

Direito
Constitucional
e Teoria da Constituição

7.^a Edição
(14.^a Reimpressão)

J.J. Gomes Canotilho
Professor da Faculdade de Direito de Coimbra



TÍTULO. *Direito Constitucional – 7.ª Edição*
AUTOR. *José Joaquim Gomes Canotilho*
EDITOR. *Edições Almedina*
DESIGN. *Bang Design*
EXECUÇÃO GRÁFICA. *Norprint*
TIRAGEM. *1000 Ex*
DEPÓSITO LEGAL. *203651/03*

Biblioteca Nacional de Portugal – Catalogação na Publicação

CANOTILHO, J. J. Gomes, 1941-

*Direito constitucional e teoria
da constituição. – 7ª ed., 14 reimp.
(Manuais universitários)
ISBN 978-972-40-2105-5*

*CDU 342
378*

*Toda a reprodução desta obra, seja por fotocópia ou outro
qualquer processo, sem prévia autorização escrita do Editor,
é ilícita e passível de procedimento judicial contra o infractor.*

*Reservados todos os direitos para a Língua Portuguesa
EDIÇÕES ALMEDINA – COIMBRA – PORTUGAL*

O livro e o Ambiente

A defesa do Ambiente é, hoje, uma tarefa de todos os cidadãos. Os pequenos passos, as iniciativas modestas podem ser importantes para a consciencialização dos problemas ecológicos e ambientais. O Autor, a Editora Almedina e a Norprint assumem aqui a sua cumplicidade. Este «Direito Constitucional e Teoria da Constituição» é impresso em papel ecológico "amigo do ambiente" totalmente livre de cloro.

*Ao Professor Konrad Hesse
Aos meus colegas e alunos brasileiros*

Rosenfeld, M. (org.) – *Constitutionalism, identity, difference and legitimacy: theoretical perspectives*, Durham, Duke University Press 1998.

Teubner (org.), G. – *Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe: Folgenorientiertes Argumentieren in rechtsvergleichender Sicht*, Baden-Baden, Nomos, 1995.

Teubner, G./Febbrajs, A. (org.) – *State, Law and Economy as Autopoietic System*, Milano, 1992.

Wilke, Helmuth – *Die Ironie des Staates*, Frankfurt/M, Suhrkamp, 1991.

Schmidt Preuss, M./Di Fabio, U. – *Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung*, VVDSTRL, 56, 1997, pp. 160 e ss. 235 e ss.

Machado, Jónatas – *Liberdade de Expressão. Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*, Coimbra, 2002, p. 121 ss.

Neves, M. – *Zwischen Themis und Leviathan. Eine Schwierige Beziehung. Eine Rekonstruktion des demokratischen Rechtsstaates in Auseinandersetzung mit Lubmann und Habermas*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2000.

Mingers, J. – *Self-Producing Systems: Implications and Applications of Autopoiesis*, New York, 1995.

Título 3

A Teoria da Constituição como Rede de Teorias



Sumário

A. As Deslocações Compreensivas das Teorias de Direitos Fundamentais

I - Teorias e "viragem" dogmática

II - As teorias dos direitos fundamentais

B. Das Teorias à Multifuncionalidade dos Direitos Fundamentais

C. Os Direitos Fundamentais dentro da Teoria da Constituição através da Teoria do Agir Comunicativo e da Teoria da Justiça

*I - A "fundação" dos direitos fundamentais
sobre uma teoria da discussão*

II - A "Constituição e as liberdades básicas"



