



UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – UNIRIO

Centro de Ciências Jurídicas e Políticas – CCJP

PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD

Mestrado em Direito

**DEMOCRACIA DELIBERATIVA E BEM COMUM: UMA INVESTIGAÇÃO
JUSPOLÍTICA DO INTERESSE PÚBLICO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

RAFAEL BITENCOURT CARVALHAES

RIO DE JANEIRO

2014

RAFAEL BITENCOURT CARVALHAES

DEMOCRACIA DELIBERATIVA E BEM COMUM: UMA INVESTIGAÇÃO
JUSPOLÍTICA DO INTERESSE PÚBLICO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas do Centro de Ciências Jurídicas e Políticas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito.

RIO DE JANEIRO
2014

RAFAEL BITENCOURT CARVALHAES

Esta dissertação foi julgada adequada para a obtenção do grau Mestre em Direito e Políticas Públicas e aprovada em sua forma final pelo Curso de Mestrado em Direito e Políticas Públicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO.

Rio de Janeiro, 28 de abril de 2014.

Professor Dr. Jadir Anunciação de Brito

Professor orientador

Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - UNIRIO

Professor Dr. Cláudio Pereira de Souza Neto

Professor convidado

Universidade Federal Fluminense – UFF

Professor Dr. André Ricardo Cruz Fontes

Professor avaliador

Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - UNIRIO

DEDICATÓRIA

A Deus toda honra, glória e louvor, a minha mãe Jurema Bitencourt Carvalhaes pelo exemplo de vida, a minha esposa Clara Carolina companheira de toda vida, aos amigos mais chegados que irmãos, por sempre me apoiarem incondicionalmente.

AGRADECIMENTOS

Especialmente ao *Professor Dr. Jadir Anunciação de Brito*, cuja orientação e comprometimento com a pesquisa científica foram fundamentais para o mérito do trabalho. Os erros são da minha exclusiva responsabilidade.

A todos os professores da Pós graduação (mestrado) da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - UNIRIO, pelo incentivo e ajuda em prol desta pesquisa.

Aos meus amigos do mestrado pelos debates que enriquecedores que ampliaram as minhas perspectivas sobre o direito e a política.

A estimada amiga Cristiane Buosi e Professora Dra. Miriam Fontenelle (*in memoriam*) que possibilitaram a existência do curso de mestrado.

Ao *Professor Dr. Cláudio Pereira de Souza Neto*, por ter aceitado convite em participar da minha banca examinadora para obtenção do grau de Mestre, cuja bibliografia foi fundamental para formação da presente dissertação.

Ao *Professor Dr. André Ricardo Cruz Fontes*, pelas indicações metodológicas, fundamentais para o deslinde do presente trabalho.

Ao *Professor Dr. Conrado Hubner Mendes* da USP pela disponibilidade de enviar os textos de sua autoria.

À minha esposa pela compreensão das ausências constantes e o incentivo inesgotável dessa jornada de trabalho e pesquisa.

RESUMO

A presente dissertação tem por objeto analisar o conceito de bem comum, ou interesse público no campo do direito e da política. Nesse desiderato serão abordados temas referentes a filosofia política e sua relevância para contextualização do “bem comum”, através das teses contratualistas, utilitaristas e humanistas, aprofundando a temática através das teorias substantivas, procedimentais e deliberativas. Destacando a problemática conceituação do princípio da supremacia do interesse público no campo do direito diante nos novos valores e fundamentos constitucionais. Será também analisada as questões sobre o ativismo judicial e da judicialização no contexto da discussão do bem comum ou interesse público no processo deliberativo democrático no qual o judiciário tem sido utilizado como arena política para construção e formulação de políticas públicas. Assim, será demonstrado que a democracia deliberativa fornece pressupostos teóricos e empíricos válidos para concretização do bem comum no Estado democrático de direito.

PALAVRAS-CHAVE: Interesse Público; Bem comum e Democracia

DELIBERATIVE DEMOCRACY AND THE COMMON GOOD: A JUSPOLITIC THE
PUBLIC INTEREST RESEARCH IN DEMOCRATIC STATE LAW.

ABSTRACT

This thesis has the purpose to analyze the concept of common good or public interest in the area of law and politics. In this way issues are addressed concerning political philosophy and its relevance to contextualize the "common good" through the contractarian, utilitarian and humanistic theories, deepening the theme through substantive, , procedural and deliberative theories. Emphasizing the problematic conceptualization of the principle of supremacy of the public interest in the field of law before the new values and constitutional grounds. Will also be examined issues about judicial activism and the legalization of the context of the discussion of the common good or public interest in the democratic deliberative process which has been used as a legal political arena construction and formulation of public policies. Thus, it will be shown that deliberative democracy provides valid theoretical and empirical assumptions for achieving the common good in a democratic state of law.

KEYWORDS: Public Interest, Common good and Democracy.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 INTERESSE PÚBLICO E TEORIA DA JUSTIÇA – UMA ANÁLISE NO CAMPO DA FILOSOFIA POLÍTICA	14
1.1 <i>O Utilitarismo de Jeremy Benthan</i>	18
1.2 <i>O Humanismo de Emmanuel Kant e o Valor da Liberdade Individual</i>	21
1.3 <i>Interesse Público e Justiça</i>	24
1.4 <i>A Democracia Substantiva de John Rawls</i>	28
1.5 <i>(In) Compatibilidade do liberalismo e o Interesse Público – A Crítica Comunitarista</i>	36
2 DEMOCRACIA DELIBERATIVA E INTERESSE PÚBLICO: SUBSTANCIALISMO, PROCEDIMENTO E REPÚBLICA	46
2.1 <i>O Interesse Público Como Procedimento Democrático Pluralista</i>	54
2.2 <i>Interesse Público e a Justificação Política Republicana</i>	57
2.3 <i>A Democracia Deliberativa e Interesse Público: A Formulação De Um Consenso Possível</i>	64
3 O FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO INTERESSE PÚBLICO	66
3.1 <i>A Supremacia do Interesse Público</i>	67
3.2 <i>Neoconstitucionalismo e o Princípio da Supremacia do Interesse Público</i>	71
3.3 <i>Os Novos Paradigmas do Direito Administrativo</i>	77
3.4 <i>A Ponderação de Valores Entre Interesse Público e Privado</i>	77
3.4.1 <i>Princípio da Razoabilidade e da Proporcionalidade</i>	80
3.4.2 <i>A Eficácia dos Direitos Fundamentais</i>	84
3.5 <i>(Des)Construindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público</i>	89
4 A JUDICIALIZAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO	105
4.1 <i>Políticas Públicas Como Manifestação Concreta Do Interesse Público Constitucional</i>	106
4.2 <i>A Crise Democrática Na Formulação De Políticas Sociais</i>	113
4.3 <i>O Judiciário e a Transformação Social Das Novas Democracias</i>	124
4.3.1 <i>O Judiciário Como Ator Político</i>	126
4.3.2 <i>O Judiciário e as Políticas Públicas</i>	130
4.4 <i>Ativismo Judicial ou Representação: O Problema da Última Palavra</i>	138
4.5 <i>Democracia Deliberativa e Políticas Públicas: Aportes teóricos para um modelo deliberativo institucional no Âmbito do STF</i>	144
CONCLUSÃO	153
REFERÊNCIAS	157

INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata da problemática do interesse público diante da filosofia política e do direito no anseio de demonstrar que a indeterminação terminológica e axiológica do interesse público, ou “bem comum”, é uma característica do pensamento político ou jurídico da democracia. Saber até onde o Estado pode intervir na vida dos indivíduos em prol do bem comum não é uma simples questão normativa, é necessário saber quais os fundamentos do discurso das correntes que defendem a supremacia do interesse público, ou daqueles que defendem que o poder do estado se encontra limitado aos direitos e liberdades fundamentais. A escolha desse tema – democracia deliberativa e bem comum – tem por objetivo, justificar a formação do interesse público no Estado democrático de direito através de um enfoque juspolítico.

Para tanto será realizado um exame do conceito e surgimento do interesse público ou bem comum, que por fins metodológicos serão tratados como termos sinônimos no presente trabalho¹, para posterior análise da influência das correntes teóricas no atual pensamento jurídico e político. Tratar-se-á o bem comum através das teorias liberais e deliberativas, focando o debate sobre este tema também no âmbito da teoria da justiça, especialmente substantivas, procedimentais e deliberativas, servindo de fundo a posterior análise dos debates jurídicos da sociedade contemporânea. Com isso, a presente dissertação pretende demonstrar como o discurso jurídico e político influencia a concepção de interesse público do Estado democrático de Direito, e que o tema tratado pela doutrina jurídica apresenta uma lacuna ante a nova ordem constitucional. Como o conceito de interesse público é polissêmico, sua análise no campo do direito e da política tendem a refletir as concepções ideológicas subjacentes ao

¹ Nesse Sentido Andreas J. Krell: “O interesse público tem sido na história do Estado moderno o conceito-chave para expressar o bem comum; ele demonstra que há uma permanente necessidade de justificação de qualquer exercício do poder estatal, visto que o objeto final da atuação dos agentes públicos é comunidade integral dos cidadãos, não a soma dos seus indivíduos.(...) Assim, interesse público e bem comum formam um princípio estrutural, não escrito, de toda atuação da administração pública.” In: p.126 Em posição contrária, Augusto Durán Martínez: “*Sin perjuicio de reconocer que doctrina, jurisprudencia y hasta e l derecho positivo han tomado a menudolos términos interes general, interés público y bien comum sin diferenciarlos, estimo que puede intentar-se una distinción. (...) ‘El biencomún de La sociedade no es um fin autárquico; tiene valor solo em relación al logro de los fines últimos de La persona y al biencomún de toda La creación’. (...) Interés público e interes general son términos complejos formados por dos simples, interes público o general, respectivamente.*”. MARTÍNEZ, Augusto Durán. *Derechos Prestacionales e Interés Público*. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. HACHEM, Daniel Wunder. (orgs). *Direito Administrativo e Interesse Público*. (Estudos em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello). Minas Gerais. Editora Forum, 2011, p.146.

desenho institucional democrático, adotando-se uma concepção normativa de democracia, levando em conta os conflitos e tensões existentes entre as instituições democráticas.²

No campo dos estudos jurídicos o interesse público deve ser entendido como um princípio constitucional vinculado a premissas constitucionais, fundamentando a aplicação, interpretação e ponderação do direito administrativo, salvaguardando os verdadeiros bens públicos, cujo fim precípua encontra-se na realização dos direitos fundamentais. A participação social está intrinsecamente ligada à promoção e concretização de uma administração constitucional, diminuindo a distância entre o Estado e a Sociedade na concretização do verdadeiro interesse público, delimitando uma nova estrutura para um interesse público constitucionalizado.

Uma análise interdisciplinar entre o direito e a política implica em abandonar a ideologia positivista que preponderou na análise do direito, a ruptura com o positivismo científico ocorre pela abordagem metodológica do presente do trabalho. Assim, as questões que serão apresentadas refletem diretamente na metodologia interdisciplinar adotada nesta dissertação, em que se parte do conceito de Constituição é indissociável da política, e que a análise interdisciplinar aqui empreendida pretende aproximar as análises epistêmicas entre o direito e a política na formação do interesse público. Neste passo, Daniel W. Liang Wang destaca que “a constituição, além de ser um produto da política, é também a política (*polity*) em seu aspecto formal e estabelece atores, regras, objetivos, procedimentos e limites em que o jogo político (*politics*) ocorrerá para produção de políticas (*policies*).”³

A problematização do interesse público no âmbito juspolítico visa uma revisão crítica dos fundamentos epistêmicos apoiados pelo dogmatismo. A presente proposta tende a seguir uma teoria crítica do direito, atribuindo um papel ativo e constitutivo ao sujeito no processo de conhecimento e análise do objeto investigado, contribuindo para conformação da realidade com os postulados teóricos. Como bem destacou Luiz Fernando Coelho, “se as instituições jurídicas são objetos criados pelo conhecimento, essa criação pode ser transformadora na medida em que a realidade social sob elas se oculta, merece ser transformada e não apenas descrita em seus nexos causais”⁴

Dessa forma, no primeiro e no segundo capítulo será demonstrado que o interesse público esteve no âmago do discurso político de clássicos como Aristóteles e os

² NINO, Carlos Santiago. *La Constitución de La Democracia Deliberativa*. Barcelo:Gedisa, 2003, p.22

³ WANG, Daniel W. Liang. Introdução. In: WANG, Daniel Wei Liang (Org). *Constituição e Política na Democracia: Entre direito e ciencia política*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p.11.

⁴ COELHO, Luiz Fernando. *Para uma teoria crítica do direito*. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/1/470/22.pdf>>. Acesso em: 26 março de 2013.

contratualistas do Século XVI, como John Locke, Thomas Hobbes e Jean Jacques Rousseau cujas concepções políticas visavam justificar o elo entre indivíduo e a sociedade. O pensamento desses autores tende a colocar o bem comum no campo do pensamento político, acarretando no desenvolvimento de novas teorias como o utilitarismo e o humanismo Kantiano. No centro dessas teorias sempre esteve à difícil relação do indivíduo com a coletividade, a felicidade de muitos ou a liberdade do indivíduo. Ainda no campo da filosofia política será analisada de forma mais detida autores como John Rawls, Jürgen Habermas, Ronald Dworkin, Carlos Santiago Nino, entre outros, ante a forte influência que tais autores exercem no campo do direito, destacando que bem comum encontra-se como questão de fundo para o debate político filosófico da atualidade.

A busca por uma análise do interesse público no campo do direito e da política na obra Teoria da Justiça de John Rawls orienta novas perspectivas sobre as escolhas públicas da sociedade no processo político democrático, retomando o problema da justiça no seio de uma sociedade liberal, em que o interesse público foi abordado através de uma razão pública orientada por princípios substantivos de justiça, cujo objetivo era criar uma sociedade justa e igualitária. Pode se dizer que o trabalho de Rawls desencadeará uma virada jusfilosófica das razões, reabrindo o debate do bem comum no campo da política e do direito. Como será demonstrado, as ideias de Rawls serão contestadas e atacadas pelos comunitaristas, retomando a questão da coletividade para o centro do discurso. Filósofos comunitaristas como Michael Walzer e Will Kymlicka vão se opor aos critérios liberais estabelecidos por Rawls e acrescentaram ao bem comum um valor comunal, ou seja, uma perspectiva sócio-cultural, em que o indivíduo é parte integrante de uma sociedade cujos valores já se encontram estabelecidos.

Essa reposição geográfica do discurso político e o embate teórico entre liberais e comunitários é desafiado pela teoria discursiva de Jürgen Habermas, que apresentará o bem comum por um viés procedimental, se opondo aos critérios liberais desenvolvidos por Rawls, na tentativa de integrar as características sócio-culturais na deliberação do bem comum no processo democrático. Em Habermas o interesse público se apresenta sob uma vertente participativa e aberta, na tentativa de acoplar o pluralismo social com a legitimidade democrática.

Por outro lado, será demonstrado que apesar das críticas aos posicionamentos liberais substantivos e procedimentalistas, é possível a aplicação de uma teoria intermediária como a de Carlos Santiago Nino, resolvendo a tensão entre processo e conteúdo através de uma relação entre a constituição de direitos substantivos e a dimensão procedimental do processo

democrático. O interesse público na presente dissertação será apresentado como um resultado da democracia deliberativa como valor epistêmico. Deste modo, a democracia deliberativa se apresenta como um critério mais confiável para justificação do bem comum, em que os indivíduos respeitam a autonomia política individual de cada pessoa na deliberação dos interesses públicos da sociedade. Parte-se de uma concepção abrangente de democracia, abarcando o pluralismo político de forma igualitária, legitimando a tomada de decisão no espaço público. A democracia como invenção humana deve se adequar a realidade vigente, compatibilizando a questão social e a política. Dessa forma, a deliberação pública é a concepção que melhor se adéqua ao conceito de interesse público em um Estado democrático de Direito.

No terceiro capítulo serão abordadas as questões referentes ao bem comum no campo do direito, refutando a teoria da supremacia do interesse público diante dos novos parâmetros constitucionais. Para referida análise, serão abordados os posicionamentos doutrinários clássicos e contemporâneos a fim de apresentar os fundamentos constitucionais do interesse público. Nessa perspectiva algumas questões devem ser antevistas, já que o terceiro capítulo apresenta o bem comum no campo jurídico, criticando o positivismo jurídico no campo do direito administrativo, apresentando o problema e desenvolvendo parâmetros para aperfeiçoar as respostas sobre o bem comum. Se no campo da teoria democrática a formulação das decisões públicas sempre foi um tema de suma importância, no constitucionalismo contemporâneo a limitação da atuação do Estado e a efetividade dos direitos são condições para o atual debate jurídico. É nesse contexto que as teorias neoconstitucionais deverão ser abordadas, reconstruindo o princípio do interesse público de forma a favorecer sua interpretação com os novos ditames constitucionais.

O quarto capítulo é a convergência entre os capítulos anteriores, demonstrando que o interesse público no Estado democrático de direito é um problema jurídico-político (juspolítico), ante o desenho institucional propiciado pela Constituição de 1988. Os aportes teóricos tendem a criar um ponto de reflexão quanto à formulação das políticas públicas através da democracia deliberativa, ensejando novas matrizes epistemológicas para análise e consecução. Como será debatido, as políticas públicas e sociais são os interesses públicos constitucionais personificados, ou seja, são a manifestação concreta do interesse público constitucional. Contudo, a problemática de uma constituição dirigente na formulação de diretrizes políticas desencadeou uma ampla judicialização do interesse público, renovando o papel do judiciário nas novas democracias.

Verifica-se que toda a construção teórica da atividade jurisdicional para formação do bem comum gira em torno da relação entre direito e política, e que o interesse público serve de liga para conexão e análise da formação do Estado democrático de direito. Direito e política são questões inter-relacionais no âmbito das políticas públicas, destacando-se neste cenário a atuação do judiciário na formulação de políticas públicas, bem como os fenômenos referentes ao ativismo jurídico e o processo de judicialização no atual cenário brasileiro.

Com isso, a pretensão da presente dissertação é tratar o interesse público através de um constitucionalismo democrático,⁵ reconciliando os interesses públicos com os interesses dos cidadãos. Esta proposta proporciona um viés reconciliador entre o controle de constitucionalidade e a soberania popular, demonstrando que o desacordo sobre determinados interesses pode ser um fator enriquecedor para a democracia. Para tanto a teoria da democracia deliberativa reveste-se das condições possíveis de amalgamar as contradições institucionais oriundas do desenho institucional brasileiro, reafirmando a soberania popular com o constitucionalismo. Como destacou Miguel Gualano de Godoy, “a democracia deliberativa parte da ideia de que um sistema político valioso é aquele que promove a tomada de decisões imparciais, por meio de um debate coletivo com todos os potencialmente afetados pela decisão, tratando-os com igualdade.”⁶

A análise aqui empreendida afasta-se do dogmatismo generalizante que estigmatiza o direito, abarcando outras propostas metodológicas como a filosofia e a ciência política. Diante disso, pretende-se concluir que a política e o direito servem de pressupostos válidos para uma proposição epistêmica do bem comum através da democracia deliberativa, proporcionando uma dimensão juspolítica à interpretação do interesse público no constitucionalismo contemporâneo.

⁵ POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Constitucionalismo democrático*. Por una reconciliación entre Constitución y Pueblo. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2013, p.31-39

⁶ GODOY, Miguel Gualano. *Democracia Bloqueada*. Gazeta do Povo, Curitiba, p. 06 - 06, 17 fev. 2014.

CAPITULO 1

INTERESSE PÚBLICO E TEORIA DA JUSTIÇA – UMA ANÁLISE NO CAMPO DA FILOSOFIA POLÍTICA

O conceito de interesse público etimologicamente teve origem latina, uma contração do prefixo “*inter*” (entre) com o verbo “*esse*” (ser), gerando vários significados, entre eles, “estar entre”, “estar em meio de”, “participar”, “tomar parte em algo”, “fazer a diferença” e “afetar”. Destaca-se que o termo ganhou relevância por meio do Direito Romano com a criação da expressão *id quod interest* (*aquilo que é afetado*), utilizada para a execução de contratos que regiam a alocação de propriedade.⁷

João Feres Junior explica que a expressão “interesse público” não fazia parte do discurso político da antiguidade⁸, mas a essência conceitual do instituto deitou suas raízes na filosofia política antiga e medieval. Na filosofia política antiga, pode-se extrair um conceito de interesse público através do melhor governo de Aristóteles⁹, na busca da virtude e da felicidade, qualidades que o governo deveria compor para alcançar o bem geral.¹⁰ Segundo Aristóteles a própria constituição é o governo, e um bom governo deveria sempre se preocupar com o bem geral independente de sua forma, seja monarquia, aristocracia ou democracia:

Visto que as palavras constituição e governo significam a mesmas coisas, visto que a autoridade suprema nos Estados e que forçosamente esta autoridade suprema deve repousar nas mãos de um só, ou de vários, ou de uma multidão, segue-se desde de um só, ou vários, ou a multidão, usem de autoridade com vistas ao interesse geral, a constituição é pura e são forçosamente; ao contrário, se se governa com vistas ao interesse particular, isto é, ao interesse de um só, ou de vários, ou da multidão, a constituição é viciada e corrompida; porque de duas coisas uma: é preciso declarar que os cidadãos não participam do interesse geral ou dele participam. Entre os Estados dá-se comumente o nome de realza àquele que tem o objetivo o

⁷ Ibidem. p.164.

⁸ FERES JÚNIOR, João. *Interesse público*. In: Leonardo Avritzer, Newton Bignotto, Juarez Guimarães e Heloisa MurgelStarling. (Org.). *Corrupção: ensaios e críticas*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008, p. 163.

⁹ ARISTÓTELES. *A Política*; tradutor Nestor Silveira Chaves. São Paulo. Escala Educacional. 2006, p.129

¹⁰ Na introdução do capítulo 1 do livro 1º do livro “A Política”, Aristóteles deixa claro que “... toda cidade é uma espécie de associação, e que toda a associação se forma tendo por alvo algum bem; porque o homem só trabalha pelo que ele tem em conta de um bem.” Neste sentido é que podemos extrair do pensamento aristotélico um sentido comum para interesse público. ARISTÓTELES. *A Política*; tradutor Nestor Silveira Chaves. São Paulo. Escala Educacional, 2006, p.10

interesse geral; e o governo de um reduzido número de homens, ou de vários, contando que não seja um só, chama-se aristocracia – seja porque a autoridade esteja nas mãos de diversas pessoas de bem, seja porque tais pessoas dela fazem uso para o bem maior do Estado. Finalmente quando a multidão governa no sentido do interesse geral, dá-se o nome de república, que é comum a todos os governos.¹¹

Aristóteles faz críticas aos modelos de governo que se preocupavam somente em satisfazer seus interesses particulares, denominando-os de governos viciados, como a tirania, oligarquia e a demagogia. Para o autor “a tirania é uma monarquia que não tem outro objeto além do interesse do monarca; a oligarquia só enxerga o interesse dos ricos; a demagogia só enxerga o dos pobres. Nenhum desses governos se ocupa do interesse geral.”¹²

Por outro lado, a concepção aristotélica de interesse público não se reteve somente a forma de governo, mas também na ciência política, em que a utilidade geral da política encontrava-se na justiça. A justiça em Aristóteles significava ao mesmo tempo o interesse geral da cidade e o interesse particular dos cidadãos, significando que o cidadão era aquele que ao mesmo tempo mandava e obedecia através das leis.¹³ Deste modo, o interesse geral na concepção aristotélica se apresenta como um fio condutor da justiça existente entre o autogoverno da *civis* com a *polis* grega.

Thomas Hobbes foi o primeiro a utilizar o conceito de interesse público de forma mais expressa. Sua tese contratualista tinha o fim precípua de conter a natureza belicosa do homem, a guerra de todos contra todos. O interesse público para Hobbes é a própria segurança, a proteção da vida e a paz social, no qual os homens transferem mutuamente seus direitos através de um pacto de submissão, para estabelecer um poder coercitivo capaz de garantir o Estado civil. Segundo Hobbes, no caso de conflito entre interesse individual e o interesse público, deveria prevalecer o primeiro, uma vez que no Estado monárquico o interesse público, dada a natureza humana, acabava se confundido com o interesse do próprio monarca.¹⁴

¹¹ ARISTÓTELES. *A Política*, Tradução Ivan Lins. 15ª Edição. Rio de Janeiro: Escala, 1996, p.67

¹² *Ibidem*

¹³ *Ibidem*, p.73-76

¹⁴ Conforme Thomas Hobbes: “A diferença entre essas três espécies de república não reside numa diferença de poder, mas numa diferença de conveniência, isto é, de capacidade para garantir a paz e a segurança do povo, fim para o qual foram instituídas. Comparando a monarquia com as outras duas, impõem-se várias observações. Em primeiro lugar, seja quem for o portador da pessoa do povo, ou membro da assembleia que dela é portadora, é também portador da sua própria pessoa natural. Embora tenha o cuidado, na sua pessoa política, de promover o interesse comum, terá mais ainda, ou não terá menos cuidado de promover o seu próprio bem pessoal, assim como o da sua família, seus parentes e amigos. E, na maior parte dos casos, se porventura houver conflito entre o interesse público e o interesse pessoal, preferirá o interesse pessoal, pois em geral as paixões humanas são mais fortes do que a razão. Disso se segue que, quanto mais intimamente

Na mesma esteia, segue o contratualismo de John Locke ¹⁵, onde os homens deixavam o estado de natureza para se unir através de um contrato social, visando à preservação de suas vidas. O contrato social é um pacto de consentimento no qual os indivíduos se unem para proteger os direitos que possuíam no estado de natureza. Para Locke, este pacto visava o próprio interesse do povo, não sendo legítimo que o poder outorgado fosse além do próprio bem comum, conforme se depreende do seguinte trecho do XIX capítulo do Segundo Tratado sobre Governo Civil, que apresenta uma definição pormenorizada do bem comum:

Mas, embora os homens ao entrarem na sociedade renunciem à igualdade, à liberdade e ao poder executivo que possuíam no estado de natureza, que é então depositado nas mãos da sociedade, para que o legislativo deles disponha na medida em que o bem da sociedade assim o requeira, cada um age dessa forma apenas com o objetivo de melhor proteger sua liberdade e sua propriedade (pois não se pode supor que nenhuma criatura racional mude suas condições de vida para ficar pior), e não se pode jamais presumir que o poder da sociedade, ou poder legislativo por ela instituído, se estenda além do bem comum; ele tem a obrigação de garantir cada um sua propriedade, remediando aqueles três defeitos acima mencionados que tornam o estado de natureza tão inseguro e inquietante.¹⁶

A passagem acima transcrita demonstra que o interesse público não estava ao arbítrio da sociedade, mas deveria estar em consonância com os direitos naturais dos indivíduos que compunham a mesma. É provável que os contornos estabelecidos estejam intrinsecamente ligados a doutrina do direito de resistência de Locke, onde o “povo maltratado, governado de maneira ilegal, estará pronto na primeira ocasião para se liberar de uma carga que lhe pese demais sobre os ombros” ¹⁷. Se a sociedade civil não garante o bem comum, logo os indivíduos poderiam voltar ao estado de natureza para garantir seus direitos. Assim, a sociedade civil “não deve visar outro objetivo senão a paz, a segurança e o bem público do povo”.¹⁸

Ainda nessa linha, é seguro afirmar, que um dos mais importantes contratualistas formuladores do bem comum foi Jean Jacques Rousseau, em sua obra “*O Contrato Social*”, sob o fundamento que “o homem nasceu livre, e em toda parte se encontra sob ferros. De tal

unidos estiverem o interesse público e o interesse pessoal, mais se beneficiará o interesse público. Ora na monarquia interesse pessoal é o mesmo que o interesse público”. In: HOBBS, Tomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder De um Estado Eclesiástico e Civil*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. P.160/161.

¹⁵ LOCKE, Jonh. *Segundo Tratado sobre Governo Civil e Outros Escritos*. Petrópolis. Editora Vozes, 2001.p.139/155.

¹⁶ *Ibidem*, p.159.

¹⁷ *Ibidem*, p.221.

¹⁸ *Ibidem*, p.159.

modo acredita-se o senhor dos outros, que não deixa de ser mais escravos que eles.”¹⁹ O ponto principal da obra está na legitimidade do pacto social, a fim de resolver o problema fundamental de como “encontrar uma forma de associação que defenda e proteja toda força comum a pessoa e os bens de cada associado, e pela qual, cada um, unindo-se a todos, não obedeça por tanto a si mesmo, e permaneça tão livre como anteriormente”.²⁰

Rousseau resolve esta questão através da ideia da alienação total dos direitos dos indivíduos em prol de toda a comunidade. A alienação total se justifica pela condição igualitária do pacto, onde ninguém pretenderia torná-lo mais oneroso para os outros, já que estaria onerando a si mesmo. Tal união seria tão perfeita para Rousseau que nenhum associado teria motivos para reclamar.

A grande contribuição da teoria contratual rousseauiana na determinação do bem comum encontra-se na formulação da vontade geral, no qual o indivíduo “pode considerar-se soberano e, enquanto é governado, é súdito, mas súdito livre, porque obedece assim a uma vontade que é também a sua autêntica vontade, o seu natural desejo de justiça.”²¹

O bem comum em Rousseau está interligado a vontade geral, conforme a seguinte passagem da obra em análise:

(...) somente a vontade geral tem possibilidade de dirigir as forças do Estado, segundo o fim de sua instituição, isto é, o bem comum; pois se a oposição de interesses particulares tornou necessário o estabelecimento das sociedades, foi a conciliação desses mesmos interesses que tornou possível. Eis o que há de comum nesses diferentes interesses fornecedores do laço social; e, se não houvesse algum ponto em torno do qual todos os interesses se harmonizem, sociedade nenhuma poderia existir. Ora, é unicamente à base desse interesse comum que a sociedade deve ser governada.²²

Por oportuno, é relevante destacar que a *vontade geral* não se confunde com a vontade de todos. A primeira refere-se ao próprio bem comum e a segunda encontra-se vinculada aos interesses privados, ou seja, a soma de todos os interesses individuais. A *vontade geral* é fruto do consenso ou da soma das diferenças dos interesses privados. Neste sentido, a conclusão de Fernando Quintana²³ ao dispor que “a vontade geral não surge da imposição da vontade da

¹⁹ ROUSSEAU, Jean Jacques. *O Contrato Social e Outros Escritos*. São Paulo. 14ª edição. Cultrix. 2002. p.21.

²⁰ Idem.p.30.

²¹ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO Gianfranco; *Dicionário de política*. trad. Carmen C, Varriale et ai.; coord. trad. João Ferreira; rev.geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacais. - Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1ª ed., 1998.p.1298.

²² ROUSSEAU, Jean Jacques. op.cit. p.38.

²³ QUINTANA, Fernando. ROUSSEAU, Jean-Jaques, 1712-1778. In:BARRETO, Vicente Paulo. *Dicionário de Filosofia Política*. Rio de Janeiro. Renovar, 2006.p.750.

maioria sobre a minoria, e sim de um resultado proporcional entre os interesses de ambas”. Logo, o bem comum em Rousseau poderia ser resumido em uma única palavra, *participação*.

A teoria de Rousseau não está livre de críticas, sua tese foi descrita como autoritária e antiliberal, já que a vontade geral seria pura, infalível e indestrutível ²⁴, acarretando uma possível legitimação da restrição e supressão dos direitos individuais. Para Fernando Quintana, tal questão é um mal-entendido, uma vez que a soberania popular roussauniana deve ser conciliada com o próprio liberalismo, ou seja, “estabelecer limites ao Estado em nome dos direitos individuais, e aquela outra corrente de pensamento – a democracia-preocupada por ressaltar a importância da participação do cidadão nos assuntos ou negócios públicos”.²⁵ Em contrapartida, uma proposição infalível da vontade geral acaba criando uma antítese ao próprio liberalismo, já que em nome dela poderia se limitar a vontade dos indivíduos criando uma situação de não-liberdade. Essa ideia de um bem comum guiado pela vontade geral absoluta terá repercussões na ideologia política e jurídica conforme será melhor analisado no capítulo terceiro.

Por enquanto, basta destacar que estas críticas são relevantes para o contexto do interesse público. Saber até onde as decisões da sociedade podem interferir nos direitos individuais, se tornará uma marca das democracias contemporâneas. O Estado em nome do bem comum pode tudo, ou existe alguma limitação? Esta questão é o ponto principal da discussão dos utilitaristas e humanistas, objeto de análise dos próximos itens.

1.1 – O Utilitarismo de Jeremy Benthan ²⁶

Jeremy Benthan foi o pai do utilitarismo, sua obra parte do pressuposto que a “natureza colocou o gênero humano sob o domínio de dois senhores soberanos: a dor e o prazer. Somente a eles compete apontar o que devemos fazer, bem como determinar o que na realidade faremos.”²⁷ Para o Benthan não há como comprovar que o contrato social deu origem ao Estado, destacando que o mesmo só é válido pelas vantagens ofertadas à coletividade.

²⁴ ROUSSEAU, Jean Jacques. op.cit. p.103

²⁵ QUINTANA, Fernando. op.cit., loc. cit.

²⁶ Embora exista uma infinidade de teorias utilitaristas, por questões metodológicas o presente capítulo tratará apenas da doutrina utilitarista de Jeremy Benthan e John Stuart Mill.

²⁷ BENTHAN, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da Legislação*. São Paulo. Abril Cultural, 1973, p.9

O princípio da utilidade deve ser compreendido como um princípio norteador das ações, que tendem a aumentar ou diminuir a felicidade dos indivíduos ou da sociedade. O termo utilidade está relacionado com o benefício, vantagem ou prazer que os objetos podem proporcionar, como por exemplo, a propriedade e as riquezas em prol da felicidade. Para Bentham, o bem comum²⁸ seria a soma dos interesses dos membros da comunidade, onde o objetivo primordial do governo seria a maximizar a felicidade dos indivíduos. Logo, “a felicidade dos indivíduos que compõem uma comunidade isto é, seus prazeres e segurança – constitui objetivo, o objetivo único que o legislador deve ter em vista.”²⁹

Logo, no exame do prazer e da dor, deve-se observar a causalidade ou o meio no qual a utilidade se apresenta, podendo ser dividida em quatro fontes distintas; física, política; moral ou religiosa. Para os fins do presente trabalho, torna-se relevante a descrição da fonte política, na qual:

O prazer ou a dor têm lugar ou se esperam de pessoa particular ou um grupo de pessoas na comunidade, as quais, sob nomes correspondentes ao de juiz, são escolhidas para o objetivo específico de administrar, de acordo com a vontade do poder soberano ou supremo de governo existente no Estado, podemos dizer que o prazer e a dor dimanam a sanção política.³⁰

Outra questão relevante seria o método para medir uma soma de prazer ou de dor, estabelecendo um critério para o trabalho do legislador. Questões como, intensidade, duração, certeza ou incerteza, longinquidade, fecundidade, pureza e extensão deveriam ser levados em consideração para um determinado número de pessoas afetadas pelo prazer ou pela dor.³¹

Para Jeremy Bentham, a determinação do bem comum encontra-se na sua fórmula de calcular a soma dos valores e felicidades em prol da comunidade. Soma-se primeiramente no caso individual, todos os valores de prazeres de um lado e valores de dores do outro. Se o balanço for favorável ao prazer indicará uma boa tendência do ato avaliado, caso o balanço seja desfavorável, a dor indicará a tendência negativa do ato. Para uma avaliação da coletividade, segue-se a mesma fórmula anterior com o número de pessoas cujos interesses se encontram em jogo. Após a aplicação da fórmula, procede-se o balanço, “se este for favorável ao prazer, assinalará a tendência boa geral do ato, em relação ao número total ou a

²⁸ Jeremy Bentham denomina de “interesse da comunidade”. In: BENTHAM, Jeremy, op. cit., p.10.

²⁹ Idem. p.19.

³⁰ Ibidem

³¹ Idem.p.23.

comunidade em questão. Se o balanço pesar para o lado da dor, teremos a tendência má geral, com respeito á comunidade.”³²

Neste mesmo sentido o utilitarismo de John Stuart Mill, ao destacar que “o princípio da maior felicidade como a fundamentação moral sustenta que as ações são corretas na medida em tendem a produzir a felicidade e erradas ao produzir o contrário da felicidade”³³, logo o prazer e a imunidade a dor são os únicos interesses avaliados. Para o autor, existe uma compatibilidade entre o princípio da utilidade e o reconhecimento de que alguns prazeres são mais valiosos que outros diante de um critério qualitativo, e não somente quantitativo o que justificaria o utilitarismo como uma regra justa e diretiva da natureza humana para a soma de felicidade conjunta.³⁴

No caso, o bem comum poderia ser calculado através da soma dos interesses dos indivíduos da comunidade, simplesmente verificando se o resultado final estivesse de acordo com a felicidade do maior número de pessoas. Mesmo que tal cálculo não possa ser seguido em todos os seus pormenores³⁵, destaca-se sua importância para avaliação das condutas dos indivíduos e do governo, que continuam utilizando os critérios da felicidade e da utilidade no campo jurídico, político e moral.³⁶

John Stuart Mill explica que o utilitarismo foi mal interpretado, quando compreendido como um padrão de moralidade, confundindo a regra com a motivação da ação, uma vez que não se pode supor que as pessoas realizem suas escolhas com base no dever para com o mundo ou a coletividade. No caso, “a grande maioria das boas ações visam não beneficiar o mundo, mas os indivíduos que compõem o bem do mundo,”³⁷ onde a multiplicação da felicidade é a base para uma ética utilitarista.³⁸

Fernando Quintana³⁹ destaca que o utilitarismo vai de encontro ao jusnaturalismo e contratualismo kantiano, sob a justificativa que a felicidade não poderia ficar presa a direitos naturais e imutáveis (imperativos), constituindo na verdade um empecilho na realização da felicidade e do princípio da utilidade. O grande problema da teoria utilitarista reside na

³² Idem, p.23.

³³ MILL, John Stuart. *Utilitarismo*. Tradução F.J. Azevedo Gonçalves. Lisboa: Gravadia.2005.p.187.

³⁴ Idem, p.193/194

³⁵ Idem, p.204

³⁶ QUINTANA, Fernando. *Humanismo e Utilitarismo – Democracia e República*. Mimeo.2012

³⁷ MILL, John Stuart. *Utilitarismo*. Op. Cit. p. 204.

³⁸ Cf. John Stuart Mill: “A multiplicidade da felicidade é, de acordo com a ética utilitarista, a finalidade da virtude: as ocasiões nas quais qualquer pessoa (exceção feita a uma em mil) tem em seu poder fazer isso numa ampla escala, ser, em outras palavras, um benfeitor público, são excepcionais: e somente nessas ocasiões um homem é chamado a considerar a utilidade pública; em todos os outros casos a utilidade privada, o interesse ou felicidade de poucas pessoas são tudo o que pode esperar.” In: MILL, John Stuart. *Utilitarismo*, Op. cit. p.205.

³⁹ Ibidem.

desconsideração do indivíduo isolado, já que os direitos dos indivíduos só são levados em conta, quando considerados com o interesse geral.⁴⁰ Michael Sandel destaca que “só porque uma coisa proporciona prazer a muitas pessoas, isso não significa que possa ser considerada correta. O simples fato da maioria, por maior que seja, concordar com uma determina lei, ainda que com convicção, não faz com que ela seja mais justa.”⁴¹

O perigo de interligar valores materiais com a felicidade da coletividade tornou o utilitarismo um campo fértil para o desenvolvimento das chamadas sociedades de classe, desvirtuando o próprio interesse público.⁴² Como destacou Alain Caillé “se, na verdade, a justiça coletiva não consiste em nada mais que a satisfação dos interesses particulares, então ninguém pode ser obrigado a privilegiar a felicidade de todos contra a sua felicidade particular, e cada qual está, a qualquer momento, autorizado a violar a lei se o puder fazer impunemente, em função dos seus interesses particulares imediatos.”⁴³

No fim, a democracia utilitarista se reduz a um regime de proteção da propriedade, beneficiando os indivíduos detentores do maior número de riquezas, descartando qualquer ingerência dos direitos naturais como princípios imutáveis, flexibilizando o imperativo categórico kantiano, tornando a razão utilitária uma antinomia com forte viés holista, ou seja, o interesse público pela análise utilitarista não leva em conta a vontade racional do indivíduo, muito menos seus direitos, na verdade a democracia utilitarista conta os indivíduos como uma mera agregação, um todo genérico que não leva em conta a virtude de seus cidadãos.⁴⁴

1.2 - O Humanismo de Emmanuel Kant e o Valor da Liberdade Individual

Emmanuel Kant ao formular o seu imperativo categórico universal⁴⁵ levantou novas questões sobre o bem comum. Uma vez que as leis nunca poderiam ser contrárias à liberdade natural e a igualdade. Nisso consiste a formulação de um princípio universal kantiano do

⁴⁰ SANDEL, Michael. *Justiça o que é Fazer a Coisa Certa*. Rio de Janeiro. Civilização Brasileira. 2012. p.51

⁴¹ Idem. p.138

⁴² Conforme Fernando Quintana: “A democracia, baseada em premissas utilitarista, parece dar munição à “sociedade de classe” já que no contexto da sociedade de mercado são os proprietários de bens e riqueza os maiores beneficiados porque contribuem mais que os outros para o bem estar geral da sociedade.” In: QUINTANA, Fernando. *Humanismo e Utilitarismo – República e Democracia*. Mimeo.2012.

⁴³ CAILLE, Alain. O princípio de razão, o utilitarismo e o antiutilitarismo. Soc. estado., Brasília, v. 16, n. 1-2, Dec, 2001. <<http://www.scielo.br>> acesso em 24 Mar. 2014

⁴⁴ Ibidem.

⁴⁵ Conforme Emmanuel Kant: “age segundo uma máxima que possa ao mesmo tempo ter valor de lei geral. Podes, portanto, considerar tuas ações segundo seu princípio subjetivo; mas não podes estar seguro de que um princípio tem valor objetivo exceto quando seja adequado a uma legislação universal, isto é, quando este princípio possa ser erigido por tua razão em legislação universal.” In: KANT, Emmanuel. *Doutrina do Direito*. Tradução Edson Bini. São Paulo. Icone.1993, p.39

direito e da justiça, onde “é justa toda a ação que por si, ou por sua máxima, não constitui um obstáculo à conformidade da liberdade do arbítrio de todos com a liberdade de cada um segundo as leis universais.”⁴⁶

Norberto Bobbio deixa claro que o pensamento jurídico de Kant visa teorizar a justiça como liberdade através do desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo, no qual “a razão última pelo qual os homens se reuniram em sociedade e constituíram o Estado é a de garantir a expressão máxima da própria personalidade”.⁴⁷ Kant dispõe que a formação do Estado não ocorreu de um fato histórico, mas através de um contrato originário idealizado através da razão. O contrato social kantiano é voltado para o movimento liberal, no qual o fim do Estado é a liberdade como não impedimento. A autonomia e a liberdade política (participação) funcionam como o meio para garantir a liberdade.⁴⁸

Não resta dúvida que o bem comum para Kant está definido no conceito de liberdade como direito natural universal. Note-se a importância desta questão, uma vez que a vontade do Estado encontra-se limitada pela liberdade do cidadão. O bem comum é a liberdade do indivíduo e sua eventual proteção contra quaisquer obstáculos. Deste modo, Kant vai realizar a separação do “bem comum” da “vida boa”, distinguindo a questão ética da questão política, enfatizando que o “bem comum” passa a ser interpretado como um processo político sujeito a regulação legal da liberdade negativa entre indivíduos.⁴⁹

Desse modo, Kant vai compatibilizar a liberdade com a coação para a realização do direito. Caso a liberdade externa fosse descumprida, se tornaria uma não-liberdade, logo o Estado estaria legitimado a coagir e repelir o ato. Para tanto, é necessário entender a distinção da liberdade kantiana, em que liberdade interna é uma relação de “mim comigo mesmo” e a liberdade externa como “relação minha com os outros”. O direito é analisado através de uma vontade heterônoma, na condição de liberdade externa, onde o cumprimento da lei ocorre independente da moral, mas pela obrigação criada para com os outros, como um dever jurídico. Direito para Kant é a própria liberdade.⁵⁰

Esta submissão à lei⁵¹ está consubstanciada nesta legislação universal criada pela vontade racional de considerar o homem como fim em si mesmo, uma verdadeira

⁴⁶ Idem.p.46

⁴⁷ BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no Pensamento de Emmanuel Kant*. 2ª Ed. Tradução: Alfredo Fait. São Paulo. Mandarim, 2000,p.118.

⁴⁸ Idem.p.210/211

⁴⁹ BRAGA, Orlando. *O Bem comum e a Vida Boa*. In: <<https://espectivas.wordpress.com/2012/08/17/o-bem-comum-e-a-vida-boa/>> acesso em 24 Mar. 2014

⁵⁰ Idem. p.120.

⁵¹ Para Kant o direito é inseparável da faculdade de obrigar: “Ora, tudo que é injusto contraria a liberdade, segundo leis gerais. A resistência é um obstáculo posto à liberdade. Logo, se algum uso da própria liberdade

complementaridade racional entre o indivíduo e Estado. A validade da norma encontra-se no seu próprio fim. Para entender as implicações dos argumentos kantianos é necessário explicar que o principal fim do Estado na proteção do bem comum seria a criação de leis gerais que teriam como fundamento a existência do próprio homem:

Admitindo, porém que haja alguma coisa cuja existência em si mesma tenha um valor absoluto e que, como fim em si mesmo, possa ser a base de leis determinadas, nessa coisa e só nela é que estará a base de um possível imperativo categórico, quer dizer de uma lei prática. Ora digo eu: — O homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas acções, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como fim.⁵²

A passagem acima transcrita deixa claro que os homens se unem a fim de garantir a sua liberdade e conseqüentemente sua humanidade. Esta vontade⁵³ racional é o elo que os une em uma sociedade. Tal afirmação encontra-se consonante ao segundo imperativo de Kant⁵⁴, “age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio”. Os homens são os legisladores universais, estão submetidos às leis que eles mesmos criaram e que devem garantir suas prerrogativas tanto do ponto de vista individual como coletivo.

Kant vai se opor a teoria da felicidade do absolutismo esclarecido, no qual o fim do Estado era proporcionar a felicidade dos súditos, ante a inexistência de uma regra geral que abarcasse todas as concepções de liberdade. A proteção da liberdade do indivíduo é a finalidade do Estado, e a “constituição legal que garante a cada um sua liberdade através da lei.”⁵⁵. O homem deve a ser visto como detentor de uma dignidade (*prerrogativa*) perante os outros homens. A moral kantiana está intrinsecamente ligada ao respeito às pessoas como fins

constitui um obstáculo a liberdade, segundo leis gerais (isto é, injusto), nesse caso a resistência que se lhe opõe, como se fosse destinada a fazer ceder o obstáculo à liberdade segundo leis gerais, isto é, que é justa. Por conseguinte o direito é inseparável, segundo o princípio de contradição, da faculdade de obrigar ao que se opõe ao livre exercício.” In: KANT, Emmanuel. *Doutrina do Direito*. Tradução Edson Bini. São Paulo: Icone.1993, p.47.

⁵² KANT, Emmanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução: Paulo Quintela. Lisboa/Portugal. Edições 70.2007 p.67/68

⁵³ Segundo Emmanuel Kant: “A vontade é concebida como a faculdade de se determinar a si mesmo a agir em conformidade com a representação de certas leis. E uma tal faculdade só se pode encontrar em seres racionais. Ora aquilo que serve à vontade de princípio objectivo da sua autodeterminação é o fim (Zweck), e este, se é dado pela só razão, tem de ser válido igualmente para todos os seres racionais. In: KANT, Emmanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução: Paulo Quintela. Lisboa/Portugal. Edições 70.2007 p.67

⁵⁴ Ibidem. p.69.

⁵⁵ BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no Pensamento de Emmanuel Kant*. 2ª Ed. Tradução: Alfredo Fait. São Paulo. Mandarim, 2000, p.214.

em si mesmas, negando o aumento da felicidade como base moral. “Fundamentar a moralidade em interesses e preferências destrói sua dignidade.”⁵⁶

Não há dúvidas que a doutrina de Emmanuel Kant exerceu e continua exercendo uma grande influência no Estado liberal e democrático. Através dela, o interesse público ganhou um *status* humano, elevando a proteção da liberdade a um caráter universal e humano. Esta teoria tem grandes implicações na criação de direitos negativos, ou seja, aqueles que limitam atuação do Estado em face dos direitos e liberdades dos indivíduos. Se o homem é o legislador universal e o fim da própria lei, não é legítimo sacrificar os seus direitos e liberdades em prol da coletividade, pois neste caso ele deixaria de ser o fim para ser o meio de garantir a felicidade dos outros indivíduos, afrontando o imperativo categórico universal. Esta limitação tem grande influência no pensamento contemporâneo, que concebe os direitos fundamentais como limitadores negativos da atuação estatal.⁵⁷ No pensamento Kantiano os direitos individuais passam a integrar o próprio interesse público, criando uma nova esfera de atuação do Estado.

1.3 - Interesse Público e Justiça

Conforme demonstrado, as teses dos autores examinados são diametralmente opostas, destacando que o utilitarismo sofreu uma grande crítica por parte dos filósofos neokantistas, tendo como um dos seus maiores opositores o filósofo político liberal John Rawls. Neste passo, para um conceito de interesse público e justiça, passa-se a análise da teoria rawlseniana, a fim de demonstrar a sua compatibilidade com a formulação do bem comum.

John Rawls foi um dos maiores críticos do discurso utilitarista, sua teoria de justiça pretendia ser uma virtude das instituições sociais, onde cada indivíduo possuía uma inviolabilidade fundamentada em uma justiça oponível ao próprio bem estar da sociedade. Não seria exigível que o sacrifício impostos a alguns tenham menos valor do que as vantagens oferecidas à coletividade.⁵⁸ Para Rawls: “numa sociedade justa as liberdades da cidadania igual são consideráveis invioláveis; os direitos assegurados pela justiça não estão sujeitos à negociação política ou ao cálculo do interesse social”.⁵⁹ Neste caso, o objeto primário da

⁵⁶ SANDEL, Michael. Op.cit. p.139

⁵⁷ Por todos: ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo. Malheiros. 2008.

⁵⁸ RAWLS, John. *Uma teoria de Justiça*. São Paulo: Martins Fontes. 2000. p.4.

⁵⁹ *Ibidem*.

justiça é a distribuição de direitos e deveres fundamentais e a divisão de vantagens auferidas pela cooperação social.

Com efeito, a doutrina contratualista exerceu uma grande influência no discurso rawlseniano, ante a formulação de um contrato hipotético, no qual o acordo seria firmado sob certas condições ideais, respeitando o caráter individual de liberdade e igualdade⁶⁰. O contrato social passa ser interpretado como uma escolha hipotética objeto do consenso original, fundamentado através de princípios aceitos por pessoas racionais e livres, que ao garantirem seus próprios interesses, acabariam por aceitar os mesmos princípios numa posição inicial de igualdade como base fundamental da sociedade.⁶¹

Rawls se utiliza da teoria contratual para justificar sua concepção de justiça como equidade na formulação da posição original, diferentemente da teoria contratual de Hobbes, Locke e Rousseau, “essa posição original não é, obviamente, concebida como uma situação histórica real, muito menos como uma condição primitiva de cultura. É entendida como uma situação puramente hipotética caracterizada de modo a conduzir a certa concepção de justiça.”⁶²

Esta posição original consiste na interpretação mais adequada da escolha inicial, ou seja, o ponto de partida das escolhas realizadas pela sociedade em busca de uma concepção de justiça como equidade. Tais escolhas são realizadas através de um processo equitativo, de forma desinteressada, destituída de sentimentos altruístas e egoístas, encobertos pelo véu da ignorância, a fim de que se justifique a escolha de qualquer princípio como justo. O véu da ignorância tem por objetivo anular as contingências específicas capazes de deturpar as escolhas dos indivíduos, a fim de que eles não saibam quais alternativas poderão de alguma forma afetar o seu caso particular, sendo obrigados a escolher com base em considerações gerais.⁶³

João Feres destaca que as restrições impostas pelo véu da ignorância podem ser consideradas por dois ângulos, o desconhecimento do indivíduo das particularidades pessoais, bem como os valores de justiça da sociedade em que está inserido. Neste sentido conclui o autor, “a ideia de véu da ignorância consiste, portanto, em assegurar a justiça dos princípios escolhidos. Afinal, se na escuridão e incerteza do véu podemos identificar os princípios de

⁶⁰ GARGARELLA, Roberto. *As Teorias da Justiça Depois de Rawls*. Um breve manual de filosofia política. São Paulo. 2008. p.13/14.

⁶¹ RAWLS, John, op. cit.,p.12

⁶² Idem, p.13

⁶³ Idem, p.146/147

justiça que nos são mais desejáveis, ou seja, preferir determinados arranjos em detrimento de outros, então nossa escolha tem um bom motivo para ser tida como uma escolha justa.”⁶⁴

Diante destas questões, John Rawls apresenta os seus dois princípios de justiça ⁶⁵ que serviriam de base para organização da sociedade:

- (a) Cada pessoa tem o mesmo direito irrevogável a um esquema plenamente adequado de liberdades básicas iguais que seja compatível que seja compatível com o mesmo esquema de liberdades para todos; e
- (b) As desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições: primeiro, devem estar vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e, em segundo lugar, têm de beneficiar ao máximo os membros menos favorecidos da sociedade (princípio da diferença) ⁶⁶

Segundo Rawls, os princípios devem ser aplicados na regulação das vantagens sociais e econômicas da sociedade através de direitos e deveres. Em sua primeira formulação, o primeiro princípio significava que “as liberdades básicas só podem ser restringidas em nome da liberdade”⁶⁷. Já o segundo princípio de justiça “se aplica à distribuição de renda e riqueza e ao escopo das organizações que fazem uso de diferenças de autoridade e responsabilidade”⁶⁸. Deveria existir uma ordem serial entre os princípios, no qual o primeiro deve anteceder o segundo, significando que “as violações das liberdades básicas iguais protegidas pelo primeiro princípio não podem ser justificadas nem compensadas por maiores vantagens econômicas e sociais.”⁶⁹

Os princípios de justiça encontram-se condicionados a relação de prioridade e pelas restrições formais do conceito de justo, que limitam as alternativas oferecidas às partes na posição original em cinco grupos de condições formais, a saber: 1) generalidade; 2) universalidade; 3) publicidade; 4) ordenação; 5) e caráter terminativo.⁷⁰ João Feres destaca que, após a reformulação dos princípios na obra “*O liberalismo Político*”, os princípios de

⁶⁴ FERES JUNIOR, João; POGREBINSCHI, Thamy. *Teoria Política Contemporânea: Uma Introdução*. São Paulo: Elsevier. 2010, p.21

⁶⁵ O primeiro princípio foi revisto por John Rawls, sob o argumento que: “A igualdade equitativa de oportunidades significa aqui a igualdade liberal. Para alcançar seus objetivos, é preciso impor certas exigências a estrutura básica além daquelas do sistema de liberdade natural.” In: RAWLS, John. *Justiça Como Equidade*. São Paulo; Martins Fontes. 2003, p.62.

