



Caderno Virtual N° 24, v. 1 - jul-dez/2011

O PAPEL DOS PRINCÍPIOS COMO PRESSUPOSTOS PARA A COOPERAÇÃO DEMOCRÁTICO-DELIBERATIVA

Eric Baracho Dore Fernandes

Monitor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (2010-2011), Coordenador Geral da Revista de Direito dos Monitores da Universidade Federal Fluminense (RDM-UFF) e colaborador em projeto de extensão (PROEX-UFF), pesquisador do NUPIJ.

Submissão: 03.07.2011

Parecer 1: 10.08.2011

Parecer 2: 12.10.2011

Decisão Editorial: 14.10.2011

RESUMO

O presente artigo tem por objeto o estudo da teoria dos princípios. Porém, mais do que simplesmente resgatar a teoria que confere normatividade aos princípios, a proposta do presente trabalho consiste em apresentar o papel destes como garantias de concretização de uma democracia substantiva, seja na proteção dos direitos fundamentais das minorias em face da deliberação majoritária ocasional, seja no exercício do papel de autocontenção do caráter contramajoritário da jurisdição constitucional. Mais do que isso, pretende-se delinear o papel dos princípios na concretização de uma democracia dita *deliberativa*, caracterizada pela ampliação do debate público qualificado por condições ideais de *liberdade* e *igualdade*.

PALAVRAS-CHAVE: Princípios. Neoconstitucionalismo. Democracia. Justiça.

ABSTRACT:

This paper broaches the study of principles. More than simply discussing the theory that grants normativity to the principles, this work seeks to present their function as guaranties of a substantive democracy, protecting fundamental rights of political minorities in face of majoritarian deliberation or pondering the limits of judicial review of legislation. More than that, this work intends to delineate the function of principles on the process of building a deliberative democracy, defined by improving the public debate trough guaranties of freedom and equality.

KEYWORDS: Principles. Neoconstitucionalism. Democracy. Justice.



SUMÁRIO: 1. Aspectos gerais. 2. Neoconstitucionalismo e pós-positivismo: a normatividade dos princípios. 3. Democracia deliberativa e a construção de uma comunidade de princípios 4. A importância dos princípios na construção de uma sociedade justa 5. Conclusões. 6. Referências

1. ASPECTOS GERAIS

As sociedades democráticas contemporâneas são uma comunidade de princípios. Quer se dizer com isso que não se restringem a aceitar um ordenamento jurídico e uma estrutura institucional formalista e que pretenda apenas manter o *status quo*. Pelo contrário, as sociedades democráticas contemporâneas têm a pretensão de construir uma comunidade de princípios que almeje a concretização dos ideais de justiça. Ideais que visam garantir o máximo de liberdade aos seus cidadãos e reduzir as desigualdades a patamares aceitáveis e, ainda assim, que essa desigualdade não inviabilize a ascensão social e a auto-realização de cidadãos livres e iguais¹.

Regras e princípios. Categorias que se assemelham como espécies do gênero *norma jurídica*, mas, simultaneamente, divergem quanto ao seu conteúdo, estrutura normativa, modo de aplicação e papel exercido no sistema. Diferente das regras, os princípios condensam valores morais mais facilmente identificáveis. Enquanto as regras constituem comandos objetivos de conduta aplicáveis através de subsunção, os princípios representam estados ideais, aplicáveis através de ponderação. A objetividade das regras garante segurança jurídica ao ordenamento, ao passo que os princípios têm por finalidade condensar valores, condicionar a atividade do intérprete e integrar de forma harmoniosa as diferentes partes do sistema². Em outra acepção, regras se constituem como normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja avaliação se exigiria a avaliação da correspondência, sempre

¹ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

² BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7ª Edição. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009, p. 329.



centrada nos princípios que lhe são axiologicamente subjacentes, e, que, por sua vez, são normas finalísticas, prospectivas e com pretensão de complementaridade³.

O reconhecimento dos princípios como categoria autônoma e dotada de normatividade já é uma realidade subjacente e amplamente aplicável ao direito contemporâneo, graças às construções teóricas de autores pós-positivistas⁴. Mais do que resgatar a teoria que confere normatividade aos princípios, a proposta do presente texto consiste em apresentar o papel do direito na garantia da cooperação democrática entre os cidadãos para a construção dessa sociedade justa. O papel dos princípios hoje é não apenas político-ideológico, mas também jurídico-normativo na medida em que procura garantir um “mínimo existencial”⁵ para que todos possam se engajar na deliberação pública e, dessa forma, ser não apenas algo que pertence a uma sociedade, mas ao cidadão que constrói essa sociedade potencialmente mais justa através de um debate qualificado por condições ideais de liberdade e igualdade.

