetivas, individualmente acionáveis. A ‘perda da justiciabilidade’ e a colocação dos direitos a prestações dentro da ‘reserva do possível’ devem ser compensadas por uma intensificação da participação democrática na política dos direitos fundamentais.

Em visão semelhante Andréas J. Krell⁵² leciona que no Brasil, predominou a compreensão de que, *“por ser ‘menor o nível de organização e atuação política da sociedade*

⁴⁹ *Ibidem*, p. 253.

⁵⁰ CANOTILHO, 1994, p. 350.

⁵¹ *Ibidem*, p. 377.

civil', deveria ser aumentada a responsabilidade dos integrantes do Poder Judiciário na concretização e no cumprimento das normas constitucionais, inclusive as que possuem uma alta carga valorativa e ideológica".

A democracia deliberativa é crítica de uma judicialização generalizada da política, de uma hegemonia do Poder Judiciário, considerando que este deve exercer uma função política importante, mas subsidiária à deliberação popular. Situa-se, pois, na esfera da "neutralidade política", ao propugnar por um núcleo material da Constituição capaz de obter a adesão das mais diversas doutrinas abrangentes razoáveis, sem negar nenhuma delas.

Segundo Claudio Pereira de Souza Neto⁵³ a, "*teoria da Constituição democrático deliberativa apresentada dá suporte apenas a judicialização da política dos direitos fundamentais, das reivindicações pela efetiva observância das condições para a cooperação na deliberação democrática*".

Os argumentos aqui aduzidos procuram inferir que a concretização judicial contramajoritária de Direitos Fundamentais, se adequadamente realizada, não implica uma usurpação das prerrogativas do Poder Legislativo, nem, tampouco, uma violação da legitimação democrática que o caracteriza, podendo resultar em um incremento da democracia.

Leciona Heinrich Scholler⁵⁴ que a democracia deliberativa dá "*sustentação apenas a um princípio da 'proibição relativa do retrocesso social', sob um prisma democrático-deliberativo, o retrocesso social pode ser judicialmente fulminante tão-só quando afetar a esfera da fundamentalidade material*".

Pode-se constatar, portanto, que a teoria da constituição da democracia deliberativa mantém como ideal de efetivação constitucional duas relações diferentes. Incrementa a efetividade no âmbito do núcleo substantivo da Constituição e deixa à deliberação majoritária a realização do que, tanto formal quanto materialmente, pode ser caracterizado como projeto constitucional.

⁵² KRELL, Andréas J. *Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos Direitos Fundamentais sociais*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes entre o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 46-47.

⁵³ NETO, 2006, p. 276.

⁵⁴ SCHOLLER, Heinrich. *Constituição e direito no processo da globalização: a transição do estado social e da economia planificada para uma economia de mercado*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos Fundamentais sociais: estudos de direito constitucional internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 100.

Em visão semelhante, Cláudio Pereira de Souza Neto⁵⁵ afirma que a “*democracia deliberativa pode justamente significar um incremento da eficácia do núcleo normativo do estado social, ao afirmar a fundamentalidade material dos direitos sociais*”.

Como aspecto fundamental a democracia deliberativa afirma acerca do Estado apenas que este deve ser democrático, e que essa democracia deve se organizar em moldes deliberativos, considerando que o núcleo material da Constituição, enquanto parâmetro fundamental para a limitação da vontade majoritária, deve se circunscrever à esfera da neutralidade política.

Assim, pode-se concluir que a teoria constitucional da democracia deliberativa, tem sua legitimidade democrática, jurídica e administrativa sempre que interesses públicos e privados se contrapuserem e em razão disto haja necessidade de se limitar a vontade de um em face do outro, utilizando-se desta forma deste modelo cooperativo e da ponderação como forma de se solucionar tais conflitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A noção de Estado de direito que se vale a democracia deliberativa não se restringe a concepção liberal clássica, mas incorpora também as expectativas igualitárias que tradicionalmente tem sido vinculada ao Estado social, onde esta igualdade material razoável é uma condição fundamental para a efetivação do Estado democrático de direito.

A igualdade requerida pela democracia deliberativa, tal qual ocorre com a liberdade, também deve ser entendida como aquela necessária a instauração de um contexto propício para a interação cooperativa, com a distribuição justa dos recursos sociais, incluindo-se assim não só a igualdade econômica como também a capacidade de exercer influência na vida política.

A teoria constitucional de democracia deliberativa apresenta tem como escopo “reconstruir” a normatividade constitucional em vigor, fornecendo-lhe “coerência” e “integridade”. Desta forma, esta teoria foi destacada como sendo, ao mesmo tempo, descritiva e racionalizadora.

⁵⁵ *Op. cit.*, p. 276.

O “reconstrutivismo” é a via seguida pela democracia deliberativa para superar o conflito entre a perspectiva descritiva e a prescritiva, cuja função é fornecer coerência ao sistema constitucional, e não de uma tentativa de identificar os princípios intrinsecamente válidos, como ocorria na antiga teoria racional-normativa, e nem, tampouco, de uma descrição acrítica do direito constitucional positivo, como se dava na teoria positivista da constituição.

A fundamentalidade material se deriva do conteúdo da norma, justificando-se diante da insuficiência de critérios formais fornecidos pelo texto constitucional para definir quais são os Direitos Fundamentais que tem lugar no sistema brasileiro.

Pode-se deduzir com base nisso que todos os dispositivos elencados no Título II da CR/88 (art. 5º a 17) instituem direitos fundamentais e garantias, onde segundo o texto expresso, compreenderia os “direitos e deveres individuais e coletivos”, os “direitos sociais”, os “direitos à nacionalidade” e os “direitos políticos” e poderia se concluir que todos esses direitos deveriam gozar do mesmo tratamento.