A. As Deslocações Compreensivas das Teorias de Direitos Fundamentais

1 - Teorias e "viragem" dogmática

As teorias dos direitos fundamentais elaboradas a partir de meados da década de setenta (sobretudo na juspublicística alemã) tinham como objectivo esclarecer se a interpretação dos direitos fundamentais pressupunha ou não uma teoria de direitos fundamentais capaz de fornecer uma compreensão lógica, global e coerente dos preceitos da constituição consagradores de direitos fundamentais. Pouco a pouco, foram surgindo várias teorias que umas vezes pretendiam captar fundamentalmente os valores básicos subjacentes às normas constitucionais e outras vezes se propunham esclarecer as *dimensões funcionais* (funções) dos próprios direitos fundamentais. Para se compreender melhor o sentido deste campo teórico sintetizar-se-ão as grandes linhas das principais teorias recortadas na juspublicística constitucional. Em boa parte, a teoria da constituição procurou abranger as teorias de direitos fundamentais mas sem haver grande rigor quanto à sua própria localização teórica. As fórmulas doutrinárias revelavam esta insegurança: "teorias de direitos fundamentais", "compreensões dos direitos fundamentais", "pensamento de direitos fundamentais". Compreende-se, assim, que em breve as teorias constitucionais dos direitos fundamentais se deslocassem para a filosofia¹ ao mesmo tempo que os autores iniciavam o "tournant" dogmático exigindo "mais dogmática e menos teoria" (W. Brugger) a fim de se poder alicerçar uma metódica mais rigorosa de interpretação-aplicação dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados (cfr. *supra*). As exigências funcionais das teorias sistémicas também se começaram a sentir, interessando mais discutir as *funções* (subjectiva e objectiva) dos direitos do que as *teorias* em torno dos direitos². Por fim, as exigências de

¹ Cfr. PÉREZ-LUNO, *Los Derechos Fundamentales*, Madrid, 1984. Em geral, cfr. PECES BARBA, *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, Madrid, 1995, pp. 39 e ss; K. STERN, *Staatsrecht*, III/2, 1994, pp. 1678 e ss. Por último, B. BRACZYK, *Rechtsgrund und Grundrecht. Grundlegung eine systematischen Grundrechtstheorie*, Berlin, 1996; M. JESTAEDT, *Grundrechtsentsfaltung*, p. 102 ss.

² Cfr., sobretudo, H. WILKE, *Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie*, Berlin, 1975. Por último, vide, em língua portuguesa, WILLIS GUERRA FILHO, *Processo Constitucional e Direitos Funda-*



instrumentos de trabalho mais operacionais e “próximos da prática” conduzem a uma *teoria dogmática geral dos direitos fundamentais* que, no fundo, pretende fornecer as bases de uma metódica geral dos direitos positivamente constitucionalizados³. Vejamos as consequências que esta deslocação da teoria para a dogmática origina em sede da teoria da constituição. Primeiro aludiremos ao *estado da arte* sobre as teorias. Depois assinalaremos a *redescoberta* dos direitos em sede de teoria da constituição.

II - As teorias dos direitos fundamentais

a) Teoria liberal

São conhecidos os postulados mais característicos desta **teoria liberal**: (1) os direitos fundamentais são direitos do particular perante o Estado, são essencialmente *direitos de autonomia e direitos de defesa*; (2) os direitos fundamentais revestem, concomitantemente, o carácter de *normas de distribuição de competências* entre o indivíduo e o Estado, distribuição esta favorável à ampliação do domínio de liberdade individual e à restrição da acção estadual aos momentos de garantia e ordem necessários ao livre desenvolvimento desses direitos; (3) os direitos fundamentais apresentam-se como *pré-estaduais*, definindo um domínio de liberdade individual e social, no qual é vedada qualquer ingerência do estado; (4) a substância e o conteúdo dos direitos, bem como a sua utilização e efectivação, ficaram fora de competência regulamentar dos entes estaduais, dependendo unicamente da iniciativa dos cidadãos; (5) a finalidade e o objectivo dos direitos fundamentais é de natureza puramente *individual*, sendo a liberdade garantida pelos direitos fundamentais uma liberdade pura, *Freiheit in se* e não *Freiheit um zu*, isto é, liberdade em si e não liberdade para qualquer fim (ex.: liberdade para a defesa da ordem democrática, liberdade ao serviço do socialismo).