2. NEOCONSTITUCIONALISMO E PÓS-POSITISMO: A NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS

A partir da segunda metade do século XX, o direito já não mais cabia perfeitamente no positivismo normativista. Não se resumia à norma, isolada de conceitos valorativos como justiça e moral. Tais separações rígidas já não correspondiam ao estágio alcançado pelo processo civilizatório da humanidade⁶. A barbárie promovida na pelos regimes nazifascistas, sob o prisma da legalidade estrita, trouxe à tona diversos questionamentos acerca da idéia de um ordenamento jurídico totalmente indiferente a valores éticos e morais, bem como da lei como estrutura meramente formal, legitimada por si só, de forma independente de seu conteúdo⁷. Houve o que Ricardo Lobo Torres chamou de “virada kantiana”⁸.

³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 6ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2006.

⁴ DWORKIN, Ronald M. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

⁵ TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

⁶ Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.*, p. 327.

⁷ É importante destacar que apesar da doutrina contemporânea abraçar a tendência de crítica severa ao positivismo, Daniel Sarmento destaca que essas críticas devem ser contextualizadas de forma

Porém, simultaneamente, o operador do direito não se contentaria com um simples retorno ao *jusnaturalismo*, fundado em conceitos vagos e metafísicos. O discurso científico já havia impregnado todas as ciências, inclusive a jurídica. Ainda que se fizesse necessária a releitura da rígida separação entre direito e moral normalmente associadas ao positivismo jurídico, o operador do direito ainda clamava por uma delimitação do espaço de influência da moral no campo do direito. Com essas preocupações, surge o pós-positivismo. Luís Roberto Barroso delimita o considera o *marco filosófico do neoconstitucionalismo*⁹. Segundo o autor:

O pós-positivismo se apresenta, em certo sentido, como uma terceira via entre as concepções positivista e jusnaturalista: não trata com desimportância as demandas do Direito por clareza, certeza e objetividade, mas não o concebe desconectado de uma filosofia moral e de uma filosofia política. Contesta, assim, o postulado positivista de separação entre Direito, moral e política, não para negar a especificidade do objeto de cada um desses domínios, mas para reconhecer a impossibilidade de tratá-los como espaços totalmente segmentados, que não se influenciam mutuamente.¹⁰

mais precisa Segundo o autor, uma dessas críticas seria a de que o positivismo não trabalha com princípios e valores, apenas com regras. Sarmento aponta que muitos dos autores positivistas mais importantes da atualidade (como Herbert Hart, Jules Coleman, Genaro Carrió e, no Brasil, Celso Antônio Bandeira de Mello) não abraçam as teses formalistas mais rígidas, que impossibilitariam a aplicação prática dos princípios Em que pese de Robert Alexy considerar a distinção principal entre as teorias positivistas e não positivistas o fato de o direito distinguir direito a moral, Daniel Sarmento afirma que fica claro que o positivismo não formalistas podem de fato recorrer a princípios e valores, desde que estes não sejam externos a um dado ordenamento, mas dele possam ser extraídos. Lamenta, ainda, o professor Daniel Sarmento o fato de que não foi esse positivismo mais sofisticado que encontrou assento nos tribunais brasileiros, e sim aquele positivismo formalista, mais freqüentemente objeto de críticas da doutrina contemporânea. SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Orgs.). **A Constitucionalização do Direito. Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 142.

⁸ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional**. vol. II. Rio Janeiro: Renovar, 2005, p. 3 e ss.

⁹ Segundo Barroso, o período por ele denominado de *neoconstitucionalismo* seria composto por três marcos, a saber: (i) Histórico, representado pelo pós-guerra e pela redemocratização posterior ao período; (ii) Filosófico, representado pelo pós-positivismo e pela normatividade dos princípios; e (iii) Teórico, representado por três mudanças de paradigma (a força normativa da constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a reelaboração doutrinária da interpretação constitucional. Cf. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009, p. 243-266; e BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (orgs.). **A Constitucionalização do Direito. Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. p. 203-250.

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.* p. 248.