Verificou-se que a jurisprudência tem entendido de forma diversa por se perceber um tratamento diferenciado para o que a Constituição denomina “direitos individuais” e para o que denomina “direitos sociais”, devido, entre outros fatores, pela própria imprecisão do texto constitucional no estabelecimento de critérios para a definição da fundamentalidade formal.

Conforme foi aludido no ensinamento de Claudio Pereira de Souza Neto os Direitos Fundamentais não só possibilitam que seja proferida uma decisão majoritária justa, mas também impõe limites, podendo até mesmo obstar os desideratos reformadores do poder constituinte derivado.

Ressaltou-se que tais limites representam não uma violação da soberania popular, mas uma garantia das precondições indispensáveis para a sua efetiva manifestação. A expressão “direitos e garantias individuais”, presente no art. 60, § 4º, IV, deve, portanto, ser interpretada como “direitos e garantias fundamentais”, e essa fundamentalidade deve ser perquirida observando-se o conteúdo material da norma.

A atuação social do Estado estaria condicionada à “reserva do possível”, razão pela qual a legitimidade para a tomada de decisões nessa seara seria do Poder Executivo e do Poder Legislativo, compostos por autoridades escolhidas pelo voto popular.

Estabeleceu-se como grande desafio para a teoria constitucional não a discussão sobre a fundamentalidade dos direitos, mas sim delimitação da esfera da fundamentalidade material, para o que é necessário ingressar na seara da justificação do conteúdo normativo.

Ao lado do conceito de reserva do possível aparece o conceito de mínimo existencial que serve a finalidade para estabelecer quais são os direitos sociais que representam condições para o exercício efetivo da liberdade.

De qualquer forma, seja como fundamento na liberdade, seja como fulcro em uma versão minimalista da dignidade humana, dessa importante construção resulta a prerrogativa de o Poder Judiciário concretizar a esfera mínima dos direitos sociais, independentemente das Políticas Públicas implementadas pelo Poder Executivo e Pelo Poder Legislativo.

Pode-se entender que a concretização judicial de direitos sociais fundamentais, independentemente de mediação legislativa, é um mínimo em relação ao controle da ação inconstitucional, o que leva ao fortalecimento da Teoria da Constituição da Democracia Deliberativa, como forma de delimitar a fundamentalidade material.

No que então, passou-se ao estudo da constituição dirigente em face da constituição democrático deliberativo, onde pode se constatar que a democracia deliberativa é crítica de uma judicialização generalizada da política, de uma hegemonia do Poder Judiciário, considerando que este deve exercer uma função política importante, mas subsidiária à deliberação popular.

Situando-se, pois, na esfera da “neutralidade política”, ao propugnar por um núcleo material da Constituição capaz de obter a adesão das mais diversas doutrinas abrangentes razoáveis, sem negar nenhuma delas.

Do que se pode concluir que os argumentos aqui aduzidos procuram inferir que a concretização judicial contramajoritária de Direitos Fundamentais, se adequadamente realizada, não implica uma usurpação das prerrogativas do Poder Legislativo, nem, tampouco, uma violação da legitimação democrática que o caracteriza, podendo resultar em um incremento da democracia.

Concluiu-se ainda que como aspecto fundamental a democracia deliberativa afirma acerca do Estado apenas que este deve ser democrático, e que essa democracia deve se organizar em moldes deliberativos, considerando que o núcleo material da Constituição,

enquanto parâmetro fundamental para a limitação da vontade majoritária, deve se circunscrever à esfera da neutralidade política.

REFERÊNCIAS

BINENBOJIM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOBBIO, Norberto. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992

_____. *Liberalismo e Democracia*. 6. ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 1994.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra ed., 1994.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 1999.

CUNHA, Paulo Ferreira. *Constituição, Direito e Utopia - Do Jurídico-constitucional nas Utopias Políticas*. Coimbra: Coimbra, 1996.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos Direitos Fundamentais*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011

DWORKIN, Ronald. *Equality, Democracy and Constitution: We the people in court*, in *Alberta Law Review*, 28. São Paulo: Martins Fontes, 1990.

_____. *O Império do Direito. Ronald*. O Império do Direito. trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FRASER, Nancy. *Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça pós-socialista*. In: SOUZA, Jessé (org.). *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: UNB, 2001.

HABERMAS, Jurgen. *Direito e Democracia*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. *Direito e Democracia: entre Faticidade e Validade*. 2. ed. rev. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. V. 1

KELSEN, Hans. *A democracia*. (Trad.). Ivone Castilho Benedetti. et al. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Teoria pura do direito*. Trad, João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KRELL, Andréas J. *Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos Direitos Fundamentais sociais*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes entre o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

NETO, Claudio Pereira de Souza. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

RAWLS, John. *O Liberalismo político*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. rev. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHOLLER, Heinrich. *Constituição e direito no processo da globalização: a transição do estado social e da economia planificada para uma economia de mercado*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos Fundamentais sociais: estudos de direito constitucional internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

STRECK, Lênio Luiz. *O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais fundamentais*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos Fundamentais sociais: estudos de direito constitucional internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos, in *Teoria dos Direitos Fundamentais* (obra coletiva), São Paulo: Renovar, 1999.

_____. TORRES, Ricardo Lobo. A jusfundamentalidade dos direitos sociais. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, v. XII, 2003, p.356; *Id.* A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos Fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.