⁶⁶ Idem. p.60

⁶⁷ FERES JUNIOR, João; POGREBINSCHI, Thamy, op.cit., p.22.

⁶⁸ RAWLS, John. *Uma teoria de Justiça*. São Paulo: Martins Fontes. 2000. p.65

⁶⁹ Ibidem.

⁷⁰ FERES JUNIOR, João; POGREBINSCHI, Thamy, op.cit., p.23. Cf. John Rawls: “Tomadas em conjunto, então, essas condições impostas sobre as concepções do justo resume-se no seguinte: uma concepção de justo é um conjunto de princípios, gerais em sua forma e universais em sua aplicação, que deve ser publicamente reconhecido como uma última instância de apelação para a ordenação das reivindicações conflitantes de pessoas éticas. In: RAWLS, John. *Uma teoria de Justiça*. São Paulo: Martins Fontes. 2000. p.145.

justiça passaram a se manifestar como conteúdo de uma concepção política liberal de justiça, com três características principais e três elementos determinantes. As características são: “1) a especificação de certos direitos, liberdades e oportunidades básicas; 2) atribuição de uma prioridade especial a esses direitos, liberdades e oportunidades, principalmente no que diz respeito as exigências do bem geral e de valores perfeccionistas e; 3) medidas que assegurem a todos os cidadãos os meios polivalentes adequados para que suas liberdades e oportunidades sejam efetivamente postas em prática.”⁷¹ Já os elementos determinantes para formulação do liberalismo igualitário são: “1) a garantia do valor equitativo das liberdades políticas, de modo que não sejam puramente formais; 2) a igualdade equitativa de oportunidade e; 3) o princípio da diferença.”⁷²

A teoria de Rawls pretende através da ideia de justiça procedimental substantiva, ou seja, através de métodos guiados por princípios de justiça, tendo como ponto de partida a posição original, garantir que o resultado das escolhas das partes sejam sempre justas e igualitárias, retomando o conceito de justiça distributiva, concluindo que a sociedade terá uma igualdade equitativa e uma justiça distributiva de recursos sociais através da aplicação dos princípios de justiça. Para tanto, Rawls constrói o princípio de diferença, que se encontra na formulação do segundo princípio, a fim de estabelecer dois requisitos para as desigualdades sociais econômicas, “primeiro, devem estar vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e, em segundo lugar, têm de beneficiar ao máximo os membros menos favorecidos da sociedade”⁷³. O projeto de Rawls é ambicioso, ao vincular os interesses da sociedade aos princípios de justiça o autor pretende não só justificar as escolhas, mas também apresentá-las como mais justas do ponto de vista da igualdade.

Roberto Gargarella destaca que o princípio de diferença de Rawls é uma superação da ideia de justiça distributiva das sociedades modernas, onde cada um recebe o justo na medida e segundo de sua acessibilidade, mas pelo contrário, “as maiores vantagens dos mais beneficiados pela loteria natural só são justificáveis se elas fazem parte do esquema que melhora as expectativas dos membros menos favorecidos da sociedade”⁷⁴. Além disso, os dois princípios de justiça devem ser organizados em uma ordem de prioridade léxica, onde a “liberdade não pode ser limitada (em sociedade que alcançam um nível mínimo de

⁷¹ FERES JUNIOR, João; POGREBINSCHI, Thamy, op.cit, p.24

⁷² Ibidem.

⁷³ RAWLS, John. *Justiça Como Equidade*. São Paulo; Martins Fontes. 2003. p.60

⁷⁴ GARGARELLA, Roberto. *As Teorias da Justiça Depois de Rawls*. Um breve manual de filosofia política. São Paulo. Martins Fontes,2008. p.25.

desenvolvimento econômico) a favor da obtenção de maiores vantagens sociais e econômicas, mas apenas no caso de entrar em conflito com outras liberdades básicas.”⁷⁵

No mesmo sentido Fernando Quintana, ao afirmar que a teoria de justiça de Rawls “é um decisivo passo no tratamento dos direitos humanos, seja como postulados morais que permitem a realização de um acordo justo e imparcial e cooperativo de justiça, seja como direitos fundamentais, positivados, a serem instruídos por todos os membros de uma sociedade bem ordenada através de suas estruturas básicas.”⁷⁶

Ante a breve exposição da teoria de John Rawls, verifica-se que a teoria kantiana teve uma vital influência na formulação do pensamento rawlseniano, bem como na busca por uma teoria de justiça liberal igualitária em detrimento de uma justiça utilitarista baseada nos prazeres. Mas resta uma questão a ser respondida, os princípios de justiça são compatíveis com o interesse público? Para responder esta questão faz-se necessário a análise da ideia de razão pública como expressão do interesse público no pensamento rawlseniano.

1.4 - A Democracia Substantiva de John Rawls

A ideia de razão pública está ligada as características de um povo democrático, “o objeto dessa razão pública é o bem do público: aquilo que a concepção política de justiça requer da estrutura básica das instituições da sociedade e dos objetivos e fins que deve servir.”⁷⁷ Neste sentido, razão pública é a razão dos cidadãos iguais cujo o objeto é o bem do público e as questões de justiça fundamental determinados pelos princípios expressos de justiça política da sociedade.

Rawls destaca duas características importantes da razão pública, a primeira é que valores políticos são questões fundamentais, e se não a respeitarmos neste sentido, não é necessário respeitá-las em nenhum outro lugar, e a segunda propõe que os limites da razão pública não se aplicam as nossas deliberações e reflexões pessoais. Quanto a este tema, João Feres explica que a ideia de razão pública torna-se relevante para esclarecer o “chamado domínio especial do político, domínio este que difere daqueles associativos, pessoais ou

⁷⁵ Idem.p.26

⁷⁶ QUINTANA, Fernando. *Justiça e Visão Ampla dos Direitos Humanos: Uma Crítica à Teoria da Justiça de John Rawls*. In: Revista Ciências Sociais. Rio de Janeiro, v.16.2010.p.224/225.

⁷⁷ RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Tradução Dinah Abreu Azevedo. 2 ed.São Paulo: Ática. 2000, p.261/262.

familiares – os domínios não políticos.”⁷⁸ Não que os valores não políticos sejam indiferentes em relação à sociedade, mas que os valores políticos se sobrepõem aos outros valores em caso de colisão.

O conteúdo da razão pública é caracterizado pelos dois princípios de justiça e pela concepção política de justiça em um sentido liberal e amplo, no qual “esse conteúdo especifica certos direitos, liberdades e oportunidades fundamentais (do tipo que conhecemos os regimes democráticos)”⁷⁹, atribuindo uma prioridade a estes direitos correspondentes “as exigências do bem geral e de valores perfeccionistas”⁸⁰, garantindo a todos os cidadãos os meios “polivalentes adequados para tornar efetivo o uso de sua liberdade e oportunidades básicas”⁸¹.

O pensamento rawlseniano torna-se mais relevante para a formulação do bem comum, ante a concepção de elementos constitucionais essenciais para identificação dos valores políticos fundamentais que servirão de justificativa para as escolhas da sociedade, que ao adotarem os princípios de justiça na posição original, “devem também adotar as diretrizes e critérios da razão pública para aplicar esses princípios.”⁸² Rawls destaca os dois tipos de elementos essenciais para uma justiça básica:

- a. Os princípios fundamentais que especificam as estrutura geral do Estado e do processo político: as prerrogativas do legislativo, do executivo e do judiciário; o alcance da regra da maioria;
- b. Os direitos e liberdades fundamentais e iguais de cidadania que as maiorias legislativas devem respeitar, tais como direito ao voto e á participação política, a liberdade de consciência, a liberdade de pensamento e associação, assim como as garantias do império da lei.⁸³

Assim, uma concepção de justiça também é política, no sentido de sua aplicação as principais instituições políticas, sociais e econômicas como um sistema unificado de cooperação social, independente de doutrinas religiosas e filosóficas, baseada em políticas fundamentais implícitas na cultura política da sociedade. A concepção de uma razão pública tem por finalidade precípua a inclusão de princípios substantivos de justiça para uma estrutura básica da sociedade, e a criação de diretrizes de indagação que especifique os princípios e as

⁷⁸ FERES JUNIOR, João; POGREBINSCHI, Thamy. Op.cit.p. 36

⁷⁹ RAWLS, John. *O Liberalismo Político*, op.cit., p.272

⁸⁰ Idem. p.273.

⁸¹ Ibidem.

⁸² Idem. P.277

⁸³ RAWLS, John. *O Liberalismo Político*, op.cit., p.277

regras de julgamento para os cidadãos na formulação apropriada de identificar as leis e políticas mais condizentes com os interesses da sociedade, ou seja, o interesse público.

João Feres destaca que a razão pública é aplicada também no âmbito dos poderes do Estado. “Assim, o representantes do legislativo, quando se pronunciam e deliberam oficialmente, os detentores de cargos exclusivos, em seus atos e pronunciamentos públicos, e os juízes – sobretudo os magistrados constitucionais, ao exercerem o controle de constitucionalidade e mantiverem suas decisões, fazem uso da razão pública.”⁸⁴ Deste modo, o processo deliberativo na construção do bem comum deve ser guiado por razões públicas oriundas do processo racional proposto por Rawls, tais proposições devem ser consideradas como valores político-sociais amplamente aceitos.

No cenário jurídico/político atual, Ronald Dworkin realiza uma leitura filosófica do direito dos postulados de John Rawls, apresentando suas principais contribuições para teoria jurídica através da filosofia política. Segundo o autor, Rawls não presume que todos os indivíduos compartilham do mesmo entendimento pré-estabelecido acerca de uma instituição justa ou injusta, ao contrário, os indivíduos possuem concepções distintas do que é justiça. Pela fragilidade e falta de conteúdo real deste entendimento comum, os filósofos da justiça deveriam se lançar na busca de um equilíbrio reflexivo, através de princípios gerais que se harmonizem com os casos concretos, a fim de se chegar a um ajuste interpretativo.⁸⁵

Neste desiderato, Dworkin reformula a ideia de equilíbrio reflexivo através exercício interpretativo como método da filosofia do direito. Para tanto, identifica-se o que faz parte do mundo do direito, em seguida cria-se outro pólo interpretativo para compartilhar um ideal abstrato, que desempenhará na teoria jurídica o mesmo papel que o conceito de justiça desempenhava na teoria de Rawls, chegando-se a um conceito de direito, no qual “podemos, então, criar uma concepção adequada de legalidade, isto é, uma concepção de legalidade que equilibre nossos diferentes pressupostos pré-analíticos sobre proposições concretas de direito com os princípios gerais de moralidade política que parecem melhor explicar o valor da legalidade.”⁸⁶ Deste modo, supondo que os indivíduos na posição original escolhessem além dos princípios de justiça, também escolhessem uma concepção de legalidade. Qual seria a concepção de legalidade escolhida? Dworkin destaca duas opções, “uma descrição positivista simplificada de legalidade, que especifique que os juízes utilizem um critério particular para as verdadeiras proposições de direito, ou uma descrição não positivista interpretativa e

⁸⁴ FERES JUNIOR, João; POGREBINSCHI, Thamy, op.cit., p. 36

⁸⁵ DWORKIN, Ronald. *A justiça de Toga*. São Paulo: Martins Fontes. 2010.p.346/348

⁸⁶ Idem.p.348/349.

simplificada.”⁸⁷Na primeira posição, o positivismo, as regras devem ser aplicadas em conformidade com a legislação, evitando-se ambiguidades. No caso de lacunas, o juiz deve preenchê-la de forma limitada, buscando uma solução similar ao que o legislador teria realizado para solução do caso. Já a segunda, o interpretacionismo simples, os juízes aplicam as regras de igual forma, mas em caso de lacunas, não devem tentar legislar sob a razão legislativa, mas através de princípios procedimentais e substanciais de justiça.⁸⁸

Seguindo esta mesma ideia, Dworkin supõe que, caso uma sociedade escolha uma concepção utilitarista de justiça abrangente, eles provavelmente tenderão a uma concepção positivista do direito, ante a forte afinidade existente entre as ideias utilitaristas e o positivismo jurídico. “Como Bentham enfatizou, a legislação utilitarista bem fundada deve ser organizada e direcionada a partir de uma única fonte: o melhor programa para maximizar a utilidade é um programa integrado em que diferentes leis e diretrizes políticas podem ser adaptadas e coordenadas de modo a produzir o impacto máximo em termos de utilidade.”⁸⁹ Neste caso, o poder legislativo detém maiores condições de produzir o impacto máximo, porque o processo legislativo consegue lidar com uma variedade de preferências da sociedade, chegando a um cálculo mais exato para as compensações necessárias para se alcançar um resultado utilitarista. O juiz deve aplicar a legislação e sua atuação criativa deve ser minimizada, mesmo nos casos de lacuna suas decisões não são guiadas por outra fonte que não a razão do legislador. Segundo Dworkin, outro argumento contra o interpretacionismo seria que, “para os utilitaristas, os princípios morais e políticos são simplesmente regras práticas para obter a máxima utilidade em longo prazo, e não pode haver nenhum valor independente – e sim muito prejuízo- em se buscar uma coerência de princípios simplesmente por considerá-la desejável.”⁹⁰

Por outro lado, caso os indivíduos façam a escolha pelos princípios de justiça, “eles rejeitariam o utilitarismo em favor dos dois princípios de justiça, um dos quais dá prioridade a certas liberdades fundamentais, e outro que procura melhorar a situação do grupo social menos privilegiado”⁹¹. Neste caso, presume-se que eles escolheriam o interpretacionismo em vez do positivismo, ante a possibilidade de se alcançar melhores condições de realizar a justiça. As pessoas que realizam esta escolha estão preocupadas com uma futura opressão da maioria, acreditando que um judiciário com poderes e independente, possa garantir os

⁸⁷ Idem.p.349/350.

⁸⁸ Ibidem.

⁸⁹ BENTHAM, Jeremy. Apud: DWORKIN, Ronald. *A justiça de Toga*. São Paulo: Martins Fontes. 2010.p.351.

⁹⁰ DWORKIN, Ronald. *A justiça de Toga*. São Paulo: Martins Fontes. 2010.p.352

⁹¹ Ibidem.

princípios de justiça a todos. Dworkin explica que neste grupo, as pessoas “vão ter esse motivo forte para favorecer uma concepção interpretacionista do direito não apenas àquilo que as instituições legislativas determinaram especificamente, mas também à elaboração baseada em princípios de tais determinações. A coerência e a melhor proteção contra a discriminação.”⁹²

Outro ponto interessante é a questão referente aos limites da razão pública no direito, onde o juiz não pode utilizar suas convicções morais e pessoais como justificção, logo “eles não devem apelar a seus interesses pessoais ou aos interesses de algum grupo ao qual estejam ligados,”⁹³ mas através de uma concepção política de justiça que trate de questões fundamentais estabelecendo valores políticos como base para as suas decisões.⁹⁴

Diante das questões ora apresentadas, pode-se chegar ao seguinte questionamento. Qual seria a compreensão de legalidade que se encaixaria na atual concepção de bem comum? Uma posição positivista utilitarista que visa maximizar a felicidade do maior número de pessoas, ou um sistema interpretacionista baseado em princípios e que visa à proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos.

No contexto ora analisado, um sistema baseado em princípios de justiça tende a ser mais compatível com a democracia em detrimento a um sistema utilitarista. Para tanto, a fim de estabelecer critérios para essa resposta, será analisada a questão julgada perante a Suprema Corte brasileira na ADPF nº84 ⁹⁵. A escolha do Supremo Tribunal Federal como fórum político de discussão não se deu de forma casuística, mas seguindo a linha do pensamento de John Rawls, uma vez que “a razão pública é bastante apropriada para ser a razão do tribunal no exercício de seu papel de interprete judicial supremo, mas não o de intérprete último da lei, e a segunda é que o supremo tribunal é o ramo que serve de caso exemplar da razão pública.”⁹⁶ Logo, estas razões teriam o condão de demonstrar qual seria interesse público adotado no discurso jurídico/político da sociedade.⁹⁷

⁹² Idem, p.353.

⁹³ Idem, p.355

⁹⁴ RAWLS, John. *O Liberalismo Político*, op.cit., p.285

⁹⁵ Precedente: ADPF 84. Informativo de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nº 661. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 18/07/2012. Trata-se da arguição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS, no qual se pretendia declarar inconstitucional a interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo seria considerada crime. A corte, por maioria, julgou procedente o pedido formulado, prevalecendo o voto do Ministro Relator Marco Aurélio, que reconhecia o direito da gestante de se submeter à antecipação terapêutica do parto na hipótese de gravidez de feto anencéfalo.

⁹⁶ Idem. p.281.

⁹⁷ Cf. John Rawls: Assim, em meio a qualquer grande mudança constitucional, legítima ou não, a Suprema Corte está fadada a ser um centro de controvérsias. Muitas vezes seu papel obriga a discussão política a adotar uma forma baseada em princípios, de modo a tratar a questão constitucional de acordo com os valores

Torna-se importante a verificação dos pontos relevantes dos votos dos ministros, a fim de comprovar se os discursos humanistas e utilitaristas encontram espaço no debate jurídico atual. No caso, passa-se a análise dos discursos apresentados nos votos.

O voto do Ministro Relator Marco Aurélio, destacou que:

Na espécie aduziu inescapável o confronto entre, de um lado os interesses legítimos da mulher em ver respeitada sua dignidade e, de outro, os de parte da sociedade que desejasse proteger todos os que a integrariam, independente da condição física ou viabilidade de sobrevivência. Sublinhou que o tema envolveria a dignidade da pessoa humana, o usufruto da vida, a liberdade, a autodeterminação, a saúde e o reconhecimento pleno de direitos individuais, especificamente, os direitos sexuais reprodutivos das mulheres.⁹⁸

O primeiro ponto a ser destacado é a colisão dos direitos do indivíduo com o da sociedade, onde o direito individual está sendo contraposto aos interesses da sociedade, que ao tipificarem o crime de aborto não inseriram o aborto anencéfalo como causa excludente de ilicitude. Note-se que a questão de fundo já apresenta o embate utilitarista positivista versus o interpretacionista humanista.

Outra questão que merece ser destacada é referente ao conteúdo da razão pública, que neste caso, parece ter seguido a linha de John Rawls, ao não conceber que razões não públicas sirvam de justificação para o julgamento, neste sentido destacou o Ministro Relator, “que a questão debatida não poderia ser examinada sob os influxos de orientações morais religiosas, apesar de a oitiva de entidades ligadas a profissão de fé não ter sido em vão”, mas que o debate dos grupos religiosos “deveriam ser devidamente traduzidos em termos de razões públicas, ou seja, expostos de forma que a adesão a eles independesse de qualquer crença”⁹⁹.

Voltando a questão, o ponto central do julgamento era responder se o feto anencéfalo é um ser vivo ou não. Veja que a questão é de suma importância para a justificação do discurso, uma vez que se o feto anencéfalo for considerado um ser humano, o tribunal sairá do aspecto humanista, mas se ao contrário, o mesmo for considerado um ser natimorto, não haverá violação a vida nem ao homem, neste sentido as seguintes passagens do julgamento:

Explicou que, por ser anencéfalo absolutamente inviável, não seria titular do direito a vida, motivo pelo qual o conflito entre direitos fundamentais seria apenas aparente, dado que, em contraposição aos direitos da mulher, não se encontraria o direito a vida ou a dignidade humana de quem estivesse por

políticos da justiça e da razão pública. A discussão pública transforma-se em algo mais que uma disputa pelo poder e por cargos. Ao focalizar a atenção em questões constitucionais básicas, isso educa os cidadãos para o uso da razão pública e seu valor de justiça política. In: RAWLS, John. *O Liberalismo Político*, op.cit., p.290.

⁹⁸ Ibidem.

⁹⁹ Ibidem.

vir. Assentou que o feto anencéfalo, mesmo que biologicamente vivo, porque feito de células de tecido vivo, seria juridicamente morto, de maneira que não merecia proteção jurídica, principalmente proteção jurídica penal. (...) Aclarou que, quando a Constituição reportara-se aos “direitos da pessoa humana” e a “direitos e garantias individuais” como cláusulas pétreas, teria tratado de direitos e garantias indivíduo pessoa destinatário dos direitos fundamentais à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Ponderou, entretanto, que jamais haveria indivíduo-pessoa no caso do anencéfalo, razão pela qual não se justificaria sua tutela jurídico penal, principalmente em que esbarraria em direitos fundamentais da mulher.¹⁰⁰

Note-se que a justificação parte da ideia de que somente a pessoa humana com vida pode ser titular de direitos, que no caso em tela, não há que se falar em proteção do indivíduo morto. Se seguirmos uma concepção kantiana, o anencéfalo não teria vontade racional, logo não possui autonomia, não havendo complementaridade racional entre o indivíduo anencéfalo e o Estado, conseqüentemente não há proteção à liberdade. A desconstrução do anencéfalo como pessoa humana, visa descaracterizar a eventual colisão de direitos, pois se o mesmo fosse pessoa dotada de dignidade humana, estaria se utilizando do homem como um meio para se alcançar a felicidade da gestante, ferindo o segundo imperativo Kantiano.

Comprova-se tal questão ante o voto divergente do Ministro Cesar Peluzo, que “destacava que todos os fetos anencéfalos, a menos que estivessem mortos, seriam dotados de capacidade de movimento autogéneo, vinculado a processo contínuo de vida e regida pela lei natural que lhe seria imanente. Sintetizava que, se o anencéfalo morresse, ele só poderia fazê-lo por estar vivo.”¹⁰¹ Neste caso, o entendimento professado pelo ministro tende a modificar sua interpretação dos fatos, uma vez que para ele, o anencéfalo é dotado de vida e humanidade, sendo detentor de direitos fundamentais inalienáveis e insuscetíveis de mitigação. Logo, “a vida não poderia, assim, ser destruída para satisfazer sentimento de frustração e insuportabilidade personalíssima de uma dor, ainda que legítima, mas apenas humana.”¹⁰² Contudo, a questão vencedora por maioria (9 x 2), conforme já demonstrado, foi pela liberação do aborto do feto anencéfalo, visando a proteção da dignidade humana da mulher, que deveria ter seus direitos fundamentais protegidos mesmo no caso da omissão legislativa.

Diante do caso, a Suprema Corte tende a uma concepção interpretacionista do direito, no qual os juízes em casos de lacuna podem utilizar de princípios substantivos, consubstanciados em direitos fundamentais, refutando uma concepção positivista e utilitarista

¹⁰⁰ Ibidem.

¹⁰¹ Ibidem.

¹⁰² Ibidem.

do direito. Note-se que a corte rechaçou o argumento de manutenção do feto para futura doação dos órgãos com base no segundo imperativo Kantiano, alegando que “a mulher, portanto, deveria ser tratada como fim em si mesma, e não sob a perspectiva utilitarista, como instrumento para geração de órgãos e posterior doação.”¹⁰³

Outro ponto que não foi aceito pela corte, encontra-se no voto divergente do ministro Ricardo Lewandowski, que parece seguir uma concepção positivista restritiva do direito, ao dispor que o aborto é penalmente imputável, alegando que “caso desejasse, o Congresso Nacional, intérprete último da vontade soberana do povo, poderia ter alterado a legislação para incluir o aborto de fetos anencéfalos dentre as hipóteses de interrupção de gravidez isenta de pena”, asseverando ainda, “que quando a lei fosse clara não haveria espaço para interpretação, de modo que não seria dado ao intérprete afrontar sua expressão literal, a pretexto de extrair dela conteúdo em conformidade com o texto constitucional.”¹⁰⁴

Por tais razões, para formação de uma democracia substantiva, a sociedade estaria mais propensa a escolher o interpretacionismo em detrimento de um positivismo utilitarista, ante a possibilidade de garantir a proteção dos direitos humanos e fundamentais das pessoas em uma sociedade justa e igual.

Na proposta de Rawls e Dworkin os indivíduos na posição original, provavelmente escolheriam os princípios de justiça condizentes com a dignidade da pessoa humana para a formulação do bem comum, e que o mesmo deve ser orientado para a existência de uma ordem social justa e pacífica cujo fim precípua encontra-se na realização da dignidade do ser humano e dos direitos fundamentais e sociais, garantindo aos indivíduos a proteção de sua autonomia e liberdade, fundamentada por princípios que possam garantir que as pessoas sejam verdadeiramente livres e iguais, limitando até mesmo a atuação da coletividade.

Vale ressaltar que a visão liberal abarcada pelos autores não desconsidera o bem comum, mas acredita que a satisfação do mesmo só poderá ocorrer em uma sociedade igualitária, e que os direitos fundamentais servem de trunfos para garantir os direitos políticos de igualdade e liberdade¹⁰⁵. Nesse sentido Darlei Dall'Agnol explica que a teoria do liberalismo igualitário de maneira alguma defende que os interesses individuais estão

¹⁰³ Ibidem.

¹⁰⁴ Ibidem.

¹⁰⁵ Cf. Ronald Dworkin destaca que os direitos individuais são trunfos políticos que os indivíduos detêm. Os indivíduos têm direitos quanto, por alguma razão, um objetivo comum não configura uma justificativa suficiente para negar-lhes aquilo que, enquanto indivíduos, desejam ter ou fazer, ou quando não há uma justificativa suficiente para lhes impor uma perda ou dano. In: DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*; Sao Paulo: Martins Fontes, 2002, p. XV.

contrapostos a noção de bem comum, e que “no fundo, tanto direitos individuais quanto o bem-estar social estão fundados na igualdade”.¹⁰⁶

Dessa forma, a proposta de Rawls evidencia que o bem comum é fruto de uma escolha racional dos indivíduos, visando a garantia dos direitos dos indivíduos da sociedade, e que o Estado deve atuar para melhorar a vida dos cidadãos, tratando-os com igual consideração e respeito, privilegiando assim a igualdade e a liberdade na formação e promoção dos valores democráticos.

1.5- (In) Compatibilidade do liberalismo e o Interesse Público – A Crítica Comunitarista

Conforme demonstrado no item anterior, a teoria de Rawls possui uma forte influência do individualismo liberal, acarretando severas críticas por parte dos comunitaristas. O interesse público por este viés não pode ser subjugado aos indivíduos, ao contrário, a comunidade é a legítima detentora dos valores comuns, e são esses valores que moldam a sociedade. O liberalismo de matiz rawlseniano é posto de lado pelos comunitaristas por ignorar que o indivíduo é fruto da comunidade, logo o bem comum é proveniente dos valores comunais. O indivíduo não é um ser racional independente cujos interesses estão apartados da sociedade, ao inverso, o indivíduo é uma parte integrante da sociedade, logo seus interesses também são os interesses da comunidade.

Nesse cenário, destaca-se o autor comunitarista Michael Walzer, ao iniciar sua crítica com a afirmação que “a igualdade, em seu sentido literal, é um ideal propício à traição”¹⁰⁷, destacando que os compromissos de uma sociedade não podem ter por base uma igualdade aparente. Para o autor, a justiça igualitária perde o foco ao pressupor que uma igualdade negativa solucionaria o problema da justiça com base na redistribuição e eliminação de algumas diferenças, quando na verdade, “não é o fato de existirem ricos e pobres que gera a política igualitária, mas o fato de que os ricos oprimem os pobres.”¹⁰⁸

Roberto Gargarella destaca que as principais críticas do comunitarismo ao liberalismo igualitário partem de uma antiga disputa filosófica das posições kantianas e hegelianas, e que

¹⁰⁶ DALL'AGNOL, Darlei. *O igualitarismo liberal de Dworkin*. Kriterion, Belo Horizonte, v. 46, n. 111, June 2005. Available from <<http://www.scielo.br>> acesso em 27 Mar. 2014.

¹⁰⁷ WALZER, Michael. *As Esferas da Justiça: Uma defesa do pluralismo e da igualdade*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Prefácio XIII-XIV

¹⁰⁸ *Ibidem*, Prefácio p.XV.

o comunitarismo retoma a crítica de Hegel ao universalismo kantiano, priorizando a integração dos indivíduos na comunidade.¹⁰⁹

Ao contrário de Rawls, Walzer valoriza o pluralismo nas sociedades liberais, conferindo “prioridade à comunidade em relação ao indivíduo, na medida em que ele é essencialmente um ser produzido culturalmente”.¹¹⁰ Assim, o autor se afasta da concepção idealista de uma justiça filosófica, para fundamentar sua teoria em exemplos contemporâneos e históricos, indo de encontro à tese humanista de bem comum.¹¹¹

Walzer não discorda quanto à existência de princípio que justifiquem a escolha e os limites de uma justiça distributiva, mas que o pluralismo existente nas sociedades atuais não exige a concordância com todos os critérios distributivos¹¹². Assim, para o autor existe um equívoco na concepção de princípios ideais oriundos de uma filosofia platônica, que descreve a escolha de um conjunto abstrato de bens de maneira imparcial, com base em ideias racionais hipotéticas desvinculadas do indivíduo. Neste sentido, a questão fundamental não é responder o que os indivíduos escolheriam em situações universais, mas o que indivíduos como nós, situados em uma realidade cultural histórica decidiriam compartilhar.¹¹³

Walzer destaca que a justiça é uma invenção humana, admitindo uma ampla gama de respostas para análise de uma justiça distributiva, defendendo que os “princípios de justiça são pluralistas na forma; que diversos bens sociais devem ser distribuídos por motivos, segundo normas e por agentes diversos; e que toda diversidade provém das interpretações variadas dos próprios bens sociais – o inevitável produto do particularismo histórico e cultural.”¹¹⁴

Valendo-se de uma nova teoria dos bens, Walzer apresenta uma proposição mais complexa, na qual “as pessoas concebem e criam bens, que então distribuem entre si”¹¹⁵, se

¹⁰⁹ GARGARELLA, Roberto. *As Teorias da Justiça Depois de Rawls*. Um breve manual de filosofia política, op. cit., p.136.

¹¹⁰ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. 4ª Ed. 2ª Tiragem, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.p.86.

¹¹¹ Para Walzer, “os seres humanos tem, de fato, direitos que transcendem a vida e a liberdade, mas eles não provêm da humanidade que temos em comum; provêm de conceitos compartilhados de bens sociais; são locais particulares em caráter”. WALZER, Michael. *As Esferas da Justiça: Uma defesa do pluralismo e da igualdade*, Prefácio XIX.

¹¹² Segundo Gisele Cittadino, para Walzer “reconhecer o pluralismo, portanto, é reconhecer a diferença (...). Em outras palavras, em face do pluralismo, não nos resta outra alternativa senão abdicar das respostas certas únicas, verdadeiras e definitivas para o problema da associação política e admitir o caráter parcial incompleto e conflitivo do consenso entre indivíduos.” In: CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*, p.87.

¹¹³ WALZER, Michael. *As Esferas da Justiça: Uma defesa do pluralismo e da igualdade*, op.cit., p.3-4.

¹¹⁴ *Ibidem*, p.5.

¹¹⁵ *Ibidem*, p.6

contrapondo a distribuição de bens com base em algum princípio universal, mas por intermédio de uma concepção de compartilhada de bem, dividindo-a em seis proposições;

1. Todos os bens de que trata a justiça distributiva são bens sociais (...); 2. Homens e mulheres assumem identidades concretas devido ao modo com concebem e criam, e depois possuem e empregam os bens sociais (...); 3. Não existe conjunto concebível de bens fundamentais ou essenciais em todos os mudos morais e materiais senão tal conjunto deveria ser concebido de maneira tão abstrata que teria pouco utilidade ao se pensar em determinadas distribuições (...); 4. é o significado dos bens que define sua movimentação. Os critérios e os acordos distributivos não são intrínsecos ao bem sem si, mas ao bem social(...); 5. Os significados sociais são históricos em caráter; portanto, as distribuições, e as distribuições justas e injustas, mudam com o tempo (...); 6. Quando os significados são diferentes, as distribuições devem ser autônomas. Todo bem social ou conjunto de bens sociais constitui, por assim dizer, uma esfera distributiva dentro da qual só são apropriados certos critérios e acordos.¹¹⁶

Assim, diante desta proposição, Walzer explica que para entender o bem comum se faz necessário a análise das esferas de justiça nos quais os referidos bens encontram-se inseridos, para tanto, o autor faz uma diferença entre monopólio e predomínio, em que o primeiro define uma forma de controle sob os bens sociais para exploração de seu predomínio, como um monarca ou um grupo oligarca, enquanto o segundo seria uma forma de usar os bens sociais não limitados aos significados intrínsecos, uma construção social que mistura realidade e símbolo, como a família, religião cargo político por exemplo.¹¹⁷ Gisele Citadino explica que, “Walzer qualifica de injusta ou tirânica – a sociedade na qual um grupo de indivíduos, pelo fato de que monopoliza um determinado bem, domina os diversos processos distributivos, violando os significados sociais dos bens e os seus princípios de distribuição.”¹¹⁸

Como a análise do bem deve ser restringida à respectiva esfera de justiça, a justiça distributiva não pode ter como base princípios de justiça universais, mas princípios sociais internos de cada esfera. Para tal análise, é necessário um regime de igualdade complexa, em que “nenhum cidadão em uma esfera ou com relação a um bem social pode definir sua situação em qualquer outra esfera, com relação a qualquer outro bem.”¹¹⁹

Gisele Cittadino destaca que ao contrário de Rawls, Walzer não fundamenta sua teoria de justiça com base em princípios de justiça racionais, mas por meio de uma “teoria de justiça

¹¹⁶ Idem, p.6-10.

¹¹⁷ Idem, p.11.

¹¹⁸ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*, op.cit., p.123.

¹¹⁹ WALZER, Michael. *As Esferas da Justiça: Uma defesa do pluralismo e da igualdade*, op. cit., p.6

segundo a qual, diferentes bens sociais devem ser distribuídos por razões igualmente diferentes, através de procedimentos e agentes distintos.”¹²⁰

Assim, a crítica formulada por Walzer pretende recolocar o indivíduo no centro da discussão, refutando a tese universalista de Rawls, destacando que o bem comum não pode ser analisado mediante escolhas cegas e por pessoas iguais, totalmente desvinculadas de suas realidades históricas e culturais. Ao contrário, o bem comum é fruto de um processo deliberativo em que os indivíduos “definem, ainda que parcialmente, os significados dos bens e os mecanismos apropriados para sua distribuição, ao mesmo tempo em que lutam para manter a integridade desta esfera contra qualquer tipo de intervenção interna.”¹²¹

Roberto Gargarella destaca que a crítica comunitarista vai ao encontro da tese “atomista”¹²² proposta por Rawls, na defesa de certos direitos individuais, mesmo que se encontrem em contradição com os valores da comunidade. Ao analisar a questão o autor expõe que, “defender uma postura atomista, segundo os comunitários, implica em ignorar que os indivíduos só podem crescer e se autorrealizar dentro de certo contexto particular”¹²³, idealizando uma tese social na qual somos obrigados a reconhecer que o homem é um ser social e necessita da sociedade para desenvolver suas capacidades humanas.

Will Kymlicka, por sua vez, analisa a crítica comunitarista ao individualismo liberal pela ótica da autodeterminação dos indivíduos, demonstrando que a formulação liberal negligencia as precondições sociais do desenvolvimento da capacidade de escolha dos indivíduos, resultando em uma teoria paternalista do bem comum.¹²⁴ Segundo o autor, a teoria de Rawls nos levaria a endossar um Estado neutro, ou seja, “um Estado que não justifica suas ações com base na superioridade ou inferioridade intrínseca de concepções de boa via e que não tenta deliberadamente influenciar os juízos de valor das pessoas sobre estas concepções.”¹²⁵ O bem comum em uma sociedade liberal deve ser compatível com os princípios de justiça, a fim de combinar todas as preferências e concepções de uma forma igualitária.

¹²⁰ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*, op.cit., p.123

¹²¹ *Ibidem*, p.127.

¹²² Segundo Roberto Gargarella, “O ‘atomismo’ é um termo com o qual os comunitaristas tendem a descrever aquelas doutrinas ‘contratualistas’, surgidas no século XVIII, que adotam uma visão da sociedade como um agregado de indivíduos orientados por objetivos individuais.” GARGARELLA, Roberto. *As Teorias da Justiça Depois de Rawls*. Um breve manual de filosofia política, p.144.

¹²³ GARGARELLA, Roberto. *As Teorias da Justiça Depois de Rawls*. Um breve manual de filosofia política.op.cit., p. 144

¹²⁴ KYMLICKA, Will. *Filosofia Política Contemporânea*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.254

¹²⁵ *Ibidem*,p.261.

Contudo, segundo Kymlicka, em uma sociedade comunitária há uma hierarquização pública dos modos de vida, ajustando o bem comum segundo as práticas existentes na própria sociedade, no qual o Estado possui um papel fundamental na formação e no encorajamento das pessoas, destacando que nas sociedades comunitárias:

o bem comum é concebido com uma concepção substantiva da boa vida que define o “modo de vida” da comunidade. Este bem comum, em vez de ajustar-se ao padrão das preferências das pessoas, provê um padrão pelo qual as preferências são avaliadas. O modo de vida da comunidade forma a base para uma hierarquização pública de concepções do bem e o peso dado às preferências de um indivíduo depende do quanto ele se conforma com o bem comum ou em que medida contribui para este. A Busca Pública dos objetivos compartilhados que definem o modo de vida da comunidade não é, portanto, limitada pela exigência da neutralidade. Ela tem precedência sobre o direito dos indivíduos aos recursos e liberdades necessários para que busquem suas próprias concepções de bem.¹²⁶

A crítica comunitarista demonstra que o liberalismo ignora os papéis sociais, e que o individualismo abstrato proposto por Rawls ignora por completo o processo de autodescoberta no reconhecimento do bem comum comunitário.¹²⁷ As deliberações coletivas para os comunitários não são frutos de uma razão pública, mas de julgamentos individuais dependentes de uma avaliação coletiva de práticas compartilhadas. Neste caso, o “Estado é a arena adequada para formulação de nossas visões do bem porque estas visões requerem a investigação compartilhada. Elas não podem ser buscadas, ou sequer conhecidas, por indivíduos solitários.”¹²⁸

Ronald Dworkin enfrenta a crítica comunitarista identificando quatro argumentos comuns; o primeiro que a maioria democrática tem o direito de definir padrões éticos para todos e que a comunidade é um símbolo para a legitimação de determinado grupo; o segundo que a definição de comunidade compartilhada e distinta incentiva o paternalismo; o terceiro na qual as pessoas reconhecem a comunidade como entidade autônoma como fonte de influências não redutíveis a contribuição de determinadas pessoas; e o quarto que a noção de comunidade política é independente dos cidadãos, e que a comunidade política os precede.¹²⁹

Para Dworkin, o liberalismo pode oferecer uma interpretação melhor do conceito de comunidade, para tanto o autor aborda os problemas dos quatro argumentos citados. O

¹²⁶ KYMLICKA, Will. *Filosofia Política Contemporânea*, op. cit, p.264

¹²⁷ Idem, p. 271-276.

¹²⁸ Idem, p. 284.

¹²⁹ DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana. Teoria e a Prática da Igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.291-293.

primeiro argumento presume que o perfil ético da comunidade deve ser decidido com base no “tudo ou nada”, já que permite que a maioria decida com base em visões morais as divergências e as preferências da sociedade. Segundo Dworkin, por mais que uma sociedade deva aplicar a regra majoritária do tudo ou nada, em uma esfera fundamental de vida, por vezes, à justiça requer o oposto. Se há discordância entre o que constitui uma parcela justa, não existe motivos para embasar uma teoria com base no controle majoritário exclusivo de um determinado grupo ético, logo, para aceitarmos um modelo de ambiente ético, é necessário que os ambientes também sejam frutos das escolhas pessoais. Assim, por mais que algumas questões devam ser decididas coletivamente, esse argumento não pode servir para determinar o ambiente ético de uma comunidade, como esclarece o autor:

O nosso senso de integridade e justiça requer de decidamos algumas questões de princípio da mesma maneira que todos. Por exemplo, as autoridades não deveriam ter como objetivo executar determinado percentual de assassinos condenados, de acordo com o percentual de cidadãos que defendem a pena de morte. Mas nenhuma dessas razões para tomar algumas decisões políticas coletivamente é argumento para determinar um ambiente ético da comunidade dessa forma.¹³⁰

Assim, por mais que uma concepção abrangente de comunidade possa ser utilizada para determinar um ambiente ético, não existem garantias que os indivíduos respeitem a integridade da minoria. Uma visão que respeite a liberdade de escolha dos cidadãos deve determinar uma distribuição adequada de recursos, onde a maioria não possui o direito de decidir o tipo de vida da sociedade. Dworkin arremata que, “se o conceito de comunidade tem um papel importante na crítica da tolerância liberal, deve ser em um sentido mais robusto do que simplesmente ser um nome para uma unidade política sobre a qual vagueia a regra majoritária.”¹³¹

No segundo argumento, Dworkin diferencia o paternalismo volitivo do paternalismo crítico. No primeiro a coação pode ajudar as pessoas a alcançarem seus objetivos, mantendo íntegro os seus interesses volitivos, já o paternalismo crítico presume que a coação pode oferecer uma vida melhor, influenciando o seu interesse crítico. Conforme o autor, o comunitarismo apela ao paternalismo crítico, endossando uma tese cumulativa, que propõe que os componentes e os endossos são separados, ou seja, separando a boa vida das convicções pessoais. Para o autor é “implausível pensar que alguém possa levar uma vida

¹³⁰ Idem, p.297

¹³¹ Idem, p.298.

melhor se ela for avessa as convicções éticas mais profundas.”¹³² Assim, as restrições impostas pela comunidade revelam um paternalismo crítico e autodestrutivo, já que o poder coercitivo empregado na manutenção de uma forma ética da comunidade pode não melhorar a vida de nenhum dos cidadãos, ao contrário, podem corromper em vez de aprimorar o juízo crítico, mesmo que a conversão da sociedade seja sincera.¹³³

O terceiro argumento, ao apregoar que a vida social é essencial para a sociedade, revela que não existe “razão para pensar que esses benefícios instrumentais da comunidade requeiram a homogeneidade moral”¹³⁴ Segundo Dworkin é evidente que todos somos criações da comunidade, contudo isso não significa que a comunidade deva ser homogênea para beneficiar seus membros, nem que se deva rejeitar o pluralismo moral em favor uma proteção comunitária, “pelo contrário, o abastecimento cultural e linguístico é mais rico e, por conseguinte, obviamente mais vantajoso nas comunidades pluralistas e tolerantes.”¹³⁵ Dworkin parece cético quanto ao argumento comunitário, destacando que a ideia de essencialidade da comunidade que representa uma âncora ética moral é um erro filosófico, e que os indivíduos rejeitam a existência de juízos morais como prática convencional, destacando que “a única parte firmíssima de nossa moralidade convencional, compartilhada em todas as outras divisões, é a convicção de segunda ordem de que os juízos morais e éticos não podem ser transformados em falsos em verdadeiros por consenso, que têm força intelectual.”¹³⁶

Quanto ao quarto argumento, Dworkin destaca que a tolerância liberal rejeitada pelos comunitários (republicano cívico), confunde o bem estar das pessoas com o bem estar da comunidade, enquanto os liberais entendem que a questão de tolerância importa na questão do direito de imposição de convicções éticas próprias as demais pessoas da comunidade, os republicanos cívicos entendem como uma questão da vida da comunidade. Não há como negar que as comunidades possuem uma vida política comunitária, e que suas decisões influenciam na vida nos membros da sociedade. Logo, o argumento comunitário sucumbe ao antropofornismo, já que “presume que a vida comunitária é a vida de uma pessoa de tamanho descomunal, que tem a mesma forma, que enfrenta os mesmos momentos críticos e dilemas morais éticos, e está sujeita aos mesmos modelos de êxito e fracasso que a vida de cada um

¹³² Idem, p.301.

¹³³ Idem, p.302.

¹³⁴ DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana. Teoria e a Prática da Igualdade*, op. cit., p.304.

¹³⁵ Ibidem.

¹³⁶ Idem, p.309

dos cidadãos que a compõem.”¹³⁷ A vida da comunidade não deve ser interpretada de forma metafísica, mas sob o argumento de uma unidade coletiva ligada pela participação, conforme destaca Dworkin:

Os cidadãos se identificam com sua comunidade política quando reconhecem que a comunidade tem uma vida comunitária, e que o êxito ou fracasso de sua própria vida depende eticamente do êxito ou fracasso dessa vida. Assim, o que se considera identificação total depende do que se compreende por vida comunitária. A tese liberal da integração, sobre a qual discorrerei, recorre a uma perspectiva limitada das dimensões da vida comunitária da vida política.¹³⁸

As questões apresentadas retratam a ideia de uma comunidade em seu sentido político formal, onde o êxito crítico da comunidade depende do êxito de suas instituições, sem comprometer a tolerância e a neutralidade liberal.¹³⁹ Assim, Dworkin apresenta uma ideia de comunidade liberal, adequando alguns critérios comunitaristas ao pensamento liberal.

Outro ponto relevante, é que o comunitarismo confunde “neutralidade estatal” com “inatividade estatal”, já que muitos liberais¹⁴⁰ como Dworkin e Rawls defendem uma concepção de neutralidade estatal com uma ampla intervenção ativista do Estado na sociedade, já que “esse ativismo é exigido em nome da justiça e implica diretamente que o sistema institucional – em sua totalidade – esteja orientado para reduzir a influência dos ‘casos da natureza’ na vida de cada pessoa.”¹⁴¹ Isso, implica na constatação que os direitos negativos necessitam de prestações positivas, e na manutenção de um Estado “ativista”.

Finalizando o presente capítulo, Kymlicka destaca que os contrastes entre as visões liberais e comunitárias seriam meramente semânticos, já que o “sentido em que os comunitários nos veem como inseridos em papéis comuns incorpora o sentido em que os liberais nos veem como independente deles, e o sentido em que os comunitários veem o raciocínio prático como um processo de autodescoberta, incorpora o sentido em que os liberais o vêem como processo de julgamento e escolha.”¹⁴² A questão a ser definida é se o

¹³⁷ Idem, p.310.

¹³⁸ DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana. Teoria e a Prática da Igualdade*, op. cit.,p.322/323

¹³⁹ Ibidem.

¹⁴⁰ Nem todos os liberais adotam uma concepção substantiva “ativista de Estado”, vide: BELLAMY, Richard. *Constitucionalismo Político: una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia*. Madrid: Marcial Pons, 2010. Contudo o presente capítulo não pretende abordar todas as críticas formuladas contra a tese de Jonh Rawls, mas apenas demonstrar algumas questões centrais na formulação do bem comum e das teorias comunitárias.

¹⁴¹ GARGARELLA, Roberto. *As Teorias da Justiça Depois de Rawls*. Um breve manual de filosofia política, op. cit. p, 144

¹⁴² Idem, p.277.

indivíduo para compreensão do bem comum necessita de concepções de justiça anteriores aos seus fins como afirma Rawls, ou posterior influenciado pela sociedade comunal. Entretanto o comunitarismo não consegue explicar os motivos como os indivíduos são capazes de questionar o valor do modo de vida da comunidade, sem que uma política comunitária também restrinja a autodeterminação das pessoas. Assim, o autor simplifica sua constatação ao destacar que “os liberais e comunitários discordam, não quanto à dependência do indivíduo perante a sociedade, mas quanto à dependência da sociedade perante o Estado”¹⁴³, ou seja, o Estado deve garantir a liberdade de escolha do indivíduos e os interesses perseguidos pelos grupos, ou também impor um determinado valor comunitário na busca de um bem comum.

Mesmo que as sociedades modernas mantenham de forma predominante o sistema liberal, é notório que o discurso comunitarista teve uma grande influência nas atuais democracias, mais precisamente nas democracias latino americanas, abarcando valores comunitários em grande parte do rol de direitos sociais. Notadamente, no Brasil não foi diferente, o pluralismo e a identificação de algumas teses comunitárias no bojo da Constituição de 1988 são latentes, como bem destacou Gisele Cittadino:

Este compromisso com a defesa da autonomia pública dos cidadãos determinou a atuação dos constitucionalistas “comunitários” ao longo de todo processo constituinte, caracterizado, como vimos, por uma intensa participação de movimentos sociais organizados, que com eles partilhavam os mesmos objetivos. Ao mesmo tempo, esta prioridade conferida aos interesses públicos ou coletivos revelou que a pretensão não era, após a ditadura militar, apenas configurar um Estado liberal, comprometido com a defesa de velhos direitos subjetivos individuais. Pretendeu-se, ao contrário, conformar um Estado de bem estar social, nos moldes europeus, através da previsão constitucional – dentre outras normas e mecanismos – de um amplo sistema de direitos constitucionais, mecanismos jurídicos relativos ao controle de omissões do poder público e uma atuação política do poder judiciário. Implementar justiça distributiva, em resumo, é o objeto fundamental do constitucionalismo “comunitário” brasileiro.¹⁴⁴

Do ponto de vista político, a teoria defendida por Rawls teve grande influência no pensamento da sociedade atual, a busca pela justificação das escolhas e do processo deliberativo na formulação do bem comum criaram um cenário propício para discussão e críticas. Tanto Rawls como os Comunitaristas acreditam em princípios substantivos de justiça, sejam eles escolhidos por uma razão pública metafísica ou política, ou através de princípios éticos morais compartilhados pela comunidade.

¹⁴³ Idem, p.298.

¹⁴⁴ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*, op. cit., p.73.

As propostas liberais e comunitárias tangenciam o interesse público através uma abordagem substantiva de direitos. Embora as visões de ambas as teorias sejam diferentes quanto ao objeto, ora indivíduo, ora comunidade, é possível identificar que o interesse público analisado pelo signo liberal e comunitário adotam uma concepção substantiva de democracia.

O processo deliberativo neste caso é determinado previamente por princípios substantivos, sejam eles oriundos de uma escolha racional individualista ou derivado dos valores comunitários. Tanto o consenso sobreposto como a imposição comunitária; acabam por determinar os resultados da deliberação, impondo de uma forma ou de outra um valor universal que destoa do pluralismo político. Se a deliberação pública estivesse resumida a satisfazer um determinado princípio de justiça ou valor comunitário, não haveria conflito de interesses, mas uma total harmonia democrática. No entanto, por não haver concepção unívoca sobre direitos é que as teses substantivas são insuficientes para elaboração de um bem comum que atenda uma diversidade de interesses plurais das novas democracias.

Deste modo, no próximo capítulo será abordada uma análise divergente da proposta por Rawls e Walzer, a fim de verificar a aproximação do bem comum com a teoria procedimental com base na análise deliberativa discursiva de Jürgen Habermas, as críticas do republicanismo e a influência da análise deliberativa do bem comum através da democracia como valor epistêmico em Carlos Santiago Nino.

CAPÍTULO 2

DEMOCRACIA DELIBERATIVA E INTERESSE PÚBLICO: SUBSTANCIALISMO, PROCEDIMENTO E REPÚBLICA.

Com base no capítulo anterior, a fim de contrastar as ideias apresentadas, analisaremos algumas críticas ao modelo deliberativo proposto por John Rawls, principalmente as formuladas pelas correntes procedimentalistas e deliberativas para ao fim verificar a compatibilidade dessas teorias na formulação do bem comum.

Ao término do capítulo será demonstrado que apesar das críticas ao substancialismo e ao procedimentalismo é possível reconciliar ambas as propostas apresentadas, através de um viés democrático deliberativo que não ignora os direitos fundamentais ou os procedimentos políticos participativos, apresentando um critério epistêmico para formulação do bem comum no Estado Democrático de Direito.

2.1 – O Interesse Público Como Procedimento Democrático Pluralista

O filósofo alemão Jürgen Habermas vai se opor a construção do bem comum através das teorias substantivas do liberalismo político, para tanto, o autor fundamenta sua formulação do interesse público com base na teoria do discurso, na forma do direito e no princípio da democracia.