Assentadas essas premissas, a releitura do paradigma pós-positivista incorpora elementos como a reaproximação entre o direito e moral; a legitimação democrática do direito; a reintrodução da razão prática na jurisdição constitucional¹¹; e a normatividade dos princípios. A novidade aqui não está propriamente no reconhecimento de sua existência pelo ordenamento jurídico. A inovação está na atribuição de normatividade dos princípios, que não apenas conquistaram o status de norma jurídica, mas também superaram a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica. Foram sistematizados como uma espécie normativa distinta das regras, dotadas de características e funções próprias. Os princípios tornam-se responsáveis pelo exercício de funções no ordenamento como a de condensar valores, de trazer unidade e harmonia ao sistema e, por fim, guiar a atividade do intérprete.

Durante longo período de tempo, afirmar que determinado enunciado normativo possuía caráter principiológico seria o mesmo que afirmar que este era desprovido de normatividade¹². Nos modelos conservadores, os princípios não passavam de conselhos éticos, exortações políticas ou morais incapazes de vincular o operador do direito. Invocar um princípio acabava, de certa forma, sendo inútil ou atraindo críticas. Somente na ausência da lei, da analogia e dos costumes é que, subsidiariamente, se aplicavam os princípios gerais do direito. A Lei de Introdução ao Código Civil brasileira reflete justamente tal concepção em seu artigo 4º.

Contudo, a necessidade do constitucionalismo obter uma categoria normativa capaz de condensar os valores e cláusulas abertas para a máxima realização das finalidades constitucionais resultou em uma releitura do papel atribuído aos princípios pelas teorias formalistas clássicas. Um dos autores que deram ensejo a essa releitura dos princípios como categoria jurídica autônoma foi também um dos grandes críticos do positivismo jurídico, Ronald Dworkin. Segundo o autor, um dado

¹¹ Cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

¹² SCHIER, Paulo Ricardo. Novos Desafios da Filtragem Constitucional no Momento do Neoconstitucionalismo, p. 256. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; e SARMENTO, Daniel. **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Práticas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 251-269.



ordenamento jurídico não é capaz de sustentar sua própria completude quando é composto apenas por regras, passíveis apenas de aplicação subsuntiva. Isso porque revela-se incapaz de se adequar à completude dos conflitos existentes em um ordenamento jurídico. O sistema seria formado também por princípios, capazes de fornecer critérios normativos para a tomada da decisão. Diferente das regras, os princípios funcionam com base na ponderação. A existência de regras e princípios são conceitos completos o suficiente para justificar a existência de uma única resposta correta.

Dworkin se utiliza então da construção teórica do *Juiz Hércules*¹³, aquele que segundo o autor seria dotado de todas as informações relevantes a perceber o “direito como integridade”, de modo que obter a resposta dita “ideal”. O Direito como integridade é um ideal que demanda a análise do direito visto em conjunto, como um processo histórico contado por diversos agentes, como que em um “romance em cadeia”. O novo contador (re)inicia do ponto onde o anterior parou e, embora possa mudar os rumos da narrativa, isso requer maior fundamentação, considerando os constrições de uma comunidade de princípios¹⁴. Tal construção teórica é objeto de diversas críticas. De qualquer forma, não se nega que o discurso e demais técnicas procedimentais, em adição aos princípios e regras existentes, garantem a racionalidade dos argumentos existentes.

Destaca-se que a grande novidade da teoria constitucional contemporânea não está, propriamente, no reconhecimento da *existência* dos princípios. A inovação reside justamente no reconhecimento da *normatividade* dos princípios, bem como dos *papéis específicos a serem desempenhados por essa nova categoria normativa*. Responsáveis pela promoção da segurança jurídica através de descrições objetivas de condutas a serem seguidas, os princípios passam a condensar os valores mais importantes de determinado ordenamento jurídico, trazendo unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes, atenuando tensões normativas e condicionando a atividade do intérprete¹⁵.

¹³ DWORNIK, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.453 e ss.

¹⁴ DWORNIK, Ronald. *Op. Cit.*, p. 271 e ss.

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7ª Edição. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009, p. 329.



Em uma dimensão político-ideológica, entretanto, a diferença entre princípios e regras torna-se mais relevante do ponto de vista democrático. Em um Estado Democrático de Direito, a Constituição adquire um papel dúplice, que envolve tanto a proteção de valores fundamentais e consensos básicos contra a ação das maiorias, quanto a garantia do funcionamento adequado do pluralismo político e da democracia substantiva¹⁶.

Com base nessa premissa, após a contextualização teórica antecedente, procede-se a uma análise do papel dos princípios em uma dimensão político-ideológica, privilegiando a aplicação da categoria normativa em questão como um elemento de concretização dos valores democráticos.