Além de não corresponder inteiramente à própria tradição dos direitos humanos, a defesa actual da teoria burguesa numa desesperada tentativa de sobrevivência dos arquétipos liberais, é uma “reacção” contra o processo de objectivação e socialização dos direitos fundamentais. Esquece, porém, alguns elementos inelimináveis numa teoria temporalmente adequada dos direitos fundamentais: (i)

mentais, São Paulo, 1999, pp. 32 e ss.; J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2.ª ed., Coimbra, 2001, p. 13 ss.

³ Cf. R. ALEXI, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt/M., 1985; STERN, *Staatsrecht*, III/2, pp. 1679 e ss.



a efectivação real de liberdade constitucionalmente garantida não é hoje apenas tarefa de iniciativa individual, sendo suficiente notar que, mesmo no campo das liberdades clássicas (para já não falar dos direitos sociais, económicos e culturais), não é possível a garantia da liberdade sem intervenção dos poderes públicos (assim, por ex., art. 38.º/4); (ii) «o homem situado» não abdica de prestações existentes estritamente necessárias à realização da sua própria liberdade, revelando, neste aspecto, a teoria liberal uma completa «cegueira» em relação à indispensabilidade dos pressupostos sociais e económicos da realização da liberdade.

b) Teoria da ordem de valores

Os direitos fundamentais apresentam-se, na **teoria da ordem de valores**, primeiramente, como valores de carácter objectivo e não como direitos ou pretensões subjectivas. Concebidos os direitos fundamentais como **ordem de valores objectiva**, dotada de *unidade material* e na qual se insere o sistema de pretensões subjectivas (*Anspruchssystem*), deduz-se que: (1) o indivíduo deixa de ser a medida dos seus direitos, pois os direitos fundamentais reconduzem-se a princípios objectivos, através da realização dos quais se alcança uma eficácia óptima dos direitos e se confere um estatuto de protecção aos cidadãos; (2) se a teoria dos valores postula uma dimensão essencialmente objectiva, então no conteúdo essencial dos direitos fundamentais está compreendida a tutela de bens de valor jurídico igual ou mais alto; (3) conseqüentemente, através da ordem de valores dos direitos fundamentais respeita-se a totalidade do sistema de valores do direito constitucional; (4) os direitos fundamentais, sendo expressão dos valores aceites por determinada comunidade, só no quadro dessa ordem podem e devem ser realizados; (5) a dependência dos direitos fundamentais de uma ordem de valores total origina a relativização desses mesmos direitos que podem tornar-se susceptíveis de controlo jurídico ancorado precisamente na ordem de valores objectiva; (6) além dessa relativização, a transmutação dos direitos fundamentais em realização de valores justificará intervenções concretizadoras dos entes públicos de forma a obter a *eficácia óptima* de que se falou atrás. A teoria da ordem de valores, que os autores associam à *teoria da integração* de Smend e à *filosofia de valores*, procura um sistema de garantias sem lacunas a partir da objectivação dos direitos fundamentais. Só que, como já várias vezes pusemos em relevo, ela é uma teoria perigosa: (1) a indagação da ordem de valores, através de um pretensão método científico-espiritual, pode conduzir a uma ordem e a uma hierarquia de valores, caracterizadamente subjectiva, sem qualquer apoio em critérios ou medidas de relevância objectiva; (2) a ordem de valores tenta transformar os direitos fundamentais num *sistema fechado*, separado do resto da constituição; (3) a ordem de



valores abre o caminho para a interpretação dos direitos fundamentais desembocar numa *intuição espiritual*, conducente a uma *tirania de valores*, estática e decisionista.