Para Habermas, a teoria de justiça de Rawls é formulada em dois níveis, o primeiro da justificação normativa e o segundo da argumentação, destacando que no primeiro nível Rawls se apóia numa teoria fraca do bem, “a fim de mostrar que as instituições justas poderiam criar condições sob as quais é do interesse de todos perseguir os próprios planos de vida sob a mesma condição que permitem a outras pessoas concretizar seus planos de vida”,¹⁴⁵ e no segundo nível da argumentação a teoria do equilíbrio reflexivo desempenha um papel ambivalente, por não se tratar de um problema de aplicação da teoria, “mas de saber como o conceito teórico normativo da sociedade bem ordenada pode ser situado no contexto de uma

¹⁴⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre a facticidade e validade*, Vol I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p.85.

cultura política e de uma esfera pública existente, a fim de encontrar factualmente o assentimento de cidadãos dispostos ao entendimento.”¹⁴⁶

Para Rúrion Melo, Habermas acredita que o véu de ignorância formulado por Rawls limita a compreensão procedimental da razão prática a um mero formalismo, e que o equilíbrio reflexivo seria uma saída encontrada por Rawls para garantir a integridade de sua teoria. Dessa forma, “a argumentação seria deslocada do artifício procedimental para o ‘equilíbrio reflexivo’ a fim de que os princípios de justiça pudessem encontrar assentimento entre os cidadãos”.¹⁴⁷

Habermas parte da ideia que “numa sociedade pluralista, a teoria da justiça só pode contar com a aceitação, quando se limitar a uma concepção pós – metafísica em sentido estrito, ou seja, se evitar tomar partido na disputa de certas formas de vida e cosmovisões.”¹⁴⁸ Assim, o autor refuta a ideia do uso público da razão, destacando que se tratando de questões práticas, o uso da razão pública pode não produzir um acordo racionalmente motivado. Por outro lado, Habermas destaca que “a fragilidade da tentativa rawlsiana de superar o abismo entre exigências idealistas da teoria da facticidade social pode ser detectada num nível onde não pode ser compensada por uma teoria ética”¹⁴⁹ logo os princípios substantivos formulados por Rawls não se referem aos processos de decisão realmente institucionalizados, ou seja, a realidade do processo político. Segundo Habermas “se Rawls quisesse recuperar esse questionamento, não poderia contar-se, no segundo nível de sua argumentação, com uma reflexão sobre condições de uma cultura acolhedora: ele teria que ocupar-se de uma reconstrução normativa do desenvolvimento do Estado de direito e de sua base social.”¹⁵⁰

Rúrion Melo resume a problemática identificada por Habermas:

A tentativa de Rawls de nos fornecer padrões morais objetivamente válidos dificultaria assim entender como ocorreria à relação entre substância e procedimento no momento da justificação. E tal confusão pode ser identificada em ambos os níveis. Já no primeiro nível, a posição original possuiria princípios substantivos de justiça. Depois, no segundo, nossas convicções refletidas se relacionariam e gerariam o acordo quando referidas não apenas umas às outras, mas à “ideia mediadora” representada pela posição original. Ou seja, por um lado, a justificação pública seria representada pelo procedimento que, por sua vez, teria de ser testado por meio de ajustes e revisões dos cidadãos “de carne e osso” empreenderiam. Por outro lado, as ideias intuitivas e os princípios de justiça encontrariam

¹⁴⁶ Ibidem.

¹⁴⁷ MELO, Rúrion. *O Uso Público da Razão - Pluralismo e Democracia em Jürgen Habermas*. São Paulo: Loyola.2011, p.56.

¹⁴⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre a facticidade e validade- Vol I*, op. cit., p.87

¹⁴⁹ Idem, p.92

¹⁵⁰ Idem, p.93

seu equilíbrio no momento de justificação reflexiva quando avaliados segundo exigências postas pelo artifício representativo da posição original.¹⁵¹

O autor destaca ainda, que existe uma limitação prático-reflexiva do artifício representativo, uma vez que na análise da dupla exigência, “Rawls teria imposto à sua formulação uma barreira que bloquearia simultaneamente o núcleo de autodeterminação e o potencial reflexivo da razão prática”¹⁵². Assim, o véu da ignorância assegura não só a imparcialidade da decisão nas escolhas, mas impede o próprio envolvimento reflexivo da escolha, o que torna a teoria de Rawls “insuficiente para lidar com os problemas levantados pelo fato do pluralismo, a saber, que toda decisão pressuponha uma perspectiva determinada, articulada com valores e imagens do mundo particular.”¹⁵³

Por conta destas críticas, Habermas vai se opor ao modelo substantivo com a proposta de uma teoria discursiva procedimental. Segundo Cláudio Pereira de Souza Neto, “enquanto Rawls formula um modelo substantivo de democracia deliberativa, por entender que a função é aplicar princípios previamente justificados, Habermas elabora um modelo procedimental, por sustentar que a deliberação deve estar aberta quanto aos seus resultados: a justificação de princípios, para o autor, deve se dar no próprio curso do processo deliberativo.”¹⁵⁴

Habermas parte da análise do direito como um *medium* para interpretar o processo político deliberativo, no qual sua teoria do discurso poderia integrar as perspectivas liberais do processo democrático na forma de compromissos e interesses, bem como o autoentendimento ético-político das deliberações fundadas pelos indivíduos inseridos em determinada cultura preceituada pelos republicanos. Habermas destaca que “na teoria do discurso, o desabrochar da política deliberativa não depende de uma cidadania capaz de agir coletivamente e sim, da institucionalização dos correspondentes processos e pressupostos comunicativos, como também do jogo entre deliberações institucionalizadas e opiniões públicas que se formam de modo informal”¹⁵⁵. Nesse sentido, Gisele Cittadino destaca que “Habermas parte do pressuposto de que os sujeitos capazes de linguagem e ação estabelecem

¹⁵¹ MELO, Rúrion. *O Uso Público da Razão - Pluralismo e Democracia em Jürgen Habermas*, op.cit., p.59

¹⁵² Idem, p.63.

¹⁵³ Idem, p.64.

¹⁵⁴ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa : Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.128.

¹⁵⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre a facticidade e validade*, Vol II. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p.85.

práticas argumentativas através das quais se asseguram de que, intersubjetivamente, compartilham de um contexto comum, de um mundo da vida”¹⁵⁶

Logo, Habermas dispensa as ideias da filosofia da consciência, na qual as escolhas coletivas são realizadas de forma cega e inconsciente, propondo que a “teoria do discurso conta com uma intersubjetividade de processos de entendimento, situado num nível superior, os quais se realizam através de procedimentos democráticos ou na rede comunicacional de esferas políticas públicas.”¹⁵⁷, destacando ainda que:

O fluxo comunicacional que serpeia entre formação pública da vontade, decisões institucionalizadas e deliberações legislativas, garante a transformação do poder produzido comunicativamente, e da influência adquirida através da publicidade, em poder aplicável administrativamente pelo caminho da legislação. Como no modelo liberal, as fronteiras entre “Estado” e “sociedade” são respeitadas: porém, aqui, a sociedade civil, tomando como base as esferas públicas autônomas, distingue-se tanto do sistema econômico, como da administração pública. [...] Aqui as implicações normativas são evidentes: a força social e integradora da solidariedade, que não pode ser extraída apenas de fontes do agir comunicativo, deve desenvolver-se através de um amplo leque de esferas públicas autônomas e processos de formação democrática de opinião da vontade, institucionalizados através de uma constituição, e atingir outros mecanismos de integração social – o dinheiro e o poder administrativo – através do médium do direito.¹⁵⁸

Gisele Cittadino explica que a ética discursiva habermasiana tem por objeto o acordo racionalmente motivado, recorrendo a um modelo amplo e irrestrito de diálogo, em que todos os participantes possuem igual acesso, prevalecendo o melhor argumento. Segundo a autora, Habermas designa o referido modelo como “situação de fala ideal” com base em três exigências fundamentais: “a não limitação, ou seja, a ausência de impedimentos e participação; a não violência, enquanto inexistência de coações externas ou pressões internas; e a seriedade, mas medida em que todos os participantes devem ter como objetivo a busca cooperativa de um acordo.”¹⁵⁹

Neste designo, Habermas reformula a ideia de esfera pública como fenômeno social¹⁶⁰, descrevendo-a como “uma rede adequada para comunicação de conteúdos, tomadas de

¹⁵⁶ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*, op. cit., p.108.

¹⁵⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre a facticidade e validade*, Vol II, p.22.

¹⁵⁸ Ibidem.

¹⁵⁹ CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*, op. cit., p.110.

¹⁶⁰ Segundo Leonardo Avritzer o conceito de esfera pública é um marco na teoria democrática criando uma terceira opção interativa participativa. Destaca-se nesse cenário Hannah Arendt e Jürgen Habermas. Segundo o autor “Hana Arendt reelaborou o conceito de esfera pública na sua obra magna A condição humana,

posição e opiniões; nela os fluxos comunicativos são filtrados e sintetizados a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos.”¹⁶¹ Como destacou Cláudio Pereira de Souza Neto, “o espaço público deve exercer, para o autor, a função de restabelecer os canais comunicativos de legitimação entre Estado e sociedade.”¹⁶²

Habermas teoriza sua argumentação sob o fundamento do direito, que faz jus a uma complementaridade entre autonomia pública e privada dos cidadãos¹⁶³, no qual “o sistema deve contemplar os direitos fundamentais que os cidadãos são obrigados a se atribuir mutuamente, caso queiram regular sua convivência com os meios legítimos do direito positivo”¹⁶⁴. Ao contrário de Kant, Habermas não subordina o direito à moral, alegando que tal subordinação é incompatível com o direito como *médium*. A ideia de autolegislação da *civis* no qual os indivíduos encontram-se como destinatários submetidos ao direito, entendidos como autores do próprio direito, não bastando a ideia de igualdade subjetiva com base em um direito moral positivado por legisladores universais. O conceito de democracia está interligada ao princípio do discurso e da forma jurídica, em que Habermas introduz um

entendendo-a como tudo aquilo que ‘pode ser visto e ouvido por todos e adquire maior visibilidade possível’. Para ela, o elemento central da política é o da demarcação entre o público e privado. [...] Para ela, a política é aquela atividade puramente humana, isto é, que não depende de da intermediação da natureza e que precisamente devido a esta característica da viabilidade comum adquire permanência” In: AVRITZER, Leonardo. *Esfera Pública*. In: Leonardo Avritzer, Newton Bignotto, Juarez Guimarães e Heloisa Murgel Starling. (Org.). *Corrupção: ensaios e críticas*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008, p. 133/134. Leonardo Avritzer destaca que Arendt critica a ascensão das sociedades de massas que despolitizaram a condição humana, argumentando que a política deve readquirir a dimensão do comum ao restabelecer o processo de demarcação entre o público e Privado. Já Habermas apresenta o modelo de decadência da esfera público burguesa, com base no público político inglês no surgimento da imprensa, e dos salões franceses do século 18, que questionavam o poder através de propostas políticas e melhores argumentos, entretanto a sua formulação era desvinculada das estruturas de poder. Com o surgimento dos órgãos de imprensa houve a desvinculação entre o exercício do poder e a discussão sobre o conteúdo das decisões tomadas, constituindo dimensões diferentes entre Estado e Esfera Pública. Avritzer destaca que após as críticas de Nancy Fraser quanto à desigualdade social e dos historiadores ingleses no que tange as escolhas dos cafés enquanto esfera pública burguesa, Habermas altera seu posicionamento, “a primeira destas mudanças é a aceitação da diversidade dos atores sociais que compõem o espaço público. De fato, Habermas aceita a crítica dos historiadores ingleses e reconhece que a esfera público é formada por um conjunto de atores sociais diversos, aí incluída tanto a diversidade social quanto a diversidade racial, de gênero cultural. A esfera pública para ser democrática deve ser constituída pelo debate entre diferentes atores. Em segundo lugar, Habermas modifica a tese da decadência da esfera pública aceitando a tese de que seguem existindo espaços relevantes através dos quais atores sociais continuam sendo capazes de debater questões politicamente relevantes e de controlar o exercício da autoridade política. Este é o conceito de espaço público que tem sido utilizado pela teoria democrática contemporânea.” AVRITZER, Leonardo. *Esfera Pública*. In: Leonardo Avritzer, Newton Bignotto, Juarez Guimarães e Heloisa Murgel Starling. (Org.). *Corrupção: ensaios e críticas*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008, p. 135/136

¹⁶¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre a facticidade e validade*, Vol II, op.cit. p.22.

¹⁶² SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa* : Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para cooperação na deliberação democrática, p.152.

¹⁶³ Para Habermas, “a interdependência de democracia e Estado de Direito transparece na relação de complementaridade existente entre autonomia privada (cidadão e sociedade) e pública ou cidadão (cidadão do Estado): uma serve de fonte para outra.” In. HABERMAS, Jürgen. *Era das Transições*. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p.173

¹⁶⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre a facticidade e validade*, Vol I, op.cit., p.154.

“princípio do discurso, que é indiferente em relação à moral e o direito. Esse princípio deve assumir - pela via da institucionalização jurídica - a figura de um princípio democracia, o qual passa a conferir força legitimadora ao processo de normatização.”¹⁶⁵

Segundo Cláudio Pereira de Souza Neto, para Habermas a fonte de legitimidade encontra-se no processo democrático de legiferação, que atenda a complexidade do pluralismo contemporâneo. Assim, como Rawls, Habermas utiliza da estratégia reconstrutivista para reconstruir racionalmente a normatividade das tradições políticas das democracias constitucionais, contudo, ao contrário das perspectivas comunitárias e liberais, a soberania encontra-se corporificada na própria comunicação que regula a formação da vontade coletiva. “No modelo procedimental, é o potencial racionalizador decorrente da deliberação normativamente balizada que pode provocar a convergência das decisões públicas em bem comum, e não a adesão generalizada à ética predominante na comunidade, como pressupõe a perspectiva comunitária.”¹⁶⁶

Para tanto, Habermas propõe uma interpretação dos direitos fundamentais sob o foco da teoria do discurso, a fim de esclarecer o nexos interno entre direitos humanos e soberania do povo, no qual a autolegislação dos cidadãos não são deduzidas de uma autolegislação moral, mas através do processo normativo como força legitimadora em que o princípio do discurso se interligue com a forma jurídica. Esta forma jurídica representa a relação interna entre direitos humanos e a soberania popular, ou seja, um sistema de direitos positivados que realize a conexão interna entre autonomia pública e privada, e que “tal sistema deva conter precisamente os direitos que os cidadãos são obrigados a atribuir-se reciprocamente, caso queiram regular legitimamente a sua convivência com os meios do direito positivo.”¹⁶⁷ Para legitimar o princípio do discurso, Habermas cria cinco categorias de direitos fundamentais que legitimam a participação nos processos de formação da opinião e da vontade do legislador:

- (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 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; (...)

¹⁶⁵ Idem, p.158.

¹⁶⁶ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa* : Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para cooperação na deliberação democrática, op. cit., p.134.

¹⁶⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre a facticidade e validade*, Vol I, op. cit., p.158

- (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;(...)
- (5) Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnicas e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) até (4).¹⁶⁸

Habermas explica que as categorias (1), (2) e (3), “nascem da aplicação do princípio do discurso ao *medium* do direito enquanto tal, isto é, às condições da formalização jurídica de uma socialização horizontal em geral.”¹⁶⁹ Assim, estes direitos representam uma garantia a autonomia privada, e que quando os indivíduos se reconhecem como destinatários da lei surge a pretensão de eficácia recíproca entre cidadãos livremente associados. Na categoria (4) os sujeitos assumem o papel de autores de sua ordem jurídica, encontrando uma “aplicação reflexiva na interpretação dos direitos constitucionais e na configuração política posterior dos direitos fundamentais elencados de (1) até (4). Os direitos políticos fundamentam o status de cidadãos livres e iguais; e esse status é auto-referencial na medida em que possibilita aos civis modificar sua posição material em relação ao direito”¹⁷⁰. A soma de todas as categorias implica na formulação da (5) quinta categoria. Dessa forma, Habermas reconstrói a sistemática dos direitos fundamentais para uma aplicação ética do discurso na democracia deliberativa, em que tais direitos são condições procedimentais para interação dialógica entre os cidadãos, produzindo um resultado legítimo e racional.¹⁷¹

Assim, ao assegurar as condições do uso da linguagem, Habermas procura legitimar o procedimento assegurando juridicamente os processos discursivos de consulta e de decisão, em que “iguais direitos políticos fundamentais para cada um resultam, pois, de uma juridificação simétrica da liberdade comunicativa de todos os membros do direito; e esta exige, por seu turno, uma formação discursiva da autonomia política através da assunção dos direitos dos cidadãos.”¹⁷²

Nesse contexto, a ideia de “bem comum” em Habermas não parte de uma visão ideal dos indivíduos, ou de uma opção ético cultural e política de boa via, ao contrário, o “bem comum” é fruto da mobilização das esferas públicas, “em que as manifestações são escolhidas de acordo com temas e tomadas de posição pró ou contra: as informações e argumentos são

¹⁶⁸ Idem, p.157-158.

¹⁶⁹ Idem, p.158.

¹⁷⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre a facticidade e validade*, Vol I, p.160

¹⁷¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa: Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para cooperação na deliberação democrática*, p.145.

¹⁷² HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre a facticidade e validade*, Vol I, op.cit., p.164

elaborados de forma de opiniões focalizadas.”¹⁷³ Assim, o “bem comum” seria fruto de uma opinião qualificada pelo processo deliberativo de criação da vontade, garantido pelos direitos fundamentais.¹⁷⁴ Neste passo, Habermas traduz sua teoria não como um mero procedimento formal em que os indivíduos deliberam sobre problemas comuns, mais que isso, uma forma de legitimar as decisões em uma sociedade pluralista, em que o “paradigma procedimental do direito nutre as expectativas de poder influenciar, não somente a autocompreensão das elites que operam o direito na qualidade de especialistas, mas também a de todos os atingidos.”¹⁷⁵

Outro ponto importante da teoria habermasiana, refere-se à legitimação do Tribunal Constitucional, Já que Habermas não exclui o judiciário de sua teoria procedimental¹⁷⁶, ao contrário, para o autor o “republicanismo renovado também entende o papel do tribunal constitucional como o de um guardião da democracia deliberativa.”¹⁷⁷ Nesse passo, Gisele Cittadino explica que Habermas idealiza seu projeto de interpretação constitucional a fim de compatibilizar o processo político deliberativo dos comunitaristas, com o sentido deontológico nas normas jurídicas dos liberais, destacando que o modelo procedimental de Habermas, ao contrário de Dworkin, rejeita um processo hermenêutico orientado por princípios substantivos.¹⁷⁸

Para Habermas, a jurisdição constitucional deve proteger a autodeterminação dos cidadãos, e somente através de condições processuais da gênese democrática é que se pode assegurar a legitimidade do direito, logo o “tribunal constitucional deve proteger o sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública”¹⁷⁹, destacando que a ideia de um tribunal que examina os pressupostos comunicativos e condições procedimentais é uma

¹⁷³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre a facticidade e validade*, Vol II, p.95

¹⁷⁴ Habermas destaca ainda que, “por estar apoiada em direitos fundamentais, esta esfera fornece as primeiras referências acerca de sua estrutura social. A liberdade de opinião e reunião, bem como o direito de fundar sociedades e associações, definem o espaço para associações livres que interferem na formação da opinião pública, tratam de temas de interesse geral.” HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre a facticidade e validade*, Vol II, op.cit., p.101.

¹⁷⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre a facticidade e validade*, Vol II, op. cit., p.190.

¹⁷⁶ Habermas expande o conceito de jurisdição constitucional de John Hart Ely, que com base na nota de rodapé nº 4 do caso *United States vs. Carolene Products* desenvolveu sua teoria procedimental, em que uma Corte Constitucional democrática só teria legitimidade para revogar leis quando o processo político majoritário não merecesse nossa confiança. Para Ely a Corte Constitucional estaria legitimada quanto “(1) os incluídos estão obstruindo os canais de mudança política para assegurar que continuem sendo incluídos e os excluídos permanecem onde estão, ou (2) quando, embora a ninguém se neguem explicitamente a voz e o voto, os representantes ligados à maioria efetiva e sistemática põem em desvantagem alguma minoria, devido à mera hostilidade ou à recusas preconceituosas em reconhecer a comunhão de interesses –e, portanto, negam a essa minoria a proteção que o sistema representativo fornece a outros grupos. In: ELY, John Hart. *Democracia e Desconfiança*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p.137.

¹⁷⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre a facticidade e validade*, Vol I, op. cit., p.341.

¹⁷⁸ CITTADINO, Gisele. Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea, op. cit., p.205.

¹⁷⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre a facticidade e validade*, Vol I, op. cit., p.326.

“virada teórico normativa ao problema da legitimidade do controle jurisdicional da constituição.”¹⁸⁰

Habermas se contrapõe as teorias comunitárias defendidas por Michelman, para tanto o autor reafirma que formação da vontade não está legitimada por uma convergência preliminar de convicções éticas consuetudinárias, mas aos pressupostos comunicativos e procedimentos do processo deliberativo. Cláudio Pereira de Souza Neto aponta que, para Habermas “os direitos fundamentais são considerados condições necessárias do processo democrático, nem mesmo a vontade da maioria pode violá-los. Nesse sentido, os tribunais constitucionais, mesmo ao restringirem o princípio majoritário, atuam como defensores da soberania popular, por garantirem que os pressupostos da democracia deliberativa sejam preservados.”¹⁸¹

Assim, em síntese, o “bem comum” para Habermas encontra-se interligado a autonomia pública, oriunda de uma deliberação racional realizada pelos cidadãos da sociedade que gozam de iguais liberdades subjetivas. Nessa perspectiva, os direitos fundamentais não são apenas “trunfos”, mas por serem condições necessárias a complementaridade entre autonomia privada (cidadão da sociedade) e pública (Cidadão do Estado) que se realiza no processo democrático. Logo, o “bem comum” é fruto desse processo racional que ocorre nas esferas públicas, garantindo a conversão dos interesses de uma sociedade real.¹⁸²

2.2 - Interesse Público e a Justificação Política Republicana

Conforme demonstrado as teorias apresentadas, seja na vertente liberal, comunitária, ou procedimental deliberativa exploram os valores democráticos a fim de conceituar o interesse público, e que entre essas teorias existe uma questão conceitual de fundo, ou seja, a conexão do interesse público com a justiça.

Fernando Filgueiras destaca que o problema da teoria política contemporânea é um problema de justiça e política. Segundo o autor a teoria liberal substantiva de Rawls e Dworkin e a democracia deliberativa de Habermas se tornaram premissas dominantes no

¹⁸⁰ Ibidem.

¹⁸¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa* : Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para cooperação na deliberação democrática, op. cit., p.155.

¹⁸² HABERMAS, Jürgen. *Era das Transições*. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p.153-173.

pensamento político moderno. A pesar da importância do liberalismo para construção da sociedade democrática, os liberais pregaram uma verdadeira despolitização na construção de uma ordem jurídica realizando uma neutralização do controle do Estado para resolução de conflitos, por outro lado a teoria deliberativa habermasiana pretendia através da legitimidade assegurar a autonomia do cidadão e valor dos juízos morais, com base em um procedimento participativo de decisões, gerando um hiato conceitual entre justiça e legitimidade.¹⁸³ Esse hiato é produzido porque “tanto o liberalismo quanto a teoria da democracia deliberativa separam os juízos de justificação ou validação e os juízos de aplicação ou de legitimação. A distinção entre as formas de juízo, que caracteriza tanto o liberalismo quanto a teoria da democracia deliberativa, ocorre porquanto ambas as famílias de teoria política não tem uma solução para a passagem da política para justiça, e vice-versa”.¹⁸⁴ Nesse sentido, o interesse público trás uma nova perspectiva para conciliação entre justiça e legitimidade em relação ao direito e a política, em que o próprio interesse público permite a passagem da justiça à legitimidade e vice-versa, revisando o conceito do instituto¹⁸⁵. Para tanto, o autor vai se opor a teoria liberal rawlseniana e deliberativa habermasiana, sob a alegação que tais teorias não superam os problemas históricos das novas democracias. Se por um lado os liberais possuem um temor que relação a sociedade utilizar razões não públicas e representarem uma forma de poder coercitivo sobre a minoria, a ideia de deliberação provoca uma despolitização já que utiliza a justiça constitucional como elemento de integração da sociedade.¹⁸⁶

A crítica se torna pertinente, uma vez que o autor pretende criar um princípio que legitime a passagem da justiça e do direito à política, como argumento que justifique a autoridade normativa e os direitos dos cidadãos em uma sociedade complexa. Neste passo, princípio do interesse público é compreendido como “um conceito polissêmico e não objetivo, relacionado à produção de consenso sobre valores e normas fundamentais produzidos a partir de deliberação na esfera pública.”¹⁸⁷ Segundo a síntese citada, o interesse público deve ser entendido como um “princípio fundacional que não tem um conteúdo *a priori*,”¹⁸⁸ partindo de dois pontos essenciais, “o papel da lei na fundação do corpo político e a participação dos indivíduos nos mesmos interesses.”¹⁸⁹

¹⁸³ FILGUEIRAS, Fernando. *Justiça Constitucional, Legitimidade e Interesse Público*. Revista Brasileira de Ciência Política, nº7. Brasília, janeiro –abril de 2012, p.320-322

¹⁸⁴ *Ibidem*, p.322

¹⁸⁵ *Ibidem*, p.323

¹⁸⁶ *Ibidem*, p.337

¹⁸⁷ *Ibidem*, p.338

¹⁸⁸ *Ibidem*, p.339

¹⁸⁹ *Idem*.

Fernando Filgueiras vai acolher a teoria republicana de Bruce Ackerman para criticar as teorias liberais e deliberativas, justificando um conceito de interesse público com base na democracia dualista. Ackerman acredita que “a Constituição pressupõe uma cidadania com uma compreensão perfeita dos ideais distintos que inspiram sua prática política”.¹⁹⁰ Com base nesse entendimento, ele vai se opor à democracia monista que se resume a garantir ao vencedores eleitos pelo voto popular, uma autoridade quase suprema sobre as leis com a total autoridade do povo, não admitindo a interveniência contramajoritária de outras instituições. Ao contrário, a democracia dualista visa à manutenção da integridade da lei suprema. Para tanto, a “Constituição dualista é, antes de tudo, democrática e posteriormente asseguradora de direitos”¹⁹¹, assim seu escopo é preservar os princípios constitucionais estabelecidos pelo povo, evitando que políticos eleitos subvertam a escolha realizada pelo próprio povo em determinado momento constitucional.¹⁹² Deste modo, o papel das Cortes Constitucionais seria o de proteger esses princípios conquistados pelo povo, contra a corrosão dos atos políticos ordinários.¹⁹³

O autor explica que diante do caráter dual da democracia, “o conceito de interesse público se torna fundamental á consolidação de uma concepção republicana de democracia,”¹⁹⁴ exigindo uma politização do processo de formação dos interesses para construção da legitimidade democrática e uma fundamentação democrática da lei. Deste modo, “o interesse público, por ter uma natureza política, é resultado de consensos a respeito de valores e normas fundamentais que organizam a vida pública, tendo em vista perspectivas de mundo, representações e interesses.”¹⁹⁵ Além disso, o princípio do interesse público apresenta um caráter constitutivo, gerando uma correlação com o consenso sobre valores e normas fundamentais que regulamentam a convivência da sociedade. Destacando ainda que:

O interesse público, portanto, especifica a legitimidade como marco de ação política válida em termos normativos, delimitando um critério de justificação da ação política e , portanto de justiça. Por outro lado, o conceito de interesse público demarca um campo político para ideia de justiça: a validade de

¹⁹⁰ ACKERMAN, Bruce. *Nós o Povo Soberano. Fundamentos do Direito Constitucional*; Tradução de Mauro Raposo Melo; Coordenador e Supervisor Luiz Moreira; Belo Horizonte: Del Rey. 2006. P.4

¹⁹¹ Ibidem, p.17

¹⁹² Para Ackerman, os momentos constitucionais seriam as grandes conquistas do passado que distinguiria a vontade do povo dos atos de política. In: ACKERMAN, Bruce. *Nós o Povo Soberano. Fundamentos do Direito Constitucional*, op.cit., p. 17.

¹⁹³ Ibidem, p.12.

¹⁹⁴ FILGUEIRAS, Fernando. *Justiça Constitucional, Legitimidade e Interesse Público*, op.cit., p.340

¹⁹⁵ Ibidem, p.341.

proposições normativas deve ser avaliada à luz de considerações igualitárias dos interesses.¹⁹⁶

O interesse público cria um elo entre o julgamento político e o julgamento judicial, já que enquanto princípio normativo representa uma densidade democrática mais ampla, não se restringindo a política, mas estendendo-se a funcionalidade da representação judicial concebida com autoridade democrática.¹⁹⁷ Assim, existe uma circularidade na prática democrática em que a cidadania republicana se expressa na construção da lei, nesse sentido “o interesse público reflete uma prática de cidadania, tendo em vista o marco constitucional e os processos deliberativos que ocorrem na dimensão da esfera pública.”¹⁹⁸

O conceito republicano de interesse público visa uma ligação do princípio da soberania popular com uma concepção política de justiça, a fim de justificar os interesses através de uma participação cívica, em que o povo pode resguardar os seus interesses através de um processo de justificação pública aberto, com igual respeito e consideração por todos os indivíduos. Nesse aspecto, na tentativa de superar o embate liberal e da democracia deliberativa habermasiana, a moralidade passa a ser concebida como uma forma de ação política parametrizada pelas normas constitucionais, em que “o conceito de interesse público permite a validação da justiça de resultados e procedimentos; de outro lado, permite avaliar os processos de justificação e deliberação pública de acordo com a publicidade dos atos e políticas defendidos pelo governo e a sociedade.”¹⁹⁹

2.4 - *A Democracia Deliberativa e o Interesse Público: A Formulação De Um Consenso Possível*

As questões postas até aqui demonstram que o conceito de interesse público, ou bem comum, é polissêmico, e que uma variedade de posições conceituais se apresentam para explicar como funcionam as decisões democráticas. Ficou consignado que todas as teorias tendem a uma direção substantiva ou procedimental, e que mesmo os valores republicanos dependem de alguma forma de um procedimento que consiga cooptar os valores públicos do povo, e que tais valores também são substantivos. Nesse aspecto, a exposição teórica dos autores almeja amalgamar uma teoria que explique o bem comum como valor epistêmico, ou

¹⁹⁶ Idem.

¹⁹⁷ Ibidem, p.343.

¹⁹⁸ FILGUEIRAS, Fernando. *Justiça Constitucional, Legitimidade e Interesse Público*, op. cit., p.340

¹⁹⁹ Ibidem, p.344.

seja, que justifique e fundamente o conhecimento acerca da tomada de decisões no Estado democrático de Direito.

O conceito de democracia deliberativa tende explicar o bem comum de forma mais apropriada para os fins aqui pretendidos, ou seja, verificar o grau de proximidade do conceito de interesse público e justiça na democracia. Para tanto, assim como Cícero Araújo, acredita-se que “a deliberação não é simplesmente uma prévia discussão das questões a serem decididas. Trata-se, isso sim, de uma discussão que almeja justificar as decisões coletivas com ‘razões’. Porém, não quaisquer razões, mas aquelas que fundamentariam a decisão numa concepção de ‘bem comum’”.²⁰⁰

Joshua Cohen vai destacar que na democracia deliberativa, existe uma vinculação entre procedimento e substância, de forma que a concepção de democracia deliberativa parte da idealização de uma justificação política, em que o exercício do poder político se fundamenta em uma argumentação pública livre entre pessoas iguais. Segundo Cohen, “na concepção deliberativa, a democracia é uma estrutura de condições sociais e institucionais que facilita a discussão livre entre cidadãos iguais - proporcionando condições favoráveis de participação, associação e expressão – e vincula a autorização para exercer o poder público (e o próprio exercício) a essa discussão.”²⁰¹,

Carlos Santiago Nino destaca que na democracia deliberativa existe uma relação entre o reconhecimento dos direitos e a operação do processo democrático. Para Nino, a democracia deliberativa deve ser analisada pelo seu valor epistêmico, ou seja, o processo deliberativo deve ser o mais inclusivo, agregando todos os que podem ser afetados pela decisão, proporcionando uma oportunidade igual de expressar seus interesses e justificar uma solução para o conflito, cujo resultado provavelmente será mais imparcial e correto do ponto de vista moral, desde que todos o aceitem livremente sem coerção.²⁰²

Nesse sentido Carlos Santiago Nino defende uma visão da democracia que deve consignar um rol em que as negociações e as manifestações encontrem-se subordinados a argumentação na promoção do poder epistêmico do processo de decisões majoritárias.²⁰³ Contudo, Nino admite que o alcance de sua teoria não é absoluta, já que o valor epistêmico da

²⁰⁰ ARAÚJO, Cícero. *Razão Pública, Bem Comum e Decisão Democrática*. In: COELHO, Vera Schattan P., NOBRE, Marcos (Orgs.). *Participação e deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo*. 1. ed. São Paulo: Editora 34, 2004, p.158

²⁰¹ COHEN, Joshua. *Procedimento e Substancia na Democracia deliberativa*. In: MELO, Rúrion; WERLE, Denílson Luis (Org. e Trad.). *Democracia Deliberativa*. São Paulo: Editora Singular, Esfera Pública. 2007, p. 122.

²⁰² NINO, Carlos Santiago. *La Constitución de La Democracia Deliberativa*. Barcelo: Gedisa. 2003, p.166.

²⁰³ *Ibidem*, p.170-171.

democracia deve ser comparado com os nossos próprios valores, através de uma reflexão moral intersubjetiva.

Corroborando o exposto, segundo Alvaro Vita, o procedimento deliberativo é o próprio argumento moral que fornece um padrão para avaliação dos resultados dos processos deliberativos reais do ponto de vista da justiça. Desta forma, a “questão real e difícil não é decidir se uma teoria é mais ou menos “normativista” ou mais ou menos “dialógica” do que outra, mas sim a de como é possível aprimorar o valor epistêmico da democracia, isto é, como aumentar a probabilidade de que o processo democrático produza resultados que possamos considerar justos de acordo com um critério que é independente dos próprios procedimentos deliberativos e decisórios”.²⁰⁴

Assim, o processo democrático como valor epistêmico não pode partir de uma situação de discussão ideal, mas com base em uma situação realista²⁰⁵ em que todos possam ter não só as mesmas condições de participação, mas também possam deliberar quanto ao conteúdo. Neste passo, nos afastamos em parte do argumento de Rawls quanto à formulação de um consenso ideal que satisfaça os pressupostos formais com base em princípios morais abstratos, bem como o de Habermas ao desconsiderar a compensação dos direitos fundamentais como condições substantivas básicas para o processo, ou seja, não há situação de fala ideal quanto trabalhamos com sociedades com um alto grau de desigualdade social.

Contudo, as propostas de Habermas e Rawls não são irreconciliáveis, ao contrário, quando analisadas conjuntamente podem justificar uma tese mais assertiva da democracia deliberativa. Carlos Santiago Nino, explica que podemos extrair uma tese ontológica e outra epistemológica das propostas dos autores, e que dessas teses podemos criar uma nova tese intermediária.

Nino esclarece que Rawls apresenta uma tese ontológica, na qual a verdade moral se constitui pela satisfação de pressupostos formais e racionais a qualquer indivíduo, e que um princípio moral é válido quando aceito com base nas condições ideais de imparcialidade, racionalidade e conhecimento dos fatos. E outra epistemológica, em que o conhecimento da verdade moral somente é alcançado através de uma reflexão individual e, assim como Kant, supõe que a estrutura da teoria moral é algo que cada um tem em si mesmo, já que as regras do discurso moral monológico são relevantes para a constituição de uma verdade moral. Por outro lado, a tese ontológica de Habermas supõe que a verdade moral se constitui pelo

²⁰⁴ VITA, Alvaro. *Democracia Deliberativa ou Igualdade de Oportunidades Políticas*. In: COELHO, Vera Schattan P., NOBRE, Marcos (Orgs.). *Participação e deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo*. 1. ed. São Paulo: Editora 34, 2004.p. 107

²⁰⁵ NINO, Carlos Santiago. *La Constitución de La Democracia Deliberativa*, op. cit., p.170-171.

consenso gerado pela prática real das discussões morais que ocorrem de acordo com as restrições do procedimento na própria troca deliberativa, logo não há princípios morais válidos senão aqueles que resultam da devida observância da imparcialidade procedimental, conseqüentemente a tese epistemológica sugere que a discussão e decisão coletiva é a única forma de chegar a uma verdade moral, uma vez que a reflexão individual corre o risco de ser distorcida pelos próprios interesses dos indivíduos, somente o consenso real que ocorre através do debate com poucas exclusões, manipulações e desigualdades é um guia para se obter resultados morais confiáveis.²⁰⁶

Carlos Santiago Nino parte de uma posição que o próprio denomina de “construtivismo epistemológico”, “já que na sua base ontológica a verdade moral se constitui pela satisfação dos pressupostos formais ou processuais de uma prática discursiva dirigida a lograr uma cooperação e evitar conflitos”²⁰⁷, conseqüentemente, na sua tese epistemológica a discussão e a decisão intersubjetivas constituem o procedimento mais confiável para uma resposta moral, já que a troca de ideias e a necessidade de justificação frente aos outros participantes do processo, adicionando possíveis fatos não conhecidos e detectando falhas da condução do raciocínio, ajudam a satisfazer a condição de imparcialidade quanto aos interesses de todos os afetados. Contudo, isto não exclui a possibilidade de que os indivíduos discordem e obtenham respostas morais mais corretas através de uma reflexão individual.²⁰⁸ Nesse sentido, Miguel Gualano de Godoy explica que Nino não recai no mesmo erro de Habermas, já que a “decisão majoritária deve sempre se vista com cautela, pois a discordância de uma minoria é o que pode, por vezes, até mesmo conferir o grau de imparcialidade necessário para que a decisão tomada seja tida como mais correta, e também para desobedecê-la”.²⁰⁹

Nino destaca que o valor epistêmico da democracia deve ser comparado com o valor epistêmico de nossa própria reflexão, mas para que a teoria alcance o seu objetivo, ou seja, de alcançar soluções morais confiáveis, faz-se necessária o cumprimento de algumas condições para justificação de sua teoria:

La capacidad epistémica de discusión colectiva y de La decisión mayoritaria para delectar soluciones moralmente correctas no es absoluta, sino que varía de acuerdo com el grado de satisfacción de las condiciones que subyacen al

²⁰⁶ NINO, Carlos Santiago. *La Constitución de La Democracia Deliberativa*, op.cit., p.160-162

²⁰⁷ Ibidem, p.160. (Tradução nossa)

²⁰⁸ Ibidem, p.160-162

²⁰⁹ GODOY, Miguel Gualano. *A Democracia Deliberativa a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella*, op. cit., p. 103

proceso. Estas condiciones son: que las partes interesadas participen en la discusión; que paticipen de una base razonable de igualdad y sin ninguna coerción; que puedan expresar sus intereses y justificarlos con argumentos genuinos; que el grupo tenga una dimensión apropiada que máxime La probabilidad de um resultado correcto; que no haya ninguna minoria aislada, pero que La composición de las mayorías y minorias cambie con las diferentes materias; que los individuos no se encuentren sujetos a emociones extraordinarias.²¹⁰

Nino agrega as teorias de Rawls e Habermas a fim de conciliar as tensões existentes no Estado de Direito e Soberania Popular, em que o Estado de Direito não é visto como um limite a democracia, mas um elemento constitutivo essencial da própria democracia, os direitos fundamentais não são considerados apenas condições para o processo deliberativo, mas também condições para a cooperação democrática. Miguel Gualano de Godoy explica que a limitação das decisões majoritárias não representa um óbice para soberania popular, já que tal limitação pode favorecer a democracia, “na medida em que os direitos fundamentais são condições de possibilidade da democracia e o controle de decisões majoritárias violadoras do Estado democrático de Direito pode ser justificado a partir do próprio princípio democrático.”²¹¹

A democracia deliberativa para Carlos Santiago Nino é uma relação entre a constituição substantiva de direitos, e dimensão procedimental da soberania popular, resolvendo a tensão entre processo e conteúdo, elucidando que não há uma “tensão” entre reconhecimento dos direitos e o funcionamento do processo democrático, já que o valor do procedimento está na sua capacidade de decidir questões morais com base no conteúdo, alcance e hierarquia dos próprios direitos.²¹² Na verdade, existe uma circularidade entre direitos e procedimentos que vão muito além de garantir o acesso ao debate, nesse caso, são necessárias que algumas prestações positivas sejam efetivadas a fim de garantir um acesso realmente igualitário no procedimento democrático.

Roberto Gargarella adota o posicionamento de Carlos Santiago Nino, destacando que “a concepção ‘deliberativa’ da democracia parte da ideia de que um sistema político valioso é aquele que promove a tomada de decisões imparciais, isto é, decisões que não resultam de tendências indevidas em benefício de alguma pessoa do grupo, mas que tratem todos com

²¹⁰ Ibidem, p.180.

²¹¹ GODOY, Miguel Gualano. *A Democracia Deliberativa a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella*. São Paulo: Saraiva. 2012, p.71.

²¹² NINO, Carlos Santiago. *La Constitución de La Democracia Deliberativa*, op. cit., p.160-162

igual consideração.”²¹³ Gargarella acredita que a discussão pública através da reflexão coletiva é valiosa para democracia, já que com a falta desta, presume-se que as decisões não sejam razoáveis e imparciais, e que não estaríamos dispostos a apoiar um sistema que não respeitasse o debate público. A democracia deliberativa neste caso apresenta as seguintes virtudes: 1) é importante meio para expor e eliminar possíveis erros fáticos e lógicos que geralmente se encontram em nossos juízos individuais, na medida em que a deliberação funciona como um “filtro externo” para as razões expostas na deliberação; 2) é importante por sua função “positiva”, facilitando e enriquecendo nossos juízos, ampliando as possibilidades das opções; 3) pode ajudar a eliminar prejuízos, mal entendidos ou erros de interpretação que afetam o valor da decisão coletiva, pelo fato de desconhecermos as outras preferências, bem como sua real importância para o resultado do próprio debate. Outra questão importante destacada pelo autor é que a discussão pública pode forçar uma mudança dos argumentos para torná-los mais aceitáveis aos outros participantes, gerando um processo deliberativo mais imparcial, já que os indivíduos seriam obrigados a abandonar os argumentos autointeressados. Nesse ponto, verifica-se que a deliberação possui também uma virtude educativa, já que mediante a troca de argumentos e razões estar-se-ia melhorando as habilidades racionais para viver em comunidade.²¹⁴

Outro ponto importante da teoria de Carlos Santiago Nino é que ele também vai utilizar o diálogo como mecanismo pelo qual a democracia converte preferências autointeressadas em preferências imparciais, e ao contrário de Habermas, Nino não concebe o consenso ideal, nem mesmo quando resultam de soluções justas. Tão pouco acredita que o empreendimento coletivo da discussão seja a única forma de conceber decisões mais justas, mas que a democracia deliberativa é um método mais confiável para chegar a um consenso possível.²¹⁵ Amy Gutmann explica que o dissenso é algo comum na democracia, já que é possível que os indivíduos objetem as decisões coletivas, e que uma minoria possa ter fortes razões para se opor a maioria. A autora destaca que desarmonia na democracia deliberativa prestigia a autonomia política dos indivíduos, “pelo fato de que não se pode supor que pessoas autônomas estejam de acordo sobre tudo que é legitimamente submetido à tomada de decisão coletiva, essa desarmonia é um traço inexorável de qualquer sociedade que mereça ser considerada livre e democrática.”²¹⁶

²¹³ GARGARELLA, Roberto. *La Justicia frente al Gobierno*. 2ª reimpressão. Quito- Equador: Corte Constitucional para el Período de Transición. 2011, p.177-178 (Tradução nossa)

²¹⁴ *Ibidem*, p. 178-180

²¹⁵ NINO, Carlos Santiago. *La Constitución de La Democracia Deliberativa*, op.cit., p.160-162

²¹⁶ GUTMANN, Amy. *A Desarmonia da Democracia*. Revista Lua Nova. Nº 36. 1995, p. 35

A democracia deliberativa como critério para justificação do bem comum exige que os participantes considerem-se mutuamente como iguais, respeitando o posicionamento e as razões expostas pelos outros participantes em respeito à autonomia política individual de cada pessoa. Note-se que nesse passo, retornamos ao ponto deixado por Kant (1.2), só que agora sob o aspecto democrático deliberativo, onde a autonomia individual não é absoluta, mas é uma condição essencial na formulação de resultados realmente imparciais.

Joshua Cohen também parte do pressuposto que a resposta mais factível para formulação do bem comum parte de uma democracia deliberativa procedimental substantiva, em que a “democracia é uma estrutura de condições sociais e institucionais que facilita a discussão livre entre cidadãos iguais, proporcionando condições favoráveis de participação, associação e expressão.”²¹⁷ Nesse sentido, o autor formula sua teoria com base em três princípios, o primeiro seria o princípio da inclusão deliberativa, exigindo que os indivíduos atribuam igual consideração aos interesses dos demais, e que se encontre razões politicamente aceitáveis, ante as convicções divergentes. Para Cohen é necessário que se reconheça o papel dos direitos e liberdades, mesmo aqueles que não são estritamente políticos, já que não habilitam as pessoas a participarem do processo político, como a liberdade religiosa, por exemplo, uma vez que negar essas liberdades resultaria em não tratar os cidadãos como membros iguais do povo soberano, impondo que determinados grupos deliberem excluídos de suas convicções e concepções mais profundas.

No segundo princípio, o bem comum estaria intimamente ligado ao princípio de diferença de Rawls ²¹⁸, destacando que o princípio do bem comum deve observar que os cidadãos possuem boas razões para rejeitar um sistema de políticas públicas que falhe na promoção de seus interesses, assim a promoção dos interesses como igual é uma “eficiência paretiana” agregada ao processo deliberativo, nesse sentido “não será considerada como uma razão válida para um sistema de políticas públicas que beneficie os membros de um grupo particular baseando-se em critérios de classe social, talento natural, ou qualquer outra característica de distinção entre cidadãos iguais.” ²¹⁹ Por fim, Cohen apresenta o princípio de participação, em que a escolha coletiva deve ser resguardada e protegida através de um

²¹⁷ COHEN, Joshua. *Procedimento e Substancia na Democracia deliberativa*, op. cit., p.122

²¹⁸ Segundo Joshua Cohen: “Não pretendo afirmar aqui que o princípio da diferença de Rawls seja a única concepção aceitável de bem comum. Mas existem argumentos particularmente fortes a favor dela, pois aceita o pressuposto da igualdade que surge das restrições especiais sobre as razões no interior da concepção democrática deliberativa, e além disso insiste, a grosso modo, que ninguém esteja menos bem do que qualquer um necessite estar – o que é uma expressão inerente à concepção deliberativa.” in: COHEN, Joshua. *Procedimento e Substancia na Democracia deliberativa*, op.cit., p.122

²¹⁹ *Ibidem*, p.132

vínculo institucional para justificação deliberativa do exercício do poder político, assegurando os direitos de participação igual.

Assim, “dados os princípios da inclusão deliberativa e do bem comum, a concepção deliberativa pode valer-se das razões instrumentais convencionais em defesa dos direitos políticos iguais. Tais direitos fornecem os meios para proteger outros direitos básicos e favorecer interesses, de modo que seja plausível promover o bem comum.”²²⁰ Robert Dahl, discutindo a democracia destaca que “cada cidadão deve ter oportunidades iguais e adequadas de descobrir (dentro do prazo permitido pela necessidade de uma decisão) a escolha certa a ser decidida, escolha essa que melhor sirva aos interesses do cidadão.”²²¹

Desta forma, a democracia deliberativa proporciona uma conexão entre a “liberdade dos antigos” com a “dos modernos”²²², em que o interesse público pode ser identificado através da participação de todos, com igual respeito a liberdade de todos. Cláudio Pereira de Souza Neto destaca que “a constituição da democracia deliberativa é 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.”²²³

Assim, uma concepção epistêmica do interesse público está intrinsecamente ligada à democracia deliberativa, ajustando tanto as teorias substantivas e procedimentais na formulação do consenso possível. O interesse público não é apenas um conceito *a priori* para legitimar as decisões coletivas, mas o elo que garante tanto as liberdades políticas quanto as demais liberdades, exigindo por vezes uma prestação positiva por parte do Estado. A soberania popular não é fruto de um processo ideal, mas do dissenso produzido no processo deliberativo, já que o pluralismo é a marca das novas sociedades.

A participação através da deliberação é condição fundamental para troca de argumentos e concepções de interesses, contudo a igualdade de condições deve ser garantida não como um mero requisito formal do processo democrático, mas como um dever estatal de suprir as carências sociais que possam interferir negativamente no processo deliberativo. Como bem destacou Ronald Dworkin em sua última obra, “a igualdade de participação significa que quando agimos em conjunto na política, coletivamente, devemos tratar cada um

²²⁰ COHEN, Joshua. *Procedimento e Substancia na Democracia deliberativa*, op. cit., p.122

²²¹ DAHL, Robert A. *A Democracia e seus Críticos*. São Paulo: WMF Martins Fontes. 2012. P.490.

²²² CONSTANT, Benjamin. *A liberdade dos Antigos comparada a dos modernos*. In: Revista Filosofia Política n°2, Porto Alegre. L&PM. 1985

²²³ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa: Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para cooperação na deliberação democrática*, op. cit., p.225.

de nós como indivíduos com igual preocupação.”²²⁴ Cláudio Pereira de Souza Neto destaca que a democracia deliberativa promove a igualdade como condição para uma cooperação democrática dos valores políticos comuns, na expectativa de realizar uma democracia substancial no qual o interesse público resulte de uma verdadeira vontade popular, enfatizando que “só há deliberação sobre o bem comum se os participantes do processo político percebem que, para além das diferenças, existe também um “nós”, porque todos têm interesse na manutenção da estabilidade democrática.”²²⁵

Assim, os aportes desenvolvidos no presente capítulo demonstram que a formação do bem comum pode ser desenvolvida através de uma teoria deliberativa que agregue pressupostos substantivos e procedimentais, reconectando os valores políticos aos direitos constitucionais, estabelecendo um modelo igualitário de democracia, demonstrando que o bem comum é a pedra de toque da filosofia política para análise dos fenômenos sociais da atualidade, e que conceito de interesse público encontra-se intersubjetivamente ligado a uma concepção de justiça deliberativa.

Essas concepções refletem-se na análise de uma teoria do direito renovada pela filosofia política e moral, em que o interesse público não mais sob a égide do positivismo científico se abre aos valores substantivos e a novos aportes metodológicos. Nesse passo, as questões postas de forma teórica serão abordadas na discussão do último capítulo, em que será apresentado o tema da democracia deliberativa de forma mais pragmática, com a análise de casos que corroborem a premissa estabelecida. No mais, no próximo capítulo será abordado o interesse público pelo prisma do direito, com o intuito de aperfeiçoar o conceito de interesse público diante do discurso constitucional contemporâneo.

²²⁴ DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Boston University Law Review [Vol. 90:469].2010

²²⁵ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa: Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para cooperação na deliberação democrática*, op. cit., p.173

CAPÍTULO 3

FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO INTERESSE PÚBLICO

Enquanto que nos capítulos anteriores foram abordadas as questões político-filosóficas do interesse público, o presente capítulo destaca a questão pelo prisma do direito. Se no campo da filosofia política o bem comum foi tratado de forma polissêmica, com uma ampla e divergente conceituação, no campo do direito, tais questões só passaram a ganhar notoriedade com o rompimento da teoria jurídica com o positivismo normativo kelseniano²²⁶.

A superação do positivismo jurídico através da nova hermenêutica trouxe a baila uma mudança qualitativa na teoria do direito, resgatando valores éticos e morais no campo da normatividade, que redefiniram o papel da Constituição na sociedade. Luis Roberto Barroso destaca que o atual cenário político do direito constitucional deve-se a ascensão dos valores, a normatividade dos princípios, e a essencialidade dos direitos fundamentais, destacando que o “o pluralismo político e jurídico, a nova hermenêutica e a ponderação de interesses são componentes dessa reelaboração teórica, filosófica e prática que fez a travessia de um milênio para o outro.”²²⁷

A forte influência da filosofia política no constitucionalismo contemporâneo acarretou em uma nova vertente de interpretação do direito, remodelando os institutos jurídicos a nova realidade juspolítica²²⁸. O neoconstitucionalismo, nesse caso, se apresenta como um novo paradigma hermenêutico acarretado pela “inclusão nos textos constitucionais

²²⁶ A nomenclatura guarda sentido com o positivismo normativo Kelseniano, em que o fundamento de validade da norma era sempre uma norma, e nunca um fato. Para Kelsen “ a validade de uma norma jurídica não pode ser questionada a pretexto de seu conteúdo ser incompatível com algum valor moral ou político.” In: KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.166. Destacam-se outras vertentes do positivismo jurídico, como os hartianos, inclusivos, exclusivos e “morais”, contudo a doutrina pátria não sofreu uma significativa influência desses modelos.

²²⁷ BARROSO, Luis Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*. In: BARROSO, Luis. (Org.) *A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.47.

²²⁸ Nesse sentido Cláudio de Souza Pereira Neto: “Por conta de sua abertura e densidade axiológica, a concretização dos princípios só pode se dar a partir de argumentos que estão muito além dos “silogismos lógicos-intra-sistêmicos”-tem, lugar, muitas vezes, o recurso a argumentos situados no plano da filosofia política e moral.” In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Fundamentação e normatividade dos princípios fundamentais: Uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático*. In: BARROSO, Luis. (Org.) *A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.306.

contemporâneos de vários *standarts* morais, na forma de princípios, valores e direitos fundamentais, já que tais *standarts* realizam uma plasmação jurídica de conteúdos de natureza moral nos ordenamentos jurídicos hodiernos”.²²⁹

O princípio do interesse público antes interpretado através de uma teoria positivista do direito passa a ter suas bases teóricas superadas. É nesse espírito que adentraremos no tema, realizando uma releitura do princípio da supremacia do interesse público ante os novos fundamentos constitucionais, ao intuito de demonstrar que as balizas teóricas do conceito necessitam de uma reabilitação jurídica condizente com os novos valores democráticos.

É nesse contexto que se passa a refletir sobre o princípio do interesse público, uma vez que algumas matérias referentes a direitos sociais e privados foram elevadas a normas constitucionais fundamentais, não mais se justificando a manutenção do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, mas ao contrário, há necessidade que se faça uma releitura deste princípio diante da nova ordem constitucional, balanceando direitos e garantias individuais e coletivas através de uma metodologia que leve em conta os novos paradigmas da teoria constitucional.

A atuação administrativa deve estar de acordo com a juridicidade, significando que o ordenamento deve ser observado como um todo. A ideia de uma administração absoluta não é mais o único pressuposto para a validação de um ato administrativo, não basta mais a mera legalidade, mas a conformidade com os demais princípios constitucionais.

Não menos importante, faz-se necessário observar que a pretensão do presente capítulo é adequar o princípio da supremacia do interesse público aos novos paradigmas constitucionais. Defender-se-á a existência do princípio do interesse público constitucionalizado, em contraponto ao seu alterego intitulado supremo, definindo parâmetros para posterior análise das políticas públicas no Estado Constitucional Democrático do Brasil.