3. DEMOCRACIA DELIBERATIVA E A CONSTRUÇÃO DE UMA COMUNIDADE DE PRINCÍPIOS

Os princípios desempenham o importante papel de elementos de concretização da democracia deliberativa, especialmente quando se concebe o modelo de democracia deliberativa substantivo a partir da discussão da teoria da justiça de John Rawls.

Em sua acepção clássica, pautada por um viés eminentemente liberal, a democracia era vista sob um prisma predominantemente formal, traçando a idéia de governo da maioria e respeito aos direitos individuais – direitos fundamentais ditos de “primeira geração”, como liberdades de expressão, associação e locomoção. Ou seja, resguardava-se o princípio majoritário e o respeito aos direitos fundamentais caracterizados por um estado de *abstenção* do poder público perante o espaço individual, ou, segundo a classificação proposta por Jellinek, direitos caracterizados por um *status negativo* do indivíduo perante o estado¹⁷.

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009, p. 203-211.

¹⁷ Jellinek, em teoria datada do final do século XIX, desenvolve a idéia de quatro estados do indivíduo perante o Estado. Um status passivo ou *subjectionis*, no qual o indivíduo se encontra em posição de subordinação ao estado; um *status negativo*, no qual o indivíduo goza de um espaço de liberdade perante as ingerências do poder público (direitos fundamentais de primeira geração); um *status positivo*, que se caracteriza pela exigência de uma prestação positiva pelo poder público (direitos fundamentais de segunda geração, ou direitos sociais); e, por fim, um *status ativo*, caracterizado pela



Porém, ao longo do tempo a democracia foi submetida a diversas releituras, como a relacionada à idéia de democracia em sentido material, substancial. Nesse sentido, a democracia não se esgota na garantia do princípio majoritário e um governo de todos, mas visa garantir um governo *para todos*, onde as vontades das maiorias ocasionais encontrem limites nos direitos fundamentais das minorias de menor expressão política, étnica, cultural ou social. Tal idéia de democracia impõe ao Estado não apenas o respeito aos direitos individuais, mas também a promoção dos direitos fundamentais de segunda geração, através de prestações sociais positivas destinadas a promover patamares mínimos de dignidade em favor desses grupos de menor expressão.

A partir da visão material imposta ao conceito de democracia pelo direito contemporâneo, conclui-se que o princípio majoritário comporta um determinado grau de relativização por uma atuação *contramajoritária* em face das maiorias deliberativas ocasionais, em especial, pela atividade do Poder Judiciário. É o que ocorre quando as cortes constitucionais exercem o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos editados pelo poder público, retirando do alcance de tais maiorias ocasionais o núcleo essencial da democracia e dos direitos fundamentais contidos no ordenamento jurídico, protegendo-os de eventuais violações perpetradas pela norma fruto da vontade majoritária.

Entretanto, até mesmo tal ferramenta de controle das maiorias ocasionais encontra dificuldades sob o ponto de vista democrático. Enquanto os membros do Executivo e Legislativo são agentes públicos eleitos e investidos em seus cargos pelo batismo da vontade popular, o mesmo não ocorre com o Poder Judiciário, cuja investidura se dá através de critérios predominantemente técnicos. Daí se questiona a legitimidade de um poder formado por indivíduos não representativos da vontade popular para invalidar atos de poderes representativos. É a chamada *dificuldade contramajoritária*¹⁸.

prerrogativa individual de influenciar a formação da vontade do Estado (direitos políticos). Sobre o tema, Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 155-159.

¹⁸ BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch**, 1986, p. 16 e ss., *apud* BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009, p. 338-339.



Dessa forma, ainda que uma atuação contramajoritária seja necessária para a proteção dos valores de uma democracia substancial, é preciso encontrar elementos de “calibragem” do ativismo judicial, bem como elementos de *autocontenção* da jurisdição constitucional em face do legislador ordinário. Nesse sentido, os princípios adquirem um papel extremamente relevante, como se pretende demonstrar a seguir.

O professor Cláudio Pereira de Souza Neto destaca que a legitimação dessa atividade contramajoritária se dá através da reinserção da razão prática na jurisdição constitucional, tornando mais *cognitivos* e menos *volitivos* os atos jurisdicionais. Um dos principais elementos de racionalização da atividade judicial apresentado pelo autor diz respeito justamente ao processo de incorporação dos princípios ao direito. A inclusão dos princípios se dá como categorias autônomas, necessárias para calibrar a tensão existente entre a jurisdição constitucional e o princípio majoritário. Os princípios atuam como verdadeira reserva de justiça no ordenamento jurídico, servindo como limites à atividade interpretativa e fornecendo critérios para a resolução dos *hard cases*¹⁹.