c) Teoria institucional

Esta teoria aproxima-se da teoria da ordem de valores na medida em que nega aos direitos fundamentais uma dimensão exclusivamente subjectiva. A **teoria institucional**, ao contrário das teorias essencialistas do valor, não procura uma ordem objectiva, jusnaturalística espírito-cultural ou fenomenologicamente captada –, mas sim o quadro (*instituição*) definidor e ordenador do sentido, conteúdo e condições de exercício dos direitos fundamentais. Daqui resultam vários corolários: (1) os direitos fundamentais, existindo no âmbito de uma instituição e sendo condicionados pela ideia ordenadora dessa mesma instituição, adquirem uma *dimensão funcional* na medida em que aos titulares dos direitos cabe o dever de participar na realização dessa ideia⁴; (2) enquadrando-se os direitos fundamentais na instituição, na qual estão presentes outros bens de valor constitucional, então os direitos fundamentais situam-se sempre em relação a estes últimos numa *relação de condicionalidade*, de onde resulta que o seu conteúdo e limites em relação aos outros bens constitucionais se afere mediante um critério de *ponderação de bens* (*Güterabwägung*); (3) conseqüentemente, se todo o direito está numa *relação de valor* com outros bens, fica aberta à regulamentação legal um maior campo de conformação do que aquele que seria permitido numa teoria liberal dos direitos fundamentais (servam de exemplo as intervenções regulamentadoras destinadas a assegurar a instituição da imprensa livre); (4) os direitos fundamentais apresentam um *duplo carácter* – *individual e institucional* – que explicará o facto de os direitos fundamentais, tais como as clássicas *garantias institucionais ou garantias de instituto*, deverem ser limitados na dimensão individual para se reforçar a dimensão institucional (vejam-se, por ex., os limites do art. 46.º/4 ao direito individual de associação com o fim de salvaguardar o direito de associação como instituição). À teoria da instituição cabe o mérito de ter salientado a dimensão objectiva institucional dos direitos fundamentais. Todavia, há que fazer algumas reservas substanciais: (a) a faceta institucional dos direitos fundamentais é apenas uma das dimensões destes

⁴ A liberdade do indivíduo é, pois, uma *liberdade consignada*. Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais*, cit., p. 59. Por isso, HÄBERLE, *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, 1962, assinala aos direitos fundamentais um momento de *cidadania activa* (*aktivbürgerliches Moment*) necessário à realização da instituição democrática. Cfr., também, MÁRCIO ARANHA, *Interpretação Constitucional e as Garantias Institucionais dos Direitos Fundamentais*, São Paulo, 1999.

direitos, ao lado das dimensões individual e social; (b) o enquadramento dos direitos fundamentais no «mundo institucional» pode acarretar a «paragem» dos próprios direitos, na medida em que as instituições sejam consideradas mais como *subsistemas de estabilização* do que como formas de vida e de relações sociais e jurídicas, necessariamente mutáveis no mundo evolutivo do ser social; (c) o critério da ponderação de bens utilizado pela teoria institucional conduz a uma perigosa *relativização* dos direitos fundamentais, além de não oferecer qualquer clareza e segurança no caso de conflitos de bens constitucionais⁵.

d) Teoria social

A **teoria social** parte da tripla dimensão que deve ser assinalada aos direitos fundamentais: a *dimensão individual* (pessoal), a *dimensão institucional* e a *dimensão processual*. Continua a considerar-se, como na teoria liberal, que a liberdade, embora tenha uma dimensão subjectiva, adquire hoje uma dimensão social (*Freiheitsrecht und soziale Zielsetzung*). Por outro lado, muitas vezes o que está em causa não é o uso razoável de um direito fundamental, mas a impossibilidade de o particular poder usufruir as situações de vantagem abstratamente reconhecidas pelo ordenamento. Daí a problemática dos *direitos sociais* que, ao contrário do que a teoria liberal defendia, não postula a abstinência estadual, antes exige uma intervenção pública estritamente necessária à realização destes direitos; a intervenção estadual é concebida não como um *limite* mas como um *fim* do Estado. A socialidade passa a ser considerada como um *elemento constitutivo* da liberdade e não como limite meramente externo da mesma. Mas não basta exigir prestações existenciais e impor ao Estado deveres sociais, se não configurarmos a posição dos cidadãos no processo de realização dos direitos como um *status activus processualis* (Häberle). Intervém aqui a terceira dimensão assinalada aos direitos fundamentais: a *componente processual* permite aos cidadãos participar na efectivação das prestações necessárias ao livre desenvolvimento do seu *status activus*. Não obstante o avanço positivo que a teoria social trouxe quanto à compreensão multidimensional dos direitos fundamentais, permanecem obscuros alguns pontos: (1) reconhece a