3.1- A Supremacia do Interesse Público

A supremacia do interesse público se caracteriza pela prevalência do interesse público em detrimento do direito privado. Tal princípio traduz-se pela preservação do interesse público em detrimento do interesse particular, ensejando o primado do interesse

²²⁹ MAIA, Vicente. *As Transformações dos Sistemas Jurídicos Contemporâneos: Aparentamentos acerca do Neoconstitucionalismo*. Revista Diálogo Jurídico. Nº 16- maio/junho/ agosto de 2007 – Salvador – Bahia – Brasil.

coletivo. O indivíduo, por fazer parte de um grupo, deve sacrificar seus direitos em prol da coletividade, levando a crer que o melhor para o grupo significa o melhor para o próprio indivíduo.

Nesse desiderato, faz-se necessário compreender que a concepção jurídica do interesse público remonta a distinção entre interesse público e privado do direito romano, divididos em dois ramos separados do direito, em que o direito público versava sobre o modo de ser do Estado romano, e o privado sobre os interesses particulares. A separação entre direito privado e público perante os romanos acrescentou outra característica, com base na teoria do predomínio, na qual as normas de direito público visavam predominantemente à tutela do interesse do Estado, enquanto as normas de direito privado visavam predominantemente os interesses particulares. Outros critérios também justificavam a separação entre público e privado, como o da proteção que envolvia o binômio faculdade/dever, e pelo critério da proteção de bens interiores e exteriores.²³⁰ Todas essas doutrinas apresentam um ponto em comum, a separação entre direito público e privado era estanque. Vicente Raó em ensaio sobre essa distinção destacou que o “Direito Público é o conjunto sistemático de princípios e normas que disciplinam a organização da atividade política e jurisdicional do Estado e as entidades públicas ou administrativas por eles criadas, bem como as suas relações de igual caráter, mantidas com os indivíduos regulando, ademais, os meios tendentes a assegurar a defesa da ordem jurídica, dentro da comunhão social.”²³¹ Já o direito privado seria o “conjunto sistemático de princípios e normas que disciplinam as relações desprovidas de natureza política ou jurisdicional, que os indivíduos mantêm entre si, ou com o Estado, ou com as Entidades por eles criadas para realização de seus fins próprios.”²³²

Pode-se dizer que o conceito de supremacia encontra-se intrinsecamente ligado a estrutura do Estado. O poder de império é inerente à função estatal, onde só poderá existir um único titular do poder.²³³ Segundo Paulo Bonavides, a vontade do “Estado se manifesta

²³⁰ RAO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos: Noções gerais. Direito Positivo. Direito Objetivo. Teoria Geral do Direito Subjetivo*. Análise dos Elementos que constituem os direitos subjetivos. São Paulo: RT, 2004, p. 243-250 Cf: “*Hujus studii duae sunt positiones publicum et privatum. Publicum jus est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem; sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim*” (Ulp., D., 1, 1, 1, 2 e Inst., 1,1,4)

²³¹ RAO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*, op. cit., p.251;

²³² *Ibidem*

²³³ Cf. Norberto Bobbio destaca que, “o direito público é o direito que emana do Estado, constituído sobre a supressão do Estado de natureza, e portanto é o direito positivo no sentido próprio da palavra, o direito cuja a força vinculatória deriva da possibilidade que seja exercido em sua defesa o poder coativo pertencente de maneira exclusiva ao soberano. BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade*. Para uma teoria geral da política. 14 ed. Rio de Janeiro. Paz e Terra. 2007. p.18

através de órgãos estatais, que determinam em seus atos as decisões o caráter e os fins do ordenamento político.” Neste contexto, apresenta-se o conceito de soberania, que significa o *imperium* do Estado sobre a população, bem como a superioridade do poder político frente aos demais poderes sociais²³⁴. Assim, verifica-se que uma das facetas do poder de império do Estado se ramifica no princípio da supremacia do interesse público, no qual a administração pública através do executivo exerce a função de gerir o Estado.

Note-se que a supremacia do interesse público nasce com a ampliação do espaço de atuação do Estado sobre a vida privada, no qual o Estado retoma as rédeas da sociedade, reconquistando o espaço outrora ocupado pelo jusnaturalismo individualista. Segundo Norberto Bobbio, o primado do interesse público foi uma reação contra o Estado liberal e o Estado mínimo, significando uma maior intervenção estatal na regulação dos indivíduos, ante a “contraposição do interesse coletivo ao interesse individual e sobre a necessária subordinação, até sua eventual supressão, do segundo ao primeiro.”²³⁵ Tal afirmação pode ser comprovada através da clássica definição do poder de polícia, no qual o “poder público interfere na órbita do interesse privado para salvaguardar o interesse público, restringindo direitos individuais.”²³⁶

A doutrina brasileira, ainda hoje, é amplamente majoritária²³⁷ na aceitação do referido princípio no âmbito administrativo, sob o fundamento de que o particular deve se curvar ao interesse da coletividade, afirmando que a supremacia do interesse público encontra-se implícita na Constituição, tutelando os atos da Administração. Tem-se elevado o princípio em destaque à pedra de toque do direito administrativo, sendo certo que a definição do princípio da supremacia do interesse público de Celso Antônio Bandeira de Mello²³⁸ se difundiu como uma máxima em meio à comunidade jurídica:

Significa que o poder público se encontra em situação de autoridade, de comando, relativamente aos particulares, como indispensável condição para gerir os interesses públicos postos em confrontos. Compreende, em face de sua desigualdade, a possibilidade, em favor da administração, de constituir os privados em obrigações por meio de ato unilateral daquela. Implica,

²³⁴ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10ª Ed. São Paulo. Malheiros.1995.p.107/110

²³⁵ BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade*. Op.Cit. p.24/25.

²³⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual Direito administrativo*. 20ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008. p. 69

²³⁷ Vide: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. HACHEM, Daniel Wunder. (orgs). *Direito Administrativo e Interesse Público*. (Estudos em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello). Minas Gerais. Editora Forum. 2011; OSORIO, Fabio Medina. *Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro?* Revista dos Tribunais. v. 770/92.2000. p. 53

²³⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo:Malheiros. 2006.p.70.

muitas vezes, o direito de modificar, também unilateralmente, relações já estabelecidas.

Ocorre que esta leitura não se coaduna com o novel constitucional²³⁹, uma vez que não se pode esquecer que a nova carta republicana erigiu o princípio da dignidade humana como fundamento e alicerce do novo Estado, devendo em todo caso, aplicar-se um juízo de ponderação através da proporcionalidade, a fim de garantir uma interpretação condizente com a atual constituição. Não há mais espaço para a manutenção do princípio da supremacia do interesse público em um Estado democrático de direito, no qual o fim precípua do Estado é a promoção do cidadão e da sua dignidade. Na linha de Robert Alexy dentro da teoria dos direitos fundamentais (*Theorie der Grundrechte*) ao destacar que o “conteúdo jurídico-procedimental das normas de direitos fundamentais consiste, em enorme medida, em proteger posições jurídicas procedimentais existentes por meio de uma proibição de sua eliminação pura e simples ou de sua eliminação sem compensação”²⁴⁰, significando que ao dispor sobre um direito fundamental o legislador não se encontra livre para revogá-lo, mas condicionado a norma constitucional e sua promoção.

Contudo, como destaca Maria Celina Bodin de Moraes, a clássica distinção entre direito público e privado que se manteve hígida durante meados do século XX passou por uma reavaliação, com a ampliação dos pontos de convergência não havendo uma delimitação estanque e precisa. O direito privado deixa de ser o escudo da vontade individual, e o direito público não implica mais na total subordinação do cidadão ao Estado. De tal modo que no:

Estado democrático de direito, delineado pela Constituição de 1988, que tem entre seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o antagonismo perdeu público e privado perdeu seu definitivamente seu sentido. Os objetivos constitucionais de construção de uma sociedade, livre justa e solidária e de erradicação de pobreza colocaram a pessoa humana - isto é, os valores exenciais - no vértice do ordenamento jurídico brasileiro, de modo que é este o valor que conforma todos os ramos do direito.²⁴¹

²³⁹ Destaca-se por oportuno, o surgimento de vozes contrárias ao Princípio da Supremacia do Interesse Público, por todos: SARMENTO, Daniel (Org). *Interesse Público versus Interesse Privado: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2005

²⁴⁰ Cf. Robert Alexy, “inúmeras posições jurídicas procedimentais de direito ordinário existem em virtude de normas de direito ordinário. Se sua existência for exigida por direitos fundamentais - e isso em grande medida ocorre -, o conteúdo jurídico – procedimental das normas de direitos fundamentais consiste também na proibição de sua eliminação, ou seja, em protegê-las contra atos de revogação. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p.477.

²⁴¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na Medida da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar.2010.p.11

Deste modo, a Constituição encontra-se em posição hierarquicamente superior as outras normas, e por uma escolha do constituinte também versou sobre normas de relação privada. Deve-se entender que a lei maior é o centro do ordenamento jurídico, não apenas no seu sentido lógico formal, mas visando uma interpretação valorativa condizente com a unidade do ordenamento constitucional. A constitucionalização do direito não significa apenas o deslocamento geográfico do seu centro, mais do que isso, trata-se de um processo que importa em modificações substantivas relevantes na forma de conceber e encarar os principais conceitos e instituições sobre os quais se fundamenta este ramo do saber jurídico, consagrados no princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. A supremacia da Constituição se apresenta como o paradigma vinculante da nova ordem política, que além de atribuir “a supremacia formal, é inegável que a Constituição de 1988 também possui supremacia material, por incorporar a ‘reserva de justiça’ da democracia brasileira”,²⁴²

3.2- Neoconstitucionalismo e o Princípio da Supremacia do Interesse Público

O neoconstitucionalismo se apresenta como um novo traço do constitucionalismo contemporâneo ante a superação do positivismo jurídico, com o objetivo de superar a crise existencial do Direito. Segundo Miguel Carbonel, o termo (neo)constitucionalismos não é uno, podendo ser lido tanto no plural, quanto no singular, dividindo-se em duas questões doutrinárias distintas. A primeira pode ser definida pelas novas características do constitucionalismo contemporâneo, e como estas modificações operam sobre o novo modelo constitucional. Já a segunda refere-se a uma nova teoria do direito que pretende justificar e explicar este novo paradigma teórico.²⁴³

Apesar do constitucionalismo moderno surgir com a ruptura dos governos absolutistas, face o poder total do Estado, como por exemplo a Carta Magna de 1215, e as revoluções do

²⁴² SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Direito Constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Forum, 2012, p. 20.

²⁴³ CARBONELL, Miguel. *Prólogo: Nuevos Tempos Para El Constitucionalismo*. In: CARBONELL, Miguél (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4ª Ed. Madrid. Trota. 2009.p.9/10. Segundo o autor: Lo que haya de ser El neoconstitucionalismo em su aplicación práctica y em su dimensión teórica es algo que está por verse. No se trata, como se acaba de apuntar, de un modo consolidado, y quizá ni siquiera pueda llegar a estabilizarse em el corto plazo, pues contiene em su interior una serie de equilibrios que dificilmente pueden llegar a convivir sin problemas. In: CARBONELL, Miguél (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*, op. cit., p.11.

século XVIII e XIX²⁴⁴. Os novos paradigmas constitucionais tiveram como marco histórico o constitucionalismo do pós-guerra, na reconstitucionalização européia. Destacam-se neste cenário, a criação da Lei Fundamental de Bonn de 1949, e a criação do Tribunal Constitucional Federal em 1951 na Alemanha, a Constituição da Itália de 1947, e sua corte Constitucional em 1956, e a redemocratização e reconstitucionalização de Países como Portugal e Espanha na década de 70. No caso brasileiro não foi diferente, a redemocratização e a reconstitucionalização do país se deu com a promulgação da Constituição de 1988²⁴⁵, que vem promovendo uma verdadeira alteração das instituições, marcando a passagem do regime militar autoritário²⁴⁶ para o Estado democrático de Direito.

Para Luis Roberto Barroso, este novo modelo de constitucionalismo teve como marco teórico, o reconhecimento e a expansão da força normativa da Constituição, bem como o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.²⁴⁷ Para o constitucionalista, com base na teoria de Konrad Hesse²⁴⁸, a constituição deixa de ser um instrumento estritamente político, para o reconhecimento de sua força normativa, revelando uma face vinculativa e obrigatória diante do ordenamento jurídico. Diante deste novo modelo constitucional, os direitos fundamentais passam a limitar o processo político majoritário, alterando o modelo de supremacia parlamentar para um modelo de ampliação da jurisdição constitucional, inspirado na doutrina norte americana do *judicial review*. Neste modelo, as proteções de algumas normas constitucionais não poderiam ficar estritamente subjugadas ao palco político majoritário, encontrando amparo junto a um Tribunal Constitucional. Consequentemente, a Constituição passa a ser o novo paradigma hermenêutico, com novos princípios de natureza instrumental, entre eles a supremacia da Constituição, o da presunção de constitucionalidade, a interpretação conforme a Constituição, razoabilidade, proporcionalidade e efetividade das normas constitucionais.²⁴⁹

O ordenamento jurídico passa a ser influenciado diretamente pelas normas constitucionais, impregnando os outros ramos do direito, adotando também uma “valorização dos princípios, adoção de métodos ou estilos mais abertos e flexíveis na hermenêutica

²⁴⁴ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. – Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 103

²⁴⁵ BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O trunfo tardio do direito constitucional no Brasil) in: Revista Da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, vol. 60. 2006.p.138/139

²⁴⁶ VIEIRA, José Ribas. *O Autoritarismo e Ordem Constitucional Brasileira*. Rio de Janeiro. Renovar. 1988

²⁴⁷ BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito.Op.Cit. Loc. Cit.

²⁴⁸ Konrad. *A força Normativa da Constituição (Die Normative Kraft Der Verfassung)* Tradução Gilmar Ferreira Mendes. 2 ed. Sérgio Antônio Fabris. 1991

²⁴⁹ *Idem*, p.140/142

jurídica, com destaque para a ponderação, e abertura da argumentação jurídica à moral.”²⁵⁰ Esta constitucionalização do direito é fruto de uma real e necessária adequação do ordenamento jurídico as premissas constitucionais.

Parte da doutrina lança severas críticas sobre uma versão inflacionada e expansionista do neoconstitucionalismo, asseverando que não existe espaço para a atividade legislativa ante a força normativa dos direitos fundamentais, e da onipresença constitucional em contradição com o pluralismo de iniciativa e alternativas.²⁵¹ Esse posicionamento critica os excessos de dogmatismo jurídico, consubstanciado em uma exacerbação principiológica, no qual se adota os princípios constitucionais como panacéia para todos os casos, em detrimento das regras contidas no ordenamento, bem como um fundamentalismo constitucional que prepondera no discurso jurídico, aprisionando o ordenamento jurídico ao princípio da dignidade humana e aos direitos fundamentais, como únicos alicerces legitimadores da sociedade, e uma eventual supremacia judicial tendente a transformar o neoconstitucionalismo em uma doutrina fundamentalista e quiçá antidemocrática.²⁵²

Destaca-se o posicionamento refratário a um determinado “neoconstitucionalismo” de Humberto Ávila, segundo o autor, os critérios estabelecidos para distinguir o neoconstitucionalismo não se encaixam no ordenamento constitucional brasileiro, dentre os quais; 1) a negativa de que a Constituição tenha adotado um modelo exclusivo de princípio, mas de regras e princípios complementares; 2) a subsunção não sede lugar a ponderação como método exclusivo ou prevalente de aplicação, uma vez que as regras constitucionais são aplicáveis pelo método de subsunção a hipótese possíveis; 3) nega-se que a justiça particular deve prevalecer sobre a justiça geral, destacando que as regras continuam a exercer uma função importante na sociedade e; 4) que não se pode afirmar que o poder judiciário deve prevalecer sobre os poderes legislativo e executivo. Por fim o autor destaca que, “o ‘neoconstitucionalismo’ baseado nas mudanças antes mencionadas, aplicado no Brasil está mais para o que se poderia denominar, provocativamente, de uma espécie enrustida ‘não-constitucionalismo’”.²⁵³

²⁵⁰ SARMENTO, Daniel. Por *Um Constitucionalismo Inclusivo. História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais* Rio de Janeiro: Lumen Juris.2010, p.252.

²⁵¹ DA SILVA, Alexandre Garrido. *Neoconstitucionalismo, Pós-Positivismo e Democracia: Aproximações e Tensões Conceituais*. In: QUARESMA, Regina et al (cord). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.127

²⁵² SHIER, Paulo Ricardo. *Novos Desafios da Filtragem Constitucional no Momento do Neoconstitucionalismo*. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE) Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n° 4, outubro/novembro/dezembro, 2005. Disponível na Internet: <<http://www.direitoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em 03 de julho de 2012.

²⁵³ ÁVILA, Humberto. “*Neoconstitucionalismo: Entre a Ciência do Direito e o Direito Da Ciência*”. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE) Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n° 17,

Contudo, Ávila deixa claro que esta crítica vai de encontro a um “determinado tipo de neoconstitucionalismo”, o que parece não ser o defendido no presente trabalho. A vinculação do interesse público as normas constitucionais (sejam regras ou princípios), a ponderação de valores ante os postulados da proporcionalidade e razoabilidade e a eficácia dos direitos fundamentais, parecem não estar em desacordo com a doutrina do autor, conforme será demonstrado neste capítulo.

Por outro lado, poderia se alegar que adoção de um posicionamento neoconstitucional estaria a violar o princípio da legalidade e, por conseguinte, o da separação dos poderes, preceitos constitucionais fundamentais de organização e distribuição do poder, o que levaria a um colapso da administração pública no gerenciamento do Estado. Contudo, entende-se que o princípio da separação de poderes não se encontra mais no núcleo do ordenamento estatal, devendo ser classificado como uma mera atribuição do Estado entre órgãos distintos.

Conforme Paulo Bonavides, o princípio da separação dos poderes é uma contradição dos direitos sociais²⁵⁴, não podendo mais ser interpretado sob o prisma do individualismo tradicional, baseado na clássica separação de poderes do Estado liberal, mas sob a égide dos caminhos do social e dos direitos fundamentais, “de modo a conduzir o aparelho estatal para uma democracia efetiva, onde os poderes públicos estejam capacitados a proporcionar ao indivíduo a soma cada vez mais ampla de favores concretos”.²⁵⁵

Jellinek²⁵⁶ destaca que o senhor absoluto do Estado mudou apenas de nome e não de essência, com Hobbes ele se chamava rei, agora se chama povo com Rousseau, sendo certo que o mesmo constituinte que estabeleceu o legislativo, também instituiu a soberania popular como fundamento democrático do Estado, conferindo a divisão de poderes um papel secundário.

Neste ponto, faz-se necessário conceber uma “nova separação de poderes”, conforme leciona Bruce Ackerman²⁵⁷, uma vez que o modelo de separação convencional não vem desempenhando um papel eficaz na efetividade dos princípios democráticos diante do crítico

janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível na Internet: <<http://www.direitoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em 19 de junho de 2012.

²⁵⁴ Cf. BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo. Malheiros. 1996, p.86: “a teoria da divisão de poderes foi, em outros tempos, arma necessária da liberdade e afirmação da personalidade humana (século XVIII e XIX). Em nossos dias é um princípio decadente na técnica do constitucionalismo. Decadente em virtude das contradições e de incompatibilidade em que se acha perante a dilatação dos fins reconhecidos ao Estado e da posição em que se deve colocar o Estado para proteger a liberdade do indivíduo e sua personalidade”.

²⁵⁵ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo. Malheiros. 1996, p.65/66.

²⁵⁶ JELLINEK, Georg. Teoria Geral de Estado. Apud. BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo. Malheiros, 1998. p.77

²⁵⁷ ACKERMAN, Bruce. *A Nova Separação de Poderes*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009.

cenário político brasileiro, onde o conceito de política pública, por vezes se desconecta do interesse público para o interesse político dos próprios representantes, deixando de transformar os direitos positivados em uma realidade social.

A separação de poderes não significa primazia institucional de um poder sobre o outro, nesse caso, a Constituição não distingue qualitativamente os poderes, a harmonia deve ser vista com base em escalas temporais, negando assim que uma instituição monopolize as decisões, mas sim que haja uma interação entre as instituições.²⁵⁸ Nesse sentido destaca Oscar Vilhena Vieira, que “os Direitos e a separação de poderes, mais que obstáculos, funcionam como estruturas que habilitam o surgimento de uma esfera de decisão pública, na qual cidadãos livres e bem informados podem decidir seus próprios destinos, sem sofrer interferências arbitrárias por parte do Estado ou de outros indivíduos.”²⁵⁹

Outro ponto bastante criticado é a maior atuação do poder judiciário, ante a forçosa missão de dar efetividade às normas constitucionais, evitando que a mesma se esvazie e se perca dentro do ordenamento. Contudo, não se trata de uma usurpação do poder legislativo/executivo, mas uma forma de se expressar à democracia através da judicialização²⁶⁰ dos interesses públicos e privados. Daniel Sarmiento explica que “quando o próprio constituinte, numa clara e inequívoca escolha, opta por se imiscuir na esfera das relações privadas, como aconteceu no caso brasileiro, não existe qualquer razão que justifique excluir a jurisdição constitucional deste campo”.²⁶¹

Antecipando algumas questões que serão abordadas posteriormente, a judicialização no Brasil advém do desenho institucional da Constituição que ampliou a atuação judicial quanto a questões morais, sociais e políticos. Esse fenômeno decorre da soma de três fatores interligados. O primeiro é a institucionalização de um judiciário forte e independente, o segundo está intrinsecamente ligado à crise da política majoritária, ante a falta de confiança nas instituições e em seus representantes, e por fim a transferência decisória de questões moralmente polêmicas para o bojo do judiciário, evitando assim o custo político da tomada de

²⁵⁸ MENDES, Conrado Hubner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 175

²⁵⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição como Reserva de Justiça. (um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma)*: São Paulo: Malheiros, 1999, p.226.

²⁶⁰ Cf. John Ferejohn. “Recent legal regulation of democratic practices has focused on developing constitutional doctrines that permit courts to reshape political practices”. In: FERREJOHN, John. *Judicializing Politics, Politicizing Law*. Law and Contemporary Problems. Vol. 65: No. 3.2002

²⁶¹ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006, p.285

decisões. Tais fatores amalgamados propiciam uma arena nova para prática constitucional, implicando na redefinição do papel político e jurídico do Supremo Tribunal Federal.²⁶²

Portanto, entre riscos e possibilidades parece que uma visão equilibrada do neoconstitucionalismo tem a ofertar mais benefícios que malefícios. Neste sentido, perfilha-se ao posicionamento do Daniel Sarmento²⁶³, no qual o neoconstitucionalismo deve ser pensado como uma teoria constitucional que não descarta a importância das regras, que racionalize o uso da ponderação entre os princípios, que prime pela importância das instâncias democráticas e a valorização das normas constitucionais e sua vinculação, e uma atuação confluyente dos poderes executivo, legislativo e judiciário para a realização dos direitos fundamentais. Assim, não se pode negar que o modelo proposto, não obstante a algumas críticas, tem levado o Brasil à concretização de muitos direitos, bem como a institucionalização de um verdadeiro Estado democrático de direito.

Portanto, o princípio da supremacia do interesse público deve ser revisto, com base no neoconstitucionalismo contemporâneo, no qual o legalismo administrativo vem perdendo força em virtude dos anseios da sociedade. Não se pode mais interpretar o Direito de forma restritiva e legalista, não efetivando as premissas constitucionais. Desta forma não há espaço para um processo hermenêutico que não esteja de acordo com a Constituição da República brasileira.

Segundo Marco Antônio dos Santos Rodrigues²⁶⁴:

“Diante desse quadro, o princípio da legalidade, da forma como idealizado quando o advento do Estado liberal de Direito, não satisfaz as necessidades do Estado Contemporâneo. É preciso, portanto, interpreta-lo dentro da atual sistemática constitucional, a fim de conferir-lhe novos contornos que permitam uma atuação mais expressiva da administração, em nome dos interesses da coletividade. Dessa forma, faz-se necessário atualiza-lo à luz da Constituição vigente, dos modernos fenômenos da hermenêutica constitucional e das necessidades da coletividade, conferindo aos dispositivos constitucionais que regulam a administração pública uma interpretação sistemática adequada”

A lei não é mais um fim em si, muito menos se encontra isolada dentro do ordenamento jurídico, legalidade nos dias atuais não significa fazer ou deixar de fazer o que determina, mas atingir uma finalidade única, consubstanciada na concretização da tutela

²⁶² BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. In: RFD – Revista da Faculdade de Direito - UERJ, v2, n° 21, Jan-jun. 2012

²⁶³ SARMENTO, Daniel *Por Um Constitucionalismo Inclusivo*, Op cit, p.271

²⁶⁴ RODRIGUES, Marco Antônio dos Santos. *Neoconstitucionalismo e Legalidade Administrativa: A Juridicidade Administrativa e sua Relação com os Direitos Fundamentais*. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. n°63. 2009

constitucional da dignidade da pessoa humana. Desse modo, a superação do princípio da supremacia do interesse público significa também a superação do próprio positivismo jurídico pelo pós-positivismo. Note-se com isso, que a supremacia do interesse público padece de uma incompatibilidade teórica diante dos novos postulados constitucionais, seja pela impossibilidade de se manter adstrita ao silogismo lógico de formalidade e validade²⁶⁵, ou pela incompatibilidade com os conteúdos e valores morais e sociais que assumiriam uma função prevalente na nova ordem constitucional²⁶⁶. Como destacou Max Möller, “o neoconstitucionalismo propõe uma releitura da constituição como instrumento normativo limitador da própria lei, assim como considera a atividade judicial com ponto de equilíbrio entre razão, valores e a vontade das maiorias”.²⁶⁷

3.3 - Os Novos Paradigmas do Direito Administrativo

O direito administrativo passa hoje por uma intensa mudança de paradigmas, não mais sob a égide de um Estado absoluto, mas sob o sustentáculo do Estado Democrático de Direito. O direito administrativo passou pelo filtro axiológico da nova constituição, materializando uma nova perspectiva de direito público, incorporando um novo papel na função do Estado, se caracterizando pela constitucionalização do direito administrativo²⁶⁸.

Para Maria Glória Garcia²⁶⁹, as transformações do direito administrativo encontram-se “na insistência com que nos últimos tempos, os juspublicistas vêm refletindo

²⁶⁵ Vide: KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.161-164.

²⁶⁶ Para Hans Kelsen “o sistema de normas que se apresenta com uma ordem jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque seu conteúdo pode ser deduzido pela vida de um raciocínio lógico do de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada de uma forma determinada – em última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta. Por isso, e somente por isso, pertence ela à ordem jurídica cujas normas são criadas de conformidade com esta norma fundamental. Por isso todo e qualquer conteúdo pode ser direito”. In: KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.221. Em sentido oposto Robert Alexy aponta um novo conceito e validade para teoria do direito, em que “o direito é um sistema normativo que (1) formula uma pretensão de correção, (2) consiste na totalidade das normas que integram uma constituição socialmente eficaz em termos globais e que não são extremamente injustas, bem como na totalidade das normas estabelecidas em conformidade com essa constituição e que apresentam um mínimo de eficácia social ou de possibilidade de eficácia e não são extremamente injustas, e (3) ao qual pertencem os princípios e outros argumentos normativos, nos quais se apóia e/ou deve se apoiar o procedimento de aplicação do direito para satisfazer a pretensão à correção. In: ALEXY, Robert. *O Conceito e Validade do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p.151.

²⁶⁷ MÖLLER, Max. *Teoria Geral do Neoconstitucionalismo*. Bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Do Advogado, 2011, p.24/25.

²⁶⁸ BARROSO, Luis Roberto. *Direito Constitucional Contemporâneo*. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. Rio de Janeiro. Saraiva, 2010, p 373/374

²⁶⁹ GARCIA, Maria da Glória. *As Transformações do Direito Administrativo na utilização do direito privado pela Administração Pública – Reflexões sobre o Lugar do Direito No Estado*. In Os Caminhos da Privatização da Administração Pública. IV Colóquio Luso Espanhol de Direito Administrativo (Organizador). Coimbra: 2001, p. 344/345.

sobre a realidade a que Fritz Fleiner chamou, nos anos 20, ‘a fuga’ da Administração Pública para agir segundo o direito privado e Bartoli Selleri, nos anos 80, a ‘procura de paridade’ entre a Administração Pública e cidadão.”

Diogo de Figueiredo²⁷⁰ deixa claro que o “ponto crucial da atual mudança, de uma administração imperial para uma administração cidadã, situa-se no processo de constitucionalização da Administração Pública”. O cidadão deixa de ser um mero objeto de direitos para ser sujeito de direitos, com base na tutela da dignidade da pessoa humana, postulado normativo que serve de cânone hermenêutico axiológico.

Os novos valores densificados através dos princípios e regras constitucionais permeiam todo o ordenamento, “a passagem da constituição para o centro do ordenamento jurídico representa a grande força motriz da mudança de paradigmas do direito administrativo na atualidade, ensejando uma releitura dos institutos e estruturas da disciplina pela ótica constitucional.”²⁷¹ Vivemos uma nova fase axiológica, onde o Estado encontra-se submetido à prestação de atividades que concretizem o interesse geral e os direitos fundamentais.²⁷²

Paulo Otero²⁷³ destaca que o direito administrativo tende a uma aproximação metodológica com o direito constitucional, em que a efetividade das normas de uma Constituição encontra-se interligada a intervenção de uma Administração Pública sintonizada e vinculada aos valores constitucionais.

Logo, neste novo Estado constitucional e democrático, não existe fundamento que legitime uma sobreposição ou permanência de um princípio absoluto. Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto a permanência do princípio da supremacia do interesse público no ordenamento jurídico é uma antítese às novas perspectivas democráticas:

Eis porque no Estado Democrático de Direito, não há mais fundamento para sustentar-se o antigo princípio da supremacia do interesse público, que partia da existência de uma hierarquia automática entre as categorias de interesses

²⁷⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 16

²⁷¹ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. – Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 69.

²⁷² D’ALTE, Sofia Tomé. *A nova configuração do Sector Empresarial do Estado e a Empresarialização dos serviços públicos*. Coimbra. Almedina. 2007, p 136/137

²⁷³ Segundo Paulo Otero: “A tendência metodológica de aproximação entre a Constituição e o Direito Administrativo traduz hoje uma pacífica zona de “condomínio” natural que o Direito Administrativo partilha com o Direito Constitucional: se existe que afirme que o direito administrativo é (ou deve ser) Direito Constitucional concretizado, pode também dizer-se que a efectividade das normas da Constituição nunca dispensa a intervenção da administração pública, assistindo-se, neste último, a uma paralela ‘dependência administrativa’ do Direito Constitucional. In: OTERO, Paulo. *Constituição e Legalidade Administrativa: a revolução dogmática do Direito Administrativo*. In: TAVARES, André Tamos; Et Al. (Org) *Constituição Federal 15 anos. Mutação e Evolução*. São Paulo: Método, 2003, p.147/149

públicos e privados. Na verdade tal relação fixa, não existe, porque, em princípio, no Estado Democrático de Direito, quaisquer interesses só podem estar subordinados ou supraordinados, uns aos outros como dispõe a lei. Mas é a própria ordem jurídica que estabelece uma hierarquia axiológica fundamental, ao reconhecer a precedência natural, que, apenas o texto constitucional, das liberdades, direitos e garantias fundamentais, excepcionalmente são temperadas pela definição legal de um específico interesse público que justifique limitá-las ou condicioná-las.²⁷⁴

Logo, faz-se necessário uma releitura da supremacia do interesse público, vez que não podemos tornar tal princípio absoluto a ponto de ferir direitos constitucionalmente garantidos, sob pena de transformar em tábula rasa a leitura do interesse estatal sobre o particular. Segundo Gustavo Binimbojm, “o Estado, como entidade jurídico-política, existe para viabilizar, de forma ordenada e racional, a persecução de projetos e objetivos próprios por cada indivíduo, independentemente das ‘razões de Estado’ que a comunidade política pode invocar”.²⁷⁵ O interesse público deve estar de acordo com a estrutura constitucional contemporânea e seus novos valores. A constituição de 1988 rompeu com os paradigmas autoritários que constituíram o fundamento das constituições anteriores, vinculando-se a valores democráticos, concretizando e efetivando um novo Estado Democrático de Direito, privilegiando a dignidade da pessoa humana, protegendo o núcleo intransponível do cidadão.

3.4- A Ponderação de Valores Entre Interesse Público e Privado

Assim, diante das controvérsias apresentadas, não se pode negar que o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado não é absoluto, encontrando limitações diante de um conflito de interesses, devendo em todo caso, aplicar-se um juízo de proporcionalidade e ponderação.

Ponderar o princípio da supremacia do interesse público faz-se necessário diante da nova perspectiva neoconstitucional, já que não se pode tornar tal princípio absoluto a ponto de ferir direitos constitucionalmente garantidos. Os direitos da pessoa humana não podem ser simplesmente descartados sem uma devida ponderação, o Estado não é mais senhor absoluto, ao contrário, o povo é o senhor absoluto do poder, devendo ter suas garantias e direitos preservados mesmo diante do interesse público.

²⁷⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. op.cit., p.87.

²⁷⁵ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. – Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 83.

Diante disso, para ponderar os interesses conflitantes entre o Estado e o particular, será necessário fixar precedentes condicionais²⁷⁶ axiológicos: 1) eficácia dos direitos fundamentais e; 2) o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, a fim de demonstrar a inexistência de uma precedência *a priori* do princípio da supremacia do interesse público.

3.4.1 - Princípio da Razoabilidade e da Proporcionalidade.

Podemos dizer que a proporcionalidade e a razoabilidade são princípios²⁷⁷ constitucionais limitativos da atuação do poder estatal, impedindo a atuação desproporcional da própria administração pública. Neste sentido, Daniel Sarmiento destaca que o princípio da proporcionalidade visa, em última análise, a contenção do arbítrio e a moderação do exercício do poder em favor da proteção de direitos.

Parte da doutrina entende que proporcionalidade e razoabilidade são princípios análogos, ou que a proporcionalidade é uma espécie do gênero razoabilidade. Segundo Virgílio Afonso da Silva, esta confusão terminológica é sustentada pelo STF e por Luis Roberto Barroso, sob a alegação de que a proporcionalidade na dogmática alemã seria análoga ao princípio da razoabilidade americana.²⁷⁸

No mesmo entendimento segue Humberto Ávila, que distingue razoabilidade e proporcionalidade da seguinte forma:

O postulado da proporcionalidade exige que o poder legislativo e o Poder Executivo escolham, para a realização de seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais. Um meio é adequado se promove o fim. Um meio é necessário se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados para

²⁷⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. (Tradução Virgílio Afonso da Silva). Malheiros. São Paulo:2008, p.96.

²⁷⁷ Ao chamar razoabilidade e proporcionalidade de princípios não desconsideramos outras denominações que são mais abalizadas, como “postulados normativos” ou “máximas”, contudo por um questão didática preferiu-se denominar de princípios, adotando as outras expressões como sinônimas. Contudo, a posição mais abalizada é a de Virgílio Afonso da Silva, com base na teoria de Robert Alexy, destacando que a proporcionalidade não pertence à categoria de princípios, mas de regras. O autor explica em sua nota de tradução da obra “*Theorie der Grundrechte*”, que os termos “*Prinzip*” e “*Grundzatz*” poderiam ser traduzidos pelo termo “princípio” em português, mas o mais correto seria a tradução por “máxima”, já que Alexy evita de denominar a proporcionalidade de princípio para evitar confusões acerca de princípio como norma contraposta a regra. Para maior aprofundamento sobre o tema vide: SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. RT, São Paulo, ano 91, n. 798, abr. 2002.p. 23/24; AVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição a aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros; ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. (Tradução Virgílio Afonso da Silva). São Paulo: Malheiros. 2008.p117; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2ª edição. São Paulo: Celso Bastos, 2002. p.64

²⁷⁸ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. RT, São Paulo, ano 91, n. 798, abr. 2002, p. 23/24.

promover o fim, for o menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais. E um meio é proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que provoca. A aplicação da proporcionalidade exige a relação de causalidade entre meio e fim, de tal sorte que, adotando-se o meio, promove-se o fim.”“Ocorre que a razoabilidade, de acordo com a reconstrução aqui proposta, não faz referência a uma relação de causalidade entre um meio e um fim, tal como o postulado da proporcionalidade. É o que se passa a demonstrar. A razoabilidade como dever de harmonização do geral com o individual (dever de equidade) atua como instrumento para determinar que as circunstâncias de fato devem ser consideradas com a presunção de estarem dentro da normalidade, ou para expressar o que a aplicabilidade da regra geral depende do enquadramento do caso concreto.²⁷⁹

O princípio da razoabilidade é empregado como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual fazem referências, seja reclamando a exigência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação de congruência entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir.²⁸⁰

Gustavo Zagrebelsky apresenta a razoabilidade sob três aspectos, o primeiro relacionado ao princípio da igualdade como parâmetro de verificação de validade das diferenças de tratamento impostas pelo Estado, o segundo seria a racionalidade do sistema jurídico como um todo, e o terceiro apresenta a razoabilidade como imperativo de Justiça.²⁸¹

Já a proporcionalidade deve ser analisada em sua tríplice dimensão, devendo ser decomposta em três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. O subprincípio da adequação preconiza que a medida deve ser apta para atingir os seus fins, ou seja, o meio deve ser útil para realizar o fim. Necessidade ou exigibilidade é a condição de que a medida seja menos gravosa para atingir seus objetivos, aqueles que sacrifiquem em menor densidade os direitos fundamentais. A Proporcionalidade em sentido estrito, nada mais é do que a ponderação do custo benefício da norma avaliada, devendo existir um equilíbrio entre na tomada de decisões.²⁸²

Para entender essa questão, é necessário uma breve digressão da distinção entre princípios e regras apresentados por Robert Alexy, em que princípios são “mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato

²⁷⁹ AVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios* – da definição a aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003, p.111-102.

²⁸⁰ AVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios* – da definição a aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003, p.95.

²⁸¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. Apud. SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira de. *Direito Constitucional, Teoria História e Métodos de Trabalho*, Belo Horizonte, :Editora Fórum, 2012

²⁸² Cf: ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. (Tradução Virgílio Afonso da Silva). São Paulo: Malheiros. 2008. SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2002, p.87/89. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2ª edição. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. Já as regras são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela determina.”²⁸³

Nesta concepção, no caso de colisão entre regras a solução ou se dá no campo da invalidade, ou no campo da exceção, já que a regra contém um mandamento definitivo, ou seja, uma determinação exata de seu conteúdo e extensão, por outro lado, no caso de colisão entre princípios, um deve ceder sem que isso implique em sua invalidade, já que princípios não possuem mandados definitivos, mas *prima facie*. Robert Alexy destaca que “conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão de peso.”²⁸⁴ É na colisão de princípios que se aplica a máxima da proporcionalidade, em que “o objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses conflitantes – que abstratamente estão no mesmo nível - tem maior peso no caso concreto.”²⁸⁵ Para Alexy, a máxima da proporcionalidade e as três máximas parciais (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) são implicações lógicas na própria natureza dos princípios e da teoria dos direitos fundamentais, destacando ainda que:

A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, exigência de sopesamento decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão. Visto que a aplicação de princípios válidos – caso sejam aplicáveis – é obrigatória, e visto que para essa aplicação, nos casos de colisão, é necessário um sopesamento, o caráter principiológico das normas de direito fundamental implica a necessidade de um sopesamento quando elas colidem com princípios antagônicos. Isso significa por sua vez, que a máxima da proporcionalidade sem sentido estrito é deduzível do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais.²⁸⁶

Celso Antônio Bandeira De Mello por sua vez, limita o âmbito de atuação dos referidos princípios ao cumprimento da finalidade do interesse público e da legalidade, onde a

²⁸³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. (Tradução Virgílio Afonso da Silva). São Paulo: Malheiros, 2008, p.90-91

²⁸⁴ *Ibidem*, p. 94

²⁸⁵ *Ibidem*, p.95

²⁸⁶ *Ibidem*, p.117-118

Administração dever conter seus atos diante de uma ilegalidade ou abusos.²⁸⁷ Contudo, devemos entender que proporcionalidade e a razoabilidade são princípios gerais de natureza axiológica que condicionam toda atuação da administração, como Humberto Ávila bem denomina, são postulados normativos que estruturam a aplicação dos princípios e das regras. Para o autor, o princípio da razoabilidade é empregado como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual fazem referências, seja reclamando a exigência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação de congruência entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir.²⁸⁸

A Administração deve observar a norma constitucional na implementação de seus interesses, sob pena de desvirtuar a própria Constituição. Para Peter Häberle, “uma Constituição, que estrutura não apenas o Estado em sentido estrito, mas também a própria esfera pública (*Öffentlichkeit*) dispendo sobre a organização da própria sociedade e, diretamente, sobre setores da vida privada, não pode tratar forças sociais como meros objetos. Ela deve integrá-las ativamente enquanto sujeitos.”²⁸⁹

Levando-se ao “pé da letra” os argumentos adunados, verificar-se-á que o princípio da supremacia do interesse público é praticamente imponderável. Não há colisão no caso concreto para os defensores da supremacia apriorística, já que a sobreposição ocorre no plano abstrato e conseqüentemente no caso concreto, sugerindo uma aplicação imediata e antirreflexiva. Não se pode dizer que algo vale porque vale, ou vale porque é supremo, sob pena de cairmos na falácia solipsista, que acredita ter encontrado uma verdade absoluta e incontestável.

O Poder Público não pode descartar os princípios da proporcionalidade e razoabilidade na atuação e ponderação de seus interesses. Os referidos postulados normativos servem de cânone hermenêutico constitucional, não sendo crível que exista em nosso ordenamento um princípio supremo do interesse público, que possa alterar de forma unilateral os interesses privados, sem a observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

²⁸⁷ Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo. Malheiros. 2009. p.110.

²⁸⁸ AVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição a aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003, p.95.

²⁸⁹ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Constituição para e Procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 2002, p.33

3.4.2 - A Eficácia dos Direitos Fundamentais

Com a fundamentalização de determinados direitos de cunho individual e coletivos, o modelo teórico normativo do direito passou a ser interpretado com base em uma nova teoria dos direitos fundamentais, ensejando uma adaptação dos conceitos jurídicos ante as limitações impostas pelo ordenamento constitucional. Dessa forma, o interesse público passou a dividir espaço com outros direitos de cunho individual, inexistindo uma primazia condicionante que limite *ab initio* a aplicação do direito.

Os Direitos fundamentais podem ser classificados como direitos humanos reconhecidos e positivados na esfera constitucional, na lição de Ingo Sarlet, são direitos outorgados e protegidos pelo direito constitucional.²⁹⁰ Neste contexto, afirma-se que a historicidade dos direitos fundamentais encontra-se diretamente ligada ao Estado constitucional e de sua efetiva proteção a dignidade da pessoa humana, oriundas do reconhecimento ideológico e positivo do direito de liberdade.²⁹¹

Como já destacado, após a Constituição de 1988 foi estabelecido um marco fundamental para o estudo da eficácia dos direitos fundamentais, sob a égide de uma concepção multidimensional e multidirecional, criando uma nova teoria dos direitos fundamentais, gerando uma obrigação geral de proteção, sob a atuação do Estado administrador, legislador e juiz, visando a proteção da pessoa em face do próprio Estado ou de terceiros (*prestações positivas ou negativas*)²⁹².

Para Daniel Sarmento “a aplicabilidade direta e imediata dos direitos individuais nestas relações não atentam contra a autonomia privada, mas visa o inverso, promovê-la no

²⁹⁰ Não se pode utilizar as expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais” como sinônimas, segundo Ingo Sarlet: “Em que pese sejam ambos os termos (Direitos Humanos e Direitos Fundamentais) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional). SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2004, p.35/36.

²⁹¹ Ibidem. P.42/43.

²⁹² COSTA, Judith Martins. *Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.70/73.

sentido mais pleno, que é aquele que recebeu a benção do constituinte.”²⁹³ Nesse mesmo sentido, Maria Celina Bodin de Moraes ²⁹⁴:

“o atual ordenamento jurídico, em vigor desde a promulgação da Constituição Federal de 5 de Outubro de 1988, garante a tutela especial e privilegiada a qualquer pessoa humana, em suas relações extrapatrimoniais, ao estabelecer como princípio fundamental, ao lado da soberania e da cidadania, a dignidade humana. Como regra geral daí decorrente, pode se dizer que, em todas as relações privadas nas quais venha a ocorrer um conflito entre uma situação jurídica subjetiva existencial e uma situação jurídica patrimonial, a primeira deverá prevalecer, obedecidos, dessa forma, os princípios constitucionais que estabelecem a dignidade da pessoa humana como valor cardeal do sistema.”

Pode-se dizer que a eficácia dos direitos fundamentais encontra-se ligada ao princípio da dignidade humana, impondo limitações positivas e negativas, servindo também como cânone hermenêutico para atuação estatal. Nesse sentido, Luis Roberto Barroso um dos percussores da teoria da efetividade no Brasil destaca que:

A constituição é o primeiro documento na vida jurídica do Estado, assim do ponto de vista cronológico como hierárquico. Dotado de supremacia, suas normas devem ter aplicação preferencial, condicionando, ademais a validade e sentido de todos os atos normativos infraconstitucionais. Uma constituição, ao instituir o Estado, (a) organiza o exercício do poder político, (b) define os direitos fundamentais do povo e (c) estabelece determinados princípios e traça fins públicos a serem alcançados.²⁹⁵

Para de Ana Paula de Barcelos ²⁹⁶ “as normas constitucionais – aí incluídos os princípios – são normas jurídicas e, como tal, pretendem produzir determinados efeitos no mundo dos fatos, que deverão ser coativamente impostos caso não se produzam naturalmente.” Esta interpretação é consoante ao disposto no artigo 5º da Constituição, “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, deixando claro que as normas institucionalizadas pelos direitos fundamentais são de eficácia plena, na clássica definição de José Afonso da Silva.

²⁹³ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações Privadas*, op. cit, p.110

²⁹⁴ BODIN, Maria Celina. *O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo*. in “Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado”. in: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.), op.cit., p.145.

²⁹⁵ BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas. Limites e possibilidade da Constituição brasileira*. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.291.

²⁹⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 201/205

Diante da definição da Carta Republicana, podemos destacar que as normas – princípios de direitos e garantias detêm eficácia jurídica plena, consoante o entendimento de Ingo Sarlet²⁹⁷:

Podemos definir a eficácia jurídica como possibilidade (no sentido de aptidão) de a norma vigente (juridicamente existente) ser aplicada aos casos concretos e de – na medida de sua aplicabilidade – gerar efeitos jurídicos, ao passo que a eficácia social (ou efetividade) pode ser considerada como englobando tanto a decisão pela efetiva aplicação da norma (juridicamente eficaz), quanto ao resultado concreto decorrente – ou não – desta aplicação.

Neste sentido, Konrad Hesse preceitua que “a força vital e eficácia da constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva. A constituição converte-se, assim, na ordem geral objetiva do complexo de relações da vida”.²⁹⁸

Os princípios alocados na Constituição de 1988 impõem a todos um fundamento a ser seguido, o da dignidade da pessoa humana, princípio alocado como alicerce na nova República Federativa. Para J.J. Canotilho, os “princípios constitucionais impositivos subsumem-se todos os princípios que, sobretudo no âmbito da constituição dirigente, impõem aos órgãos do Estado, sobretudo ao legislador, a realização de fins e a execução de tarefas. São, portanto, princípios dinâmicos, prospectivamente orientados.”²⁹⁹

Partindo da premissa da eficácia dos direitos fundamentais, podemos dividir a amplitude de atuação dos princípios constitucionais em duas esferas, a vertical e horizontal nos quais se verificam o status positivo e negativo dos princípios. Na definição de Robert Alexy, o status negativo representa uma proteção estabelecida por um não fazer estatal, em que os direitos fundamentais criam uma restrição, gerando um direito de defesa, impedindo a eliminação de posições jurídicas. Já o status positivo dos direitos fundamentais caracterizam-se pela garantia de prestações Estatais, gerando um dever de fazer estatal, uma ordem de implementação dos direitos fundamentais.³⁰⁰

²⁹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4ªed. Porto alegre: Do Advogado, 2006, p.229.

²⁹⁸ HESSE, Konrad, op. cit., p. 19

²⁹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª Edição Revista. Coimbra: Almedina.1993, p.173

³⁰⁰ LEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. (Tradução Virgílio Afonso da Silva). São Paulo: Malheiro, 2008, p.303-434.

Daniel Sarmento ³⁰¹ destaca no plano horizontal que os direitos fundamentais se dirigem tanto aos governantes quanto aos governados, uma vez que a constituição representa os principais valores e diretrizes para conformação social no país, não se limitando aos papéis mais clássicos das constituições liberais, de organização e estrutura estatal e definição das relações entre governantes e governados. Neste aspecto, a norma constitucional passa a influir de maneira hierárquica sobre as normas infraconstitucionais, vinculando o direito privado as diretrizes axiológicas na nova ordem constitucional. ³⁰²

No caso, a supremacia do interesse público se desenvolve no plano vertical, ou seja, na relação entre a administração e seus administrados, consoante às lições de Celso Antônio Bandeira de Mello ³⁰³, na qual a posição da supremacia do interesse público ocorre através de uma relação de verticalidade entre a administração e o particular em situação autoritária e de comando.

O status negativo consiste na limitação imposta ao Estado pelas normas de direitos fundamentais, vedando a intervenção Estatal que se encontra em desacordo com os preceitos estabelecidos na Carta Constitucional ³⁰⁴, como ensina Luis Roberto Barroso: “a eficácia negativa implica a paralisação da aplicação de qualquer norma ou ato jurídico que esteja em contrariedade com o princípio constitucional em questão. Dela pode resultar a declaração de inconstitucionalidade de uma lei, seja em ação direta - com sua retirada do sistema – seja em controle incidental de constitucionalidade – com sua incidência no caso concreto” ³⁰⁵, ou seja, o poder do Estado encontra-se limitado negativamente, e que legalidade e justiça devem encontrar um campo de atuação condizente com os princípios norteadores da Constituição.

Neste sentido a posição de Ingo Wolfgang Sarlet, ao dispor que “na medida que os direitos de defesa geralmente- e de forma preponderante – se dirigem a um comportamento omissivo do Estado, que deve se abster de ingerir na esfera da autonomia pessoal ou de forma geral, no âmbito de proteção do direito fundamental, não se verifica, em regra, a dependência

³⁰¹ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações Privadas*, op.cit., p.277.

³⁰² CANARIS, Claus Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Coimbra. Almedina.2003, p.27

³⁰³ MELLO, Celso Antônio Bandeira. Apud. BATISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Renovar, 2003, p.184.

³⁰⁴ A eficácia negativa dos direitos fundamentais revela a desconfiança do legislador constituinte originário, evitando assim uma ineficácia dos dispositivos constitucionais estabelecidos na carta constitucional. Neste sentido leciona Ingo Sarlet, ao dispor que “cumpre salientar que o procedimento analítico do Constituinte revela certa desconfiança com relação ao legislador infraconstitucional, além de demonstrar a intenção de salvaguardar uma série de reivindicações e conquistas contra uma eventual erosão ou supressão pelos poderes constituídos. SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p.75.

³⁰⁵ BARROSO, Luiz Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo - Os conceitos fundamentais e a Construção do Novo Modelo*, op. cit., p.321.

da realização destes direitos de prestações (fáticas ou normativas) do Estado ou do destinatário da norma.”³⁰⁶ .

Diante das ponderações, verifica-se que existe uma limitação constitucional na atuação do Estado, garantindo uma máxima efetivação da proteção dos direitos dos cidadãos. Logo, não existiria base constitucional para um princípio do interesse público supremo, ante a limitação imposta pelos direitos fundamentais. Se o dever do Estado é promover os direitos fundamentais, e que estes direitos encontram-se como elementos irradiados pelo princípio da dignidade humana, não se pode questionar que o interesse público encontra-se vinculado a estes novos paradigmas constitucionais, gerando um dever para o Estado legislador, impondo ainda que o interesse público seja constitucionalmente condizente com a dignidade da pessoa humana.³⁰⁷

Não está se propondo um conceito absoluto de proteção que venha a inibir qualquer atividade regulamentar estatal, mas que esta atividade estatal esteja em consonância com os valores sociais e fundamentais impostos na Constituição. Nessa linha argumentativa, o princípio da confiança está ancorado no caráter evolutivo da norma, evitando que o poder público tome medidas desproporcionais, contraditórias e retrogradas.

As garantias assinaladas na Constituição visam à estabilidade do Estado Democrático de Direito e a busca pela realização da dignidade da pessoa humana em sua plenitude, evitando que o poder emanado pela Lei Fundamental se desvie de seus verdadeiros objetivos, vinculando todo ordenamento jurídico.

A competência outorgada ao legislador deve ser entendida em sua plenitude, nos limites emanados da própria Constituição, não se admitindo discricionariedade face à implementação de direitos fundamentais. Nesse ponto passa-se a entender o verdadeiro significado do princípio da supremacia da Constituição, no qual a norma constitucional vincula não só o conteúdo, mas também o meio pelo qual essa substância constitucional se realiza no plano existencial. Logo, os direitos fundamentais representam uma salvaguarda da

³⁰⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4ªed.Porto alegre:Do Advogado, 2006, p.269

³⁰⁷ Neste sentido a conclusão de Ingo Wolfgang Sarlet: “Se, portanto, todas as normas de direito constitucional sempre são dotadas de um mínimo de eficácia, no caso dos direitos fundamentais, à luz do significado outorgado ao art. 5º, § 1º, de nossa lei fundamental, pode afirmar-se que aos poderes públicos incumbem a tarefa e o dever de extrair das normas que os consagram (os direitos fundamentais) a maior eficácia possível, outorgando-lhes, neste sentido, efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais, já que não há como desconsiderar a presunção da aplicabilidade imediata e plena eficácia que milita em favor dos direitos fundamentais constitui, em verdade, um dos esteios de sua fundamentalidade formal no âmbito da Constituição. SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4ªed.Porto alegre:Do Advogado, 2006, p.265.

justiça frente aos demais interesses em jogo, não havendo que se falar em limitação *ex ante*, sem a devida ponderação.