Não é preciso ir muito longe para identificar a aplicação da teoria princípios na promoção da democracia substancial, seja (i) atuando como parâmetro de racionalização e autocontenção da jurisdição constitucional em face dos poderes representativos, seja (ii) protegendo os direitos fundamentais e prestações sociais de minorias em face da deliberação majoritária.

Em relação ao primeiro aspecto, a hermenêutica constitucional contemporânea desenvolveu princípios próprios de autocontenção da jurisdição constitucional, quais sejam, os princípios de *presunção de constitucionalidade das leis e atos do poder público* e o princípio da *interpretação conforme à constituição*. O primeiro deles define que toda lei, a princípio, é compatível com a constituição e assim deve ser considerada, até conclusão judicial em sentido contrário. Em outras palavras, a inconstitucionalidade não pode ser presumida, devendo ser comprovada de modo cabal. O segundo princípio determina que em relação às normas plurissignificativas que possam ser entendidas tanto como constitucionais, quanto inconstitucionais, o intérprete deve sempre se esforçar para “salvar” a norma,

¹⁹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Op. cit.* p. 336-338.



restringindo as interpretações possíveis às hipóteses em que a aplicação da norma seja constitucional.

Em relação ao segundo aspecto, os princípios adquirem um papel acentuado no ambiente democrático no que diz respeito a garantia dos pressupostos para deliberação, notadamente dos direitos fundamentais de grupos de menor representatividade. A título de exemplo, citamos decisão do Tribunal Regional Federal, que, pautada em diversas dimensões do princípio da dignidade da pessoa humana, reconheceu o direito de indivíduos transexuais terem acesso gratuito aos meios cirúrgicos de alteração de gênero²⁰. Além disso, o papel dos princípios na teoria constitucional contemporânea tem adquirido relevo significativo até mesmo à eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, essencialmente uma *ponderação* entre o princípio da autonomia da vontade e direitos fundamentais a incidirem sobre a hipótese²¹.

De fato, observa-se que os princípios exercem uma função essencial na concretização do que hoje se entende como democracia substantiva. Mas, entendendo o próprio conceito de democracia como um princípio (diga-se de passagem, esculpido entre os princípios fundamentais da Constituição Federal de 1988), qual seria seu papel para a sociedade contemporânea e no resguardo dos valores nucleares do ordenamento jurídico?

O professor Cláudio Pereira de Souza Neto busca responder a tal questionamento, destacando a importância dos princípios como categoria

²⁰ TRF da 4ª Região, **AC Nº 2001.71.00.026279-9/RS**, Rel. Des. Federal Roger Raupp Rios. Para comentários sobre essa decisão e outros aspectos concernentes à problemática dos transexuais, confira-se DORE FERNANDES, Eric Baracho. O transexual e a omissão da lei: Um estudo de casos paradigmáticos. **Caderno Virtual do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP**, v. 1, nº 21, 2010. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/view/357/266>>. Acesso em: 10/03/2010.

²¹ Daniel Sarmiento, em obra paradigmática sobre o tema, discute os principais aspectos relativos à eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Essencialmente, o autor descreve o processo histórico de superação do liberalismo – ambiente que dava ensejo ao surgimento de desigualdades e exploração entre os indivíduos – ao estado social, criando a necessidade de uma postura estatal mais ativa na redução dessas desigualdades. Discute ainda as três teorias principais acerca da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas (eficácia direta, eficácia indireta e a teoria do *state action*) e, por fim, traça parâmetros de ponderação entre a autonomia das vontades e os direitos fundamentais contrapostos, de modo a “calibrar” a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Cf. SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.



hermenêutica necessária para estabelecer critérios de interpretação das demais normas constitucionais. Segundo o autor, o princípio democrático, em especial, pode fornecer elementos para se operar uma reconstrução interpretativa dos aspectos nucleares do sistema constitucional. Sob esse viés, desenvolve o autor uma teoria de democracia deliberativa. O principal aspecto dessa teoria repousa na compreensão de que a democracia não pode mais se restringir à prerrogativa popular de eleger representantes, envolvendo, além da escolha de representantes, a possibilidade de se deliberar publicamente sobre as questões a serem decididas. A troca de argumentos e contra-argumentos racionaliza e legitima a gestão da coisa pública²².