⁵ Cfr. MÜLLER, *Juristische Methodik*, cit., p. 52; DENNINGER, *Staatsrecht*, Hamburgo, 1979, Vol. 2.º, p. 183; VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais*, cit., p. 60. A ambiguidade da compreensão institucionalista dos direitos fundamentais revela-se também nas diversas dimensões que nela se detectam: quando se *reforça o significado normativo*, a teoria institucional pode ganhar sentido dinâmico; quando se salienta a *dimensão analítica*, o que nos surge é uma perspectiva conservadora, pois os direitos fundamentais, longe de terem um efeito dirigente, são determinados pela realidade social densificada nas instituições. Cfr. DIETER GRIMM, *Grundrechte und soziale Wirklichkeit*, München, 1982.



teoria social que os direitos sociais são verdadeiros direitos subjectivos, ou serão antes «cavalos de Tróia» na cidade, ainda dominada pelo individualismo impenitente⁶; (2) haverá efectivamente direitos de *quota-parte* (*Teilhaberecht*) dos cidadãos na realização dos direitos fundamentais, ou tratar-se-á de simples questões de organização e administração?; (3) quais as garantias efectivamente concedidas aos cidadãos quanto à realização dos novos direitos: haverá prestações estaduais à medida dos direitos fundamentais ou simplesmente *direitos dependentes à medida das prestações do Estado*?

e) Teoria democrático-funcional

Na teoria democrático-funcional acentua-se particularmente o momento teleológico-funcional dos direitos fundamentais no processo político-democrático. Daí várias consequências: (a) os direitos são concedidos aos cidadãos para serem exercidos como membros de uma comunidade e no interesse público; (b) a liberdade não é a liberdade pura e simples mas a liberdade como meio de prossecução e segurança do processo democrático, pelo que se torna patente o seu carácter *funcional*; (c) se o conteúdo e alcance dos direitos fundamentais se encontra funcionalmente condicionado, também se compreende que o respectivo exercício não esteja na completa disponibilidade dos seus titulares: o direito é simultaneamente um *dever*; (d) dado o carácter marcadamente funcional dos direitos, aos poderes públicos é reconhecido o direito de intervenção conformadora do uso dos direitos fundamentais. Esta teoria parte da ideia de cidadão activo, com direitos fundamentais postos ao serviço do *princípio democrático*. Opera-se uma despersonalização-funcionalização dos direitos para se tentar salvaguardar a própria ordem que os reconhece. Isto pode conduzir a institutos censuráveis como os de *perda ou suspensão* dos direitos fundamentais pela sua utilização abusiva, tal como se consagra no art. 18.º da Constituição de Bona (ex.: uso não conforme ao pretenso princípio democrático). Alguns pontos de partida das actuais doutrinas incidentes sobre a *razão comunicativa*, a liberdade política e a liberdade de expressão parecem estar próximas desta teoria democrático-funcional dos direitos.⁷

⁶ Cfr. AMÂNCIO FERREIRA, «Uma abordagem dos direitos sociais», in *Fronteira*, n.º 6, 1979, p. 68. Cfr., também, VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais*, p. 67.