3.4 – (Des)Construindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público

Conforme vem sendo exposto nesta dissertação, o princípio da supremacia deve ser reconstruído através de uma proposta teórica normativa constitucional mais adequada aos novos balizamentos democráticos. Para que se possa construir uma ‘perspectiva constitucional do interesse público’ é necessário desconstruir o princípio da supremacia do interesse público. Assim, desconstrói-se o sentido ante a crítica para revelar um novo sentido do ponto de vista hermenêutico constitucional³⁰⁸, contribuindo para que o interesse público ganhe contornos mais democráticos.

Dentro deste aspecto, faz-se necessário uma releitura constitucional do princípio da supremacia do interesse público, uma vez que a mesma constituição que garante a supremacia do interesse público, também garante a supremacia do interesse individual, configurado na tutela da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais.

Para tanto, destaca-se o artigo “*Repensando o Princípio da Supremacia do interesse público sobre o privado*” de Humberto Ávila, apresentando uma leitura constitucional do princípio sobre a ótica de Robert Alexy, alegando que todos os princípios são passíveis de calibragem, ou seja, que em nenhum momento seria possível dentro de um juízo de ponderação a supremacia de um princípio sobre outro. Para o autor, o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado não é um princípio ou norma princípio, já que conceitualmente ele não é uma norma princípio por falta de concretude e normatividade, faltando-lhe o fundamento jurídico-positivo de validade, não podendo ser dissociado ou contraposto ao interesse privado, uma vez que o interesse privado faz parte do interesse público.³⁰⁹

³⁰⁸ Neste sentido Lenio Streck: “A desconstrução hermenêutica do processo de produção do sentido é o ponto de partida para o desvelamento daquilo que encobre o Direito (compreendido como o Direito de perfil transformador, plus normativo do Estado Democrático de Direito).” In. STRECK, Lenio. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre. Do Advogado. 2011, p.306.

³⁰⁹ ÁVILA, Humberto. *Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”*, op.cit., p.173-217.

Daniel Sarmiento³¹⁰ desmistifica com sucesso a supremacia do interesse público sobre o particular, interpretando o direito administrativo sob os novos horizontes constitucionais, apontando que a leitura do referido princípio deita raízes nas teorias organicistas, em que as comunidades políticas são concebidas como uma espécie de “todo vivo”, destacando que “o bem comum fornecia a justificativa para tratamentos desiguais, dispensados a indivíduos pertencentes a estamentos diferentes da sociedade.”³¹¹ O organicismo ao desconsiderar o valor da pessoa humana ignora a dimensão pública do indivíduo, que se articula com o respeito da autonomia individual na persecução de objetivos divergentes dos interesses da comunidade. Por outro lado, o autor aponta que o mesmo erro ocorreu com as teorias individualistas que pregavam a primazia dos interesses particulares em detrimento dos pertencentes à coletividade, fruto da filosofia liberal burguesa. A referida teoria relegava o papel da comunidade na formação do indivíduo, tendo por base um conceito atomizado da sociedade. A sociedade política era comparada ao mercado, em que a concorrência deveria garantir uma forma igual de busca dos direitos individuais, na qual “a doutrina do *Laissez faire, laissez passe* não se alicerçava apenas sob argumentos econômicos, ela baseava-se também em fundamento ético, exprimindo o reconhecimento da superioridade do privado.”³¹² No caso, as duas teorias encontram-se fora do campo epistêmico da Constituição, já que a igualdade é uma meta constitucional de cunho prestacional, nesse sentido a solidariedade constitucional visa garantir que determinadas premissas coletivas sejam implementadas como uma forma redistributiva de interferir no individualismo possessivo, gerando uma proteção autorreferente entre direitos individuais e coletivos na promoção da democracia, “a correta intecção do que seja interesse público vai apontar não para ocorrência de colisão, mas sim para a convergência entre os direitos fundamentais dos indivíduos.”³¹³

Alexandre Santos Aragão destaca que a questão deve ser observada por dois lados, a indeterminação do conceito interesse público e a multiplicidade de interesses públicos,

³¹⁰ SARMENTO, Daniel (Org). *Interesse Público versus Interesse Privado: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p.81

³¹¹ SARMENTO, Daniel. *Colisão Entre Direitos Fundamentais e Interesses Públicos*. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. *Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renova. 2008, p.273

³¹² SARMENTO, Daniel. *Colisão Entre Direitos Fundamentais e Interesses Públicos*, op. cit., p. 283.

³¹³ SARMENTO, Daniel. *Colisão Entre Direitos Fundamentais e Interesses Públicos*, op. cit., p.295. Daniel Sarmiento justifica que “embora tais direitos tenham valor intrínseco, independentes das vantagens coletivas eventualmente associada à sua promoção, é fato inconteste que a garantia, na maior parte dos casos, favorece, e não prejudica, o bem geral.” In: SARMENTO, Daniel. *Colisão Entre Direitos Fundamentais e Interesses Públicos*, op. cit., p 295

alegando que não se pode aplicar a todo ou qualquer interesse público o princípio da supremacia, mas ao interesse público relevante³¹⁴.

Nesse entendimento, o interesse público deve ser proporcionalmente relevante ao interesse fundamental sobreposto. A proporcionalidade, como já analisado, indica uma compatibilização, de maneira a permitir que todos os valores sejam realizados e satisfeitos. Não se pode excluir os direitos fundamentais sem antes realizar uma ponderação dos valores postos em jogo, sob pena de elevarmos o princípio da supremacia do interesse público ao nível de super princípio.

Segundo Marçal Justen Filho:

[...] a atividade discricionária exige que o administrador respeite o princípio da proporcionalidade ao formular as escolhas acerca da solução mais adequada. Isso se faz através da observância de princípios jurídicos fundamentais, que deverão ser harmonizados em face de uma situação concreta examinada. Não significa afirmar que a proporcionalidade não se aplique nos casos de atividade vinculada. A solução do caso concreto sempre envolve interpretação da norma abstrata e individualizações de seus efeitos para a situação real. Essa operação terá de ser norteada pelo princípio da proporcionalidade.³¹⁵

Ora, diante do caso concreto não se restringi um princípio sem um juízo de proporcionalidade, incorrendo na transfiguração da própria ordem constitucional vigente. A tutela do interesse público deve se sobrepor à tutela privada no limite dos direitos fundamentais, ou seja, os direitos fundamentais limitam a atuação estatal a ponto de que aquela não venha a aniquilar por completa esta, preservando assim o estado democrático de direito.³¹⁶

É neste contexto que se pode dizer que após a carta de 1988, o princípio da dignidade humana encontra-se como norteador da atuação pública, uma vez que “os

³¹⁴ ARAGÃO, Alexandre. A “Supremacia do Interesse Público” no Advento do Estado de Direito e na Hermenêutica Constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org). Interesse Público versus Interesse Privado: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público), op.cit., .p.28.

³¹⁵ FILHO, Marçal Justen. *Comentários A Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 7ª ed. São Paulo: Dialética, 2000, p.69

³¹⁶ Cf. Maria Celina Bodim de Moraes: “O intervencionismo estatal e, na sua esteira, o papel de regulamentação jurídica passou a desempenhar na economia e, de uma forma geral, na vida civil, podem, então, ser encarados como elemento interagente – ao invés da razão primordial – dadas profundas mudanças ocorridas no direito privado. O novo peso dado ao fenômeno significa a rejeição da ideia de invasão da esfera pública sobre a privada, para a admissão, ao revés, de estrutural transformação do conceito de direito civil, ampla o suficiente para que possa abrigar, na tutela das atividades e dos interesses da pessoa humana, técnicas e instrumentos tradicionalmente próprios do direito público, como por exemplo, a aplicação direta das normas constitucionais nas relações jurídicas de caráter privado.” In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na Medida da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p.7

princípios constitucionais são partes de uma estrutura cujo objetivo final é igualmente realizar ou preservar a dignidade da pessoa humana”³¹⁷.

Tratando-se de direitos fundamentais, o cidadão tem o direito de buscar, através da tutela constitucional, a realização e a concretização de seu direito, limitando de forma negativa os poderes do Estado, o cidadão tem o “direito de defesa” em face do Estado, como ensina Robert Alexy “o direito do cidadão, contra o Estado, a que este não elimine uma posição jurídica sua e, nesse sentido, um direito a que o Estado não derogue determinadas normas.”³¹⁸

Em sentido diametralmente oposto, José dos Santos Carvalho Filho afirma que não assiste razão tal posicionamento, alegando que a tutela dos direitos fundamentais em nada muda o interesse público sobre o privado, que a desconstrução do princípio da supremacia do interesse público sobre o individual espelha uma visão distorcida, colocando em risco a própria democracia, devendo em todo caso haver uma reconstrução com base na dinâmica social, uma vez que o próprio legislador constituinte determinou as exceções ao interesse público em detrimento dos direitos fundamentais.³¹⁹

Em que pese o entendimento do autor, não é crível que uma “desconstrução” ou ponderação do princípio geraria um risco para a democracia, ao contrário, ponderar os valores decorrentes dos princípios levaria a uma democracia substantiva, uma vez que os direitos fundamentais também estão a cargo do próprio Estado. Antidemocrático é sobrepor um princípio sobre outro, sem uma verificação factual, pelo mero apego a letra da norma. Nesse sentido Daniel Sarmento Destaca que “para um Estado que tem como tarefa mais fundamental, por imperativo constitucional, a proteção e a promoção dos direitos fundamentais dos seus cidadãos, a garantia destes direitos torna-se também um autêntico interesse público.”³²⁰

Na mesma linha a crítica de Maria Sylvia Zanella Di Pietro³²¹, ao argumentar que a desconstrução/mitigação do princípio da supremacia do interesse público é incompatível com o ordenamento jurídico, pois equivaleria à negação dos próprios fins do Estado. Para a autora

³¹⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar. 2002, p.201/205

³¹⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. (Tradução Virgílio Afonso da Silva). São Paulo: Malheiros. 2008, p.291

³¹⁹ FILHO, Jose dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*, 20. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2008, p. 28

³²⁰ SARMENTO, Daniel. *Colisão Entre Direitos Fundamentais e Interesses Públicos*, op. cit., p.296

³²¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *A Supremacia do Interesse Público-Sobrevivência diante dos Ideais do Neoliberalismo*. In: BARCELLAR FILHO, Romeu Felipe. HACHEN, Daniel Wunder (Orgs) *Direito Administrativo e Interesse Público. Estudos em Homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte. Ferreira. 2010, p.216/218.

o referido princípio protege os próprios direitos fundamentais, e a administração pública necessita das prerrogativas para garantir a consecução do interesse público. Por outro lado, destaca que não há contradição da supremacia do interesse público com a razoabilidade e proporcionalidade, ante a relação com os meios e fins da atuação do Estado. Ao fim, apresenta uma severa crítica na direção do direito administrativo econômico, concluindo que “a doutrina que se considera inovadora compõe, sob certo aspecto, uma ala retrógrada, por que prega a volta de princípios próprios do liberalismo, quando se protegia apenas uma classe social e inexistia a preocupação com o bem comum, com o interesse público”.³²²

Os argumentos aduzidos pela autora não atentam para algumas questões fundamentais; 1) A doutrina que nega a supremacia do interesse público não nega o interesse público como um princípio, nem tão pouco nega sua importância no ordenamento jurídico, mas afirma “a adequação do interesse público (não da sua supremacia) para a teoria do Direito Administrativo”³²³; 2) A autora quando trata de razoabilidade e proporcionalidade faz a seguinte afirmação: “Porém, falar em razoabilidade não implica em negar o princípio do interesse público. A razoabilidade exige relação, proporção, e adequação entre meios e fins. Quais fins? Os que dizem respeito ao interesse público”. A autora neste caso faz menção ao princípio do interesse público, sem a sua adjetivação “supremacia”, indicando que princípio da proporcionalidade e da razoabilidade são consecutivos entre meios e fins, corroborando os argumentos ora defendidos³²⁴. A passagem supracitada é a própria negação do princípio da supremacia interesse público, já que o fim deve ser adequado aos meios, e o fim é o próprio interesse público, significa que dependendo dos meios o fim (interesse público) não será atingido, logo, presume-se que o mesmo é limitado enquanto princípio; 3) Por fim, resta equivocada a alegação de que se trata de uma doutrina do direito administrativo econômico³²⁵

³²² Ibidem.

³²³ ÁVILA, Humberto. Op.Cit., Loc. Cit.

³²⁴ A autora argumenta que a doutrina que nega a supremacia do interesse público como princípio pretende substituir interesse público pela razoabilidade e pela proporcionalidade, destacando que: “A exigência de razoabilidade na interpretação do princípio da supremacia do interesse público se faz presente na aplicação de qualquer conceito jurídico indeterminado; atua como método de interpretação do princípio (na medida em que permite a ponderação entre o interesse individual e o público) e não como seu substituto.” In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op.Cit. Loc.Cit. Neste ponto, conforme destacado no capítulo 3.3, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade são utilizados como método hermenêutico entre meios e fins, em total consonância com os argumentos da renomada autora, não havendo que se falar em substituição de um princípio pelo outro. Os princípios neste caso são utilizados para se chegar a um determinado fim, e não como o próprio fim a ser alcançado.

³²⁵ Destaca-se que a Direito Administrativo Econômico visa o estudo do planejamento econômico e a função regular do Estado no âmbito constitucional e administrativo. Cf. SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo da Economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris 2003. Por outro lado, a crítica apresentada não se coaduna com as lições apresentadas pelos autores defensores do direito administrativo econômico, uma vez que a mesma não visa à criação de um Estado liberal que protege apenas uma determinada classe, mas a forma com que o Estado lida com o liberalismo econômico e a democrática, neste sentido a lição do

retrógrado e liberal, ao contrário, como destaca Gustavo Binbenbojm³²⁶, trata-se uma nova teoria do próprio direito administrativo com base em valores constitucionais e democráticos. Corroborando tal proposição, Daniel Sarmiento destaca que “o emprego do princípio da proporcionalidade busca otimizar a proteção de bens jurídicos em confronto, evitando o sacrifício desnecessário ou exagerado de um deles em proveito da tutela de outro.”³²⁷

Luis Roberto Barroso por sua vez, apresenta uma tese intermediária destacando o protagonismo estatal e a subsistência do princípio da supremacia do interesse público, enfatizando que o dualismo sociedade/Estado fruto do liberalismo não persiste no Estado democrático de direito, uma vez que é dever do próprio Estado perseguir os valores da sociedade. Assim, com base na teoria de Renato Alessi, o autor subdivide o interesse público em primário e secundário, em que o “interesse público primário é a razão de ser do Estado e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem estar social. Estes são os interesses de toda sociedade. O interesse público secundário é o da pessoa jurídica de direito público que seja parte em determinada relação jurídica.”³²⁸ Nessa Linha, destaca-se que o interesse primário exerce uma centralidade com base na supremacia da Constituição, dispondo que assegurar determinados direitos fundamentais é a própria realização do interesse público, mesmo que seja apenas para um determinado indivíduo. Por outro lado, o interesse público secundário não goza de supremacia *a priori* abstrata em face do interesse particular.

Segundo Barroso, o interesse público primário seria imponderável já que expressa um verdadeiro parâmetro para ponderação, consistindo na melhor realização possível da vontade e valores constitucionais fundamentais na análise do caso concreto. O grande problema seria quando um interesse público primário que veiculasse uma norma coletiva se confrontasse também com um interesse público primário que dispusesse sobre um direito fundamental individual, conforme leciona o autor:

professor Alexandre Santos Aragão: Advirta-se, porém, que a regulação estatal da economia não se opõe à liberdade empresarial; pelo contrário, seu propósito é propiciar um ambiente justo e equitativo, onde o maior número de pessoas possa exercer os seus direitos e atuar na economia. Isto não impede que o Estado possa ou deva, se verificadas as condições para tanto, deixar espaços da vida social e economia livres de qualquer intervenção ou regulação. Deve, no entanto, estar sempre atento para que esta liberdade não prejudique os interesses da sociedade como um todo, de forma que a liberdade só possa existir enquanto for mais benéfica para a sociedade do que a regulação estatal, inclusive tendo em vista a natural e às vezes desmedida ambição dos homens In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense 2006. p.61.

³²⁶ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. – Rio de Janeiro: Renovar. 2006.

³²⁷ SARMENTO, Daniel. *Colisão Entre Direitos Fundamentais e Interesses Públicos*, op. cit.,p.310.

³²⁸ BARROSO, Luiz Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo - Os conceitos fundamentais e a Construção do Novo Modelo*.Rio de Janeiro:Renovar, 2009, p.70

[...] quando há confronto entre interesse público primário e consubstanciado em uma norma coletiva e o interesse público primário que se realiza mediante a garantia de um direito fundamental, A liberdade de expressão pode colidir com a manutenção de padrões mínimos de ordem pública; o direito de propriedade pode colidir com o objetivo de construir um sistema justo e solidário no campo; a propriedade industrial pode significar um óbice a uma eficiente proteção a saúde; a justiça pode colidir com a segurança etc. Na solução desse tipo de colisão, o intérprete deverá observar, sobretudo, dois parâmetros: a dignidade humana e a razão pública.³²⁹

Neste caso, Barroso apela para teoria da razão pública de Rawls, limitando a interpretação do interesse público a valores políticos fundamentais consagrados na Constituição, bem como o princípio da dignidade humana como limitador da atuação coletiva, consignando que se a concretização de uma política depender da violação da dignidade de uma única pessoa, tal política não pode ser privilegiada em face do indivíduo.³³⁰

O referido posicionamento pode ser aceito parcialmente. Luis Roberto Barroso quando impõe à permanência da supremacia do interesse público, esvazia completamente a sua superioridade quando o limita a um princípio geral e abstrato em relação a outros princípios gerais como a dignidade da pessoa humana e os valores políticos fundamentais. Se a supremacia do interesse público só vale quando não interferir nesses princípios, e que grande parte dos direitos fundamentais individuais são valores políticos fundamentais ou decorrem da dignidade humana, na verdade o interesse público não é supremo, supremo seria a determinação de concretização de determinados direitos fundamentais.

Veja, Barroso acredita que o interesse público primário abarca todas as modalidades de direitos fundamentais sejam coletivos ou individuais, e quando o Estado satisfaz um em detrimento do outro deve apelar para razão pública e dignidade da pessoa humana, sem os quais não será válido o ato. Neste caso, não se trata de supremacia, mas de justificação do interesse público, em que o Estado como garantidor fundamental deve observar determinadas condições para mitigar um direito individual, e caso elas não estejam presentes o ato que emana o interesse público não será válido. O problema ocorre quando se verifica a existência de interesses públicos coletivos que veiculam interesses públicos fundamentais conexos a dignidade da pessoa humana e valores fundamentais políticos que se sobrepõem a direitos individuais de igual conteúdo. Por exemplo, a discriminação positiva através de cotas encontra-se nesse limiar, uma vez que representa um verdadeiro direito coletivo que visa à eliminação da desigualdade, concretizando um valor político e a conseqüente valorização da

³²⁹ Ibidem, p.71

³³⁰ Ibidem, p.73

dignidade humana. Ora, nesse caso o direito fundamental à igualdade de vários indivíduos foi mitigado em prol do interesse público, sem que com isso ocorresse uma violação a um direito fundamental ou a dignidade da pessoa humana, mas uma ampliação das margens democráticas no que tange a participação de determinados grupos excluídos.

Luis Roberto Barroso destaca que o Estado ainda é o protagonista do interesse público, já que deve garantir o interesse público e liberdades individuais. Contudo, protagonismo não significa exclusivismo, muito menos o conceito de Estado encontra-se limitado ao âmbito administrativo, conforme destaca Andreal J. Krell:

Ainda que o poder Estatal não detenha o monopólio de definir o interesse público de maneira unilateral, é seu dever garantir a participação das populações interessadas nos respectivos procedimentos administrativos. Somente o Estado possui a “capacidade concentrada de deliberar, politicamente, sobre alocação de bens, direitos, oportunidades e recursos amealhados junto a coletividade”. Ele continua sendo principal ator na concretização do interesse público, que tem de ser efetivada a partir e na base dos valores positivados pelo ordenamento jurídico do respectivo país.³³¹

Neste ponto fica evidente que o interesse público encontra-se constitucionalizado e visa concretizar valores políticos fundamentais, contudo ele não pode ser concebido como supremo, mas como detentor de uma predominância vinculada à ordem constitucional. Ou seja, o Estado encontra-se vinculado à realização dos valores constitucionais, e quando esses valores se chocam ante a pluralidade de interesses, exige-se uma ponderação para concretização do próprio bem comum. “O interesse público exige no caso concreto deve ser determinado mediante uma ponderação que inclua todos os interesses relevantes, públicos ou privados; entre estes não há diferença fundamental, já que os dois podem influenciar a concretização do bem comum.”³³²

Ante a pluralidade de interesses garantidos na Constituição, a divisão entre interesse público primário e secundário perde sua razão de ser no campo da legitimação dos atos estatais, já que a própria dicotomia entre público e privada foi dissipada³³³ pela Constituição

³³¹ KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: Limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos*. 2ª Ed. Porto Alegre: 2013, p. 128

³³² *Ibidem*, p. 131

³³³ Cf. Andreas J. Krell, “não cabe, portanto, injetar rigidez na distinção entre interesses públicos e privados, uma vez que o Estado Democrático moderno somente pode ser constituído com a colaboração da própria sociedade; não há dicotomia, mas apenas “diferenciação funcional” entre eles. Ao contrário dos tempos do Estado liberal clássico, hoje, os órgãos estatais devem, inclusive, cuidar da consideração adequada aos interesses insuficientemente organizados ou sub-representados na sociedade. In: KRELL, Andreas J.

ao estabelecer uma fundamentalidade a determinados direitos individuais. Barroso, nesse caso pretende preencher o interesse público primário com todos os valores fundamentais, acreditando assim, que o referido princípio recuperaria a supremacia de outrora. Contudo, analisando o contexto em que Renato Alessi desenvolveu sua tese, constatamos que sua preocupação ao formular a separação de interesses foi a organização da administração pública e a tutela dos limites da opressão dos governantes, partindo da premissa que “a administração, normalmente, se apresenta como poder soberano (*poder de império*) frente aos particulares. Por tanto, compete a administração pública, normalmente, o poder de fazer prevalecer coativamente sua vontade sobre os particulares, concretizando assim, o poder de império”³³⁴. Notadamente, Alessi estava se referindo ao Estado pós-guerra governado pelo regime fascista de Mussolini³³⁵, pretendendo limitar a atuação arbitrária da administração pública através da legalidade³³⁶, evitando que o exercício do poder de fato legitimasse os atos públicos. Com a referida intenção, Renato Alessi parte de dois pressupostos: o primeiro que descreve que a supremacia administrativa deve realizar-se com fundamento na lei, e o poder administrativo de emanar um ato de produção jurídica deve proteger os particulares contra os arbítrios e as opressões dos governantes, já o segundo conecta-se com a função do poder e a realização de determinados interesses, em que os interesses públicos cuja satisfação estivessem a cargo da administração seriam a manifestação do interesse da própria administração, assim entendida como aparato administrativo em uma determinada organização jurídica da coletividade.³³⁷ Deste modo, Alessi vai propor que a “administração poderá fazer prevalecer coativamente os interesses públicos (cujo cuidado tenha confiado) sobre os interesses individuais, somente quando se tratar de interesses cuja prevalência haja sido estabelecida pessoalmente por um ato primário legislativo cuja aplicação concreta, pressuponha, precisamente, um futuro ato concreto por parte da administração (princípio da legalidade).”³³⁸

Barroso quando utiliza a proposição de Alessi, substitui o conteúdo do interesse público primário por valores constitucionais coletivos e individuais, não se tratando apenas de

Discricionarieidade administrativa e conceitos legais indeterminados: Limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos, 2013, p. 132.

³³⁴ ALESSI, Renato. *Instituciones de Derecho Administrativo*, Tomo I. Barcelona, 1970. p.181

³³⁵ KRELL, Andreas J. *Discricionarieidade administrativa e conceitos legais indeterminados: Limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos*, op.cit., p. 152

³³⁶ Segundo Renato Alessi: “Em las modernas formas de Estado rige el principio de que el derecho objetivo debe regular toda exteriorización de vida y de La actividade estatal, por lo que el poder de império del Estado no puede concibirse como mero poder de hecho, sino como un poder jurídico, es decir, como um poder fundado em el Derecho objetivo y ejercitado dentro de los limites señalados por el derecho.” In: ALESSI, Renato, op.cit., p.183

³³⁷ ALESSI, Renato. *Instituciones de Derecho Administrativo*, 1970. p.183-184

³³⁸ *Ibidem*, p.182

um dever de proteção ou abstenção, mas de promoção de direitos fundamentais. Nesse caso, quando o autor conecta supremacia da constituição com supremacia do interesse público, o que é supremo não é o interesse público *stricto sensu*, mas o próprio conceito normativo de constituição (como conceito de interesse público *latu sensu*), o que, na forma como coloca o autor é inegável. Assim, o que Barroso propõe é que o interesse público do campo administrativo que estava consubstanciado pelo princípio da legalidade, seja deslocado para o campo da supremacia da constituição, continuando a ser supremo, já que o seu conteúdo não serve apenas para legitimar atos administrativos, mas para promover interesses públicos fundamentais individuais e coletivos.

Nesse caso, a transferência do núcleo dos direitos fundamentais para o princípio do interesse público primário cria um problema de contradição epistêmica, explico. Se todos os direitos que se encontram no interior do interesse público primário possuem supremacia, e se valores políticos fundamentais e a dignidade da pessoa humana limitam a atuação dos direitos fundamentais coletivos em detrimento dos direitos fundamentais individuais, o que Barroso estaria a afirmar é que tais direitos fundamentais individuais são intransponíveis, ou seja, esses interesses é que seriam supremos e não os coletivos, logo a tese de subsistência não é do interesse público coletivo, mas dos direitos fundamentais individuais.³³⁹

Luis Roberto Barroso concebe os direitos fundamentais permeados pelo princípio da dignidade da pessoa humana como absolutos não sendo restringido em nenhuma hipótese, criando uma verdadeira imponderabilidade entre os interesses. Contra esta teoria pode-se destacar que ela não apresenta uma solução viável, já que “é quase impraticável definir a essência do direito fundamental, discernindo-a do seu campo periférico de proteção. E aduz-se, ainda que, existiriam situações de vida em que fatalmente ocorreria o confronto entre núcleos essenciais de dois direitos fundamentais, ou entre núcleo essencial de um direito fundamental e outro princípio constitucional.”³⁴⁰

Conforme já exposto, não se adota à teoria da supremacia seja ela individual ou coletiva, mas na ponderação erigida através de uma razão pública imparcial que respeita os

³³⁹ Nesse sentido Robert Alexy explica que os “Princípios podem se referir a interesses coletivos ou a direitos individuais. Se um princípio se referir a interesses coletivos e é absoluto, as normas de direitos fundamentais não podem estabelecer limites jurídicos a ele. Assim, até onde o princípio absoluto alcançar não pode haver direitos fundamentais. Se o princípio absoluto garante direitos individuais, a ausência de limites desse princípio levaria à seguinte situação contraditória: em caso de colisão, os direitos de cada indivíduo, fundamentados pelo princípio absoluto, teriam que ceder em favor dos direitos de todos os indivíduos, também fundamentados pelo princípio absoluto. Diante Disso, ou os princípios absolutos não são compatíveis com direitos individuais, ou os direitos individuais que sejam fundamentados pelos princípios absolutos não podem ser garantidos a mais de um sujeito de direito.” In: ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 111

³⁴⁰ SARMENTO, Daniel. *Colisão Entre Direitos Fundamentais e Interesses Públicos*, op.cit., p.316.

interesses de todos os indivíduos afetados atreves de uma deliberação pública que garanta de forma igual a influencia de todos na concepção do bem comum. Os valores expressos na Constituição não são absolutos, podendo em determinados casos se comprimirem ou distenderem sem que haja o rompimento da ordem jurídica Constitucional. Assim os direitos fundamentais devem ser expressos de forma *dúctil*, como destacou Gustavo Zagrebelsky:

*La coexistencia de valores y principios, sobre La que hoy debe basarse necesariamente una Constitución para no renunciar a sus cometidos de unidad e integración y al mismo tiempo no hacerse incompatible con su base material pluralista, exige que uno de tales valores y principios se assuma con carácter no absoluto, compatible con aquellos otros con los que debe convivir. Solamente asume carácter absoluto el matavalor que se expresa em el doble imperativo del pluralismo de los valores (em lo tocante al aspecto substancial) y La lealtad en su enfrentamiento (em lo referente al aspecto procedimental)*³⁴¹

O interesse público é um “complexo multifacetado”³⁴², ante a multiplicidade de interesses que se encontram no seio da sociedade, sejam eles primários, secundários, coletivos, individuais, sociais, gerais ou especiais. Dizer que um princípio deve ser interpretado de forma casuística, absolutamente independente do caso concreto, é presumir que todos os outros interesses estariam subalternizados a um interesse público supremo e abstrato, renegando a Constituição como norma fundamental vinculativa.

Neste sentido, quando se privilegia o interesse público em desfavor de outro interesse, não se pode afirmar que a prevalência se deu por uma supremacia *a priori*, mas pela verificação do “princípio jurídico da ponderação com as desvantagens dos interesses objetivos de menos relevância”³⁴³ Neste sentido, o princípio da supremacia do interesse público não é absoluto, devendo ser proporcional e legal, na lição de Paulo Ricardo Schier³⁴⁴:

A Constituição autoriza que lei (infraconstitucional) restrinja o interesse particular, em determinadas situações, em favor do interesse público. Neste caso, sempre deverá cobrar-se observância da razoabilidade, proporcionalidade, proibição do excesso e preservação do núcleo essencial. Formalmente, a autorização deverá ser expressa etc. É a situação típica do art. 5º, XII (sigilo de dados e comunicações telefônicas). Note-se que o interesse público, aqui, mesmo quando justifica a restrição do interesse particular, não é absoluto. O interesse público prevalece em certas condições materiais (necessidade, adequação e proporcionalidade estrita etc.) e formais

³⁴¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos e justicia*. 9ª Ed. Torino/Espanha: Trota, 2009, p.14.

³⁴² I SARMENTO, Daniel. Colisão *Entre Direitos Fundamentais e Interesses Públicos*, op.cit., p.316.

³⁴³ Idem, p.427

³⁴⁴ SHIER, Paulo Ricardo. *Ensaio sobre a Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Regime Jurídico dos Direitos Fundamentais*. In: SARMENTO, Daniel (Org). *Interesse Público versus Interesse Privado: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Lumen Juris. 2010, p.239

(fim de instrução processual penal ou investigação criminal, na forma da lei, por autorização judicial...). Sem as condições, o interesse público sucumbe. Logo, reitere-se, não é absoluto.

A questão apresenta contornos mais relevantes, já que os direitos fundamentais apresentam-se como cláusulas pétreas, limitando o poder do próprio constituinte derivado. Nesse sentido, existe uma “reserva de justiça”³⁴⁵ na constituição que impede a violação de determinados direitos, dotando-os de uma superconstitucionalidade. Nesse sentido, o ônus argumentativo não pode ser invertido, existindo uma “*precedência prima facie*” dos direitos fundamentais em relação aos interesses públicos não vinculados aos direitos fundamentais, neste caso “o interesse público pode até prevalecer diante do direito fundamental, após um detido exame calcado, sobretudo no princípio da proporcionalidade, mas para isso serão necessárias razões mais fortes do que aquelas que permitiriam a vitória do direito fundamental”.³⁴⁶ Isso porque, quando o interesse público discutido também for vinculado a um direito fundamental não haverá que se falar em precedência, mas em justificação, já que ambos defluem de um status normativo privilegiado de igual proporção, logo, a fundamentação da escolha deve ser a mais racional possível.

Utilizando do conceito de restrição de Robert Alexy, em que “restrições a direitos fundamentais são normas que restringem uma posição *prima facie* de direito fundamental”³⁴⁷, no âmbito normativo, ou seja, na perspectiva de regras e princípios formuladas pelo próprio autor, poder-se-ia avançar a ideia de limitação dos direitos fundamentais, contudo essas restrições só são possíveis se forem compatíveis com a Constituição. Nesse contexto, para análise da restrição faz-se necessário distinguir entre normas de competência que fundamentam a competência do Estado para criar normas proibitivas diretamente estabelecidas na Constituição, das normas de competências que fundamentam competências indiretas, como por exemplo, decretos, regulamentos e atos administrativos, sendo que estas ao contrário daquelas não restringem liberdades fundamentais. Alexy vai explicar que “uma regra (compatível com a Constituição) é uma restrição a um direito fundamental se, com sua vigência, no lugar de uma liberdade fundamental *prima facie* ou de um direito fundamental *prima facie* surge uma não liberdade definitiva ou um não direito de igual conteúdo.

³⁴⁵ Oscar Vilhena Vieira destaca que a superconstitucionalização dos direitos que protegem e garantem a autonomia privada, a instituição do Estado de Direito, um rol de direitos essenciais que visam a proteção da igualdade e da dignidade dos cidadãos como efetiva participação na vida pública e conferir aos direitos sociais garantias instrumentais para um verdadeiro *status* de direitos morais, constituem uma verdadeira reserva de justiça da Constituição. In: VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição como Reserva de Justiça. (um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma)*: São Paulo: Malheiros. 1999. p.224-233

³⁴⁶ SARMENTO, Daniel. *Colisão Entre Direitos Fundamentais e Interesses Público*, op.cit. p.312

³⁴⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, op.cit., p.281

Parodiando o exemplo de Alexy, caso não existisse uma limitação de dirigir após o consumo de bebida alcoólica (acima da quantidade permitida), o titular do direito fundamental teria com base no princípio da liberdade, um direito *prima facie* para dirigir após o consumo de álcool. Assim que a proibição passa a existir, uma posição de não-liberdade nasce em face do Estado. Essa regra então, “é uma restrição a um direito fundamental, porque em virtude de sua vigência surge, no lugar da liberdade *prima facie*, uma não liberdade definitiva de igual conteúdo.”³⁴⁸

Os princípios também podem ser restrições a direitos fundamentais, quando o Tribunal Constitucional dispõe que “direitos fundamentais de terceiros e outros valores jurídicos de hierarquia constitucional também podem restringir direitos fundamentais, ele faz restrições a direitos fundamentais que tem caráter de princípios.”³⁴⁹ Os princípios por si sós não possuem a capacidade de restringir os direitos e liberdades fundamentais, nesse caso faz-se necessário a técnica do sopesamento entre o princípio constitucional atingido e os princípios constitucionais que os restringem, e a regra formulada pelo sopesamento (aplicação da máxima da proporcionalidade) seria uma restrição ao direito fundamental, e não o princípio em abstrato. Logo, “um princípio é uma restrição a um direito fundamental se há casos em que ele é uma razão para que, no lugar de liberdade fundamental *prima facie* ou de um direito fundamental *prima facie*, surja uma não liberdade definitiva ou um não direito definitivo de igual conteúdo.”³⁵⁰

Exemplificando, verifica-se que o direito a liberdade de expressão é amparado pelo princípio da fundamental da liberdade, nesse caso manifestar-se é um ato humano digno de proteção constitucional, logo uma não-liberdade deve preencher o requisito de igual conteúdo. Assim, quando o STF no caso *Ellwanger* discutiu a liberdade de expressão e a prática racismo, foi obrigado a limitar o princípio constitucional através de uma ponderação com um princípio de igual conteúdo, destacando que “as liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem se exercidas de maneira harmônica, observando os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, §2º, primeira parte)”³⁵¹. No caso em conflito a livre manifestação do pensamento representa um direito individual (art.5º, IV da CFRB/1988), e a promoção do bem de todos sem preconceitos com a conseqüente punição pelo crime de racismo representam um legítimo interesse público (artigos. 3º, IV, e 5º, XLII

³⁴⁸ Ibidem, p.283

³⁴⁹ Ibidem, p.284

³⁵⁰ Ibidem. P. 284-285.

³⁵¹ Precedente: HC 82.424, DJ 19 mar. 2004, Rel. originário Min. Moreira Alves, Rel. p/ o acórdão Min. Mauricio Corrêa. Brasil:STF

da CFRB/1988), tais princípios são iguais materialmente, sendo que o primeiro veicula uma liberdade e o segundo uma não-liberdade proporcional. Dessa forma, a limitação a um direito individual se torna legítimo quando apreciada pelo prisma da máxima da proporcionalidade, restando legitimada pelo enunciado de uma regra para aquele caso concreto, em que a liberdade de expressão é limitada quanto à apologia de valores raciais sensíveis a Constituição.

Com efeito, concordamos com Gustavo Binimbojm ao destacar que “o que se está a afirmar é que o interesse público comporta, desde a sua configuração constitucional, uma imbricação entre interesses difusos da coletividade e interesses individuais e particulares, não se podendo estabelecer a prevalência teórica e antecipada de uns sobre os outros.”³⁵²

O que se pretende não é a revogação do interesse público do ordenamento jurídico, muito menos uma supremacia do cidadão sobre o Estado, ou vice-versa, mas uma verdadeira ponderação democrática que deve ocorrer entre os atos de império da administração e a proteção e a eficácia de direitos fundamentais ³⁵³, garantindo uma maior efetividade do Estado Democrático de Direito, conforme a auspiciosa lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

Assim entendida a democracia, em sua faceta substantiva, como um permanente diálogo da sociedade com seu aparelho governante, é pela interação, formal e informal, entre todos os Órgãos, públicos e privados, estendida a toda cidadania, que as decisões estatais se tornarão não apenas legais, mais sobre tudo, legítimas, no sentido de que apliquem o poder estatal harmonicamente com a ponderação dos valores, interesses, necessidades e aspirações do grupo nacional.³⁵⁴

A sociedade não se encontra a mercê do Estado, uma vez que cabe ao mesmo garantir a ordem social e o bem comum através da implementação dos direitos esculpidos na carta constitucional. Não se justifica que o Estado utilize o referido princípio para legitimar ações

³⁵² BINENBOJM, Gustavo. *Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade*: Um novo paradigma para o Direito Administrativo In: SARMENTO, Daniel (Org). *Interesse Público versus Interesse Privado: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Lumen Juris. 2010.p.151

³⁵³ Neste sentido, a lição de Dirley Da Cunha Junior: “O Direito administrativo contemporâneo não pode mais conviver com o argumento de autoridade. O Princípio da autoridade cede lugar ao princípio da dignidade da pessoa humana, razão por que o pensamento jurídico atual tem exigido cada vez mais a presença de um Direito Administrativo fundado na Dignidade da Pessoa Humana, de modo que o próprio interesse da coletividade deve ser harmonizado e, quando em conflito, ponderado com os direitos e interesses individuais de seus membros, afastando-se da ideia de uma supremacia *prima facie* do interesse público. Como isso não se nega a importância do princípio em estudo. Na verdade, se lhe atribuiu um sentido mais dinâmico e coerente com os fenômenos do *Neoconstitucionalismo* e da Constitucionalização do Direito Administrativo, que tem, entre suas estrelas, a centralidade dos direitos fundamentais da pessoa humana”. In: CUNHA JUNIOR, Dirley da.. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª Ed. Bahia. Juspodivm. 2009, p.37.

³⁵⁴ MOREIRA NETO, Diogo Moreira. *Poder, Direito e Estado. O direito administrativo em tempos de globalização*, op. cit., p.142.

que contrariem o disposto na própria Constituição. Como bem destacou Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, “o papel do interesse geral que, com supedâneo nos postulados do pensamento aberto, plural, dinâmico e complementar, aconselha o trabalho, já iniciado há alguns anos entre nós, de adequar nossas instituições á realidade constitucional. Tarefa que se deve empreender sem preconceitos e sem nostálgicas tentativas de conservar radicalmente conceitos e categorias que hoje não se encaixam nos parâmetros constitucionais.”³⁵⁵

Como destacado, perfilha-se o entendimento que o “interesse geral encontra-se precisamente na promoção dos direitos fundamentais”³⁵⁶, e que tais direitos podem ser subdivididos em coletivos e individuais, e que podem entrar em conflito. Esses interesses plurais que se encontram dispersados na comunidade política são catalisados pela Constituição através do processo de formação do bem comum, em que todos os interesses fundamentais devem ser analisados com igual deferência, sem que o ônus argumentativo seja de forma alguma privilegiado em detrimento do outro, mas que as razões possam ser dispostas de forma imparcial e com respeito. O Estado tem o dever de justificar a limitação de um direito fundamental individual, sob pena de ferir não só os referidos direitos, mas o próprio conceito de soberania popular, restando consignado que todos os direitos são passíveis de ponderação.

Percebe-se claramente que as críticas à mitigação da supremacia do interesse público não conseguem demonstrar que a proposta da ponderação possa ser negativa para a democracia, assim os argumentos aduzidos e defendidos até o momento demonstram que a doutrina do princípio do interesse público constitucional é totalmente compatível com ordenamento jurídico brasileiro, e que a supremacia do interesse público é uma *contradictio in terminis*, não sendo possível a imposição de uma concepção de interesses *a priori*, sem que ocorra a violação da própria ordem constitucional. O princípio do interesse público deve ser entendido como um princípio geral vinculado a premissas constitucionais, validando a aplicação, interpretação e ponderação do direito administrativo, salvaguardando os verdadeiros direitos coletivos públicos, cujo fim precípua encontra-se na realização da dignidade do ser humano e dos direitos fundamentais.³⁵⁷

³⁵⁵ MUÑOZ, Jaime Rodríguez- Arana. *Direito Fundamental à boa administração pública*. Trad. Dael Wunder Hachem. Belo Horizonte: Forum, 2012. P.142.

³⁵⁶ Ibidem, 2012, p.145

³⁵⁷ Cf. Otto Bachof (*et al*): “Verdadeiros interesses coletivos públicos são interesses inequívocos da comunidade. Estes interesses orientam-se para a existência de uma ordem social pacífica, para a salvaguarda da dignidade do ser humano, para a possibilidade da posse, de propriedade e de relações jurídicas (Rechtsverkehr), para a possibilidade e a promoção da imagem, da cultura, da economia e do meio ambiente; em suma, para a criação e salvaguarda de uma situação jurídica material que se conforme às

Em breve síntese, o princípio da supremacia do interesse público deve ser visto sob uma nova vertente axiológica, ao fito de solucionar as dicotomias apresentadas, visando uma releitura do direito administrativo a luz da constituição, desmistificando a visão apriorística do princípio diante da tutela constitucional dos direitos fundamentais

O próximo capítulo pretende analisar as questões referentes à judicialização do interesse público, verificando a relação entre direito e política na formulação do bem comum. Nesta concepção, serão abordadas tanto as questões políticas e jurídicas que envolvem a formulação do bem comum através da análise deliberativa, destacando que o interesse público se manifesta através das políticas públicas e dos direitos sociais, e que estas políticas podem ser analisadas pelo ângulo do judiciário como arena deliberativa.

Deste modo, o interesse público será parametrizado a fim de confirmar as posições expostas até aqui, bem como colocar a prova a concepção de que o interesse público deve ser visto e revisto tanto pelo viés da filosofia política, quanto pelo direito, revelando os elementos de justiça no âmbito do Estado Democrático de Direito.

CAPÍTULO 4

A JUDICIALIZAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 delimitou a formulação das agendas governamentais determinando como interesse público a criação de políticas públicas comprometidas com um “Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”³⁵⁸. O grau de vinculação do constituinte originário revela que as políticas públicas brasileiras devem personificar os mandamentos constitucionais. O nível de conformação do espaço político foi preenchido por valores da Constituição gerando uma arena política judicializada, transformando o judiciário em um espaço público deliberativo, no qual o Supremo Tribunal Federal – STF vem exercendo nos últimos anos um papel político proeminente.

Neste sentido, o presente capítulo pretende analisar a judicialização das políticas públicas diante do processo deliberativo democrático, em que o judiciário serve de espaço público para construção e formulação de políticas públicas. Para tanto, verificar-se-á o papel do STF como uma arena política para o debate público através da análise institucional deliberativa, na perspectiva da Democracia Constitucional Brasileira pós 1988, que vinculou a agenda pública dos atores governamentais à realização de direitos sociais e individuais.

Tais questões representam a face juspolítica do interesse público no Estado democrático de direito, uma vez que o cenário político e jurídico encontram-se abarcados pela problemática do constitucionalismo e da democracia da formação do bem comum. Com isso, o desfecho da investigação pretende comprovar que a democracia deliberativa pode ser uma solução razoável na tomada de decisões e de escolhas públicas. A revisão e a exploração teórica proposta até aqui serviram como substrato para uma redefinição do papel do interesse público na formação da vontade coletiva concebida, agora, sob o prisma democrático deliberativo.

³⁵⁸ Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil: Brasília, 5 de outubro de 1988.

4.1 - *Políticas Públicas Como Manifestação Concreta Do Interesse Público Constitucional*

O interesse público também pode ser analisado de forma concreta, para isso, torna-se necessário a compreensão factual no âmbito das sociedades democráticas. Conforme analisado anteriormente, o “bem comum” encontra-se nas perspectivas políticas e jurídicas, mas é através das políticas públicas que a fusão entre direito e ciência política ocorre, ou seja, a corporificação do interesse público se dá através de políticas públicas. Maria Paula Dallari Bucci destaca que “as políticas públicas devem ser vistas também como processo ou conjunto de processos que culmina na escolha racional e coletiva de prioridades, para definição dos interesses públicos reconhecidos pelo direito”.³⁵⁹ Assim, o conceito de políticas públicas encontra-se vinculado ao do interesse público, conseqüentemente, a questão da judicialização do interesse público implica na análise do conceito de políticas públicas.

Para tanto, deve se destacar que o conceito de política pública teve uma grande influência da ciência política americana, não havendo uma univocidade quanto a sua definição. John W. Kingdon de forma simplificada define políticas públicas como “um conjunto de processos, incluindo pelo menos: o estabelecimento de uma agenda; a especificação das alternativas a partir das quais as escolhas são feitas. Uma escolha final entre essas alternativas específicas, por meio de votação no legislativo ou decisão presidencial; e a implementação dessa decisão.”³⁶⁰ Celina Souza destaca que não existe uma única, ou melhor, definição sobre políticas públicas, mas que geralmente a análise gira em torno de atos de governo, destacando que “do ponto de vista teórico conceitual, a política pública em geral e a política social em particular são campos multidisciplinares, e seu foco está nas explicações sobre a natureza da política pública e seus processos. Por isso, uma teoria geral da política pública implica a busca de sintetizar teorias construídas no campo da sociologia, da ciência política e da economia.”³⁶¹ Nessa mesma linha, a definição de Thomas R. Dye, ao destacar as políticas públicas como uma escolha governamental entre “o que fazer” ou “o que não fazer”, configurando um processo de escolhas que regulamentam e organizam a sociedade.³⁶²

³⁵⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. 1ª Ed. 2ª Tir. São Paulo: Saraiva, 2006, p.264.

³⁶⁰ KINGDON, John W. *Agendas, Alternativas, and Public Policies*. 2nd Edition. Harper Collins College Publishers, 1995. In SARAIVA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete. *Políticas Públicas - Coletânea*, Vol 1, 2007.

³⁶¹ SOUZA, Celina. *Políticas Públicas: uma revisão da literatura*. In: *Sociologias*, Porto Alegre, Ano 8, nº16, jul/dez, 2006, p.25.

³⁶² DYE, Thomas R. *Understanding public policy*. 14th ed. United States: Parson Education Inc, 2013, p.3.

Nesse passo, verifica-se que a tradição da ciência política no que tange a análise de políticas públicas esteve mais preocupada com sua definição enquanto modelo e estrutura de análise, do que uma definição substantiva que descreva o conteúdo das políticas públicas. Apesar de utilizar-se do modelo institucional deliberativo na análise do item 4.4³⁶³, a questão posta tende a destacar a vinculação dos direitos constitucionais com as políticas públicas.

No Brasil, boa parte dos cientistas políticos formularam suas definições com base nas propostas dos politólogos americanos, que ao tratarem da matéria realizaram uma ampla divisão no que tange o conteúdo, focando as análises nas formas e ciclos da política pública. Contudo, com o avanço do constitucionalismo e da análise multidisciplinar, alguns autores buscaram uma definição jurídica das políticas públicas, a fim de adequá-las ao sistema jurídico contemporâneo. Nesse sentido, destaca-se a análise de Maria Paula Dallari Bucci:

Política pública é um programa de ação governamental que resulta de um processo ou um conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para realização de objetos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo em que se espera o atingimento dos resultados.³⁶⁴

Destarte os pontos abordados pela autora em sua definição, deve se destacar que sua teoria pretende delinear um espaço epistemológico novo para o direito, ante a “necessidade de compreensão das políticas públicas como categoria jurídica se apresenta à medida que se buscam formas de concretização dos direitos humanos, em particular dos direitos sociais.”³⁶⁵ Apesar da autora buscar o fundamento para uma teoria jurídica das políticas públicas dentro do campo epistêmico do direito, e não necessariamente na análise multidisciplinar, não há dúvidas que o seu trabalho foi pioneiro tanto quanto a abordagem metodológica e as definições apresentadas.

³⁶³ Vide: SECHI, Leonardo. *Políticas Públicas: Conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. São Paulo: Cengage Learning, 2012.

³⁶⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari. *O conceito de Política Pública em Direito*. BUCCI, Maria Paula Dallari. *O Conceito de Política Pública em Direito*. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.) *Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p.39

³⁶⁵ *Ibidem*, p.3

Nesse cenário, também se destaca as críticas levantadas por Diogo R. Coutinho³⁶⁶ que ao analisar “o direito nas políticas públicas”, promove “uma provocação aos juristas brasileiros”, uma vez que a análise empreendida por acadêmicos, juristas, magistrados e demais atores do campo do direitos encontra-se distante do ponto de vista acadêmico, acarretando uma visão empobrecida do controle social e da participação nas políticas públicas no Brasil. O autor aponta que a análise das políticas públicas encontra-se limitada a um direito administrativo anacrônico de matiz liberal, cujas raízes ainda encontram-se no direito francês do século XX, destacando ainda que:

Para os juristas administrativistas as políticas públicas são, em regra, formalmente traduzidas como uma sucessão de atos administrativos e não como um continuum articulado e dinâmico, estruturado em torno de fins previamente articulados a meios (Bucci, 2002, 18). Essa visão fragmentária impõe limitações severas á compreensão de políticas públicas como planos de ação prospectivos que, para serem efetivos e eficazes, precisam de alguma dose de flexibilidade e revisibilidade (isto é, serem dotados de mecanismos de auto-correção), já que estão em permanente processo de implementação e avaliação.³⁶⁷

Identificando ainda, que grande parte dos juristas brasileiros tendem a permanecer em uma zona de conforto, vinculando as políticas públicas aos atos administrativos, gerando um verdadeiro déficit no que tange a eficácia e efetividade dos direitos constitucionalmente garantidos. Note-se que no capítulo anterior foi debatido o problema da centralidade do direito administrativo quanto à interpretação do interesse público, abordando a questão diante das novas perspectivas constitucionais, não focalizadas única e exclusivamente pelo viés administrativo, mas sob uma dinâmica multidisciplinar que possa abordar o conceito de interesse público sob várias perspectivas. Neste caso, o problema parece o mesmo, já que a análise das políticas públicas se encontra desconectada do ponto de vista objetivo, ou seja, do próprio interesse público, limitada ao âmbito da discricionariedade e vinculação dos atos administrativos como única forma de legitimação.

Nesse sentido, a fim de solucionar tal problema metodológico, o autor analisa o direito nas políticas públicas sob quatro vieses. No primeiro, o objetivo do direito é indicar uma diretriz normativa que delimita de forma geral o dever a ser perseguido em termos de ação governamental. “E ao serem juridicamente moldadas, as políticas públicas passam, *a priori*

³⁶⁶ COUTINHO, Diogo R. *O Direito nas políticas públicas*. Disponível em <http://www.cebrap.org.br/v2/items/view/766>: Acesso em 9 de janeiro de 2014.

³⁶⁷ Idem.

e/ou *a posteriori* pelos crivos de constitucionalidade e legalidade, que situam como válidas ou não em relação ao conjunto normativo mais amplo.”³⁶⁸ No segundo, o direito é analisado sob a dimensão institucional das políticas públicas, sendo responsável pela viabilização e articulação entre os atores e a organização dos programas institucionais. A terceira via de análise, o direito é utilizado como ferramenta de políticas públicas na seleção e formação de meios empregados para execução e modelagem de uma determinada política pública. Nesse aspecto, “o direito não apenas pode ser entendido como conjunto de meios pelos quais os objetivos últimos da política pública são alcançados, mas também como regras internas que permitem a calibragem e a auto-correção operacional dessas mesmas políticas.”³⁶⁹ Por fim, autor apresenta o direito como vocalizador das demandas em políticas públicas, em que o direito deve prover mecanismos de deliberação, participação, colaboração e decisão conjunta, a fim de que as políticas públicas possam ser formadas com base em uma argumentação aberta a sociedade.

Corroborando a proposta empreendida, Cláudio Gonçalves destaca que a Constituição “estipula os conteúdos legítimos das políticas públicas que resultam no jogo político – determinando quais programas de ação governamental poderão ser iniciados, interrompidos, alterados ou prosseguidos.”³⁷⁰ Assim, o interesse público absorvidos pela Constituição vinculam a análise das políticas (*policy*) quanto ao seu conteúdo, bem como o processo político de formulação (*politics*). Para verificar as políticas públicas nas democracias constitucionais é necessário entender a vinculação entre governo, democracia e governabilidade. Logo, a vinculação constitucional a um programa específico de Estado democrático tende a imprimir um determinado ideal na formação de políticas públicas, gerando um compromisso com as normas fundamentais inseridas pela carta constitucional.

Nesse sentido, Thiago Lima Breus destaca que “as políticas públicas como mecanismo por excelência de ação estatal, estar-se-á divulgando um discurso jurídico de efetivação das normas constitucionais, em especial dos direitos fundamentais sociais, haja vista que eles terão um meio adequado e abrangente para serem realizados.”³⁷¹ O autor trata a questão ante as novas vertentes do constitucionalismo brasileiro, destacando a força normativa e a supremacia da constituição, bem como a realização de uma constituição permeada por direitos

³⁶⁸ Ibidem, p.19-20.