Não é preciso uma busca muito profunda para encontrar exemplos recentes que ilustrem um grau qualificado de legitimação das decisões públicas através do debate. No âmbito do Poder Judiciário, casos como o da pesquisa com células-tronco embrionárias²³, do aborto de fetos anencefálicos²⁴ e da constitucionalidade de leis que instituem cotas raciais nas universidades públicas²⁵ vêm incorporando ao poder judiciário um caráter democrático-deliberativo visível. O Poder Legislativo ainda caminha a passos mais curtos, mas ao menos um exemplo recente é digno de nota, e diz respeito aos debates públicos que vem sendo promovidos acerca do projeto do novo Código de Processo Civil²⁶.

Além disso, o professor Cláudio Pereira destaca o papel do direito na garantia dos pressupostos para tal deliberação democrática. Para que a deliberação leve a cabo as suas funções de legitimação e racionalização das decisões do poder público, ela deve ocorrer em um contexto aberto, livre e igualitário. Mais do que isso,

²² SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

²³ BRASIL. STF. **ADI nº 3.510**. Rel. Min. Ayres Britto. DJE 28/05/2010.

²⁴ BRASIL. STF. **ADPF nº 54**. Rel. Min. Marco Aurélio. Convocação para a audiência pública disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAdpf54>>. Acesso em: 18/08/2010.

²⁵ BRASIL. STF. **ADPF nº 186**. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Convocação para a audiência pública disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAcaoAfirmativa>>. Acesso em: 18/08/2010.

²⁶ BRASIL. **Projeto de Lei nº 166/2010**. Anteprojeto disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>>. Acesso em: 18/08/2010.



todos devem poder participar livres de coerção e dotados de iguais possibilidades/capacidades de persuasão. Tais pressupostos são introduzidos no corpo social através da idéia de um Estado de Direito, que, justamente por isso, pode ser considerado um elemento integrante do princípio democrático. A democracia deliberativa procura resolver justamente o conflito entre a soberania popular e o Estado de Direito, apresentando este como pressuposto daquela. Não há democracia verdadeira, por exemplo, sem respeito aos direitos fundamentais.

Na garantia de tais pressupostos de liberdade e igualdade para a concretização do modelo que se entende como “democracia deliberativa”, encontramos duas matrizes principais, simbolizadas nas obras de Jürgen Habermas e John Rawls. Para o primeiro, a deliberação democrática deve permanecer aberta quanto a seus resultados, considerando suas próprias condições procedimentais como as únicas restrições possíveis, adotando um viés predominantemente procedimental, formal. John Rawls, por sua vez, concebe como elemento indissociável do processo deliberativo-democrático um processo de aplicação de *princípios de justiça*, adotando uma teoria de cunho substantivo, material.

Ainda que a moderna teoria constitucional adote um modelo cooperativo, vale dizer, capaz de conjuga elementos tanto da matriz procedimental quanto da substantiva, o presente trabalho terá como foco o modelo substantivo de John Rawls e o papel de princípios de justiça como pressupostos para a deliberação democrática. É o objeto do capítulo seguinte.

4. A IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS NA CONSTRUÇÃO DE UMA SOCIEDADE JUSTA

Anteriormente, o presente trabalho delineou o panorama histórico que concedeu aos princípios não apenas normatividade, mas também uma posição de centralidade no sistema. Uma posição que, a luz da democracia compreendida em sua acepção material, compreende funções como a de preservar direitos fundamentais de minorias em face das maiorias ocasionais, servir como parâmetro de autocontenção do papel contramajoritário exercido pela jurisdição constitucional

e, ainda, funcionar como critério hermenêutico para a interpretação e integração das demais normas do sistema. O papel dos princípios, em especial do princípio democrático, adquire maior relevo sob um prisma deliberativo, segundo o qual a deliberação pública deve se pautar um debate qualificado por condições ideais de liberdade e igualdade.

Dentre as teorias ditas deliberativas, destacamos o modelo substantivo de John Rawls, segundo o qual a deliberação democrática envolve não apenas critérios formais, mas também a aplicação de princípios previamente justificados, estando parcialmente fechado quanto aos resultados. Nesse sentido, os princípios podem se apresentar como restrições ao processo deliberativo, protegendo o núcleo essencial dos direitos fundamentais das minorias políticas em face da deliberação majoritária.

Em *Uma Teoria da Justiça*, Rawls formula, em especial, dois enunciados principiológicos que entende como princípios de justiça informadores da “estrutura básica” da sociedade:

Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao sistema mais extenso de iguais liberdades fundamentais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para as outras pessoas.

Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem estar dispostas de tal modo que tanto (a) se possa razoavelmente esperar que se estabeleçam em benefício de todos como (b) estejam vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos.²⁷

Em especial, relativamente ao segundo princípio de justiça de Rawls, é possível extrair uma equivalência clara ao princípio da isonomia, compreendido também em uma dimensão material. Após a superação do paradigma liberal de igualdade meramente formal, o estado social de direito que surge no século XX inaugura um modelo de isonomia material, que em sua acepção clássica corresponde à máxima de que “*os desiguais devem ser tratados de forma desigual na medida de sua desigualdade*”. No ordenamento jurídico-positivo, é possível observar exemplos de aplicação do princípio no âmbito do direito financeiro-tributário e seus princípios setoriais, bem como nas chamadas “ações afirmativas” promovidas

²⁷ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2008., p. 73.



pelo poder público. De fato, a promoção de tais medidas ameniza o grau de desigualdades inerentes ao atual modelo capitalista, proporcionando a seus beneficiários a possibilidade de participar de forma mais justa no processo de deliberação democrática.

Os dois enunciados caracterizam elementos do constitucionalismo tanto em sua fase liberal, inaugurada pelas revoluções burguesas do século XVIII (revoluções francesa e americana), quanto de seu paradigma social, que surge com as constituições do México (1917) e Weimar (1919). A despeito da contraposição que freqüentemente se faz em relação às características de ambos os modelos, os enunciados propostos por Rawls não se mostram antagônicos. Afinal, os direitos consagrados pelas duas correntes não são excludentes, nem sequer demonstram uma superação de um modelo por outro, mas sim uma sobreposição cujo resultado é um catálogo mais amplo de direitos fundamentais. Assim, coexistem em um mesmo ordenamento os direitos fundamentais ditos “de primeira geração” (ou dimensão), caracterizados por um espaço de liberdade do particular perante o estado, e aqueles “de segunda geração”, representados por prestações estatais de cunho positivo.

Ainda que, a princípio, pareça forçoso atribuir um grau de equivalência dos princípios gerais de justiça de John Rawls aos direitos fundamentais positivados em um dado ordenamento, tal analogia se justifica através do estudo do conceito de “razão pública” formulado pelo autor. Segundo Rawls, razão pública é aquela que caracteriza a argumentação política em uma democracia constitucional “bem ordenada”, tendo por objeto o bem público, sendo este aquele que se pode legitimamente esperar da “estrutura básica” da sociedade²⁸. Ao contrário dos exemplos que caracterizariam elementos de uma *razão não pública* (como por exemplo, associações religiosas, políticas ou profissionais), a *razão pública* diz respeito a consensos mínimos e generalizáveis em dada sociedade.

Acerca do papel da Constituição em um estado democrático, afirma Luís Roberto Barroso:

²⁸ RAWLS, John. **Political liberalism**. New York: Columbia University Press, 2005, p. 212-247; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 112-113.

(...) A Constituição de um Estado democrático tem duas funções principais. Em primeiro lugar, compete a ela veicular consensos mínimos, essenciais para a dignidade das pessoas e para o funcionamento do regime democrático, e que não devem poder ser afetados por majorias políticas ocasionais.²⁹

Ora, se o conteúdo material de determinada Constituição ilustra tais consensos mínimos de forma tão clara, com mais razão podemos afirmar que os princípios de justiça de Rawls se equivalem, materialmente, a direitos fundamentais. No caso do Brasil, em especial, os direitos fundamentais são enumerados entre os limites materiais ao poder de reforma, atribuindo a eles um grau maior de rigidez e elevando-os ao patamar de cláusulas pétreas, o “núcleo duro e imutável” da Constituição. Nesse sentido, os direitos fundamentais (diga-se de passagem, também caracterizados em sua maioria como *princípios*) atuam como verdadeiros “limites materiais” do processo deliberativo, tais quais os princípios de justiça idealizados na teoria de John Rawls.

Assim, em uma dimensão político ideológica, observa-se o papel de limitação material do processo deliberativo exercido pelos princípios constantes do rol constitucional de direitos fundamentais e, com isso, a própria função de preservar o princípio democrático, possibilitando condições de liberdade e igualdade apropriadas à concretização de um modelo *substantivo* de democracia.

CONCLUSÕES.