⁷ Cfr. a exposição e crítica recente de T. WÜLFING, *Grundrechtliche Gesetzesvorbehalts*, cit., pp. 91 e ss. Veja-se, também, no contexto norte-americano, as teorias de autodeterminação democrática a propósito da liberdade de expressão. Cf. por todos, CASS SUNSTEIN, *The Partial Constitution*, Cambridge, Mass., 1993, p. 195 ss.



f) Teoria socialista dos direitos fundamentais

A teoria socialista dos direitos fundamentais, oposta à chamada concepção burguesa, tem de ser analisada tendo em conta a *pré-compreensão antropológica marxista*. Recorde-se a célebre Tese n.º 6 sobre Feuerbach: «...a essência do homem não é uma abstracção inerente ao indivíduo isolado. Na sua realidade é um conjunto de relações sociais»⁸. Os pressupostos antropológicos da concepção marxista têm logo incidência na caracterização dos direitos do homem. «Assim, nenhum dos pretensos direitos do homem ultrapassa o homem egoísta, o homem enquanto membro da sociedade burguesa, isto é, o indivíduo separado da comunidade, ensimesmado, preocupado apenas com o seu interesse pessoal, obedecendo apenas à sua arbitrariedade privada»⁹. Trata-se, portanto, da «liberdade do homem considerado como nómada isolada, fechada sobre si próprio». Desta forma, os *droits de l'homme*, distintos dos *droits du citoyen*, nada mais são que os direitos dos membros da sociedade burguesa, isto é, do homem egoísta, do homem separado do homem e da comunidade¹⁰. Por sua vez, «a aplicação prática do direito de liberdade é o direito da propriedade privada». As citações anteriores permitem-nos concluir que a teoria marxista dos direitos fundamentais parte de uma base antropológica completamente diversa da teoria liberal. Para esta, o homem, na sua individualidade e personalidade, é a base das acções políticas e do próprio direito; para a teoria marxista, o homem tem uma essência social que faz com que não se possa bastar a si próprio, e só se consiga transformar em *homem total* através de uma nova sociedade. A partir daqui a teoria marxista aponta várias consequências para os direitos fundamentais: (a) os interesses do indivíduo identificam-se com os da sociedade, sendo mera «ficção» a teoria burguesa da esfera individual e livre, oposta à ordem estadual; (b) o direito de participação (*Mitgestaltung*), na medida em que proporciona a transformação das condições sociais possibilitadoras da plena realização dos direitos, é o «direito mãe» dos direitos fundamentais; (c) dada a imbricação profunda do indivíduo e da sociedade, os direitos fundamentais não podem divorciar-se da criação de *garantias materiais concretas* necessárias à sua efectivação; (d) o compromisso activo e a participação na criação das condições necessárias ao livre desenvolvimento dos direitos pressupõe a *unidade dos direitos e deveres* dos cidadãos; (e) a criação das condições materiais possibilitadoras do livre

⁸ Cfr. K. MARX, *Ludwig Feuerbach e o fim da filosofia clássica alemã e outros textos filosóficos*, Ed. Estampa, 3.ª ed., 1975, p. 23.

⁹ Cfr. KARL MARX, *A Questão Judaica*, Ed. Ulmeiro, s.d., p. 39; B. ROMANO, «Emanzipazione e violenza. A proposito dei diritti dell'uomo nella Judenfrage», in *Riv. Int. Fil. Dir.*, 4/1982, pp. 595 e ss.

¹⁰ Cfr. KARL MARX, *A Questão Judaica*, cit., p. 36; A. M. REVEDIN, *La negazione teoretica. I diritti dell'uomo e la critica di Marx*, 1985; M. ATIENZA, *Marx y los derechos humanos*, 1983.