³⁶⁹ Ibidem, p.21.

³⁷⁰ COUTO, Cláudio Gonçalves. *Política Constitucional, Política Competitiva e Políticas Públicas*. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.) *Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p.97.

³⁷¹ BREUS, Thiago Breus. *Políticas Públicas no Estado Constitucional. Problemática da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública brasileira contemporânea*. Belo Horizonte: Editora Forum.2007, p.205.

fundamentais propicia uma catalisação das políticas públicas no Estado Constitucional, destacando que:

A inserção dos princípios no ordenamento jurídico do Estado constitucional propicia ainda o dirigismo da Constituição, que atua como norte para atuação do aparato administrativo por meio do estabelecimento e da implementação de políticas públicas, que se tornam o meio político jurídico por excelência à disposição do Estado para atendimento aos elementos programáticos da Constituição, que, nos países de modernidade tardia como o Brasil, permanecem plenamente vigentes.³⁷²

A maximização de direitos e a eventual ampliação do Estado na consecução de direitos prestacionais elevam a análise da política pública à seara do dirigismo político da Carta Constitucional de 1988. Nesse sentido, muitas críticas são formuladas à vinculação do programa constitucional, alegando que a concepção de uma constituição dirigente tenderia a substituir o processo político, que por sua vez limitaria a própria soberania popular. Para Gilberto Bercovici, a constituição dirigente não suprimiu a atuação política, pelo contrário, “ela procura, antes de mais nada, estabelecer um fundamento constitucional para política, que deve mover-se no âmbito do programa constitucional.”³⁷³

Por outro lado, a assimilação entre constitucionalismo e políticas públicas é facilmente identificável pela gama de alterações que a Constituição de 1988 vem sofrendo nos últimos 25 anos, já que a constituição brasileira apresenta uma média anual de 3,8 emendas constitucionais, contando com as de revisão, perfazendo um total de 76 emendas constitucionais, gerando uma verdadeira “assembleia constituinte permanente”³⁷⁴. Segundo Marcus André Melo, o processo de mudança constitucional é determinado pelas escolhas dos constituintes quanto aos compromissos futuros, ou seja, quanto mais fragmentado o processo político, mais chances de emendamento para acomodar os novos interesses políticos. No caso do Brasil, o marco da constituinte foi o pluralismo³⁷⁵, logo a incerteza sobre o processo político futuro fez com que os constituintes investissem em dispositivos abrangentes, rígidos e amplamente constitucionalizados, a fim de manter suas eventuais preferências caso estivessem na oposição, nesse sentido:

³⁷² Idem, p.271.

³⁷³ BERCOVICCI, Gilberto. *A Problemática da Constituição Dirigente: Algumas considerações do caso brasileiro*. In: Revista de Informação legislativa. Brasília a.36 n.142 abr/jun. 1999, p.40.

³⁷⁴ MELO, Marcus André. *Mudança Constitucional no Brasil: dos debates sobre regras de emendamento na constituinte á “megapolítica”*. Novos Estudos CEBRAP. n 97, novembro de 2013.-.187- 206.

³⁷⁵ Marcus André Melo explica que “a opção por uma constituição detalhada por sua vez era um imperativo da natureza fragmentada da barganha política, do alto grau de incertezas no momento dessas escolhas institucionais e da explosão de demandas geradas em virtude de um processo de democratização e, da extensa participação no processo constituinte. In: MELO, Marcus André. *Mudança Constitucional no Brasil: dos debates sobre regras de emendamento na constituinte á “megapolítica”*, p.191.

O processo constituinte brasileiro herdou relativamente intacto o poder judiciário do governo militar e apresentava ainda fortes incertezas sobre o jogo democrático em virtude do papel importante dos militares no processo de transição. A transição democrática esteve marcada efetivamente por incertezas. A aliança Democrática que comandava a coalizão de transição não tinha expectativas de manutenção do *status* de maioria no futuro próximo.³⁷⁶

Tornou-se uma patologia na Constituição de 1988 às emendas que determinavam o rumo político do Brasil, mitigando em grande parte o dirigismo constitucional de 1988. Rogério B. Arantes e Cláudio G. Couto identificaram a presença de uma gama de políticas públicas constitucionalizadas, e que essa presença estava diretamente associada a processo de governabilidade. Inicialmente, registra-se indispensável à divisão e a contextualização dos termos “*polity*”, “*politics*” e “*policy*”, em que o primeiro estaria ligado ao pacto relativamente neutro entre os diversos atores políticos, o segundo refere-se ao relacionamento dinâmico e conflitivo entre os atores políticos, e o último relaciona-se com vitória e derrota sobre temas controversos entre diferentes atores.³⁷⁷ Esse arranjo político tende a demonstrar que a Constituição foi rica ao estabelecer políticas públicas constitucionais e direitos sociais. Notadamente, a Constituição de 1988 apresenta 496 (quatrocentos e noventa e seis) dispositivos referentes a políticas públicas, o que representa 30,5% dos dispositivos legais. Tais números demonstram que em muitos casos os constituintes, originário e derivado, descreveram alguns direitos sociais em nível de detalhes, transformando-os em verdadeiras políticas públicas. Esse processo de “governar com a Constituição” retrata o problema estrutural da questão política brasileira, já que “Cartas Constitucionais que contêm um grande número de políticas públicas para além dos princípios fundamentais, que normalmente são sua razão de ser, encerram um permanente processo de emendamento constitucional”³⁷⁸

Essas questões, ao que parecem, traduzem a dificuldade de se compatibilizar os vários interesses plurais da sociedade na Constituição. Essa variedade de políticas públicas obriga o poder executivo a governar através de alterações constitucionais, como aconteceu na reforma do Estado no governo FHC, e na reforma da previdência do governo Lula. Isso significa que, “é o presidente o maior interessado em modificar o *status quo* das políticas públicas e ele sabe

³⁷⁶ Idem, p.193

³⁷⁷ ARANTES, Rogério B; COUTO, Claudio G. *Constituição, Governo e Governabilidade*. In: WANG, Daniel Wei Liang (Org). *Constituição e Política na Democracia: Entre direito e ciência política*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p.11.

³⁷⁸ Ibidem, p.214.

que esse *status quo* está definido constitucionalmente. Para que ele possa operar políticas, precisa mudar a constituição.”³⁷⁹

A constituição vinculou políticas públicas e sociais na agenda governamental, na expectativa de atrelar o programa dirigente com as possíveis sucessões governamentais. No caso, o processo governamental que deveria ser amplamente debatido tende a ser monopolizado através de um presidencialismo de coalizão, que depende de uma ampla maioria para realizar as reformas político-constitucionais.

Vanice Regina Lírio do Valle³⁸⁰ vai destacar que a Constituição deve ser interpretada como uma sede de heterovinculações e de autovinculações traçadas pelas políticas públicas, havendo uma fixação de determinados temas fundamentais na agenda de ação constitucional. As heterovinculações se apresentariam como: “(1) como cláusulas de bloqueio ao agir do poder, nas quais se incluem os direitos fundamentais, instrumentalizados pelas políticas públicas; (2) Como deveres de conduta diretamente emanados do texto constitucional, ou ainda, (3) como garantias de situações jurídicas que, uma vez inatendidas, não de ser objeto da atuação reparadora do poder.”³⁸¹ Quanto as autovinculações das políticas públicas, há que se considerar a existência de uma margem de liberdade no campo de atuação do administrador pelas vias ordinárias, gerando uma vinculação a própria política pública traçada. Neste passo a vinculação das políticas públicas revela o desenho institucional da Constituição de 1988, consignando que alguns direitos sociais expressos de forma universais foram detalhados em critérios objetivos, determinando que “as políticas públicas concretizam a escolha em relação a esse mesmo *facere*, dentro das exigências formulas pela Carta de 1988.”³⁸² Vanice Regina Lírio do Valle destaca ainda, que o encontro das políticas públicas com o direito visa orientar o agir do poder, criando um vetor de controle externo social, gerando uma dupla funcionalidade da juridicização das políticas públicas:

A juridicização do conceito de políticas públicas é enriquecimento do sistema jurídico, que reconhece que o agir da administração não se pode resumir na mera reação as provocações do dia; ao contrário, esse agir só poderá conciliar eficiência e valor, resultado e compromisso como os direitos fundamentais. se construído a partir de um planejamento que contemple ainda uma visão relacional das suas múltiplas manifestações que

³⁷⁹ Ibidem, 217

³⁸⁰ VALLE, Vanice Regina Lírio do Valle. *Políticas Públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. Belo Horizonte: Forum, 2009, p.59-60

³⁸¹ Ibidem, p.61.

³⁸² Ibidem, p. 62

otimize o uso de elementos para o melhor atendimento do interesse público.³⁸³

Nesses termos, políticas públicas refletem a concretização do interesse público constitucional, sejam elas políticas ordinárias ou constitucionais. A referida diferenciação revela o grau de sindicabilidade e vinculação com os parâmetros já traçados na Carta Constitucional. Por outro lado, a vinculação de direitos sociais e políticas públicas não garantem que o dirigismo constitucional se realize de fato, na verdade, o próximo item a ser abordado demonstra o paradoxo da concretização do interesse público constitucional no Brasil pós 1988.

4.2 - A Crise Democrática na Formulação de Políticas Sociais

As novas democracias seguiram uma tendência pluralista e participativa³⁸⁴, desenvolvendo novas práticas políticas fortemente influenciadas pelos direitos humanos, pelos direitos fundamentais e sociais.³⁸⁵ Destaca-se nesse contexto, a passagem do Estado liberal para o Estado Social, consubstanciada em uma Carta Constitucional dirigente e vinculada à realização de políticas públicas sociais. Gilberto Bercovici analisando a questão destacou que “com o Estado social, o *government by policies* substitui o *government by law* do liberalismo.”³⁸⁶

Contudo, grande parte da teoria dos direitos sociais e o eventual reconhecimento de direitos interligados ao social encontram-se no descrédito da ineficácia. A passagem do Estado Liberal para o Estado Social encontrou no capital uma barreira para realização e garantia de direitos. Não é pretensão desta dissertação desvendar as intermináveis críticas ao capital dentro da linha marxiana, mas é evidente que os direitos sociais, como por exemplo, o trabalho, saúde, educação, foram fortemente influenciados pela crítica marxista ao capital³⁸⁷.

³⁸³ Ibidem, p.85

³⁸⁴ AVRITZER, Leonardo. *Democracy and the Public Space in Latin America*. Princeton: Princeton University Press, 2002, p.11

³⁸⁵ Nesse sentido Vicente Paulo Barreto: “O desafio da engenharia política do próximo milênio encontra-se em estabelecer um sistema político, obediente a valores e normas nascidas de uma realidade social e econômica, mas que oriente o sistema em direção a um maior equilíbrio e distribuição de riquezas, tendo como sustentáculo moral e político os direitos humanos.” In: BARRETO, Vicente Paulo. *O Fetiche dos Direitos Humanos e Outros Temas*. Porto Alegre: Do Advogado, 2013, p.229

³⁸⁶ BERCOVICI, Gilberto. *A Problemática da Constituição Dirigente*: algumas considerações sobre o caso brasileiro. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 36 n. 142, abril/junho, 1999, p.37

³⁸⁷ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7ª Ed. São Paulo. Malheiros. 2007.p.177

É nesse contexto que nascem as novas constituições latino-americanas, fortemente influenciadas pelos lemas liberais comprometidos com o sistema capitalista, mas com o dever de realizar e efetivar políticas sociais.

Tal contradição é latente na Constituição Brasileira de 1988, que nasce sob o paradigma de como realizar direitos sociais em uma sociedade dominada pelo sistema liberal capitalista. Nem mesmo as teorias marxistas conseguiram explicar esse relacionamento promíscuo entre o capital e a realização de políticas sociais, ou pior, com a própria democracia. Potyara A. P. Pereira, analisando o pensamento dos autores marxistas, destacou que “há a coexistência contraditória da pobreza e da afluência, e, conseqüentemente, da lógica da produção industrial voltada para o lucro, e da lógica das necessidades humanas, sem que a política social resolva essa contradição.”³⁸⁸

Tal contradição explica os motivos, ou os ideais políticos econômicos por trás da definição do interesse público, ou bem comum. Conforme demonstrado nos capítulos anteriores, a doutrina jurídica e política comumente trataram o bem comum como conceito fundamental para realização dos atos estatais, sendo certo que apesar de sua indefinição, o referido instituto foi vertido em princípio supremo dos atos administrativos, e conseqüentemente das políticas públicas. A problemática não envolve somente a indefinição política, ou supremacia do interesse público³⁸⁹, mas o conteúdo substantivo do instituto. Tal questão se torna relevante quando analisada no atual estágio de realização dos direitos sociais, em detrimento dos grandes gastos com os chamados “megaeventos”.³⁹⁰

O interesse público é o fundamento de validade para realização de políticas públicas, já que essencialmente é dever do Estado garantir as prestações sociais³⁹¹, entretanto, sua indefinição teórica se tornou uma forte arma para a expansão do capital em detrimento dos direitos sociais. É evidente que muita das construções teóricas que pretendem exonerar o Estado da realização de direitos sociais, como por exemplo, a “reserva do possível”³⁹² que tem como base a escassez de recursos do Estado não consegue explicar os motivos que levam o mesmo Estado a subvencionar a construção de grandes capitais privados, revelando que o interesse público outrora indeterminado está muito mais preocupado com políticas neoliberais, que são utilizadas como fomento para políticas públicas de caráter financeiro.

³⁸⁸ PEREIRA, Potyara A. P. *Política Social: temas e questões*. São Paulo: Questões, 2009. p.131

³⁸⁹ Vide crítica ao princípio da Supremacia do Interesse Público no terceiro capítulo.

³⁹⁰ Sobre a subversão do fundo público como fator de expansão do capitalismo e a crise do Estado social vide: OLIVEIRA, Francisco. *Os direitos do antivalor. A Economia política da hegemonia imperfeita*, Petrópolis: Vozes, 1998.

³⁹¹ PEREIRA, Potyara A. P. *Política Social: temas e questões*, op.cit., p.99

³⁹² SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

Nesse sentido a crítica de Gilberto Bercovici e Luis Fernando Massonetto ao destacarem que os direitos sociais foram totalmente deturpados ante a inversão da constituição dirigente, e que a “integração estruturante do paradigma dirigente foi substituída por um novo fenômeno, apto a organizar o processo sistêmico de acumulação na fase atual do capitalismo”.³⁹³

Tais constatações revelam que as novas democracias constitucionais apesar de preencherem o conteúdo do bem comum com valores sociais, plurais, humanos, soçobram ao aplicá-los na realidade social. Na verdade, o que se vê é uma manipulação, ou melhor, uma acomodação dos princípios fundamentais relacionados a garantias fundamentais e sociais a favor de uma economia liberal. As normas passam a ser interpretadas em consonância com o processo capitalista, garantindo a manutenção da desigualdade social. Ellen. M. Wood revela que nas democracias capitalistas, a igualdade civil não modifica as desigualdades sociais, e que “a igualdade política na democracia capitalista não somente coexiste com a desigualdade econômica, mas a deixa fundamentalmente intacta”³⁹⁴ Esse fato denota o grande déficit democrático que existe entre a efetivação de direitos sociais, e a realidade econômica brasileira, ao demonstrar um lapso na efetivação de direitos, o que é notório, ante a existência de condições mínimas de saúde, educação, trabalho, moradia, entre tantos outros direitos, em contradição com o Estado interventor, que vem realizando um fantástico investimento na área econômica de mercado.

Essa análise se afasta do senso comum, quando se depara dia a dia com os problemas institucionais, ou seja, não há que se perquirir sobre a falência das prestações públicas, basta ver que a desigualdade é latente³⁹⁵. Essa postura absenteísta do Estado denota que a doutrina da mínima intervenção estatal oriunda do liberalismo, acarretou diminuição das prestações positivas no campo social, gerando a adoção de doutrinas que legitimam uma menor participação do Estado, como por exemplo, a teoria do mínimo existencial, que ao ser adotado pelo Brasil ocasionou uma eventual mitigação da amplitude dos espectros constitucionais dos direitos sociais. Note-se que o mínimo existencial visa garantir o conteúdo mínimo dos direitos fundamentais e sociais, que são irredutíveis quanto ao núcleo de proteção da

³⁹³ BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luis Fernando. *A Constituição Dirigente Invertida: A blindagem da constituição financeira e a agonia da Constituição Econômica*. Separata do Boletim de Ciências Económicas. Coimbra, 2006, p.6

³⁹⁴ WOOD, Ellen. M. *Democracia contra o Capitalismo: a renovação do materialismo histórico*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2003. P.184

³⁹⁵ Segundo José Murilo de Carvalho: “O problema do déficit ainda persiste, e, diante das pressões no sentido de reduzir o custo do Estado, pode se esperar propostas mais radicais (...). Mas as maiores dificuldades na área social têm a ver com a persistência das desigualdades sociais que caracterizam o país desde a independência, para não mencionar o período colonial. In: CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil. O longo caminho*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p.207

dignidade da pessoa humana³⁹⁶. Contudo, o instituto visa garantir condições mínimas de realização ou não intervenção do Estado ante a inexistência ou deficiência de proteção, o que não é o caso brasileiro, que possui uma gama de prestações positivadas na Constituição, mas que se tornaram irrealizáveis do ponto de vista da “escassez de recursos”. Torna-se confortável para o Estado garantir o mínimo, quando na verdade deveria garantir o necessário para uma sociedade livre justa e solidária³⁹⁷. Nesse sentido Cláudio Pereira de Souza Neto aduz que:

“Não há sentido na cristalização mínima provocada pelo conceito de ‘mínimo existencial’, cuja própria locução sugere que apenas as condições mínimas estariam garantidas. O Judiciário é legítimo para concretizar não as ‘condições mínimas’, mas as ‘condições necessárias’ para que cada um possua igual possibilidade de realizar um projeto razoável de vida (autonomia privada) e de participar do processo de formação da vontade coletiva (autonomia pública) A fundamentalidade material dos direitos sociais engloba não só os meios de subsistência, mas também a igualdade de meios para agir. A garantia judicial dos direitos sociais não deve se limitar, por isso, a uma “ajuda para auto ajuda”.³⁹⁸

A referida crítica não retira a importância do instituto no Brasil, já que é através dele que o judiciário tem efetivado alguns direitos sociais. Todavia, não podemos tornar uma garantia constitucional em um sistema de autoajuda, sob pena de minimizar a própria realização dos direitos sociais, como já ocorre com o Sistema Único de Saúde – SUS, que se encontra longe de uma plena realização, muito aquém do mínimo.

Analisando essas questões, torna-se notório que a hermenêutica utilizada pela doutrina jurídica teve o escopo de garantir a manutenção dos ideais liberais de reprodução do capital, mas agora sob o manto do Estado social. É fato que um país como o Brasil, que até 25 anos atrás se encontrava sob a égide de regimes ditatoriais, com uma ampla desigualdade social mudaria do dia para noite, e que no alvorecer do dia 06 de outubro de 1988 estaríamos no paraíso democrático. Como alertou José Ribas Vieira, era evidente que a casta dominante articulava novas formas de assegurar a sua dominação e exploração através das novas instituições.³⁹⁹ Neste passo, são significativas as críticas ao caráter absoluto do poder

³⁹⁶ TORRES, Ricardo Lobo. *Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.35/48

³⁹⁸ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: críticas e parâmetros*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direito sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p.527.

³⁹⁹ Note-se que em 1988 o Prof. José Ribas Vieira levantou alguns problemas da passagem do governo autoritarista para o democrático: “Cabe, no futuro, refletir se os processos do Estado de exceção (em um sentido ampliado), tão presentes na vida constitucional brasileira, estariam, mas uma vez, materializados na

constituente dito originário, diante da impossibilidade do rompimento da ordem jurídica fundamente com o próprio sistema do capital. Contudo, algumas criações jurídicas tendem a manutenção da concentração de poder, representando muitas vezes, uma legitimação suprajurídica de dominação.⁴⁰⁰

Com isso, o Estado se valeu da manipulação jurídica para mitigar a realização dos direitos sociais nos primeiros anos de vigência da Constituição, a fim de neutralizar o campo de atuação e eficácia de direitos fundamentais. Tal fato se deu pela falta de compromisso com os ideais constitucionais dos próprios representantes agora constituídos, mas outrora participantes da Assembleia Nacional Constituinte.⁴⁰¹ O período de transição constitucional revelou o poder de determinados grupos dominantes no intuito de garantir o predomínio da expansão do capital em detrimento do social, seja através de doutrinas abrangentes, ou de reformas econômicas que visavam à reestruturação do Estado no plano puramente econômico.

O constituinte de 1988 seguiu a linha das constituições latino-americanas pós-caudilhos, foi revolucionária no campo social, sendo certo que a influência das bases ideológicas do Estado Social foi sedimentada em uma gama de artigos plasmados na Carta Constitucional. Torna-se intrigante o surgimento desse Estado, agora dito social, com a superação ideológica do Estado liberal, já que o sistema político do liberalismo não conseguiu resolver o problema essencial da divisão equitativa de recursos, gerando o déficit democrático na própria participação na coisa pública. Note-se que uma grande parte dos direitos sociais estão interligados ao direito do trabalhador, no objetivo de livrar o cidadão da alienação do trabalho, na tentativa de rever a exclusão social através de garantias sociais relacionadas com

Constituição brasileira de 1988. Por outro lado, se tal não ocorreu, seria de suma importância investigar como os setores sociais dominantes da sociedade/Estado teriam articulados novos instrumentos institucionais para assegurar sua dominação. In: VIEIRA, José Ribas. *O Autoritarismo e Ordem Constitucional Brasileira*. Rio de Janeiro. Renovar, 1988, p.98.

⁴⁰⁰ Nesse sentido Luiz Moreira: “Não obstante, o poder constituinte não é sede de poder algum, detém apenas o exercício de uma faculdade que emana diretamente dos sujeitos de direito. Não há de falar tampouco em poder originário, porque o poder não se origina no ato fundante, nem na assembleia fundada para construir o sistema jurídico. Origina-se em um projeto orquestrado pelos sujeitos de direito de construir um sentido às normas e estruturá-las conforme o sentido atribuído.” In: MOREIRA, Luis. *A Constituição como Simulacro*. Rio de Janeiro; Lumen Juris, 2007, p.95.

⁴⁰¹ Destaca-se que a Assembleia Nacional Constituinte não foi exclusiva, conforme Emenda Constitucional 43, que atribui poderes ao Congresso Nacional, formado em sua maioria por parlamentares eleitos em 1986, cujos mandatos terminariam em 1990. Segundo Daniel Sarmento, o modelo adotado parece ter resultado de um compromisso com as forças do regime autoritário, travado ainda antes do óbito de Tancredo Neves, pois ditas forças temiam que uma Assembleia Constituinte pudesse resvalar para o ‘radicalismo’, ou até para o ‘revanchismo’ contra os militares – leia-se, a sua responsabilização pelas gravíssimas violações aos direitos humanos perpetradas durante a ditadura, como já estava ocorrendo na Argentina. SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Direito Constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Forum, 2012, p.157.

o ideal político de justiça igualitária e participativa, realizando uma verdadeira integração política igualitária, conforme ensina Roberto Garagarella:

*Un objetivo muy importante que podría cumplir la política del ingreso ciudadano, sugerido en muchas de las consideraciones realizadas hasta aquí, es el de abolir la “alienación” en el trabajo. Este objetivo se concretaría dado que las actividades productivas ya no se llevarían adelante en razón de meras recompensas externas. Si se les otorgara a todas las personas (cualquiera sea su ocupación, y aun si no están ocupados) la posibilidad de contar con un ingreso que les permita satisfacer sus necesidades básicas, entonces ya nadie se sentiría compelido a aceptar trabajos que no le satisfacen, como resultado de sus angustias económicas. En este sentido, abolir la alienación implica mucho más que cumplir con un mero “mandato ideológico”. Si se termina con La alienación se está dando un paso igualitario decisivo, porque ello implica que cada persona comienza a tener una equitativa posibilidad de autorrealizarse, trabajando en aquello que prefiere, y dejando de lado actuales trabajos “forzados, penosos”, desempeñados a disgusto.*⁴⁰²

Como destacou Claus Offe, “a socialização não ocorre somente através do mercado, pois este necessita da sanção de uma associação política de dominação – do poder estatal. O proprietário de força de trabalho só se torna trabalhador assalariado enquanto cidadão”⁴⁰³. Logo, a garantia do cidadão na efetiva realização de uma igualdade substantiva de participação é fruto de uma gama de garantias sociais, na função mitigadora das desigualdades que impedem o acesso a todos os cargos.

Contudo, como outrora asseverado, a garantia dos direitos sociais foram relegadas ante um pacto dilatório que durante muito tempo destituiu de eficácia as referidas normas. A definição dos direitos sociais como normas de conteúdo programáticos, destituídas de força cogente permeou o ordenamento jurídico recém-inaugurado, prolongando uma real passagem para o Estado Social. Coincidentemente, a doutrina dos efeitos programáticos foi veemente defendida na mesma época da reforma do Estado, com o desmantelamento do serviço público, e sob o estigma das crises do Estado do bem estar social.⁴⁰⁴ As profundas transformações

⁴⁰² GARGARELLA, Roberto Et alii. *Contra la Exclusión la Propuesta del Ingreso Ciudadano*. 2ª Ed. Buenos Aires: CIEPP, 2004.

⁴⁰³ OFFE, Claus. *Problemas Estruturais do Estado Capitalista*. Trad. Bárbara Freitag: Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1964, p.24.

⁴⁰⁴ Conforme Bresser Pereira: “A Reforma do Estado é vista frequentemente como um processo de redução do tamanho do Estado, envolvendo a delimitação de sua abrangência institucional e a redefinição de seu papel. Dado seu crescimento excessivo neste século, as esperanças demasiadamente grandes que foram nele depositadas pelos socialistas, e as distorções de que o estado afinal foi vítima, essa perspectiva é essencialmente correta. O Estado cresceu em termos de pessoal, e principalmente, em termos de receita e despesa. Em muitos países, os servidores públicos, excluídos os trabalhadores das empresas estatais, correspondem a cerca de 10 a 20 por cento da força de trabalho, quando no início do século esta cifra estava próxima dos 5 por cento. As despesas do Estado, por sua vez, multiplicaram-se por três ou quatro neste século: nos últimos 30 anos dobraram, variando hoje entre 30 e 50 por cento do PIB. *Naturalmente esse*

sociais que eclodiram com a democracia coincidiram com a consolidação da ideologia neoliberal, e contraditoriamente, a inauguração do Estado social brasileiro se dá com o retrocesso de atuação estatal e o enxugamento da economia, acarretando a inevitável falta de recursos para realização de direitos.⁴⁰⁵

A lógica estatal foi invertida, já que a partir da nova Constituição o Estado estava obrigado a realizar mais direitos, em vez de crescer e aumentar sua estrutura, o mesmo passou e diminuir gradativamente, levando o serviço público ao colapso. Neste cenário, é evidente o desinteresse estatal no tocante as normas definidoras de direitos sociais e de sua forma plena de aplicação. Gilberto Bercovici e Luís Fernando Massoneto destacam que, “a integração estruturante do paradigma dirigente foi substituída por um novo fenômeno, apto a organizar o processo sistêmico de acumulação na fase atual do capitalismo. O que se viu então foi o recrudescimento dos aspectos instrumentais da constituição financeira e o acaso da constituição econômica, invertendo o corolário programático do constitucionalismo dirigente.”⁴⁰⁶

A instauração do Estado social pós 1988 estava reflexivamente contraposta aos ditames do capital e aos novos planos econômicos. Como assegurar as necessidades sociais e a instauração de políticas públicas sociais, em um estado onde as instituições ainda encontravam-se orientadas por ideais liberais do antigo regime? Para explicar essa questão, é necessário entender que o sistema capitalista se expande através da retroalimentação, em que os direitos sociais deveriam ser introduzidos no sistema e reintroduzidos na sociedade com o fim de servir a expansão do próprio capital. Nesse sentido Claus Offe destaca que “as organizações da classe operária ao se dirigirem ao Estado com exigências de segurança sócio-políticas, impondo-as com os meios políticos que lhes são próprios, não alcançam outra coisa senão forçar o capital a adotar medidas que correspondem ao interesse do próprio capital, e que se tornariam necessárias, a longo prazo, para assegurar uma modernização ampla das relações de exploração”.⁴⁰⁷

processo de crescimento ocorria ao mesmo tempo que se ampliavam as funções do Estado, principalmente na área social.” In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. A Reforma do Estado dos anos 90: Lógica e Mecanismos de Controle. Brasília: Cadernos MARE, 1997, p.21.

⁴⁰⁵ COUSO, Javier. *The Changing Role of Law and Courts in Latin America: From an Obstacle to Social Change to a Tool of Social Equity.* In: DOMINGO, Pilar; GARGARELLA, Roberto; ROUX, Thenius. *Courts and Social Transformation in New Democracies An Institutional Voice for the Poor?* ASHGATE, 2006, p.65

⁴⁰⁶ BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luis Fernando. *A Constituição Dirigente Invertida: A blindagem da constituição financeira e a agonia da Constituição Econômica.* Separata do Boletim de Ciências Económicas. Coimbra, 2006. p.6.

⁴⁰⁷ OFFE, Claus. *Problemas Estruturais do Estado Capitalista.* 1984, p.35. Destaca ainda o autor: “O problema funcional do desenvolvimento sociopolítico e com isso a chave de sua explicação sociológica é a

O dirigismo constitucional que estabeleceu as novas diretrizes sociopolíticas do Estado agora estava sendo revisto sob a crise da ingovernabilidade, da escassez de recursos e distribuição de riquezas. O Estado deveria ser mínimo e subsidiário limitando-se a fiscalizar e incentivar a iniciativa privada, e não criar políticas públicas sociais. Como asseverou Gilberto Bercovici, “na realidade, o que pretendiam os atuais críticos da Constituição é à volta ao Estado mínimo do liberalismo do século XIX”.⁴⁰⁸ Contudo, ante a impossibilidade do retorno ao Estado liberal, passou-se a interpretar as normas que vinculavam uma ação positiva do Estado como inexistentes ou irrelevantes, um mero programa não dotado de força normativa. Rúrion Melo destaca que “o Estado social se vê confrontado, assim, com uma crise fiscal, pois os investimentos públicos seriam destinados não apenas para as tarefas da política social, mas também para políticas de conjuntura e de fomento e do crescimento. Em outras palavras, os efeitos disfuncionais de um crescimento econômico regido pela acumulação do capital teriam de ser absorvidos pelo Estado social sem que a forma de organização, a estrutura e o mecanismo que move a produção econômica fossem alterados”.⁴⁰⁹

O ideal de uma democracia estritamente liberal passar a ser fixado, salvaguardando os ideais capitalistas de uma sociedade desigual, dominada pela alienação da isonomia formal que teve como objetivo separar o povo do poder. Assim, Ellen Wood destaca que “na democracia capitalista, a separação entre a condição cívica e a posição de classe opera nas duas direções: a posição socioeconômica não determina o direito à cidadania - e é isso o democrático na Democracia Capitalista”⁴¹⁰.

A disfunção do discurso jurídico nas sociedades capitalistas no que tange a realização do Estado Social demonstra as vicissitudes de uma teoria constitucional afastada do cidadão, cujo compromisso simbólico com os ditames democráticos tornou-se um embuste retórico da constituição cidadã. Conforme análise de Boaventura de Souza Santos, “a amplitude do espaço retórico do discurso jurídico varia na razão inversa do nível de institucionalização da função jurídica e do poder dos instrumentos de coerção ao serviço da

compatibilidade das estratégias, mediante as quais o aparelho de dominação política deve reagir tanto às ‘exigências’ quanto as ‘necessidades’, de acordo com as instituições políticas existentes e as relações de força societária por elas canalizadas. In: OFFE, Claus. *Problemas Estruturais do Estado Capitalista*. Trad. Bárbara Freitag: Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1964, p. 36.

⁴⁰⁸ BERCOVICI, Gilberto. *A Problemática da Constituição Dirigente*: algumas considerações sobre o caso brasileiro. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 36 n. 142, abril/junho, 1999.

⁴⁰⁹ MELO, Rúrion. *Marx e Habermas: Teoria Crítica e os Sentidos da Emancipação*. São Paulo: Saraiva, 2013, p.223/224

⁴¹⁰ WOOD, Ellen. M. *Democracia contra o Capitalismo*: a renovação do materialismo histórico. São Paulo: Boitempo Editorial, 2003, p.184

produção jurídica”⁴¹¹. Para o autor, a análise do direito deve ser revista sob a ótica da igualdade de participação no discurso, através da democratização da vida social, mas que as sociedades capitalistas acabam sofrendo com a manipulação e monopolização ideológica. Segundo o autor, “O que está em causa é a subversão do princípio democrático em que se assenta a teoria, em face da constatação cada vez mais generalizada das desigualdades estruturais na distribuição do poder político nas sociedades capitalistas.”⁴¹² Nesse mesmo sentido, mas agora sob a análise da leitura majoritária do Estado de Direito, Roberto Gargarella⁴¹³ destaca que uma sociedade desigual com uma massa de cidadãos empobrecidos encontra grave dificuldades para tomar decisões imparciais e objetivas, e que uma sociedade desigual é incapaz de assegurar a primazia do Estado de Direito.

Enquanto se louvava o ingresso do cidadão na Constituição através das formas de participação social (referendo, plebiscito e iniciativa popular), as frustrações interligadas às desigualdades sociais cresciam de forma abrupta. As constituições latino-americanas do final do século XX tentaram reforçar a inclusão política através dos direitos sociais e da participação dos grupos minoritários, na tentativa de abrir a “sala de maquinas” da democracia constitucional⁴¹⁴. Contudo, o constitucionalismo social encontrou no legalismo o seu maior obstáculo, já que as transformações sociais eram incompatíveis com os ideais políticos e econômicos herdados do antigo regime.⁴¹⁵ Com isso, não está se afirmando que a deficiência estrutural da democracia constitucional social ocorreu por culpa do “direito” ou do “sistema jurídico”, mas que os arranjos do Estado liberal capitalista necessitavam de um discurso jurídico capaz de manter o controle social. Corroborando a tese ora esboçada, Boaventura de Souza Santos em sua análise do discurso do direito nas sociedades capitalistas, destaca que “o reforço relativo da dimensão retórica da instância jurídica têm lugar em termos de subordinação estrutural, não porque suas estruturas sejam adulteradas pela intromissão de outras, heterólogas e dominantes, mas antes porque sua pureza estrutural é consentida apenas

⁴¹¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *O discurso e o Poder. Ensaio sobre a Sociologia da Retórica Jurídica*. Porto Alegre: Fabris, 1988, p.89.

⁴¹² *Ibidem*, p. 95

⁴¹³ GARGARELLA, Roberto. *La Lectura Mayoritaria Del Estado de Derecho*. in M. Melero (Ed.): Democracia, Deliberacion y Diferencia. Madrid no. 17-35, 2008, p.31.

⁴¹⁴ Segundo Roberto Gargarella: The path of politics democracy, like the path of social justice, has one of its major landmarks - but clearly not it's one - in the Constitution. Egalitarian constitutionalism, therefore, should challenge, rather than further developed, the kind of (economic, social, political) injustices that helped to forge it. In order to reconnect the constitution with equality, reformers should first enter the "engine room", which for some reason they have not done. In: GARGARELLA, Roberto. *Latin American Constitutionalism, 1810-2010: The Engine Room of the Constitution*. Oxford: Oxford University press, 2013,p.207.

⁴¹⁵ COUSO, Javier. *The Changing Role of Law and Courts in Latin America: From an Obstacle to Social Change to a Tool of Social Equity*,2006.

na periferia da dominação jurídico política e pelas razões heteróctones de reforçar ideologicamente o estado capitalista e de garantir o controle social a preço módico”.⁴¹⁶

A ligação entre os direitos sociais e o déficit democrático das sociedades capitalistas é facilmente constatada com a alienação do trabalho, e a desestruturação dos direitos sociais básicos, tornando a exploração das classes e o desenvolvimento do Estado na área econômica um forte catalisador do capital. Enquanto se pregava uma democracia social substantiva e a soberania do povo, o Estado estava reformulando sua política econômica e institucional com o PND – Programa Nacional de Desestatização, e subsequente às privatizações e planos neoliberais que seguiram a cartilha do FMI – Fundo Monetário Internacional e do Consenso de Washington. Com a efetividade dos direitos sociais mitigadas pela retórica jurídica da época, a primeira década da nova democracia constitucional foi marcada pela efetiva transição e adaptação da classe dominante. Nesse sentido, Atilio Bóron destacou que “não é precisamente uma causalidade que a crítica ao Estado tenha começado a aumentar quando os estados capitalistas da América Latina iniciaram uma nova etapa democratizadora. Sob essas circunstâncias, o auge das posições neoliberais que configuram o Consenso de Washington converteu o Estado na *betê noire* que é preciso combater se nossos países chegarem, algum dia, aos diáfanos céus do desenvolvimento”.⁴¹⁷

No mesmo contexto, Ellen Wood ao analisar os efeitos deletérios do capitalismo na democracia destacou que:

A própria condição que torna possível definir democracia como se faz nas sociedades capitalistas modernas é a separação e o isolamento da esfera econômica e sua invulnerabilidade ao poder democrático. Proteger essa invulnerabilidade passou a ser um critério essencial da democracia. Essa definição nos permite invocar a democracia contra a oferta de poder ao povo na esfera econômica. *Torna-se mesmo possível invocar a democracia em defesa da redução de direitos democráticos em outras partes da ‘sociedade civil’ ou no domínio político, se isso for necessário para proteger a propriedade e o mercado contra o poder democrático. (grifo nosso)*⁴¹⁸

Essa postura opressiva da democracia capitalista, fruto do embuste da representação política, em que o povo soberano alienava todo seu poder através do mandato representativo, garantiu a separação pacífica entre as realizações sociais do Estado democrático e a

⁴¹⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. *O discurso e o Poder. Ensaio sobre a Sociologia da Retórica Jurídica*, op. cit., p.95

⁴¹⁷ BÓRON, Atilio. *Sociedade Civil depois do dilúvio Neoliberal*. In SADER, Emir; GENTILI, Pablo. (Orgs.) Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995. p. 77

⁴¹⁸ WOOD, Ellen. M. *Democracia contra o Capitalismo: a renovação do materialismo histórico*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2003, p.202.

participação política. Presencia-se uma nação soberana, mas alienada do ponto de vista político democrático, fadada à opressão das minorias hegemônicas. Quanto à questão da crise da representação política nas democracias capitalistas, Ellen Wood destacou que “num tempo de mobilização de massa, o conceito de democracia foi submetido a novas pressões ideológicas pelas classes dominantes, exigindo não somente a alienação do poder democrático, mas a separação clara entre a democracia e o demos – ou no mínimo, o afastamento decidido do poder popular como principal critério de valor democrático.”⁴¹⁹

O déficit de participação do povo na coisa pública revela claramente a exclusão propalada pelo sistema deletério do capitalismo. Como já demonstrado, os direitos sociais não são apenas apêndices constitucionais, mas verdadeiras garantias para uma efetiva participação social. Uma análise crítica sobre a crise da representatividade nas democracias capitalistas está reflexamente ligada à inoperância estatal na realização de políticas sociais, em detrimento de políticas econômicas que protejam o mercado e a economia. O povo não é governado pelo povo, mas pelas classes que já dominavam o Estado antes de sua redemocratização.⁴²⁰ Na perspectiva de Ellen Wood, as relações sociais acabam se submetendo aos “imperativos econômicos que não dependem diretamente do status jurídico ou político, o trabalhador assalariado sem propriedade só pode desfrutar no capitalismo da liberdade e da igualdade jurídicas, e até mesmo dos direitos políticos de um sistema de sufrágio universal, desde que não retire do capital o seu poder de apropriação”.⁴²¹

Nesse passo, o aspecto ideológico que se propagou pela nova da democracia, através de interpretações constitucionais fundamentalistas, revelou uma política social comprometida com o liberalismo econômico. Cláudio de Souza Pereira Neto e José Vicente Santos Mendonça destacam no campo da interpretação constitucional a abrangência de uma pluralidade de sentidos para o texto constitucional tanto de índole social como liberal, mas que as “regras de interpretação jurídica existem para auxiliar o intérprete no trabalho de reconstrução normativa. Não podem funcionar como instrumentos de captura doutrinária da vontade constitucional”.⁴²² Nesse aspecto, concorda-se com Michel Miaille, ao desvendar que

⁴¹⁹ Ibidem, p.196

⁴²⁰ Nesse sentido Antonio Carlos Wolkmer: “Tendo em vista a realidade periférica como a dos países latino-americanos, pode-se encontrar uma primeira explicação (conjuntural) no fato de que a democracia existente não é realmente representativa, mas uma delegação engendrada e manipulada por lideranças de tradição caudilhesca”. In: WOLKMER, Antônio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.93

⁴²¹ WOOD, Ellen. M. *Democracia contra o Capitalismo: a renovação do materialismo histórico*, 2003, p.173

⁴²² SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: críticas e parâmetros*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direito sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p.724

o sistema jurídico se tornou um fetiche da sociedade capitalista, e “que conquistou a hegemonia na função de ‘dizer’ o ‘valor dos actos sociais’”⁴²³.

Assim, com as bases da democracia representativa rachadas pela desconfiança do povo, era evidente que a classe oprimida buscava sua emancipação em outras estruturas. Se a alienação do trabalho e dos direitos sociais foi útil para a transição do monopólio da minoria dominante através do sistema jurídico, também é verdade que o déficit entre classe oprimida e representantes opressores gerou o deslocamento do poder de controle para uma democracia judicializada, ponto que será abordado no próximo item.

4.3 - O Judiciário e a Transformação Social Das Novas Democracias

Com a abertura da sociedade no campo jurídico através do acesso à justiça⁴²⁴, descortinou-se o fetiche capitalista do direito como valor dos atos sociais, ou seja, sociedade descobre que o sistema jurídico pode ser utilizado tanto como instrumento de opressão da casta dominante, como de emancipação da classe dominada, e que era possível refundar o constitucionalismo social através do próprio sistema jurídico. Como salientou Luis Roberto Barroso, verificou-se no “Brasil uma expressiva judicialização de questões políticas sociais, que passaram a ter nos tribunais a sua instância decisória final”⁴²⁵.

A democracia capitalista criou um verdadeiro abismo entre representante e representados, gerando uma desconfiança nos valores da própria democracia. A perda do valor do trabalho, e a inatividade no campo dos direitos sociais acabaram por alienar a sociedade explorada, gerando déficit de participação social, e consequentemente à perda dos ideais democráticos de justiça e igualdade. Tal fato acarretou a busca por novas formas de integração e participação na democracia, em que o povo através do poder judiciário criou um ambiente democrático para o debate público, gerando uma verdadeira emancipação no campo social.

Assim, a soberania popular começa a se manifestar de outras formas, dentre elas como destacou Pierre Rosanvallon,⁴²⁶ é o aumento do “povo juiz”. Para o autor a deficiência

⁴²³ MIAILLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*. Lisboa;Portugal: Estampa, 2005.p.93

⁴²⁴ Vide:CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso a Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

⁴²⁵ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo - Os conceitos fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. Renovar: Rio de Janeiro, 2009, p.384

⁴²⁶ ROSANVALLON, Pierre. *La contrademocracia: la política en la era de la desconfianza*. Buenos Aires: Manantial, 2007.

da democracia representativa gerou um movimento proporcionalmente reflexo denominado de *contrademocracia*. Não se trata de um movimento antidemocrático, mas ao contrário, trata-se de reatar o vínculo do povo com a democracia, a democracia dos poderes indiretos.⁴²⁷ Nesse sentido, Pierre Rosanvallon destaca três dimensões da *contrademocracia*, a primeira através dos poderes de controle, a segunda pelas formas de obstrução, e a terceira o povo juiz. Na presente dissertação será verificada a terceira dimensão, que vem se sobrepondo à democracia representativa, na qual a judicialização da política se apresenta como um dos vetores mais visíveis. Segundo o autor “*tal judicialización se inscribe en el marco de una declinación de ‘reactividad’ de los gobiernos frente a las demandas de los ciudadanos*”⁴²⁸.

Diante dessa nova estrutura constitucional democrática, o judiciário passou exercer um papel muito mais ativo no campo político social, com a expansão de seus poderes acarretada pelo fenômeno da judicialização da política⁴²⁹. Passou-se a interpretar de forma mais ampla os direitos fundamentais e sociais, sob o fundamento de uma justiça material, na qual “os direitos fundamentais são condições da democracia, razão pela qual a prestação é obrigatória, não podendo ficar aberta à decisão das maiorias. A não prestação de um serviço público necessário à concretização de um direito fundamental é antidemocrática, ainda que apoiada pelos representantes eleitos pelo povo.”⁴³⁰.

Para Javier A. Couso ocorreu uma mudança do papel da lei e dos tribunais na América Latina, deixando de ser um obstáculo à mudança social para uma verdadeira ferramenta de equidade, sendo uma das características mais marcante nas novas democracias latino-americanas. Segundo o autor, a descoberta da corte como forma de realização social teve grande impacto na transformação e inclusão política do cidadão⁴³¹. Nesse mesmo sentido destacou Oscar Vilhena Vieira:

⁴²⁷ Segundo Pierre Rosanvallon: Esta *contrademocracia* no es lo contrario de la democracia; es más bien una forma de democracia que contrapone a La otra, es La democracia de los poderes indirectos diseminados em El corpo social, de La democracia de desconfianza organizada frente a la democracia de La legitimidad electoral. In: ROSANVALLON, Pierre. *La contrademocracia: la política en la era de la desconfianza*. Buenos Aires: Manantial, 2007, p.27

⁴²⁸ Ibidem, p.33

⁴²⁹ Segundo Neal Tate e Torbjörn Vallinder: The phenomenon we have just described represents the most dramatic instance of the global expansion of judicial power, which, for brevity, we shall frequently refer to as “judicialization of politics”. TATE, Neal. VALLINDER, Torborn. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995, p.5

⁴³⁰ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de ; MENDONÇA, José Vicente Santos de . *Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Org.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. 1ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, v. 1, p. 730.

⁴³¹ COUSO, Javier. *The Changing Role of Law and Courts in Latin America: From an Obstacle to Social Change to a Tool of Social Equity*, op. cit., p.71

O uso da lei, a fim de promover a mudança social, não só através dos tribunais, mas também através de espaços políticos abertos pelas Supremas Cortes sob pressão dos movimentos sociais e organizações da sociedade civil. Em outras palavras, a separação de direito / política fornece espaço legítimo em que essas cortes sejam capazes de fazer cumprir as disposições constitucionais transformadoras.⁴³²

Na análise crítica do sistema jurídico, Michel Mialle observa que “a maneira como é preciso ‘ligar’ o direito como sistema político de normas a toda estrutura social, designadamente à base econômica que a determina em última instância, deve permitir explicar ao mesmo tempo o conteúdo deste sistema jurídico e a sua forma”⁴³³. Deste modo, a desmistificação do direito na democracia capitalista deixa de ser compreendida somente como superestrutura ideológica de dominação, passando a um verdadeiro instrumento de emancipação política, realizando uma recuperação do lugar do povo na democracia. Roberto Gargarella destaca que tais mudanças significam uma reincorporação do povo sobre a organização do poder, sobre aquilo que ele denominou de “sala de máquinas” da Constituição. Na análise das diferentes funções do Poder Judiciário no processo de decisão política na América Latina, Mariana Magaldi de Souza destaca o papel das cortes com um representante alternativo da sociedade, enfatizando que:

*When courts see themselves as the advocates of minorities or the “weak” and try to expose and rectify social injustices, they are engaging in their fourth possible role in the policymaking process: an alternative societal representative. Even though the effects of courts’ decisions affect only the involved parties, they are actually helping to change the policy status quo.*⁴³⁴

Assim, essa interdependência reflexiva entre déficit democrático e inatividade das prestações sociais vem deslocando os conflitos sociais para o âmbito do poder judiciário,

⁴³² VIEIRA, Oscar Vilhena ; BAXI, U. ; VILJOEN, F. *Some Concluding Thoughts on an ideal, machinery and method. Transformate Constitutionalism: Comparing the apex courts of Brazil, India and South Africa.* 1ed.Pretoria: Pretoria University Law Press, 2014, v. 1, p. 617-625. No original: “*The use of law in order to promote social change, not only through courts, but also via political spaces opened up by apex courts under pressure of social movements and civil society organizations. In other words, the law/politics separation provides legitimate space in which apex courts are able to enforce transformative constitutional provisions.*”

⁴³³ MIALLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito.* Lisboa;Portugal: Estampa, 2005, p.93

⁴³⁴ SOUZA, Mariana Magaldi de. *How Courts Engage in the Policymaking Process in Latin America: The Different Functions of the Judiciary.* In: SCARTASCINI, Carlos; STEIN, Ernesto; TOMMASI, Mariano. *HOW DEMOCRACY WORKS Political Institutions, Actors, and Arenas in Latin American Policymaking.* Cambridge, Inter-American Development Bank, 2010, p.89. “Quando os tribunais se vêem como defensores de minorias ou dos “fracos” e tenta expor e corrigir as injustiças sociais, eles estão exercendo um quarto possível função no processo de formulação de políticas: um representante alternativo da sociedade. Mesmo que os efeitos das decisões dos tribunais afetam apenas as partes envolvidas, eles estão realmente ajudando a mudar o *status quo* da política”. (tradução nossa)

gerando uma democracia amplamente judicializada no qual as cortes vêm exercendo um papel transformador no que tange a realização de direitos sociais e políticas públicas através do controle judicial de políticas públicas, objeto de análise do próximo item.

4.3.1 - *O Judiciário Como Ator Político.*

Considerando que dentro da estrutura constitucional democrática, as supremas cortes vêm exercendo um papel muito mais ativo no campo político, com a expansão de seus poderes acarretada pelo fenômeno da judicialização da política. A exemplo dos Estados Unidos, Robert Dahl já destacava desde 1957 que “considerar a Suprema Corte dos Estados Unidos estritamente como uma instituição jurídica é subestimar a sua importância no sistema político”.⁴³⁵ Segundo Dahl, os problemas políticos que envolvem severos desacordos na sociedade são resolvidos pelo judiciário, e quando este formula uma decisão controversa sobre política pública está agindo como um formulador de política pública nacional (*national policy maker*).⁴³⁶

Essa ideia de um tribunal controlar as decisões políticas teve como base a criação do “judicial review” americano. Segundo Gustavo Binembojm o controle de constitucionalidade das leis e a forma federativa do Estado são as mais importantes contribuições do constitucionalismo norte-americano, em que os juízes e tribunais detêm competência para declarar nulas as leis que contrariem a Constituição. A Suprema Corte americana exerce assim, a “última e definitiva” palavra quanto à interpretação constitucional, com efeitos vinculantes (*stare decisis*).⁴³⁷

Como marco da Jurisdição constitucional, o *leading case Marbury vs. Madison* trouxe a incorporação do controle judicial da constitucionalidade à experiência constitucional. Neste caso, o chefe de justiça John Marshall declarou inconstitucional uma lei que atribuía competência a Suprema Corte sob o argumento de que todas as competências já se encontravam taxativamente elencadas na Constituição. Ao declarar nula uma lei Marshall afirmava que a Suprema Corte era competente para controlar as demais leis com base na

⁴³⁵ DAHL, Robert A. *Decision-making in a Democracy: The Supreme Court as National Policy-maker*, 6 J. PUB. LAW 279(1957),p.279.

⁴³⁶ *Ibidem*, p.281.

⁴³⁷ BINEMBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira – Legitimidade Democrática e Instrumentos de Realização*. Rio de Janeiro. Renovar. 2010, p.25 -26.

Constituição, elevando a Suprema Corte a um verdadeiro poder de Estado⁴³⁸. Pode-se dizer que a criação do *judicial review* se deu através da interpretação da corte Constitucional sobre a sua própria missão, ou seja, a de garantir a efetividade da própria constituição.

A interferência do judiciário no campo político não é unívoca na doutrina, uma vez que estaria se legitimando um órgão que não representa a sociedade, ou seja, não são escolhidos diretamente pelo povo para deliberar sobre as decisões mais importantes da sociedade.⁴³⁹ Dessa forma, o Judiciário sofreria o problema da dificuldade contramajoritário ao anular e controlar algumas decisões de órgãos de natureza majoritária, como o executivo e o legislativo, já que esses possuem o batismo do voto popular.

Contudo, no Brasil, muitas das críticas à legitimidade política da Suprema Corte perdem sua força ante o desenho institucional da Constituição de 1988, que além de definir o judiciário como um dos poderes da república ao lado do Executivo e do Legislativo delimitou uma grande esfera de atuação política na garantia de direitos sociais e fundamentais. O grau de politização do Judiciário é tão marcante, que o Presidente do STF, órgão de cúpula do Judiciário brasileiro, é o quarto na sucessão presidencial no caso da vacância dos cargos de Presidente e Vice-Presidente da República.⁴⁴⁰

Assim, o judiciário é um ator político incluso em uma arena social democrática, fazendo parte junto com o legislativo e o executivo de uma *policy community* investido do poder/dever de concretizar as normas constitucionais. Segundo Gisele Cittadino, “esta ampliação do raio de ação do poder judiciário não representa qualquer incompatibilidade com um regime democrático”⁴⁴¹, ao contrário, demonstra o grau de dirigismo abarcado pelo

⁴³⁸ A lógica de Marshal é definida da seguinte forma: “Assim, se uma lei está em oposição com a constituição; se aplicadas ambas a um caso particular, o tribunal se vê na contingência de decidir a questão em conformidade da lei, desrespeitando a Constituição, ou consoante a Constituição, desrespeitando a lei; o tribunal deverá determinar qual destas regras em conflito rege o caso. Está é a verdadeira essência do Poder Judiciário. Se, pois, os tribunais têm por missão atender à Constituição e observa-lás, e se a Constituição é superior a qualquer resolução ordinária da legislatura, a Constituição, e nunca essa resolução ordinária, governará o caso a que ambas se aplicam”. In: MARSHALL, John apud BINEMBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira – Legitimidade Democrática e Instrumentos de Realização*. Rio de Janeiro. Renovar. 2010, p.33.