Com o intuito de permitir uma melhor percepção do conjunto, serão sintetizadas, a seguir, breves proposições objetivas das principais conclusões alcançadas pelo presente trabalho, quais sejam:

(i) Se na segunda metade do século XX a normatividade dos princípios era uma novidade propagada por autores como Dworkin e Alexy, hoje já não mais restam dúvidas quanto ao seu papel de centralidade no sistema. Seja condensando os valores essenciais ao ordenamento jurídico, seja servindo como critério

²⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009, p. 89.



interpretativo para guiar a atividade do hermenêuta, fato é que a teoria dos princípios se mostra essencial na garantia do que hoje se entende por *democracia substantiva*. Não apenas um governo *de todos*, mas um governo *para todos*, e que por isso mesmo requer a aplicação da teoria princípios para sua plena concretização, seja como critério de autocontenção da jurisdição constitucional na atividade contramajoritária que a guarda de tais valores requer, seja em seu papel de resguardo dos direitos fundamentais das minorias.

(ii) A democracia propriamente dita, compreendida como *princípio fundamental* do ordenamento jurídico brasileiro, vem sendo estudada pela doutrina sob um viés *deliberativo*. Um modelo no qual a democracia não mais se contenta com a mera representatividade, mas também busca uma racionalização e legitimação do debate público através da deliberação pública qualificada por condições ideais de *liberdade e igualdade*.

(iii) Na garantia de tais pressupostos do modelo deliberativo de democracia, destacam-se duas correntes principais, caracterizadas através das obras de Jürgen Habermas e John Rawls. Para o primeiro, a deliberação democrática é entendida em uma dimensão predominantemente *formal*, considerando suas próprias condições procedimentais como as únicas restrições possíveis ao processo deliberativo. John Rawls, por sua vez, concebe a aplicação de princípios de justiça como elemento indissociável do processo deliberativo-democrático, adotando uma teoria de cunho *substantiva*.

(iv) Ainda que hoje se discuta um modelo cooperativo, capaz de dialogar com elementos de ambas as correntes, o presente trabalho tem por objeto o estudo do papel dos princípios, de modo que se privilegiou o estudo da matriz substantiva de John Rawls, segundo o qual os princípios atuam como limites inerentes ao próprio processo deliberativo.

(v) Para Rawls, tais princípios compreendem dois enunciados principais, por ele denominados de “princípios de justiça”. Segundo o primeiro, “cada pessoa deve ter um direito igual ao sistema mais extenso de iguais liberdades fundamentais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para as outras pessoas”. De acordo com o segundo princípio de justiça, “as desigualdades sociais e econômicas



devem estar dispostas de tal modo que tanto (a) se possa razoavelmente esperar que se estabeleçam em benefício de todos como (b) estejam vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos”.

(vi) Sob a ótica dos direitos fundamentais, observa-se que no âmbito do ordenamento jurídico-positivo, tais princípios de justiça se aproximam materialmente dos direitos fundamentais de primeira e segunda geração. Tal concepção se justifica pelo conceito de razão pública do autor, segundo o qual a justificação dos princípios de justiça e sua aplicação no processo deliberativo perpassa o conceito de razão pública, que envolve consensos universais mínimos em um determinado ordenamento. Sob a égide da maioria das Constituições modernas, os direitos fundamentais caracterizam-se claramente como tais consensos mínimos, uma vez que constituem o núcleo essencial do ordenamento jurídico. No Brasil, em especial, caracterizam-se como cláusulas pétreas, de modo a preservar um “núcleo duro” e imutável da Constituição em face da deliberação de majorias políticas ocasionais.

(vii) Por fim, conclui-se que além do papel normativo que a doutrina clássica atribui aos princípios a partir da segunda metade do século XX, tal categoria normativa assume uma função claramente político-ideológica na sociedade contemporânea, atuando como pressuposto para uma deliberação verdadeiramente democrática, qualificada por condições *universais* de liberdade e igualdade. Os direitos fundamentais, em especial, adquirem relevante papel como princípios de justiça capazes de garantir tais pressupostos do princípio democrático.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 6ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARCELOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.



BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.

_____. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7ª Edição. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.

_____. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.

_____. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (orgs.). **A Constitucionalização do Direito. Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 203-249.

_____. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

DORE FERNANDES, Eric Baracho. O transexual e a omissão da lei: Um estudo de casos paradigmáticos. **Caderno Virtual do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP**, v. 1, nº 21, 2010. Disponível em:

<<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/view/357/266>>. Acesso em: 10/03/2010.

DWORKIN, Ronald M. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

RAWLS, John. **Political liberalism**. New York: Columbia University Press, 2005.

_____. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.



SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Orgs.). **A Constitucionalização do Direito. Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 142.

SCHIER, Paulo Ricardo. Novos Desafios da Filtragem Constitucional no Momento do Neoconstitucionalismo. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; e SARMENTO, Daniel. **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Práticas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 251-269.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional**. vol. II. Rio Janeiro: Renovar, 2005.

_____. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.