«desabrochar» dos direitos fundamentais exige ou pressupõe a apropriação colectiva dos meios de produção e a gestão colectiva da economia. A concepção socialista apontou com indiscutível rigor as «fraquezas» das «teorias burguesas» dos direitos fundamentais: (1) mistificação das declarações dos direitos quanto ao sentido igualitário dos direitos do homem, principalmente na feição que lhes imprimiu o liberalismo proprietarista; (2) carácter platónico do reconhecimento dos direitos, se não se assegurarem ao indivíduo as condições materiais necessárias à plena efectivação desses direitos, de forma a garantirem-se *liberdades concretas e reais*. A concepção socialista pretende ser uma *concepção originária* dos direitos fundamentais que implicaria uma *ruptura* com as concepções liberais; não se trataria, pois, de aperfeiçoar o núcleo clássico dos direitos fundamentais através do catálogo dos direitos sociais, económicos e culturais, só plenamente logrados numa sociedade socialista. Mas o *corte* antropológico que a teoria socialista operou em relação à teoria tradicional dos direitos do homem conduziu às suas deficiências principais: (1) funcionalização extrema dos direitos fundamentais e *minimização de uma irreduzível dimensão subjectiva*; (2) *tendencial redução dos direitos à existência de condições materiais*, económicas e sociais, com manifesto desprezo das garantias jurídicas. Estas duas reduções acabaram por explicar o «nihilismo» político, económico, antropológico e ecológico, posto a nu pela «Perestroika» e a sua derrocada com a queda do «muro de Berlim».

B. Das Teorias à Multifuncionalidade dos Direitos Fundamentais

As teorias acabadas de expor não são um fim em si. Com a sua explanação pretende-se abrir caminho para as interrogações deixadas em aberto: quais as teorias fundamentais eventualmente subjacentes ao regime dos direitos fundamentais da lei constitucional portuguesa e qual a possibilidade de se fazer uma escolha livre dessas teorias. Do discurso antecedente afigura-se legítima uma primeira ilação: aos direitos fundamentais não poderá hoje assinalar-se uma única *dimensão* (subjectiva) e apenas uma *função* (protecção da esfera livre e individual do cidadão). Atribui-se aos direitos fundamentais uma *multifuncionalidade*¹¹, para acentuar todas e cada uma das funções que as teorias dos direitos fundamentais captavam unilateralmente.

¹¹ Cfr. LUHMANN, *Grundrechte als Institution*, 1965, pp. 80 e 134; WILKE, *Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie*, Berlin, 1975; F. OSSENBUHL, «Die Interpretation der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts», in *NJW*, 1976, pp. 2110 e ss; R.A. RHINOW, «Grundrechtstheorie, Grundrechtspolitik und Freiheitspolitik», in *Recht als Prozess und Gefüge, Festschrift für Hans Hüber*, Bern, 1981, p. 429, que se pronuncia também sobre a «pluridimensionalidade dos direitos fundamentais».

Quanto ao problema da escolha livre de uma teoria dos direitos fundamentais, poder-se-ia ser tentado a, caso por caso, mediante uma adaptação *tópica*, procurar a teoria mais adequada à solução concreta. Significaria isto não haver uma *teoria dos direitos fundamentais conforme a constituição* (*verfassungsgemässe Grundrechtstheorie*¹²), mas várias teorias *pré-compreendidas, iluminadoras da compreensão* das normas constitucionais. Aceitar esta conclusão seria não só admitir uma espécie de direito livre intimamente ligado à pré-compreensão do intérprete, como reconhecer a inexistência de um *pressuposto constitucional comum*, vinculativamente operante na interpretação-concretização dos direitos fundamentais. E este *pressuposto constitucional*, comum e ineliminável, tendo em vista o carácter compromissório da Constituição e a síntese dialéctica por ela operada entre os direitos de «várias gerações», dificilmente pode ser reconduzido a esquemas teóricos puros. Estes apenas auxiliam na busca de uma *compreensão material, constitucionalmente adequada*, dos direitos fundamentais. Neste sentido, sim, torna-se necessária uma *doutrina constitucional dos direitos fundamentais*, construída com base numa constituição positiva, e não apenas uma *teoria de direitos fundamentais* de carácter exclusivamente teorético¹³.