⁴³⁹ Vide: HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Harvard University Press. 2007; TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away From the Courts*. Princeton University Press, 1999

⁴⁴⁰ Art. 80 da CRFB/1988: Em caso de impedimento do Presidente e do Vice-Presidente, ou vacância dos respectivos cargos, serão sucessivamente chamados ao exercício da Presidência o Presidente da Câmara dos Deputados, o do Senado Federal e o do Supremo Tribunal Federal. Neste caso, parece que a Assembleia Constituinte de 1988 não se preocupava com um eventual “governo dos juízes”, destacando que 4 (quatro) presidentes do STF já assumiram o cargo interino de Presidente, entre eles o Ministro Marco Aurélio de Mello, que assumiu interinamente a Presidência da República por sete dias no ano de 2002.

⁴⁴¹ CITTADINO, Gisele. *Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia*. ALCEU. – Vol. 05, nº 09.2004, p.106.

constituente originário ao estabelecer um Estado Democrático de Direito incorporado de princípios e fundamentos sociais.

Antoine Garapon leciona que a judicialização da vida política comprova esta ascensão da figura do juiz na formação de uma nova ética da deliberação coletiva, e que “as transformações da democracia contemporânea não devem tanto ao desenvolvimento do papel efetivo do juiz, mas antes à importância do espaço simbólico que este vem a ocupar, ou seja, à própria possibilidade de sua intervenção.”⁴⁴²

No Brasil, a judicialização advém de uma desconfiança do legislador originário, em face do período totalitário que a ditadura perpetuou antes da Constituição de 1988, levando a uma constituição super analítica, que pormenorizou toda uma gama de relações sociais, políticas e econômicas. Oscar Vilhena Viera destaca que este detalhamento constitucional gera a judicialização de todos os atos da vida pública e que o campo de liberdade dos outros atores políticos acaba sendo esvaziado, uma vez que “qualquer movimento mais brusco dos administradores ou dos legisladores gera um incidente de constitucionalidade, que, por regra, deságua no Supremo”.⁴⁴³ Nesse mesmo sentido, Ran Hirshl destaca que:

Ao longo das últimas duas décadas o mundo tem assistido a uma transição surpreendentemente rápida para o que pode ser chamado *juristocracy*. Em todo o mundo, em vários países e em várias entidades supranacionais, a reforma constitucional fundamental transferiu uma quantidade sem precedentes de poder de instituições representativas para judiciários. A maioria dessas organizações políticas tem uma Constituição recentemente aprovada ou revisão constitucional que contém uma declaração de direitos e estabelece alguma forma de revisão judicial ativa. Tribunais superiores nacionais e tribunais supranacionais, entretanto se tornaram cada vez mais importantes, até mesmo cruciais órgãos políticos. Parafraçando a observação de Alexis de Tocqueville sobre os Estados Unidos, agora há praticamente nenhuma controvérsia política moral, política ou pública no mundo novo do constitucionalismo que, mais cedo ou mais tarde se tornaria um judicial. Esta tendência global em direção à expansão do domínio judicial é sem dúvida um dos desenvolvimentos mais significativos na XX tarde e início do XXI século.⁴⁴⁴

Luis Werneck Vianna aponta que o papel do judiciário seria de um “*tertius capas* de exercer as funções de *checks and balances* no sistema político”⁴⁴⁵, compensando a tirania da maioria comumente existente no presidencialismo de coalizão brasileiro, onde o judiciário

⁴⁴² GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas*, trad. de Francisco Aragão, Lisboa : Piaget, 1996, p11

⁴⁴³ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. Revista Direito GV São Paulo. Jul-Dez.2008, p.447.

⁴⁴⁴ Hirshl, Ran (2004) "*Te Political Origins of the New Constitutionalism*," Indiana Journal of Global Legal Studies: Vol. 11: Iss. 1, Article 4. Available at: <http://www.repository.law.indiana.edu/ijgls/vol11/iss1/4>

⁴⁴⁵ WERNECK VIANNA, Luiz. Et al. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999, p.51

seria um ator não só envolvido com a escolhas, mas também com a participação democrática de grupos outrora invisíveis. Rogério Bastos Arantes destaca que no campo da ciência política, a transferência de autoridade do legislativo para o judiciário e constitucionalização de direitos representa “um custo para as elites políticas, mas elas preferirão esse tipo de ‘seguro’ se os custos prováveis de perdas eleitorais futuras lhe parecerem maiores.”⁴⁴⁶

Assim, a análise de políticas públicas firmadas em uma teoria deliberativa democrática conta com a participação direta do Judiciário como ator político na tomada de decisões. Caso contrário, como adverte Matthew M. Taylor, “o processo de decisão política será incorretamente compreendido e a importância de atores relevantes para o debate das políticas públicas poderá ser mal-entendido ou até mesmo ignorado.”⁴⁴⁷ Nesse sentido, a judicialização da política pode representar um reequilíbrio das forças sociais, como bem destacou Atoine Garapon, em que a justiça “torna-se um verdadeiro lugar de representação o que ela nunca deveria deixar de ser. Ela aproxima-se de um verdadeiro lugar político de confronto de interesses e de deliberação”⁴⁴⁸.

4.3.2 - O Judiciário e as Políticas Públicas

Nas pretensões expostas até aqui, ficou claro que o judiciário não pode ser analisado com base nas teorias clássicas sobre políticas públicas, a exemplo do modelo Kingdon⁴⁴⁹ de atores visíveis e invisíveis, no qual os atores visíveis são formados pelo alto-escalão do governo, geralmente relacionados ao processo eleitoral (executivo e legislativo) que definem a agenda, enquanto que os atores invisíveis possuem o poder de influenciar às alternativas. A concepção do judiciário como um ator político é mais complexa porque envolve tanto a formulação de agendas como as alternativas a serem tomadas. Na verdade, a figura do judiciário é fundamental no procedimento democrático de formulação política, já que é através dele que outros atores participam do debate público. Nesse sentido, o judiciário deve ser analisado não só pela figura do juiz como ator político, mas também a do tribunal como arena pública deliberativa de uma sociedade pluralista e democrática.

⁴⁴⁶ ARANTES, Rogério Bastos. *Cortes Constitucionais*. AVRITZER ET ALL (Org.) Dimensões Políticas da Justiça. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, p.198

⁴⁴⁷ TAYLOR, Matthew M. *O judiciário e as políticas públicas no Brasil*. Dados [online]. 2007, vol.50, n.2, pp. 229-257.

⁴⁴⁸ GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas*. trad. de Francisco Aragão, Lisboa : Piaget, 1996.p.282

⁴⁴⁹ KINGDON, JOHN W. Agenda, Alternativas , and Public Policies. 2 en Edition. Haper Collins College Publishers. In SARAIVA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete.2007, p.230.

Prefere-se uma análise pluralista que se encaixe com uma democracia constitucional, no qual o processo de decisão política é um jogo dinâmico entre os atores formais e informais em uma arena deliberativa. “Alguns atores são formais, como partidos políticos, presidentes, legislativo, tribunais e burocracia, e seus papéis na política são formalmente designado pelo Constituição. Outros atores são informais, como movimentos sociais de negócios, e mídia. Eles não têm nenhum papel formal, mas muitas vezes provaram são poderosos agentes.”⁴⁵⁰

Para um mapeamento da intervenção do judiciário nas políticas públicas serão utilizados métodos que se correlacionam na análise, como o institucional, de redes e o deliberativo. Tais métodos apresentam uma estrutura vantajosa para análise aqui empreendida. Thomas R. Dye destaca que há uma relação íntima entre políticas públicas e instituições governamentais, já que tais instituições dão às políticas públicas três características fundamentais, a legitimidade, universalidade e coerção.⁴⁵¹ O arranjo institucional facilita a análise deliberativa entre os poderes executivo, legislativo e judiciário, já que neste caso a análise verifica como “as instituições podem ser configuradas para facilitarem certas consequências políticas e obstruírem outras. Podem favorecer certos interesses na sociedade e desfavorecer outros”.⁴⁵²

O arquétipo da Constituição de 1988 apresenta o judiciário não só como um campo de análise propício para verificação das políticas através do modelo institucional, como também o modelo de redes, uma vez que o desenho institucional do judiciário brasileiro é amplo no que tange a participação de diferentes atores. Como destacou Hermílio Santos, a análise de redes é um processo de formulação de políticas públicas fundado na complexa interação de atores⁴⁵³, esses atores podem estar ligados por diversos fatores, como sociais, econômicos ou institucionais. No caso do Judiciário, a análise se torna pertinente ante o alto grau de participação que ocorre no âmbito das cortes, nesse ponto a atuação do judiciário se diferencia dos demais atores por sua dupla função na formulação das políticas públicas, seja na figura do juiz como um ator político, seja na figura do judiciário como arena pública. O corte epistemológico será o Supremo Tribunal Federal – STF, órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, no que tange o controle concentrado de constitucionalidade, no qual as partes deliberam na forma de um processo abstrato diretamente na corte. Assim, a análise

⁴⁵⁰ STEINS, Ernesto. Et.al. *The Politics of Policies*. Economic and Social Progress in Latin America. Inter-American Development Bank. David Rockefeller Center for Latin American Studies Harvard University. 2006, p.25.

⁴⁵¹ DYE, Thomas R. *Mapeamento dos modelos de análise de políticas públicas*. In: HEIDEMANN, F. G; SALM, J.F (org). *Políticas Públicas e Desenvolvimento*. Brasília: Ed. UNB. 2010. p.101

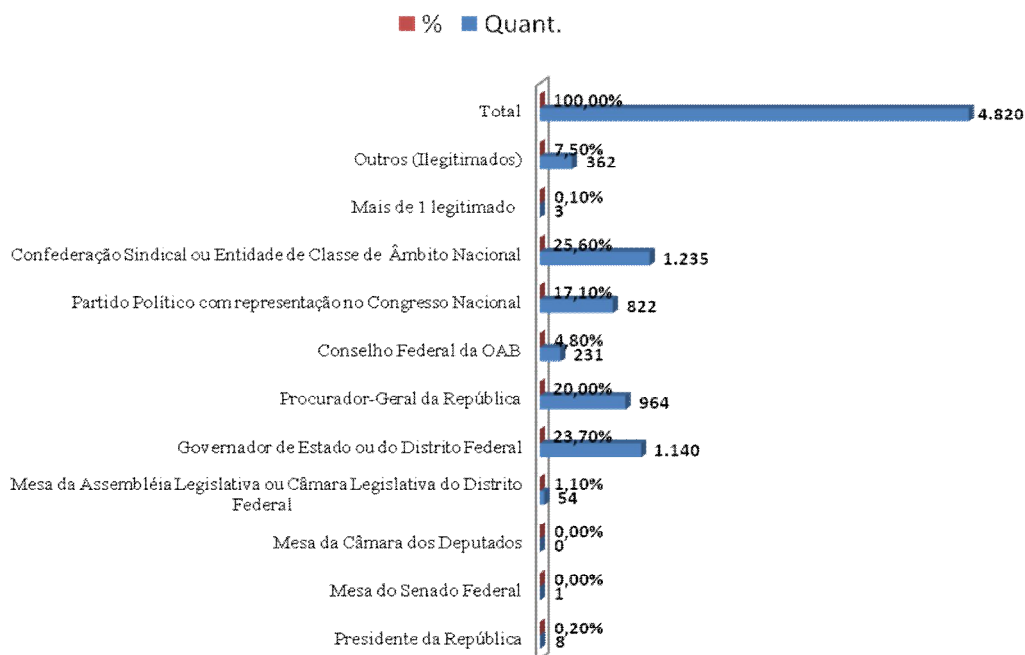
⁴⁵² *Ibidem*, p.103

⁴⁵³ SANTOS, Hermílio. *Perspectivas Contemporâneas Para a Constituição de Redes Públicas*. In Civitas. Porto Alegre. V5. N.1. Jan-Jun. 2005, p.59

empreendida tem como ponto central a formulação de políticas públicas como o resultado de uma relação complexa entre atores formais e informais, rejeitando a abordagem do Estado (*executivo e legislativo*) como único ator relevante no processo de formulação.⁴⁵⁴

Como será verificado, o amplo rol de legitimados⁴⁵⁵ para deflagrar o processo constitucional revela que o procedimento deliberativo da corte é altamente pluralista e democrático, e que muitas vezes os partidos políticos e os representantes da sociedade civil avocam o STF como arena deliberativa. A escolha desses dois atores tem por base a legitimidade e representatividade da sociedade, uma vez que o primeiro decorre da dimensão eleitoral, enquanto o segundo representa uma forma coletiva não institucionalizada.⁴⁵⁶ Destaca-se que, muitas vezes esses atores são deixados de fora do processo político majoritário, no qual os partidos políticos que não pertencem a coalizão tem baixa ingerência na formulação de políticas públicas, bem como as sociedades civis que se encontram a margem do processo democrático quando se trata de direitos de minorias.

ADI POR LEGITIMADO

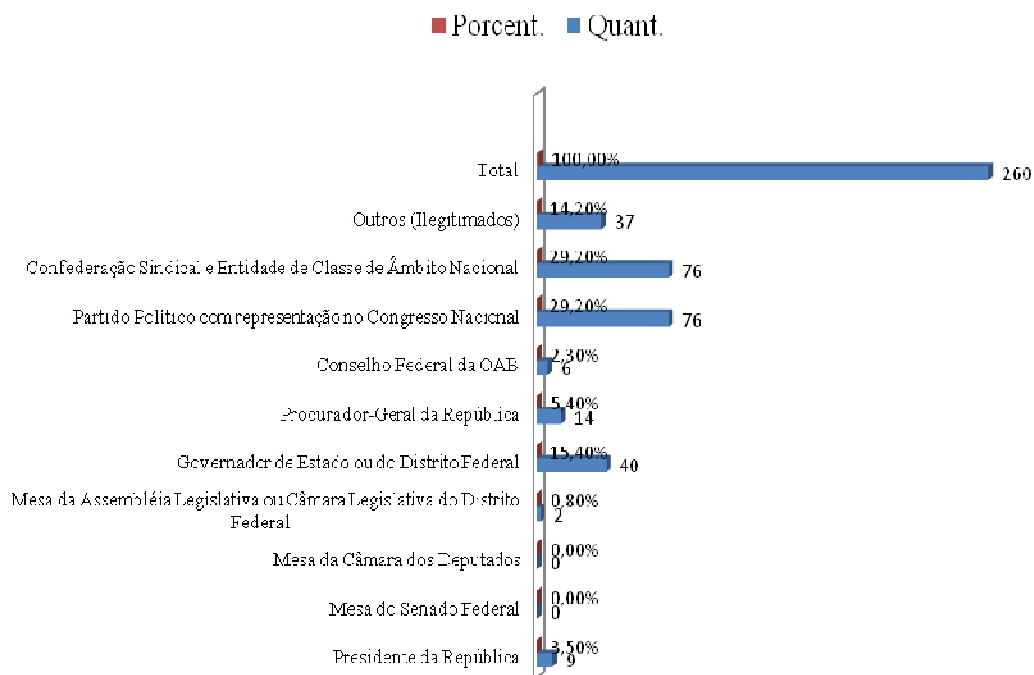


⁴⁵⁴ Idem, p.62

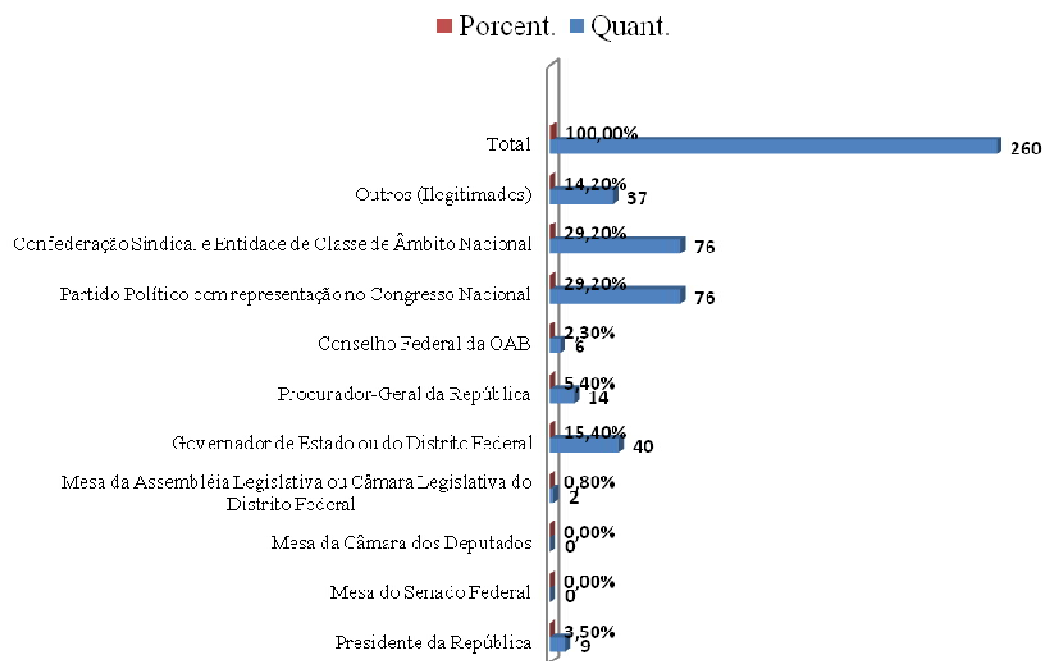
⁴⁵⁵ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Obs: São os mesmo legitimados para ADO, ADPF.

⁴⁵⁶ AVRITZER, Leonardo. Sociedade Civil, Instituições Participativas e Representação: Da autorização à Legitimação da Ação. In: Dados – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, Vol. 50, nº 3. 2007, p. 455 – 458.

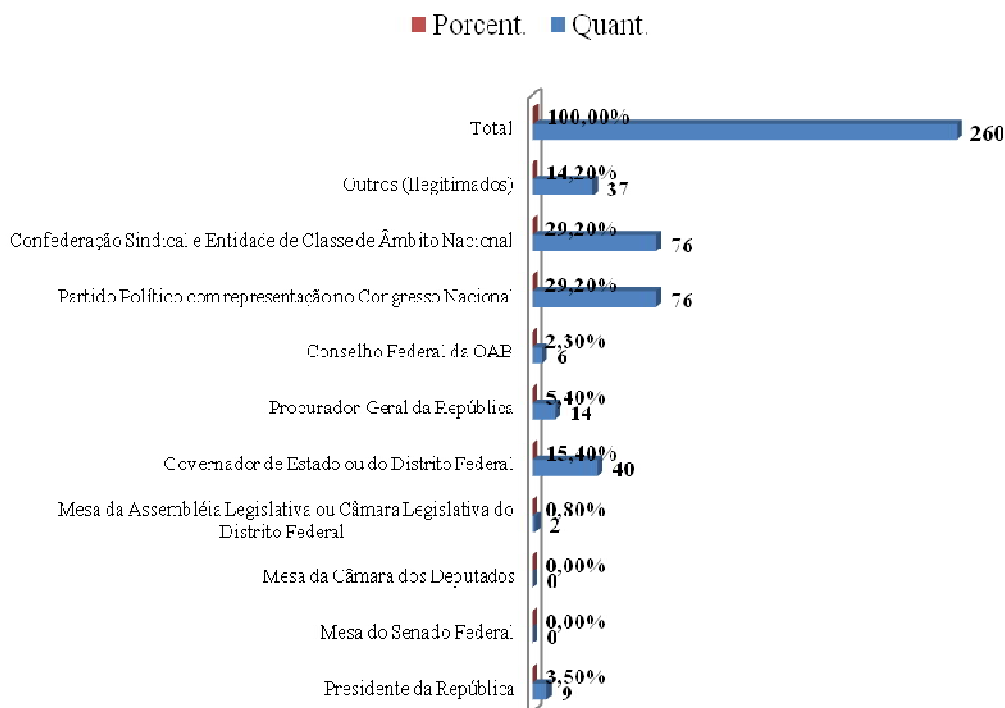
ADO POR LEGITIMADO



ADC POR LEGITIMADO



ADPF POR LEGITIMADO



No levantamento realizado junto aos dados estáticos do STF,⁴⁵⁷ no que tange os Partido Político com representação no Congresso Nacional e das Confederações Sindicais ou Entidades de Classe de Âmbito Nacional verificou-se que 42,7% das ações que visam a declaração de inconstitucionalidade de uma lei são de iniciativa desses grupos. Quando se trata da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão - ADO, que visa sanar e efetivar norma constitucional em razão de omissão de qualquer dos Poderes ou de órgãos administrativos, esse percentual cresce expressivamente para 90% das ações. O percentual se mantém em alta com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, que visa garantir a efetividade dos direitos fundamentais, bem como evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, com 58,4% de ações, ou seja, mais da metade das ações ajuizadas junto ao STF. Por fim, na Ação Declaratória de Constitucionalidade - ADC, cujo objetivo é declaração da constitucionalidade da lei evitando que a mesma não seja questionada por outras ações, o percentual é de 40% das ações ajuizadas.

⁴⁵⁷ Tabela de Distribuição das ações no controle concentrado por legitimado (ADI, ADC, ADO e ADPF) - 1988 a 2012: Dados de 2012 atualizados até 31 de dezembro. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>

Os dados apresentados levam a constatação de que representantes políticos e representantes da sociedade civil utilizam o STF para deliberar sobre temas variados, dentre os quais se encontram as políticas públicas. Como bem destacou Leonardo Avritzer, a presença das sociedades civis são um crescente na sociedade contemporânea, e que “essa presença foi acentuada nos últimos governos, que legalizaram diversas formas de inserção de associações da sociedade civil nas políticas públicas.”⁴⁵⁸

Segundo o autor, a representação exercida pela sociedade civil é pluralista e que:

O importante em relação a essa forma de representação que ela tem origem em uma escolha entre atores da sociedade civil, decidida frequentemente no interior das associações civis. Estas exercem o papel de criar afinidades intermediárias, isso é, elas agregam solidariedades e interesses parciais (Warren, 2001). Ao agregarem estes interesses, elas propiciam uma forma de representação por escolha que não é uma representação eleitoral de indivíduos ou pessoas. A diferença se legitima em uma identidade ou solidariedade parcial exercida anteriormente.⁴⁵⁹

Essa legitimação da representação das sociedades civis através das Confederações Sindicais e Entidades de Classe de Âmbito Nacional corrobora a tese que a análise das políticas públicas através da estrutura institucional deliberativa de redes, no qual a interação de atores políticos é imprescindível para análise de determinadas políticas públicas.

Destaca-se nesse ponto, que até mesmo os críticos a uma atuação do judiciário no campo das políticas públicas⁴⁶⁰ não negam a dimensão participativa para formulação de políticas. Maria Paula Dallari Bucci destaca que para a um conceito jurídico de políticas públicas, o processo de formulação estaria associado à participação popular, em que “o próprio conceito de interesse público, abre-se ao diálogo com a pluralidade de interesses que o direito passa a disciplinar”⁴⁶¹.

Se a análise de redes tem como base a noção de interação entre atores políticos, a questão a ser respondida é como ocorre essa conexão entre os atores formais e informais e por que ocorrem? Como destacou Volker Schneider, “o denominador mais comum de todas as análises de redes de políticas públicas é que a formulação de políticas públicas não está mais

⁴⁵⁸AVRITZER, Leonardo. *Sociedade Civil, Instituições Participativas e Representação: Da autorização à Legitimação da Ação*, op. cit., p. 443.

⁴⁵⁹ Idem.p.458.

⁴⁶⁰ Vide Maria Paula Dallari Bucci: “Cumprer ressaltar que a atuação judicial na conformação das políticas públicas seria, de certo modo, imprópria, uma vez que a formulação de políticas públicas cabe, em regra, ao Poder Executivo, dentro de marcos definidos pelo Poder Legislativo.” BUCCI, Maria Paula Dallari. *O conceito de Política Pública em Direito*, op.cit., p.38

⁴⁶¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. *O conceito de Política Pública em Direito*. BUCCI, Maria Paula Dallari. *O Conceito de Política Pública em Direito*. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.) *Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p.44

atribuída somente á ação do Estado enquanto ator singular e monolítico, mas resulta da interação de muitos atores distintos. A própria esfera estatal é entendida como sistema de múltiplos atores.”⁴⁶²

A conexão no caso brasileiro ocorre pelo próprio arquétipo da Constituição, no qual o Judiciário passou a exercer um poder na conformação e aplicação de políticas públicas, regido pelo princípio da inafastabilidade do poder judiciário.⁴⁶³ Como dito anteriormente, as políticas públicas foram amplamente constitucionalizadas e a agenda política foi vinculada a realização de uma agenda Constitucional de direitos prestacionais. Ou seja, os direitos fundamentais, sociais e econômicos elencados na CRFB/1988 determinam uma gama de direitos à prestação, como por exemplo, saúde, educação, políticas de reconhecimento, entre outros, que acabam por determinar a formulação de uma agenda política.

Maria Tereza Sadek⁴⁶⁴ destaca que a definição do papel do “juiz como de um ator político envolve o reconhecimento de que suas atribuições produzem impactos sociais, econômicos e políticos”, destacando que o Judiciário passou de um mero aplicador da lei para um verdadeiro agente político, onde a combinação da constitucionalização dos direitos e do desenho institucional do poder judiciário consolida a papel dos juízes na arena política.

New Tate apresenta um leque de características marcantes de uma sociedade judicializada:

*The presence of democracy, a separation of powers system, a politics of rights, a system of interest groups and a political opposition cognizant of judicial means for attaining their interests, weak parties or fragile government coalitions in majoritarian institutions leading to policy deadlock, inadequate public support, at least relative to judiciaries, and the delegation to courts of decision-making authority in certain policy areas all contribute to the judicialization of politics.*⁴⁶⁵

⁴⁶² SCHNEIDER, Volker. *Redes de Políticas Públicas e a Condução de sociedades complexas*. Civitas. Porto Alegre.v.5.n.1.Jan-jun. 2005, p38.

⁴⁶³ Art.5º da CRFB/1988: XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

⁴⁶⁴ SADEK, Maria Tereza. *Judiciário e Arena Pública: um olhar a partir da Ciência Política*. In: Ada Pellegrini Grinover; Kazuo Watanabe. (Org.). *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. 1ed.Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p.22

⁴⁶⁵ “A presença da democracia, a separação de poderes do sistema, uma política de direitos, um sistema de grupos de interesse e de uma oposição política consciente dos meios judiciais para atingir seus interesses, partidos fracos ou coligações governamentais frágeis acarretam um impasse político nas instituições majoritárias, apoio política pública inadequada, pelo menos em relação ao Poder Judiciário, e a delegação do poder da tomada de decisão em determinados domínios políticos aos tribunais contribuem para a judicialização da política. (Tradução nossa)” In: New Tate Why The Expansion of Judicial Power. In: TATE, Neal. VALLINDER, Torborn. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: NewYork University Press. 1995, p. 33

O tema se torna relevante ante a presente discussão de quem deve ter a última palavra em termos de constituição, revelando uma possível “crise” institucional entre os poderes executivo, legislativo e judiciário, diante da expansão do terceiro em detrimento dos outros poderes.⁴⁶⁶ Por mais que se tente demonstrar que o ativismo judicial é um mito não comprovado empiricamente, e que as cortes na verdade atuam de forma corretiva, “como instâncias de fortalecimento da representação política, convalidando e aperfeiçoando o trabalho do poder legislativo”,⁴⁶⁷ a verdade é que o legislativo se sente ameaçado pela hipertrofia da supremacia judicial, e do seu papel “messiânico” de resgatar a sociedade do legislativo que sempre está disposto a perverter a princípios Constitucionais. Nesse sentido, a aprovação da PEC 33/2011⁴⁶⁸ pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania – CCJC, projeto de emenda constitucional que tem como escopo a limitação dos poderes do STF sob o pretexto de corrigir a anomalia funcional e instituir um diálogo institucional, confirma o mal estar do parlamento com a expansão do judiciário. No entanto, a referida medida possui forte caráter intimidador à moda Roosevelt ⁴⁶⁹, se assemelhando a um controle monológico impositivo com o fim de coibir as deliberações do Supremo Tribunal Federal.

No propósito estabelecido na presente dissertação, pretende-se demonstrar que a judicialização aponta para uma crise virtual dos poderes, e que essa possível crise é mitigada pela ampliação da participação, em que a margem democrática deve ser ampliada, e que as medidas para a ampliação do diálogo institucional não devem limitar a atuação do STF, mas ampliar a grau de participação no processo democrático. Na verdade, o judiciário atua como um árbitro da arena democrática, no qual o processo deliberativo tende a ser o liame entre os atores políticos. Entretanto, antes de entrar na análise do STF pela via deliberativa, faz-se necessário uma breve digressão sobre as posições favoráveis e desfavoráveis ao controle judicial de políticas públicas pelo judiciário, que implicaram na escolha da democracia deliberativa para justificar o posicionamento das Cortes Constitucionais.

⁴⁶⁶ Vide: BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial Versus Dialogos Constitucionais*. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2012.

⁴⁶⁷ PROGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou representação*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p.183

⁴⁶⁸ PEC 33/2011 Proposto pelo Deputado Federal Sr. Nazareno Fonteles : Altera a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis; condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submete ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição.

⁴⁶⁹ A Exemplo da crise institucional de 1930 criada pelo forte ativismo judicial da era Lochner, onde a Corte Americana invalidou varias medidas do New Deal, do Presidente Flanklin Roosevelt. Com o intuito de salvar a Constituição da Corte, Roosevelt enviou o projeto de lei que permitia nomear um juiz adicional para todas as cortes em que magistrados com mais de 70 anos declinassem de pedir aposentadoria. Apesar de o Senado ter rejeitado o projeto, a pressão ajudou a mudar o posicionamento da Corte. In: MORO, Sérgio Fernando. *Jurisdição Constitucional Como Democracia*. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2004.p.54

4.4 – *Ativismo Judicial ou Representação: O Problema da Última Palavra*

O ativismo judicial⁴⁷⁰ não possui uma univocidade de sentidos, contudo suas raízes estão diretamente relacionadas com o desenho institucional da Constituição. Lawrence Baum⁴⁷¹ em análise da Suprema Corte americana destacou que o ativismo da corte não estava correlacionado somente com o *judicia review*, mas através do conflito político com os outros poderes. O desenho institucional americano talvez seja o mais propício para analisar em comparação ao brasileiro, uma vez que as incorporações de vários institutos do direito americano ganharam forma na atuação do judiciário pátrio. Não há como negar por outro lado, que a criação dos Tribunais Constitucionais pós Segunda-Guerra são um marco expressivo na discussão do ativismo judicial, e que muitas vezes as cortes se apresentam como uma verdadeira salvaguarda dos direitos. Entretanto, aqui o tema será limitado aos fins do presente trabalho, apresentando uma visão sintetizada das questões envolvendo o ativismo judicial.

Ainda hoje, a referência matricial do ativismo judicial tem seu lócus na Corte de Earl Warren (1953-1969), onde a Suprema Corte julgou questões afetas a direitos civis, liberdade de religião e separação da Igreja, proibição de leitura religiosa nas escolas, integração racial, movimento feministas, intimidade, liberdade de imprensa e tantos outros direitos controversos da sociedade americana.⁴⁷² Nesse sentido, a corte se abriu para questões sociais e individuais do povo, acarretando numa expansão não só dos poderes da Suprema Corte, mas de sua própria imagem. O que torna a Corte de Warren um marco no desenho institucional americano é que Earl Warren possuía fortes convicções políticas quanto aos problemas da sociedade, levando-os para dentro da corte, obrigando a sociedade à época discutir tais matérias, mesmo que através dos juízes.⁴⁷³

⁴⁷⁰ Segundo Luis Roberto Barroso, existe uma tênue diferenciação entre ativismo e judicialização, segundo o autor a judicialização é oriunda do desenho institucional brasileiro, “já o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a constituição, expandindo seu alcance.” In: BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. In: RFD – Revista da Faculdade de Direito - UERJ, v2, nº 21, Jan-jun. 2012

⁴⁷¹ Segundo o Autor: A revisão judicial permanece como mecanismo pelo qual a corte assume mais diretamente uma posição ativista. O padrão do uso da revisão judicial pela corte para anular políticas governamentais, provavelmente, é o melhor indicador do ativismo da corte e dos limites sobre seu ativismo. Mas uma avaliação geral da significação da corte como elaboradora de políticas precisa levar em conta todos os aspectos do seu trabalho. In: BAUM, Lawrence. *A Suprema Corte Americana. Uma análise da mais notória e respeitada instituição judiciária do mundo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987, p.260.

⁴⁷² Vide: RODRIGUES, Leda Boechat. *A Corte de Warren*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira S.A, 1991.

⁴⁷³ RODRIGUES, Leda Boechat. *A Corte de Warren*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira S.A, 1991, p.32-42

Esse posicionamento mais “ativista” da corte reavivou a discussão sobre o papel do judiciário, bem como sua função política na formação de um Estado mais justo. Notadamente, os Estados Unidos se diferenciam pelo seu pequeno catálogo de direitos de cunho liberal, contudo tal fato não impediu a corte de julgar *Brown v. Board of Education of Topeka*, eliminando a segregação racial nas escolas públicas com base na cláusula do *due process*, no qual o *Chief-justice* Warren destacou que “quando o Estado se encarrega de prover tal oportunidade, a mesma constitui direito que deve ser acessível a todos, em igualdade de condições. (...) Apesar de poderem ser iguais os fatores tangíveis, a segregação das crianças nas escolas públicas apenas por motivo racial priva os grupos minoritários de iguais oportunidades educacionais.”⁴⁷⁴

Esse posicionamento demonstra que uma corte engajada em resolver os déficits políticos da sociedade estaria de alguma forma se sobrepondo aos demais poderes políticos, resolvendo não só questões jurídicas, mas questões intimamente políticas. A insurgência de juízes em desfavor dos representantes eleitos passa a gerar um desconforto, já que existe um problema de fundo que não é a pura e simples tese da legitimidade para revogar leis, mas de quem manda no jogo do poder. Nesse aspecto, passou-se a discutir quem teria a última palavra em termos de matéria constitucional, uma corte formada por uma “juristocracia”, ou os representantes eleitos pelo “batismo popular”.

Essa discussão foi travada por Ronald Dworkin⁴⁷⁵ e Jeremy Waldron⁴⁷⁶. Dworkin propõe uma leitura moral da Constituição, em que todos participem na interpretação e aplicação dos dispositivos abstratos que fazem referencia de decência e justiça, e que o interprete final é a Suprema Corte:

A leitura moral, assim, insere a moralidade política no próprio âmago do direito constitucional. Mas a moralidade política é intrinsecamente incerta e controversa; por isso, todo sistema de governo que incorpora tais princípios a suas leis tem de decidir quem terá a autoridade suprema para compreendê-los e interpretá-los. No sistema norte-americano atual, essa autoridade cabe aos juízes e, em última instância, aos juízes da Suprema Corte.⁴⁷⁷

Segundo o autor, a Suprema Corte americana teve uma notável influencia na formação da sociedade americana, destacando que os debates sobre temas controvertidos são melhores

⁴⁷⁴ Ibidem, p.171

⁴⁷⁵ DWORKIN, Ronald. *O Direito da Liberdade. A leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

⁴⁷⁶ WALDRON, Jeremy. *A Essência da Oposição ao Judicial Review*. In: BIGONHA, Antônio. MOREIRA, Luiz. (Org.) *Legitimidade e Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

⁴⁷⁷ DWORKIN, Ronald. *O Direito da Liberdade. A leitura moral da Constituição norte-americana*, op.cit., p.2-3

difundidos na sociedade quando são tratados pela corte. Nesse sentido, uma leitura moral da Constituição não pode ser classificada como antidemocrática, mas ao contrário, ele é indispensável para a própria democracia.

Dworkin baseia sua leitura moral em princípios gerais que devam seguir um ideal político, em que “o Estado deve tratar todas as pessoas sujeitas ao seu domínio como dotadas do mesmo status moral e político”⁴⁷⁸. A leitura moral não atinge todo conteúdo da Constituição, mas aqueles princípios substantivos que apresentem o ideal de igualdade da Constituição. Conseqüentemente, o autor vai se opor a regra do governo majoritário, destacando que a democracia não se resume a regra da maioria:

A democracia é um governo sujeito às condições – podemos chamá-las de condições “democráticas” – de igualdade de status para todos os cidadãos. Quando instituições majoritárias garantem e respeitam as condições democráticas, os veredictos dessas instituições, por esse mesmo motivo devem ser aceitos por todos. Mas quando não o fazem, ou quando essa garantia e esse respeito mostram-se deficientes, não se pode fazer objeção alguma, em nome da democracia, a outros procedimentos que garantem e respeitem as condições democráticas.⁴⁷⁹

Uma leitura moral da constituição nesse caso se resume na definição de qual é a instituição que melhor garante as condições democráticas de igual consideração e respeito⁴⁸⁰, sendo que o legislativo não é o veículo mais apropriado para proteção dos direitos de grupos pouco populares, ante a sua vulnerabilidade a pressões políticas e financeiras. Como asseverou Conrado Hubner Mendes, Dworkin não se importa com a possibilidade de que a corte erre, mas nega que o erro do judiciário seja maior só porque juízes não são representantes eleitos, “a corte alça a discussão para o plano dos princípios. Importam antes, o compromisso e a atitude, não a resposta. O fórum do princípio para que se proteja da batalha da política cotidiana, compromete-se com a disciplina do argumento.”⁴⁸¹

Dworkin desfecha sua tese, destacando que:

Se a interpretação mais direta da prática constitucional norte-americana mostra que nossos juízes são dotados da autoridade interpretativa final e que eles, em sua maioria, compreendem a Declaração de Direitos como uma constituição de princípio - se essa é a melhor explicação das decisões que os juízes efetivamente tomam é que o público em sua maioria aceita -, não

⁴⁷⁸ Ibidem, p.11

⁴⁷⁹ Ibidem, p.26

⁴⁸⁰ Ibidem, p. 26

⁴⁸¹ MENDES, Conrado Hubner. *Controle de Constitucionalidade e Democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008,p.79.

*temos motivo algum para resistir a essa leitura e nos esforçar para encontrar outra que pareça mais compatível com a filosofia majoritária.*⁴⁸²
(grifo nosso)

Notadamente, a concepção moral de constituição de Dworkin se encaixa com sua teoria do direito como integridade,⁴⁸³ e na atuação hercúlea dos juízes na interpretação do direito com base em princípios morais para justificar uma resposta certa.⁴⁸⁴ Contudo, o autor se justifica destacando que “se uma teoria constitucional reflete determinada postura moral, isso não é motivo nem de surpresa, nem ridículo, nem de suspeita. Seria uma surpresa – e seria ridículo – se não refletisse.”⁴⁸⁵

Em posição diametralmente oposta, Jeremy Waldron argumenta que o controle judicial forte da legislação é inapropriado como modelo de decisões finais em uma democracia. O autor parte do “princípio de que discordâncias quanto a direitos não são principalmente questões de interpretação, mas levantam questões de importância prática para a comunidade política.”⁴⁸⁶ O fato das pessoas discordarem sobre os seus direitos não significa que elas não levam os direitos a sério, ao contrário, na maioria das vezes as pessoas discordam de boa-fé, neste caso, nem mesmo uma declaração de direitos poderia solucionar a questão.⁴⁸⁷

Waldron destaca que a resolução dos desacordos de forma imparcial pesa contra o *judicial review*, e que nas democracias os órgãos legislativos possuem melhores condições de oferecerem respostas imparciais com base na decisão majoritária. Não havendo comprovação de que a corte quando revoga uma legislação está falando em nome do povo, a teoria do pré-compromisso é uma mística infundada, já que “quando os cidadãos discordam sobre isso, não fica clara a razão pela qual conceder aos juízes o poder de decidir deveria ser entendido como manutenção de um pré-compromisso.”⁴⁸⁸ Para Waldron os legisladores eleitos possuem credenciais democráticas melhores para resolver possíveis controvérsias em uma comunidade

⁴⁸² Ibidem, p.54

⁴⁸³ Ronald Dworkin destaca que a integridade na deliberação judicial “requer que, até onde seja possível, nossos juízes tratem nosso atual sistema de normas públicas como se este expressasse e respeitasse um conjunto coerente de princípios e, como esse fim, interpretassem essas normas de modo a descobrir normas implícitas entre e sob as normas explícitas. Para nós a integridade é uma virtude ao lado da justiça, da equidade e do devido processo legal.” In: DWORKIN, Ronald. *Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.261

⁴⁸⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.180-181.

⁴⁸⁵ DWORKIN, Ronald. *O Direito da Liberdade. A leitura moral da Constituição norte-americana*. 2006. p.57

⁴⁸⁶ WALDRON, Jeremy. *A Essência da Oposição ao Judicial Review*, op. cit., p, 113

⁴⁸⁷ Ibidem, p. 113-115

⁴⁸⁸ Ibidem, p.143

política, já que uma questão de suma importância para a democracia é reivindicação de ser parte de sua própria estrutura política ou seja através dos procedimentos legislativos ⁴⁸⁹:

A discordância sobre direitos não é irracional e as pessoas podem discordar sobre direitos e ainda levá-los a sério. Nessas circunstâncias, eles precisam para resolver suas discordâncias, adotar procedimentos que respeitem as vozes e as opiniões das pessoas – milhões delas – cujos direitos estão em jogo nessas discordâncias e tratá-las com iguais nesse processo. Ao mesmo tempo, eles devem assegurar que esses procedimentos enfrentem, de maneira responsável e deliberativa, as questões difíceis e complexas que as discordâncias sobre direitos levantam. Os procedimentos legislativos ordinários podem fazer isso, tenho argumentado, e uma camada adicional de revisão final pelos tribunais acrescenta pouco ao processo, a não ser uma forma bastante insultuosa de cerceamento e uma ofuscação legalista das questões morais do jogo democrático.⁴⁹⁰

Waldron se opõe a Dworkin quanto à questão majoritária, já que “o recurso à legitimidade da deliberação majoritária para se resolver questões concernentes às condições da democracia é questionável no recurso da legitimidade do *judicial review* (ou qualquer outro procedimento político) para a resolução de tais questões também o é” ⁴⁹¹. Para Waldron não existe uma variação qualitativa entre a decisão majoritária do parlamento para a da corte, gerando certo casuísmo na escolha por parte dos defensores do *judicial review*. Por outro lado, não existe razão em depreciar a deliberação majoritária com base na alegação de que eles legislam em causa própria, muito menos que o *judicial review* acarretaria melhoras políticas no debate participativo da sociedade. Assim, “sempre há uma perda para democracia quando o ponto de vista a respeito das condições democráticas é imposto por uma instituição não-democrática, mesmo que este ponto de vista esteja correto e apresente melhorias á democracia.” ⁴⁹²

Apesar da simplificação do debate entre os autores, pode-se extrair uma breve noção quanto às razões empregadas entre defensores da supremacia judicial ou do parlamento. Conrado Hubner Mendes destaca pormenorizadamente os pontos mais empregados entre os adeptos das duas correntes. Os mais comuns a favor da corte seriam: “a corte protege as precondições da democracia assegurando o processo de formação democrática e a proteção dos direitos fundamentais”; “a corte protege os direitos das minorias e impede a tirania da

⁴⁸⁹ WALDRON, Jeremy. *O judicial review e as Condições da Democracia*. In: BIGONHA, Antônio. MOREIRA, Luiz. (Org.) *Limites do Controle de Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 262.

⁴⁹⁰ WALDRON, Jeremy. *A Essência da Oposição ao Judicial Review*, op. cit., p. 157.

⁴⁹¹ WALDRON, Jeremy. *O judicial review e as Condições da Democracia*, op. cit., p. 268.

⁴⁹² *Ibidem*, p.269

maioria”; “a corte é emissária do povo genuíno e operacionaliza o pré-comprometimento”; “a decisão da corte pode ser rejeitada, ao final, por emenda constitucional ou por uma nova constituição, poder que continua com o povo”; a supremacia judicial é exigência do Estado de Direito”; “a corte é um agente externo que julga com imparcialidade”; “a corte é um veto inerente e dinâmico da separação de poderes”; “a corte analisa o caso concreto submetendo-o a uma racionalidade incremental e o inserindo na jurisprudência”; “a corte é menos falível em questões de princípio e está mais próxima da resposta certa”; “a corte promove uma representação deliberativa e argumentativa”; “a corte é uma instituição educativa e promove o debate público”; “a corte integra o sistema democrático, não está a margem dele.”⁴⁹³

Por outro lado, a favor do parlamento, as teses mais comuns são: “o parlamento representativo é o mais próximo que se pode chegar do ideal de democracia nos Estados modernos”; o processo de composição do parlamento representativo estrutura a competição política; “o parlamento representativo é um aperfeiçoamento da democracia direta”; “a atividade decisória do parlamento estimula o compromisso, a acomodação de extremos, não a polarização”; “a objeção contra a supremacia do parlamento representativo ecoa preconceitos da tradição antidemocrática”; “a regra da maioria é o único princípio de decisão coletiva que respeita o imperativo moral da igualdade”; “a regra da maioria limita o poder”; “decisões sobre questões de justiça não devem ser sensíveis à intensidade de preferências.”⁴⁹⁴

Seguindo essa análise descritiva, José Ribas Vieira, com base no artigo “*conservatives and the seven sins of judicial activism*” de Willian Marshal, destaca sete tipos de ativismo judicial:

- 1) Ativismo contramajoritário: marcado pela relutância em relação às decisões dos poderes diretamente eleitos;
- 2) ativismo não-originalista: caracterizado pelo não reconhecimento de qualquer originalismo na interpretação judicial, sendo as concepções mais estreitas do texto legal e as considerações sobre intenção do legislador completamente abandonadas;
- 3) ativismo de precedentes: o qual consiste na rejeição aos precedentes anteriormente estabelecidos.
- 4) Ativismo formal (ou jurisdicional): marcado pela resistência das cortes em aceitar os limites legalmente estabelecidos para sua atuação;
- 5) ativismo material (ou criativo): resultante de novos direitos e teorias da doutrina constitucional;
- 6) ativismo remediador: marcado pelo uso do poder judicial para impor atuações positivas de outros poderes governamentais ou controlá-las como etapa de um corretivo judicial imposto;
- 7) Ativismo partisan: o qual consiste no uso do poder judicial para atingir os objetivos específicos de um determinado partido ou seguimento social;⁴⁹⁵

⁴⁹³ MENDES, Conrado Hubner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁴⁹⁴ *Ibidem*

⁴⁹⁵ VIEIRA, José Ribas. *Verso Reverso - A judicialização de política e o ativismo judicial no Brasil*. estação Científica (Juiz de Fora. Impresso), v. 1, p. 45-58, 2009.

José ribas vieira destacou ainda, que o STF passou gradativamente a ocupar o espaço desenhado pela Constituição de 1988, e que o alargamento institucional da corte independe da judicialização da política. “Tal processo significa uma centralização de poder em detrimento das demais instâncias do poder judiciário. Resulta essa dinâmica institucional, por exemplo, que, no universo do STF, se presencia esse “ativismo jurisdicional” conflitando com a judicialização da política na primeira instância.”⁴⁹⁶

Considerando as questões até aqui expostas, tais teses parecem irreconciliáveis no plano metodológico, ou seja, ou se aceita a supremacia judicial ou a do parlamento. Contudo, permaneceria certa incongruência se fosse defendida a supremacia de uma instituição em detrimento da outra, já que isso implicaria na afirmação que uma delas detém a supremacia do interesse público. Assim, adota-se um posicionamento que leve em conta os desacordos políticos e o controle de constitucionalidade, na tentativa de reconciliar deliberação política com revisão judicial, não acarretando uma sobreposição monológica dos poderes, mais uma cooperação deliberativa que leve a sério os desacordos morais da sociedade. Ao cabo desta empreitada, faz-se *mister* analisar de forma mais detida como se dá o processo deliberativo no STF.

4.5– *Democracia Deliberativa e Políticas Públicas: Aportes teóricos para um modelo deliberativo institucional no Âmbito do STF*

Conforme lição de Pedro Salazar Ugarte ⁴⁹⁷ pode-se dividir a análise das teorias democráticas em três grupos de teorias distintas, a teoria do *public choice* de matriz schumpeteriana, as teorias constitucionais substantivas e as teorias deliberativas. Segundo o autor, a teoria proposta por Schumpeter segue uma linha econômica e elitista, no qual o processo democrático deve ser realista, onde os indivíduos são motivados por seus desejos egoístas e são incapazes de participar das decisões políticas. Essa teoria não leva em conta a participação, mas quem decide e como decide, ou seja, o que importa são os representantes eleitos e como eles formulam as políticas públicas. Nesse sentido Ugarte afirma que a teoria de Schumpeter teve grande influência na escola do “*public choice*”, e que esta teoria é

⁴⁹⁶ Ibidem.

⁴⁹⁷ UGARTE, Pedro Salazar. *Que participação para qual democracia?* In: COELHO, Vera Schattan P., NOBRE, Marcos (Orgs.). *Participação e deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo*. 1. ed. São Paulo: Editora 34, 2004, p. 97.

predominante na ciência política americana. Já as teorias constitucionais-substantivas revelam um ideal democrático constitucional, no qual os direitos fundamentais constituem um elemento substantivo da democracia. Trata-se de “um modelo que combina elementos democráticos como autonomia e participação cidadã, com instituições constitucionais”.⁴⁹⁸ Atualmente, a visão substantiva constitucional tem como referencia as concepções principiológicas substancialistas de John Rawls⁴⁹⁹ e as leituras morais e políticas no âmbito do direito constitucional de Ronald Dworkin⁵⁰⁰, em que a leitura moral da Constituição implica na incorporação de certos princípios morais controversos, e que essa leitura moral poderia ser realizada por juízes e, em última instância pela Suprema Corte.

Por fim, no extremo oposto às teorias do *public choice* estão as teorias deliberativas, que possuem dois elementos fundamentais, 1) “a ideia de que a tomada de decisões coletivas devem participar todos os potenciais destinatários das mesmas ou, em sua falta os seus representantes; 2) a ideia de que a tomada de decisões deve ser resultado de um intercambio de argumentos entre os participantes que, durante a discussão, devem respeitar os critérios de imparcialidade e racionalidade.”⁵⁰¹ Na linha deliberativa procedimentalista destaca-se Jürgen Habermas, que afirma que “o contrato da sociedade faz prevalecer o princípio do direito, na medida em que liga a formação política da vontade do legislador a condições de um procedimento democrático, sob as quais os resultados que aparecem de acordo com o procedimento expressam per se a vontade consensual ou o consenso de todos os participantes”⁵⁰²

Objeta-se a teoria do *public choice*, uma vez que dentro desenho institucional brasileiro é inviável pensar em uma democracia sem participação, seja dentro de critérios substantivos ou critérios deliberativos. Pensar que a mera constituição de representantes eleitos é capaz de garantir o processo democrático é desconsiderar o arranjo político brasileiro, em que o processo majoritário pode não levar em conta o interesse de minorias, ou sequer abrir espaço para um debate verdadeiro. No caso, a advertência de Alvaro Vita se torna relevante, pois “quando os pobres deixam de constituir a maioria na sociedade, a tomada de

⁴⁹⁸ Idem, p.99

⁴⁹⁹ RAWLS, John. *Uma teoria de Justiça*. São Paulo: Martins Fontes. 2000; RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Tradução Dinah Abreu Azevedo. 2ª ed. São Paulo: Ática, 2000.

⁵⁰⁰ DWORKIN, Ronald. *O Direito de Liberdade*. A leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo. Martins Fontes, 2006.p.3

⁵⁰¹ UGARTE, Pedro Salazar, op.cit., p. 98.

⁵⁰² HABERMAS. Jürgen. *Direito e Democracia Entre Facticidade e Validade*, volume I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro. Tempo Brasileiro. 1997.p.127.

decisões por meio do processo democrático não oferece nenhuma garantia, por si mesmo, de que seus interesses serão levados em conta pela maioria relativamente mais privilegiada”⁵⁰³.

Contra a teoria substantiva constitucional, principalmente as de matriz Dworkiana, destacou-se as críticas de Jeremy Waldron⁵⁰⁴, ao afirmar que a democracia sempre sai perdendo quando um ponto de vista moral é imposto por uma instituição não democrática, não havendo como se provar que um controle judicial apresentaria melhores condições para um debate político mais participativo da sociedade. No caso, essa crítica se torna pertinente quando se pensa nos juízes somente como atores políticos, ou seja, uma leitura moral não pode ser exclusiva dos juízes ou das cortes. Contudo, a referida crítica não alcança o judiciário como arena deliberativa, onde juízes também fazem parte, mas não com exclusividade.

Quanto ao procedimentalismo deliberativo habermasiano, o processo deliberativo acaba sendo um fim em si, já que a “participação acaba sendo a fonte da legitimidade e de justificação moral da democracia”⁵⁰⁵. No caso, Habermas está preocupado em garantir as condições procedimentais de participação, deixando de lado os critérios substantivos. Como destacou Miguel Gualano de Godoy, “o modelo de Habermas é procedimental porque deixa em aberto os possíveis resultados da deliberação. Vale dizer, os princípios a serem aplicados devem encontrar a sua justificação no curso do próprio processo deliberativo.”⁵⁰⁶ Neste caso, o judiciário só poderia verificar e garantir os pressupostos para participação, deixando de lado o controle de direitos fundamentais que não estejam ligados diretamente ao procedimento, ou seja, a atuação judicial encontra-se circunscrita e limitada ao próprio procedimento. Outro ponto importante, é que a democracia procedimental de Habermas oferece um consenso ideal, no qual a mera garantia de participação e de deliberação é capaz de gerar a aceitação dos argumentos e das decisões.

Portanto, optou-se por uma democracia deliberativa como valor epistêmico, com base no construtivismo epistemológico de Carlos Santiago Nino, no qual a democracia não deve buscar soluções morais ideais, mas deve buscar as soluções mais adequadas mediante o

⁵⁰³ VITA, Álvaro de. *Democracia deliberativa ou igualdade de oportunidades políticas?* In: COELHO, Vera Schattan P., NOBRE, Marcos (Orgs.). *Participação e deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo*. 1. ed. São Paulo: Editora 34, 2004, p. 112.

⁵⁰⁴ WALDRON, Jeremy. *Judicial Review and the conditions of Democracy*. *The Journal of Political Philosophy*; VI.6. n.4,1998,p.354-355.

⁵⁰⁵ UGARTE, Pedro Salazar, op.cit., p. 98.

⁵⁰⁶ GODOY, Miguel Gualano. *Constitucionalismo e Democracia*. Uma Leitura a Partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella. São Paulo. Saraiva. 2012.p.89

debate deliberativo. Nesse sentido, o processo democrático deliberativo deve não só garantir a participação no campo deliberativo, como satisfazer alguns direitos substantivos.⁵⁰⁷

Carlos Santiago Nino destaca que o judiciário dentro de uma teoria epistêmica da democracia deliberativa deve se manifestar sob três condições; 1) no controle do procedimento democrático, onde tem a missão central de árbitro do processo democrático, garantindo que as condições da discussão e das decisões sejam satisfeitas, e que a intervenção judicial seja direcionada a ampliar o processo democrático, requerendo maior participação, liberdade e igualdade. 2) os juízes poderiam invalidar uma legislação se o seu objetivo fosse impor um ideal de excelência pessoal, que mitigasse de alguma forma o reconhecimento da autonomia. 3) o judiciário poderia intervir de forma justificada para invalidar uma lei formulada democraticamente, a fim de proteger a Constituição e a eficácia de suas normas.⁵⁰⁸ Para Nino “em uma teoria epistêmica da democracia, o controle judicial de constitucionalidade se encontra legitimado como um meio de assegurar que se encontrem presentes as condições de tornar possível a valorização do valor epistêmico da participação coletiva.”⁵⁰⁹

Assim, verifica-se que a fórmula de Carlos Santiago Nino abarca não só a figura substantiva do juiz como ator político, mas também do judiciário como arena deliberativa que amplia a atuação e participação política, fundindo as teses procedimentalistas e substancialistas, conforme analisado no item (2.3). Assim, parte-se da premissa que uma análise política institucional cujo objeto é a interação entre atores políticos tende a ser melhor analisada em uma dimensão deliberativa e menos decisionista, em que a formulação das políticas públicas deva levar em conta todos os atores envolvidos.

Neste caso, não se cogita o problema da “última palavra” sobre matéria constitucional, mas de “última palavra provisória”, ou seja, não há última instância definitiva, já que a decisão é uma questão de provisoriedade.⁵¹⁰ Neste passo, Conrado Hubner Mendes destaca que “o desempenho deliberativo pode ser tal princípio regulador entre corte e parlamento”⁵¹¹. A deliberação se compõe de forma adversativa, isso não significa que o embate entre

⁵⁰⁷ Ibidem, p.110-119.

⁵⁰⁸ NINO, Carlos Santiago. *La Constitución de La Democracia Deliberatiiva*. Barcelona:Gedisa. 2003, p.258/282.

⁵⁰⁹ Idem.p.299.

⁵¹⁰ MENDES, Conrado Hübner . *Neither dialogue nor last word*. *Legisprudence* (Oxford. Print), v. 5, p. 1-40, 2011.

⁵¹¹ MENDES, Conrado Hubner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

instituições seja negativo, ao contrário, parlamentos e tribunais possuem legitimidade para serem ativistas desde que promovam o diálogo.⁵¹²

Não se nega que deva existir uma decisão final, mas que ela seja imutável do âmbito institucional. A legitimidade para definir um tema controvertido, não significa que um poder detenha monopólio sobre o outro. Nesse sentido, filia-se ao entendimento de Conrado Hubner Mendes:

Não obstante o fato de que o lugar da última palavra provisória precisa ser institucionalmente localizado, a partir de outro ponto de vista, este é um mero detalhe. Para saber quem deve prevalecer é uma questão contingente, privados de uma resposta de princípio, geral e abstracta. O valor de um processo contínuo de formação da vontade política não deve ser ofuscado por essa discussão. O tribunal, se ele tem esse poder, não é uma garantia de decisões corretas, e não pode ser percebido como tal. É um mecanismo que tenta evitar o arrefecimento e a marginalização da linguagem dos direitos, a indiferença para com e omissão de certas razões consideradas como fundamental na legitimação da política. Destina-se a nutrir uma cultura pública de maior densidade deliberativa. Será legítimo, desde que ele cumpre o seu papel. Há riscos, claro. Para permanecer com os principais: do lado judicial, a legalismo hermético, o imperialismo retórico, o contexto socioeconómico conservador de juizes, a arrogância do guardião entrenchados e monopolista, por outro lado, a passividade legislativo, deferência e complacência. Sugiro que uma alternativa para reduzir esses riscos é desenvolver uma forte demanda para o diálogo que, uma vez impregnado na prática decisória de todos os ramos, acrescenta um ganho exponencial a este projeto. Em tal modelo ideal, não há nem um guardião entrenchado nem um legislador deferente e tímido, mas dois ramos envolvidos em o exercício da persuasão. Eles divergem, mas com respeito mútuo, sem uma presunção de habilidades superiores⁵¹³

Um modelo deliberativo institucional que vincule vários atores através de uma estrutura de redes apresenta uma viés muito mais democrático do que o ofertado por um

⁵¹² MENDES, Conrado Hubner. *Neither Dialogue Nor Last Word*, ob.cit., loc.cit.

⁵¹³ MENDES, Conrado Hübner. *Neither dialogue nor last word*. *Legisprudence* (Oxford. Print), v. 5, p. 1-40, 2011.. No original: “ Deliberative Separations of owers.2009: Notwithstanding the fact that the place of provisional last word needs to be institutionally located, from another perspective, this is a mere detail. To know who should prevail is a contingent question, deprived of a principled, general and abstract answer. The value of a continuous process of political will-formation should not be obfuscated by that discussion. The court, if it has this power, is not an assurance of right decisions, and cannot be perceived as such. It is a mechanism that tries to avoid the cooling down and the marginalization of the language of rights, the indifference to and omission of certain reasons regarded as fundamental in the legitimation of politics. It seeks to nourish a public culture of greater deliberative density. It will be legitimate as long as it fulfills its role. There are risks, of course. To remain with the main ones: on the judicial side, the hermetic legalism, the rhetorical imperialism, the conservative socio-economic background of judges, the arrogance of the entrenched and monopolist guardian; on the other side, the legislative passivity, deference and complacency. I submit that an alternative to reduce such risks is to develop a stronger demand for dialogue that, once impregnated in the decisional practice of all branches, adds an exponential gain to this design. In such an ideal model, there is neither an entrenched guardian nor a deferent and timid legislator, but two branches engaged in the exercise of persuasion. They diverge, but with mutual respect, without a presumption of superior skills.”

modelo conflitivo, em que ambos os poderes não abrem mão de impor uma determinada decisão. Conforme analisado no item (4.2), políticas públicas são manifestações concretas do interesse público, logo, um controle judicial de políticas públicas deve ser regido pelo mesmo parâmetro. Nesse ponto, torna-se factível o entrelaçamento entre interesse público e democracia deliberativa, em que a formação do bem comum deve ser guiada através de uma deliberação com ampla participação de todos os envolvidos. A ausência de uma palavra final significa que os interesses das minorias poderão alçar status de maioria, já que uma “última palavra provisória” garante a continuidade do debate.

A democracia deliberativa nos obriga como membros do público a abordar questões importantes sobre direito e política de modo abrangente, de forma que esses interesses se tornem especiais do ponto de vista da sociedade. Em uma perspectiva deliberativa, reconhecer os outros como membros políticos significa que ambos os pontos de vistas sobre lei e política são importantes, obrigando os indivíduos a tomar uma decisão política que abranja todos os interesses comuns.⁵¹⁴ Por outro lado, é necessário que o modelo deliberativo leve em conta as desigualdades, como bem salientou Cláudio de Souza Pereira Neto, já que “ as pessoas só cooperam em um contexto democrático, deliberando acerca do bem comum, quando são tratadas, tanto pelo Estado, quanto por seus pares, como dignas de igual respeito, e, sem a vigência de determinadas condições sociais, não há garantias de que tal cooperação de fato venha ocorrer.”⁵¹⁵

Ao cabo, resta demonstrar minimamente as questões atinentes ao processo deliberativo no Supremo Tribunal Federal, como no caso da (ADPF 186-DF) ⁵¹⁶ no qual o Partido Democratas - DEM discutiu a legalidade dos atos da Universidade de Brasília – UNB, que reservava 20% de suas vagas para cotas étnico-raciais com base no princípio da isonomia e não discriminação. Neste caso específico houve ampla participação da sociedade civil, sendo que aproximadamente nove representantes ingressaram como *Amicus Curie* ⁵¹⁷. A relevância do tema envolve a deflagração do processo através de um legitimado, a fim de discutir a formulação de uma política pública de reconhecimento. Como o partido DEM pertence à

⁵¹⁴ O'FLYNN, Ian. *Deliberating About the Public Interest*. *Res Publica* 2010, 16(3), 299-315.

⁵¹⁵ SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa*, Op. Cit., p.253

⁵¹⁶ Precedente: ADPF 186. Informativo de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nº 663. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 18/07/2012.

⁵¹⁷ Representantes da Sociedade Civil: Fundação Cultural Palmares; Movimento Negro Unificado - MNU ; Movimento Pardo-Mestiço Brasileiro - MPMB ; Fundação Nacional Do Índio - FUNAI ; Instituto De Advocacia Racial E Ambiental - Iara E Outro(A/S); Movimento Contra O Desvirtuamento Do Espírito Da Política De Ações Afirmativas Nas Universidades Federais ; Instituto De Direito Público E Defesa Comunitária Popular - IDEP ; Associação Nacional Dos Advogados Afrodescendentes – ANAAD; Associação Direitos Humanos Em Rede - Conectas Direitos Humanos.

oposição, e não faz parte da coalizão majoritária presidencialista, é muito pouco provável que suas críticas fossem aceitas no processo político, logo havia uma preferência em deslocar a arena deliberativa para o STF, onde o mesmo possuía legitimidade para deflagrar o processo constitucional.⁵¹⁸ A DPF 186-DF foi julgada improcedente por unanimidade, mas para os fins do presente trabalho o resultado não é o fator preponderante, e sim o processo deliberativo que ocorreu com um amplo debate contra e a favor dos sistemas de cotas entre os próprios representantes das sociedades civis.

Este caso se torna importante uma vez que a política pública já havia sido traçada pela administração, contudo o espaço político majoritário não pareceu ser o mais propício para discutir as razões públicas que determinaram se o interesse público no caso concreto seria ou não superior aos direitos individuais. O diálogo que se travou entre sociedade civil e o parlamento, aqui representado pela oposição e pela coalizão, foi fundamental para que as políticas de cotas fossem aceitas, não através de um consenso unânime ideal, mas possível, respeitando o direito de todos os demais debatedores. Por outro lado, os ministros apontaram em seus votos que não se tratava de uma decisão final, ou seja, a decisão nesse caso teria um caráter transitório, podendo ser revisto no futuro⁵¹⁹. A última palavra nesse caso não está fechada, mas aberta as mudanças da sociedade, bem como aos influxos das outras instituições.

Outro exemplo, conforme demonstrado no primeiro capítulo foi a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF nº 54 ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS, que pretendia declarar inconstitucional a interpretação segundo o qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo seria considerada crime. A corte, por maioria, julgou procedente o pedido formulado, prevalecendo o voto do Ministro Relator Marco Aurélio, que reconhecia o direito da gestante de se submeter à antecipação terapêutica do parto na hipótese de gravidez de feto anencéfalo.⁵²⁰ Neste caso, o desacordo moral sobre o tema tornava desinteressante o debate no processo político majoritário, obrigando a sociedade civil a ajuizar a ADPF, deliberando suas razões junto ao

⁵¹⁸ Não está se defendendo o posicionamento do Partido Democrata, mas demonstrando que muitas vezes os partidos de não pertencem à base aliada preferem discutir determinadas políticas públicas no âmbito do STF.

⁵¹⁹ Nesse sentido o voto do Ministro Relator Ricardo Lewandowski: É importante ressaltar a natureza transitória das políticas de ação afirmativa, já que as desigualdades entre negros e brancos não resultam, como é evidente, de uma desvalia natural ou genética, mas decorrem de uma acentuada inferioridade em que aqueles foram posicionados nos planos econômico, social e político em razão de séculos de dominação dos primeiros pelos segundos. Assim, na medida em que essas distorções históricas forem corrigidas e a representação dos negros e demais excluídos nas esferas públicas e privadas de poder atenda ao que se contém no princípio constitucional da isonomia, não haverá mais qualquer razão para a subsistência dos programas de reserva de vagas nas universidades públicas, pois o seu objetivo já terá sido alcançado.

⁵²⁰ Precedente: ADPF 84. Informativo de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nº 661. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 18/07/2012.

STF. Veja que nesse caso, o interesse da sociedade civil era a formulação de uma política pública que envolvesse direitos sociais e fundamentais, como a saúde e a dignidade da mulher.

O processo deliberativo foi amplamente debatido, contando com a participação de outros representantes da sociedade civil que manifestaram suas convicções favoráveis e desfavoráveis sobre uma política e emancipação terapêutica, como por exemplo, a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB, Igreja Universal, Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família, Associação Médico-Espírita do Brasil – AME, Conselho Federal de Medicina, Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia, Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, entre outros. Destaca-se que a participação nesse caso foi fundamental para decisão do STF, como destacou o próprio ministro relator do caso. Outro ponto importante, foi que o próprio STF ao deliberar sobre a questão, influenciou diretamente na formulação de uma política pública de saúde sobre a antecipação terapêutica de parto.

Os dois casos apontados demonstram minimamente que o STF pode ser utilizado como uma arena deliberativa, onde atores sociais e políticos debatem e deliberam suas razões públicas de forma substantiva e procedimental, na busca de soluções mais adequadas para formulação de políticas públicas. Neste passo, os novos valores sociais serão absorvidos pelo interesse público, gerando uma legitimidade consubstanciada em valores democráticos.⁵²¹

Conforme se verificou, há uma expressiva participação dos partidos políticos e das sociedades civis na formulação de políticas no âmbito do judiciário. Quando se trata de políticas públicas de reconhecimento ou questões morais controvertidas, existe um grande nível de participação e desacordo quanto a sua formulação, sendo certo que o STF poder ser um campo deliberativo útil nesses casos. Portanto, “a revisão judicial pode ser um instrumento crucial para enriquecer a deliberação pública a respeito dos direitos sociais. Bem como o ativismo jurídico na área dos direitos sociais pode ser relevante, dado a íntima relação que existe entre direitos sociais e participação política.”⁵²²

Existem outras formas de exemplificar como o STF vem se tornando uma arena política deliberativa, como nos casos dos grupos políticos que perdem o debate ou são

⁵²¹ Cf. BONAVIDES, Paulo. *Direito Constitucional da Democracia Participativa*, op.cit., p.47. “A construção teórica da democracia participativa no âmbito jurídico constitucional demanda decurso de elementos tópicos, axiológicos, concretistas, estruturantes, indutivos e jusdistributivistas, os quais confluem todos para inserir num círculo programático racionalista o princípio da unidade material da constituição, o qual impetra, de necessidade, para sua prevalência e supremacia, uma hermenêutica da constituição ou Nova Hermenêutica Constitucional.

⁵²² GARGARELLA, Roberto. *Democracia Deleberativa y Judicialización de Los Derechos Sociales*. Perfiles Latinoamericanos, Julio-diciembre, número 028 – Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. México, 2006, p.9-32

deixados de fora das negociações entre o Executivo e o Legislativo (ADI 4917), reforma agrária (ADI – MC 2.213), positivação de direitos moralmente controvertidos (ADI 4.277), demarcação de terras indígenas (Petição 3.388), comunidades quilombolas (ADI. 3.239), implementação de direitos sociais (ADPF 45), direito à educação (ADI. 3.330), direito à saúde e fornecimento de remédios (SS 3.073/RN; STA – Agr. 175), ensino religioso nas escolas (ADI, 3.268), saneamento básico e federalismo (ADI 4.650/DF), processo político (ADC 30/DF; ADI 4.049/DF; MS 26.603), etc. Contudo, o objetivo desse trabalho não é esgotar o tema, mas destacar e apresentar o STF como arena política deliberativa para formação dos interesses públicos da sociedade.

As questões aqui propostas não ignoram as outras arenas políticas, nem a sua representatividade, mas destacam que o judiciário pode ser analisado através de uma política de redes em que os atores se conectam através de um processo democrático e deliberativo para formulação e convergência de interesses individuais e coletivos de uma comunidade democrática⁵²³. Nesse sentido John Ferejohn e Pasquale Pasqualino enfatizam que as cortes exercem uma papel importante na democracia, já que “os juízes, ao exercerem o papel deliberativo, podem aperfeiçoar os poderes dos representantes eleitos ao prover um sistema mais flexível e inteligente para implementação e o aprimoramento da legislação e das determinações públicas.”⁵²⁴

Deste modo, confia-se que o método deliberativo apresenta melhores condições para analisar os interesses conflitantes sem recair nos modelos definitivos da supremacia parlamentar ou judicial, destacando que o judiciário é um ator político relevante na salvaguarda de direitos, mas a supremacia da constituição não equivale à supremacia judicial, muito menos a uma supremacia parlamentar. Tais teorias equivalem às proposições atacadas no terceiro capítulo, e como devidamente assinalado na presente dissertação, não se concebem conceitos políticos e jurídicos supremos no âmbito do Estado democrático de direito. Contudo, esse processo deliberativo deve ser um veículo para reconectar os interesses da sociedade com as instituições que as representam, caso contrário o processo deliberativo não passaria de uma metáfora simbólica sem nenhum efeito para os interesses da sociedade.⁵²⁵

⁵²³ Nesse sentido Conrado Hubner Mendes: “*It does not promise a happy ending, but believes that courts can contribute to the task of value-based reasoning that underpins the constitutional dilemmas of democratic community*” In: MENDES, Conrado Hubner. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013, p.102.

⁵²⁴ FERREJOHN, John; PASQUALINO, Pasquale. *Tribunais Constitucionais como Instituições Deliberativas*. In: BIGONHA, Antônio. MOREIRA, Luiz. (Org.) *Limites do Controle de Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p, 45

⁵²⁵ LECLAIR, Jean. *Réflexions critiques au sujet de lamétaphore du dialogue endroit constitutionnel canadien*, in: *Revue du Barreau* tomo 63, 2003. Segundo o autor: “*La force symbolique des mots ne doit pas être négligée.*”

CONCLUSÃO

A presente dissertação estabeleceu uma interface teórica e empírica entre o direito e a política na formulação do bem comum, de forma que ficasse demonstrado que o processo político de formulação do interesse público encontra-se vinculado a critérios substantivos e procedimentais na democracia deliberativa. Existe um liame entre o processo político de formação da vontade pública e os princípios substantivos de proteção individual. Demonstrou-se ainda, que a questão do interesse público, ou bem comum, possui fundamentos neoconstitucionais através da filosofia política e jurídica no âmbito da teoria do direito após o processo de redemocratização do Brasil com a Constituição de 1988.

Na análise dos primeiros capítulos demonstrou-se que o conceito de interesse público não poderia ficar aprisionado em uma teoria dogmática do direito, ao contrário, o objetivo foi transpassar a semântica jurídica e, de forma interdisciplinar trabalhar o tema. Os argumentos de John Rawls sobre justiça envolviam uma visão do bem comum que se encontrava enraizada em seus princípios de justiça e no uso da razão pública, por outro lado, as críticas comunitaristas como as destacadas por Michael Walzer revelaram que o bem comum deveria possuir esferas de justiça próprias que não poderiam ser universalistas ou individualistas, mas que o interesse público seria comunal, fruto da cultura de uma determinada sociedade. Verificou-se ainda, que o modelo habermasiano de bem comum, envolve um processo deliberativo de criação da vontade através de uma opinião qualificada pelo procedimento na esfera pública. Por fim, concluiu-se que a reconciliação das teorias de Rawls e Habermas no conceito epistêmico de democracia deliberativa de Carlos Santiago seria a resposta mais correta para um conceito de interesse público no discurso político e jurídico no Estado democrático de direito.

Affirmer l'existence d'un dialogue institutionnel entre les assemblées législatives et les tribunaux est un outil rhétorique fort puissant. Employé à mauvais escient, la métaphore du dialogue pourrait servir de justification à une réinterprétation des rapports entre les pouvoirs judiciaire et législatif qui ne servirait pas nécessairement les intérêts des citoyens. Le bien-être de ces derniers, faut-il le rappeler, est la raison d'être des institutions étatiques. Il est également au cœur de la doctrine de la séparation des pouvoirs. Employée à bon escient, une approche dialogique axée sur le souci d'être à l'écoute des citoyens pourrait, à l'inverse, enrichir le débat démocratique de manière tangible. Bref, toute référence au dialogue n'a de pertinence que si elle favorise la participation du citoyen au processus de gouvernance. Si son invocation ne sert qu'à légitimer le pouvoir des organes étatiques sans égard aux intérêts des citoyens, c'est une notion qui n'a pas sa raison d'être"

Para uma concepção epistêmica do interesse público através de uma democracia deliberativa, procurou-se ajustar as teorias substantivas e procedimentais dentro do processo deliberativo, a fim de que o resultado dos interesses resultassem de um consenso possível, respeitando as razões individuais e públicas, indicando a inexistência de uma supremacia do interesse público, mas um verdadeiro arranjo democrático que levasse em conta todos os interesses no procedimento juspolítico. Tais questões influenciam a concepção sobre a limitação dos direitos fundamentais como ficou consignado no terceiro capítulo. A pluralidade dos interesses foi catalisada pela Constituição de 1988, inexistindo qualquer prevalência *a priori*, ao contrário, faz-se necessário realizar uma ponderação de valores a fim de garantir o respeito e a igual dignidade a todos os participantes da comunidade política.

Nos termos da argumentação aqui desenvolvida, o discurso da supremacia do interesse público ou da supremacia do indivíduo não encontram guarita na Constituição de 1988, já que a constituição criou um modelo deliberativo que compreendeu o pluralismo político com ampla participação da sociedade civil, bem como mecanismos que evitassem que a desigualdade política refletisse no processo político. A interpretação da constituição deve ser realizada de forma a garantir os interesses plurais da sociedade, sejam eles individuais ou coletivos. Conforme evidenciado no Capítulo 3, não há supremacia do interesse público já que a definição de prevalência não ocorre *a priori*, mas antes, durante e depois do processo de ponderação ante a máxima da proporcionalidade. O interesse público é um princípio constitucional vinculado a promoção dos direitos fundamentais individuais e públicos, sendo que a limitação a um direito fundamental deve ser justificada, parametrizada e efetivada através dos novos valores constitucionais.

Foi ressaltado que a crise do Estado social e a falta de parâmetros para efetivação de políticas públicas constitucionais revelaram que o discurso da supremacia do interesse público deu azo a um Estado desigual e deficitário, que substitui facilmente o interesse público pelo interesse político, e que com base nas questões levantadas na presente dissertação, qualquer discurso seja jurídico ou político não pode se intitular supremo sob pena de contrariar o próprio parâmetro democrático, ou seja, o governo do povo através de um pluralismo igualitário. O princípio do interesse público constitucional apresentado advém de uma ampla deliberação pública, estando mais próximo dos ideais e valores democráticos densificados na Constituição de 1988.

Ficou devidamente demonstrado que o judiciário se tornou um ator político relevante na formulação de políticas públicas, e os tribunais se tornaram espaços públicos para um amplo processo deliberativo. Com a ascensão do Estado juiz, a problemática do interesse

público é retomada e o discurso da supremacia retorna agora com outra roupagem. Quem deve tomar as decisões mais importantes da sociedade? O judiciário ou os demais poderes eleitos. Nesse ponto, objetou-se tanto a teoria da supremacia judicial quanto da supremacia parlamentar, por acreditar que ambas refletem as mesmas bases teóricas da supremacia do interesse público, ora rejeitadas pelos fundamentos amplamente debatidos. Optou-se por uma teoria deliberativa que oferecesse uma resposta conciliatória entre supremacia parlamentar e judicial, para ao fim corroborar a tese de que não há última palavra sobre matérias constitucionais, mas que a resposta deve ser obtida através de um processo deliberativo amplo e justo, promovendo um verdadeiro diálogo institucional entre os poderes, em que o juiz como ator político é detentor do ônus de garantir o direito de igual participação no espaço público.

A análise através da democracia deliberativa apresenta condições favoráveis para a formação de um consenso possível na formulação das políticas públicas, onde a Suprema Corte deve garantir o maior grau de participação política e a realização de direitos substantivos, aliviando as tensões existentes entre os direitos individuais e coletivos. Para tanto, o esforço teórico normativo foi conjugado com a apresentação de casos concretos, ao intuito de comprovar que a deliberação pública no âmbito do judiciário se tornou relevante para uma análise juspolítica do bem comum. Deste modo, através dos levantamentos de dados sobre o ajuizamento das ações de constitucionais (ADI, ADC, ADO e ADPF) restou demonstrado que a sociedade civil e os representantes eleitos passaram a utilizar o STF para deliberar sobre interesses públicos controvertidos, ou que tivessem um alto custo político. Essa mudança de comportamento aliada a um desenho constitucional altamente participativo, desencadeou um processo de judicialização do interesse público, gerando um embate institucional entre os poderes.

Da mesma forma, concluiu-se que a judicialização interesse público perpassa por toda essa trajetória político-jurídica, envolvendo a ascensão do Estado juiz através de uma constituição carregada de direitos sindicalizáveis do ponto de vista jurídico, cujo desenho institucional propicia uma deliberação política através de instituições jurídicas. Essa perspectiva não ignora a possibilidade de desvios quanto ao processo deliberativo, mas acredita-se que a formação da vontade através de uma deliberação pública que respeite todos os interesses da sociedade é melhor do ponto vista epistêmico, possuindo a capacidade de justificar a tomada de decisão pública de forma a garantir a concretização do interesse público.

Destacou-se ainda, que o judiciário é um ator político relevante na formulação de políticas públicas, e sua atuação tem um caráter dúplice, seja na figura do juiz como ator político participante na promoção de direitos substantivos, seja como arena política onde os atores políticos podem deliberar e contestar determinadas políticas públicas, demonstrando com isso, que a releitura do conceito de interesse público pode ser realizada através de uma teoria deliberativa, e que existe uma necessária relação entre direito e política na formação do bem comum.

No conceito empreendido na presente dissertação - interesse público e democracia deliberativa - refletem o anseio da busca por respostas que conectassem teorias políticas e jurídicas, proporcionando ao menos uma formatação menos cartesiana do processo de formação do bem comum. As respostas aqui apresentadas são frutos de uma investigação epistêmica do conceito de interesse público, a fim de aperfeiçoar e delimitar critérios para sua formulação e legitimação no campo do direito e da ciência política.

Na presente dissertação, pode-se concluir que os aportes teóricos para análise do bem comum no Estado Democrático de Direito foram remodelados e adequados aos pressupostos deliberativos, e que esses pressupostos servem de cânone hermenêutico para análise do interesse público constitucional. Não existindo uma única resposta certa, mas boas ideias que podem ser úteis para uma ampliação da democracia analisada *vis-à-vis*, levando em conta todos os interesses coletivos e individuais para formação de um interesse público, conciliando a tensão existente em uma sociedade plural e democrática. De tal modo, que o interesse público não seja fruto dos interesses de uns ou de outros, muito menos seja monopolizado por determinado seguimento da sociedade, mas ao contrário, que ele seja fruto de um processo deliberativo que permita uma ampla e real participação no procedimento democrático, ampliando a margem democrática na tomada de decisões, sejam elas políticas ou jurídicas.

As proposições teóricas e empíricas aqui apresentadas pressupõem que o interesse público democrático encontra-se inter-relacionado com os parâmetros do Estado democrático de direito, que envolvem a participação ativa do povo na formação das decisões políticas fundamentais, através de uma teoria constitucional que ofereça uma verdadeira proteção aos direitos fundamentais, garantindo uma deliberação pública que não leve em conta somente os direitos de participação, mas que crie condições positivas para um verdadeiro processo democrático. Concluiu-se assim, que a vinculação entre desenho constitucional, promoção de direitos e deliberação pública são fatores fundamentais na democracia deliberativa como análise e parâmetro para formação do bem comum no Estado Democrático de Direito.

REFERENCIAS

ACKERMAN, Bruce. *A nova separação dos poderes*. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2009.

_____. *Nós o povo soberano. Fundamentos do Direito Constitucional*. Belo Horizonte. Del Rey, 2006.

ALESSI, Renato. *Instituciones de Derecho Administrativo*, Ttomo I. Barcelona, 1970

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgilio Afonso da Silva. Malheiros. Brasil, 2008.

_____. *O Conceito e Validade do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009

ARANTES, Rogério Bastos. *Cortes Constitucionais*. AVRITZER ET ALL (Org.) Dimensões Políticas da Justiça. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p.198

_____; COUTO, Claudio G. *Constituição, Governo e Governabilidade*. In: WANG, Daniel Wei Liang (Org). *Constituição e Política na Democracia: Entre direito e ciencia política*. São Paulo: Marcial Pons, 2013

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ARAÚJO, Cícero. *Razão Pública, Bem Comum e Decisão Democrática*. In: COELHO, Vera Schattan P., NOBRE, Marcos (Orgs.). *Participação e deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo*. 1. ed. São Paulo: Editora 34, 2004.

ARISTÓTELES. *A Política*. Tradutor Nestor Silveira Chaves. São Paulo. Escala Educacional,. 2006

_____. *A Política*, Tradução Ivan Lins. 15ª Edição. Editora Escala , 1996.

AVILA, Humberto. Bergmann. *Teoria dos Princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *“Neoconstitucionalismo: Entre a Ciência do Direito e o Direito Da Ciência”*. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE) Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível na Internet: <<http://www.direitoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em 19 de junho de 2012.

AVRITZER, Leonardo. *Esfera Pública*. In: Leonardo Avritzer, Newton Bignotto, Juarez Guimarães e Heloisa Murgel Starling. (Org.). *Corrupção: ensaios e críticas*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008.

_____. *Instituições participativas e desenho institucional: algumas considerações sobre a variação da participação no Brasil democrático*. Opinião Pública, Campinas, vol. 14, nº 1, Junho, 2008.

_____. *Sociedade Civil, Instituições Participativas e Representação: Da autorização à Legitimação da Ação*. In: Dados – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, Vol. 50, nº 3. 2007.

_____. *Teoria Crítica e Teoria Democrática. Do Diagnóstico da Impossibilidade da Democracia Ao Conceito De Esfera Pública*. Novos Estudos N.º 53. 1999.

_____. *A moralidade da democracia: ensaios em teoria habermasiana e teoria democrática*. Belo Horizonte. UFMG. 1996.

BACHOF, Otto; WOLF, Hans J.. STOBER, Rolf. *Direito Administrativo*. Vol.1 Trad. Antônio F. de Souza. Fundação Calouste Gulbenkian Serviço de Educação e Bolsas. Lisboa, 2006.

BARCELLAR FILHO, Romeu Felipe. HACHEN, Daniel Wunder (Orgs) *Direito Administrativo e Interesse Público*. Estudos em Homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte. Ferreira, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. Renovar. Rio de Janeiro, 2002.

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. Renovar, 2003.

BARRETO, Vicente Paulo. *O Fetiche dos Direitos Humanos e Outros Temas*. Porto Alegre: Do Advogado, 2013.

BARROSO, Luiz Roberto (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro. Renovar, 2008.

BARROSO, Luiz Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo - Os conceitos fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. Renovar. Rio de Janeiro, 2009.

_____. *Direito Constitucional e a eficácia de suas normas – Limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Ronovar. Rio de Janeiro, 2006.

BAUM, Lawrence. *A Suprema Corte Americana. Uma análise da mais notória e respeitada instituição judiciária do mundo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.

BENTHAN, Jeremy. *Uma introdução aos Princípios da Moral e da Legislação*. São Paulo. Abril Cultural, 1973.

BERCOVICI, Gilberto. *"O Direito Constitucional Passa, o Direito Administrativo Permanece": A Persistência da Estrutura Administrativa de 1967*. In: Edson Teles; Vladimir

Safatle. (Org.). *O Que Resta da Ditadura: A Exceção Brasileira*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2010, v., p. 77-90.

_____; MASSONETTO, Luis Fernando. *A Constituição Dirigente Invertida: A blindagem da constituição financeira e a agonia da Constituição Econômica*. Separata do Boletim de Ciências Econômicas. Coimbra, 2006.

_____. *Constituição e Política: Uma Relação Difícil*. Lua Nova (Impresso), São Paulo - SP, v. 61, p. 5-24, 2004.

_____. *A Problemática Da Constituição Dirigente; Algumas Considerações sobre o caso brasileiro*. Revista de informação Legislativa. Brasília a. 36. N. 142. Abr/jun., 1999.

BIGONHA, Carlos Alpino; MOREIRA Luiz (org.). *Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2010.

BIGONHA, Carlos Alpino; MOREIRA Luiz (org.). *Limites do Controle de Constitucionalidade*. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2009.

BINEMBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira – Legitimidade democrática e Instrumentos de Realização*. 3ª ed. ed. Renovar. Rio de Janeiro, 2010.

_____. *Uma Teoria do Direito Administrativo*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO Gianfranco; *Dicionário de política*. trad. Carmen C, Varriale et ai.; coord. trad. João Ferreira; rev.geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacais. - Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade*. Para uma teoria geral da política. 14 ed. Rio de Janeiro. Paz e Terra, 2007.

_____. *Direito e Estado no Pensamento de Emmanuel Kant*. 2ª Ed. Tradução: Alfredo Fait. São Paulo. Mandarim, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Direito Constitucional da Democracia Participativa*. São Paulo. Malheiros. 2001.

_____. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo. Malheiros. 1996.

BRAGA, Orlando. *O Bem comum e a Vida Boa*. In: <<https://espectivas.wordpress.com/2012/08/17/o-bem-comum-e-a-vida-boa/>> acesso em 24 Mar. 2014

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial Versus Dialogos Constitucionais*. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2012.

BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional. Problemática da Concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública Brasileira Contemporânea*. Belo Horizonte. Fórum, 2007.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *O conceito de Política Pública em Direito*. BUCCI, Maria Paula Dallari. *O Conceito de Política Pública em Direito*. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.) Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito Jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Políticas Públicas e Direito Administrativo*. Revista de Informação Legislativa. Brasília a.34. n. 133. Jan-Mar.,1997.

CAILLE, Alain. *O princípio de razão, o utilitarismo e o antiutilitarismo*. Soc. estado., Brasília, v. 16, n. 1-2, Dec. 2001 . Available from <<http://www.scielo.br>> acesso em 24 Mar., 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª Edição Revista. Coimbra. Almedina,1993.

CARBONELL, Miguél (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*.4ª Ed. Madrid. Trota, 2009.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso a Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARVALHO FILHO, Jose dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 20. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil. O longo caminho*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. 4ª Ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2012.

_____. *Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia*. ALCEU. – Vol. 05, nº 09.2004.

COHEN, Joshua – *Procedimento e Substancia na Democracia deliberativa*. In: MELO, Rúrion; WERLE, Denílson Luis (Org. e Trad.). Democracia Deliberativa. São Paulo: Editora Singular, Esfera Pública, 2007.

CONSTANT, Benjamin. *A liberdade dos Antigos comparada a dos modernos*. In: Revista Filosofia Política nº2, Porto Alegre. L&PM, 1985.

COUSO, Javier. *The Changing Role of Law and Courts in Latin America: From an Obstacle to Social Change to a Tool of Social Equity*. In: DOMINGO, Pilar; GARGARELLA, Roberto; ROUX, Thenius. Courts and Social Transformation in New Democracies An Institutional Voice for the Poor? ASHGATE, 2006.

COUTINHO, Diogo R. O Direito nas políticas públicas. Disponível em <http://www.cebrap.org.br/v2/items/view/766>: Acesso em 9 de janeiro de 2014

COUTO, Cláudio Gonçalves. *Política Constitucional, Política Competitiva e Políticas Públicas*. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.) Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito Jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006

_____ ; ARANTES, Rogério Bastos. Constituição, Governo e Democracia no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. Vol. 21 n°. 61 junho/2006

_____. *Constituição, Competição e Políticas Públicas*. São Paulo. Lua Nova. N.65. 95-135, 2005.

DAHL, Robert A. *A Democracia e Seus Críticos*. São Paulo. Malheiros, 2012;

_____. *Sobre a Democracia*. Brasília. Editora Universidade de Brasília, 2009.

_____. *Decision-making in a Democracy: The Supreme Court as National Policy-maker*, 6 J. PUB. LAW 279, 1957.

DALL'AGNOL, Darlei. *O igualitarismo liberal de Dworkin*. *Kriterion*, Belo Horizonte , v. 46, n. 111, June 2005 . Available from <<http://www.scielo.br>> acesso em 27 Mar. 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *A Supremacia do Interesse Público-Sobrevivência diante dos Ideais do Neoliberalismo*. In: BARCELLAR FILHO, Romeu Felipe. HACHEN, Daniel Wunder (Orgs) *Direito Administrativo e Interesse Público. Estudos em Homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte. Ferreira.2010.

_____. *Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

DUGUIT, Léon. *Las Transformaciones Del Derecho (Publico y privado)*. Buenos Aires. Heliasta S.R.L.1975.

DWORKIN, Ronald. *A justiça de Toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010

_____. *Justice for Hedgehogs*. *Boston University Law Review* [Vol. 90:469],2010.

_____. *Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007

_____. *O Direito de Liberdade. A leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo. Martins Fontes, 2006.

_____. *A Virtude Soberana. Teoria e a Prática da Igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Levando os Direitos a Sério*; Sao Paulo: Martins Fontes, 2002.

DYE, Thomas R. *Understanding public policy*. 14th ed. United States: Parson Education Inc., 2013

_____. *Mapeamento dos modelos de análise de políticas públicas*. In: HEIDEMANN, F. G; SALM, J.F (org). *Políticas Públicas e Desenvolvimento*. Brasília: Ed. UNB. 2010.

ELY, John Hart. *Democracia e Desconfiança. Uma teoria do Controle Judicial de Cosntitucionalidade*. São Paulo. Martins Fontes, 2010.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack; MARTIN, Andrew D. *The Supreme Court as a Strategic National Policy Maker*. Emory Law Journal 50. : 583. 2001

FERES JUNIOR, João; POGREBINSCHI, Thamy. *Teoria Política Contemporânea: uma introdução*. São Paulo: Elsevier, 2010.

_____. *Interesse público*. In: Leonardo Avritzer, Newton Bignotto, Juarez Guimarães e Heloisa Murgel Starling. (Org.). *Corrupção: ensaios e críticas*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008

FEREJOHN, John; PASQUALINO, Pasquale. *Tribunais Constitucionais como Instituições Deliberativas*. In: BIGONHA, Antônio. MOREIRA, Luiz. (Org.) *Limites do Controle de Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011

FILGUEIRAS, Fernando. *Justiça Constitucional, Legitimidade e Interesse Público*. Revista Brasileira de Ciência Política, nº7. Brasília, janeiro –abril de 2012, PP.320-322

FIORAVANTI, Maurizio, “*Los Derechos Fundamentales, apuntes de historia de las constituciones*”,6 ed. Editorial Trotta, Madrid, 2009.

FREITAS, Juarez. *O controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. 4ª Ed. São Paulo. Malheiros, 2009

GARCIA, Maria Da Glória. *As Transformações do Direito Administrativo na utilização do direito privado pela Administração Pública – Reflexões sobre o Lugar do Direito No Estado*. In Os Caminhos da Privatização da Administração Pública. Boletim da Faculdade de Direito - STVDIA IVRIDICA - IV Colóquio Luso Espanhol de Direito Administrativo (Organizador). Coimbra, 2001.

GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas*. Trad. de Francisco Aragão, Lisboa: Piaget, 1996

GARGARELLA, Roberto. *Latin American Constitutionalism, 1810-2010: The Engine Room of the Constitution*. Oxford: Oxford University press, 2013.

_____. *La Justicia Frente ao Gobierno: sobre El carácter contramayoritario del poder judicial*. 1ª reimp. Quito. Corte Constitucional para El período de Transición, 2011.

_____. *As Teorias da Justiça Depois de Rawls*. Um breve manual de filosofia política. São Paulo. 2008

_____. *Teoría y Crítica Del Derecho Constitucional*. Buenos Aires. Abeledo – Perrot, 2008.

_____. *La Lectura Mayoritaria Del Estado de Derecho*. in M. Melero (Ed.): *Democracia, Deliberacion y Diferencia*. Madrid no. 17-35, 2008.

_____. *John Rawls, La Razón Pública y El Papel Del Poder Judicial*. In: Nueva Serie. Nº 26. Enero – Junio. 2008. 287-296.

_____. *Democracia Deleberativa y Judicialización de Los Derechos Sociales*. Perfiles Latinoamericanos, Julio-diciembre, número 028 – Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. México: 2006.

_____. Et alii. *Contra la Exclusión la Propuesta del Ingreso Ciudadano*. 2ª Ed. Buenos Aires: CIEPP, 2004

GODOY, Miguel Gualano. *Constitucionalismo e Democracia. Uma Leitura a Partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella*. São Paulo. Saraiva, 2012.

GUTMANN, Amy. *A Desarmonia da Democracia*. Revista Lua Nova. Nº 36, 1995.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. A sociedade Aberta dos Interpretes da Constituição: Contribuição Para Interpretação Pluralista e “Procedimental” Da constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 2002

HABERMAS, Jürgen. *Era das Transições*. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. *Direito e Democracia Entre Facticidade e Validade*. volume II. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro. Tempo Brasileiro, 2003

_____. *Direito e Democracia Entre Facticidade e Validade*. volume I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro. Tempo Brasileiro, 1997.

HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Harvard University Press. 2007;

HÖFFE, Otfried. *Justiça Política: Fundamentos de uma filosófica Crítica do Direito*. Tradução de Ernildo Stein. São Paulo. Martins Fontes, 2001.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. São Paulo: Martins Fontes, 2003

JUTEN FILHO, Marçal *Comentários A Lei De Licitações E Contratos Administrativos*. 7ª ed. São Paulo: Dialética, 2000.

KANT, Emmanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução: Paulo Quintela. Lisboa/Portugal. Edições 70, 2007

_____. *Doutrina do Direito*. Tradução Edson Bini. São Paulo. Icone, 1993.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2004

_____. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

KYMLICKA, Will. *Filosofia Política Contemporânea*. São Paulo. Martins Fontes, 2006

KINGDON, JOHN W. *Agenda, Alternatives, and Public Policies*. 2ª Edition. Haper Collins College Publishers. In SARAIVA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete, 2007.

KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: Limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos*. 2ª Ed. Porto Alegre: Do Advogado, 2013.

LECLAIR, Jean. “Réflexions critiques au sujet de lamétaphore du dialogue endroit constitutionnel canadien”, in: *Revue du Barreau* tomo 63, 2003

LOCKE, Jonh. *Segundo Tratado sobre Governo Civil e Outros Escritos*. Petrópolis: Editora Vozes, 2001

MAIA, Vicente. *As Transformações dos Sistemas Jurídicos Contemporâneos: Apontamentos acerca do Neoconstitucionalismo*. Revista Diálogo Jurídico. Nº 16- maio/junho/ agosto de 2007 – Salvador – Bahia – Brasil.

MARTÍNEZ, Augusto Durán. *Derechos Prestacionales e Interés Público*. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. HACHEM, Daniel Wunder. (orgs). *Direito Administrativo e Interesse Público*. (Estudos em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello). Minas Gerais. Editora Forum, 2011.

MEDAUAR, Odete. *O direito Administrativo em Evolução*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo. Malheiros, 2006.

MELO, Marcus André. *Mudança Constitucional no Brasil: dos debates sobre regras de emendamento na constituinte á “megapolítica”*. Novos Estudos CEBRAP. n 97, novembro de 2013. -.187- 206.

_____. *Marx e Habermas: Teoria Crítica e os Sentidos da Emancipação*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MELO, Rúrion. *O Uso Público da Razão - Pluralismo e Democracia em Jürgen Habermas*. São Paulo: Loyola, 2011.

MÖLLER, Max. *Teoria Geral do Neoconstitucionalismo. Bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo*. Porto Alegre: Do Advogado, 2011.

MENDES, Conrado Hubner. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013.

_____. *Neither dialogue nor last word. Legisprudence* (Oxford. Print), v. 5, p. 1-40, 2011.

_____. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Controle de Constitucionalidade e Democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008

- MIAILLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*. Lisboa;Portugal: Estampa, 2005.
- MILL, John Stuart. *Utilitarismo*. Tradução F.J, Azevedo Gonçalves. Lisboa: Gravadia, 2005.
- MORAES, Maria Celina Bodin. *Na Medida da Pessoa Humana. Estudos de direito civil constitucional*. Rio, São Paulo, Minas. Renovar, 2010.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Poder, Direito e Estado. O direito administrativo em tempos de globalização – in memoriam de Marcos Juruena Villela Souto*. Belo Horizonte. Forum, 2011
- _____. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. Forense,2006.
- _____. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. Renovar,2006.
- MORO, Sérgio Fernando. *Jurisdição Constitucional Como Democracia*. São Paulo. Revista dos Tribunais,. 2004.
- MUÑOZ, Jaime Rodriguez- Arana. *Direito Fundamental à boa administração pública*. Trad. Daíel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Forum, 2012.
- NINO, Carlos Santiago. *La Constitución de La Democracia Deliberatiiva*. Barcelona:Gedisa, 2003.
- _____. *La Constitucion Como Convencion*. Revista del centro de Estudios Constitucionales. Nº 6. Mayo-agosto, 1990.
- HESSE, Konrad. *A força Normativa da Constituição (Die Normative Kraft Der Verfassung)* Tradução Gilmar Ferreira Mendes. 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris.1991.
- O'FLYNN, Ian. *Deliberating About the Public Interest*. *Res Publica*, 2010, 16(3), 299-315.
- OFFE, Claus. *Problemas Estruturais do Estado Capitalista*. Trad. Bárbara Freitag: Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1964.
- OLIVEIRA, Francisco. *Os direitos do antivalor. A Economia política da hegemonia imperfeita*, Petrópolis: Vozes, 1998.
- OSORIO, Fabio Medina. *Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro?* Revista dos Tribunais. v. 770, p. 53/92, 2000.
- OSORIO, Fabio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Villela Souto. (coord.). *Direito Administrativo. Estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2006.
- OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública - O Sentido da Vinculação Administrativa À Juridicidade*. 2.^a Reimpressão da edição de Maio/2003. Coimbra. Almedina, 2011.
- _____. *Conceito e Fundamento da Hierarquia Administrativa*. Portugal. Coimbra, 1992.

_____. *Vinculação e Liberdade de Conformação Jurídica do Sector Público Empresarial do Estado*. Portugal. Coimbra, 1998.

PEREIRA, Potyara A.P. *Política Social: Temas e Questões*. 2ª Ed. São Paulo. Cortez, 2009.

POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou Representação? Política, direito e democracia no Brasil*. Rio de Janeiro. Elsevier, 2011.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Constitucionalismo democrático*. Por una reconciliación entre Constitución y Pueblo. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2013, p.31-39

QUINTANA, Fernando. *Humanismo e Utilitarismo – Democracia e República*. Mimeo, 2012.

_____. *Justiça e Visão Ampla dos Direitos Humanos: Uma Crítica à Teoria da Justiça de John Rawls*. In: Revista Ciências Sociais. Rio de Janeiro, v.16, 2010.

_____, *Jean-Jaques Rousseau, 1712-1778*. In: BARRETO, Vicente Paulo. Dicionário de Filosofia Política. Rio de Janeiro. Renovar, 2006

RAO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos: Noções gerais. Direito Positivo. Direito Objetivo. Teoria Geral do Direito Subjetivo*. Análise dos Elementos que constituem os direitos subjetivos. São Paulo: RT, 2004

RAWLS, John. *Justiça Como Equidade*. Tradução Álvaro De Vita. São Paulo; Martins Fontes, 2003

_____. *Uma teoria de Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000

_____. *O Liberalismo Político*. Tradução Dinah Abreu Azevedo. 2 ed. São Paulo: Ática, 2000

RODRIGUES, Leda Boechat. *A Corte de Warren*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira S.A, 1991.

ROSANVALLON, Pierre. *La contrademocracia: la política en la era de la desconfianza*. Buenos Aires: Manantial, 2007.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *O Contrato Social e Outros Escritos*. São Paulo. 14ª edição. Cultrix, 2002

SADEK, Maria Tereza. *Judiciário e Arena Pública: um olhar a partir da Ciência Política*. In: Ada Pellegrini Grinover; Kazuo Watanabe. (Org.). O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. 1ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

SANDEL, Michael. *Justiça o que é Fazer a Coisa Certa*. Rio de Janeiro. Civilização Brasileira, 2012

SANTOS, Hermílio. *Perspectivas Contemporâneas Para a Constituição de Redes Públicas*. In Civitas. Porto Alegre. V5. N.1. Jan-Jun, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *O discurso e o Poder. Ensaio sobre a Sociologia da Retórica Jurídica*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira de. *Direito Constitucional, Teoria História e Métodos de Trabalho*, Belo Horizonte, :Editora Fórum, 2012

_____. *Por Um Constitucionalismo Inclusivo. História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2010.

_____. *Colisão Entre Direitos Fundamentais e Interesses Públicos*. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. *Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renova. 2008.

_____. *Interesse Público versus Interesse Privado: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006

SCHNEIDER, Volker. *Redes de Políticas Públicas e a Condução de sociedades complexas*. Civitas. Porto Alegre.v.5.n.1.Jan-jun, 2005.

SHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Participação Popular na Administração Pública: o direito de reclamação*. Rio de Janeiro. Renovar, 2002

SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular*. São Paulo. Malheiros, 2007

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. In: Cláudio Pereira de Souza Neto & Daniel Sarmento, *Direitos sociais: fundamentação, judicialização edireitos sociais em espécies*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008: 587-599.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais. Conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2 Ed. São Paulo.Malheiros, 2006.

_____. O proporcional e o razoável. RT, São Paulo, ano 91, n. 798, abr. 2002.

SOUZA, Mariana Magaldi de. *How Courts Engage in the Policymaking Process in Latin America: The Different Functions of the Judiciary*. In: SCARTASCINI, Carlos; STEIN, Ernesto; TOMMASI, Mariano. *HOW DEMOCRACY WORKS Political Institutions, Actors, and Arenas in Latin American Policymaking*. Cambridge, Inter-American Development Bank, 2010.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: críticas e parâmetros*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direito sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

_____.; MENDONÇA, José Vicente Santos de . *Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Org.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. 1ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, v. 1, p.709-742.

_____. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa*. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições na deliberação democrática. Rio de Janeiro. Renovar. 2006.

STEINS, Ernesto. Et.al. *The Politics of Policies. Economic and Social Progress in Latin America*. Inter-American Development Bank. David Rockefeller Center for Latin American Studies Harvard University, 2006.

STRECK, Lenio. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre. Do Advogado, 2011.

TATE, Neal. VALLINDER, Torborn. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995.

TAYLOR, Matthew M. *O judiciário e as políticas públicas no Brasil*. Dados [online], vol.50, n.2. 2007.

TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away From the Courts*. Princeton University Press, 1999.

UGARTE, Pedro Salazar. *Que participação para qual democracia?* In: COELHO, Vera Schattan P., NOBRE, Marcos (Orgs.). *Participação e deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo*. 1. ed. São Paulo: Editora 34, 2004

VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba. Juruá, 2009.

_____. *Políticas Públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. Belo Horizonte: Forum, 2009.

VIEIRA, José Ribas; Silva, Cecília de Almeida ; MOURA, F. ; CORRÊA, José Guilherme Berman ; Tavares, R. S. ; Valle, Vanice R. L. do . *Diálogos Institucionais e Ativismo*. Rio de Janeiro: Juruá Editora, 2010.

_____. *O Supremo Tribunal Federal como arquiteto institucional: a judicialização da política e o ativismo judicial*. Revista Versus, v. 2, p. 76-84, 2009.

_____. *Verso Reverso - A judicialização de política e o ativismo judicial no Brasil*. Revista Estação Científica, v. 1, p. 45-58, 2009.

VIEIRA, Oscar Vilhena ; BAXI, U. ; VILJOEN, F. *Some Concluding Thoughts on an ideal, machinery and method. Transformate Constitutionalism: Comparing the apex courts of Brazil, India and South Africa*. 1ed.Pretoria: Pretoria University Law Press, 2014, v. 1, p. 617-625

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. Revista Direito GV São Paulo. Jul-Dez, 2008.

_____. *A Constituição e Sua Reserva de Justiça*. (Um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma). São Paulo. Malheiros, 1999.

VITA, Álvaro de. *Democracia deliberativa ou igualdade de oportunidades políticas?* In: COELHO, Vera Schattan P., NOBRE, Marcos (Orgs.). *Participação e deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo*. 1. ed. São Paulo: Editora 34, 2004.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. Ley, derechos, justicia, 9ª Ed., trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 2009.

WALDRON, Jeremy. *O judicial review e as Condições da Democracia*. In: BIGONHA, Antônio. MOREIRA, Luiz. (Org.) *Limites do Controle de Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. *A Essência da Oposição ao Judicial Review*. In: BIGONHA, Antônio. MOREIRA, Luiz. (Org.) *Legitimidade e Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. *Judicial Review and the conditions of Democracy*. The Journal of Political Philosophy; VI.6. n.4, 1998.

WANG, Daniel Wei Liang (Org). *Constituição e Política na Democracia: Entre direito e ciencia política*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

WALZER, Michael. *As Esferas da Justiça: Uma defesa do pluralismo e da igualdade*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WERNECK VIANNA, Luiz et alii, *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999.

WOOD, Ellen. M. *Democracia contra o Capitalismo: a renovação do materialismo histórico*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2003.