Esta conclusão não significa que as teorias dos direitos fundamentais devam eclipsar-se definitivamente da teoria da Constituição. Por um lado, como o demonstra a moderna metódica constitucional, a teoria da constituição é uma dimensão importante na concretização dos direitos fundamentais. Por outro lado, e como o demonstra a recepção em sede dogmática (Alexy) da construção principal dos direitos fundamentais (Dworkin), a única maneira de as teorias dos direitos fundamentais não serem consumidas por abstractas «teorias da justiça» é a de elas continuarem dentro de uma teoria do direito praxeologicamente orientada. As teorias dos direitos fundamentais podem, desta forma, enriquecer a dogmática

¹² Cfr. BÖCKENFÖRDE, «Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation» cit., p. 1536. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, cit., p. 32, alude agora a uma «teoria integrativa adequada».

¹³ Salientando a autonomia da concepção de direitos fundamentais subjacente ao texto constitucional de 1976 relativamente aos modelos teóricos, cfr. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Fundamentos da Constituição*, Cap. III. Defendendo, pelo contrário, a tese da funcionalização dos direitos, liberdades e garantias em virtude da «opção socialista» da constituição, cfr. LUCAS PIRES, *A Teoria da Constituição*, cit., p. 310. Num sentido próximo do desenvolvido no texto quanto ao papel das «teorias dos direitos fundamentais», cfr. JORGE MIRANDA, *Manual*, vol. IV, pp. 48 e ss. Cfr., também, VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais*, cit., p. 106; «Direitos e Garantias Fundamentais», in Baptista Coelho (org.), *Portugal: Sistema Político-Constitucional*, p. 696, que pretende «subtrair» os direitos fundamentais ao compromisso global da constituição (seriam um «subsistema autónomo») e reconduzir, ao contrário de LUCAS PIRES, a concepção constitucional a uma «concepção liberal moderna» (p. 689). Mesmo a admitir-se uma aproximação antropológica entre as «teorias sociais democráticas» e as «teorias liberais» continua a existir uma substancial diferença entre o «homem da catalecsia hayekiana» e o «homem situado» do pensamento social democrata e socialista. Cfr. L. FERRY/A. RENAUT, *Philosophie Politique, Des Droits de l'Homme à l'idée républicaine*, pp. 276 e ss.



dos direitos fundamentais e a teoria da constituição se elas fornecerem um suporte constitucionalmente sustentável a um estado constitucional de direitos fundamentais e a uma sociedade civil de direitos fundamentais¹⁴.

C. Os Direitos Fundamentais Dentro da Teoria da Constituição Através da Teoria do Agir Comunicativo e da Teoria da Justiça

Se é visível o enriquecimento que a acentuação da teoria dos direitos fundamentais compreendida como *teoria dogmática dos direitos fundamentais* trouxe à metódica constitucional, nem por isso, como se acabou de dizer, as teorias dos direitos fundamentais se eclipsaram de uma teoria da constituição. Justifiquemos esta asserção através do recurso às construções teóricas de Habermas e de Rawls.

I - A "fundação" dos direitos fundamentais sobre uma teoria da discussão

J. Habermas, numa obra fundamental¹⁵, enuncia a seguinte tese: a gênese lógica dos direitos fundamentais constitui um processo circular no qual o código do direito e o mecanismo dirigido a constituir direito legítimo, ou seja, o princípio democrático, se constituem co-originariamente. Algumas categorias de direitos são mesmo princípios "vinculativos" do poder constituinte. Habermas distingue cinco categorias de direitos fundamentais: (1) direitos fundamentais resultantes do desenvolvimento politicamente autónomo do direito ao mais amplo leque de *liberdades subjectivas de acção iguais para todos*; (2) direitos fundamentais resultantes do desenvolvimento politicamente autónomo do *estatuto de membro* numa associação livre de "sócios" jurídicos; (3) direitos fundamentais que resultam de modo imediato da *exigibilidade* dos direitos e do desenvolvimento, politicamente autónomo, da *protecção jurídica individual*; (4) direitos fundamentais a uma *participação* em condições de igualdade nos processos de formação da opinião e da verdade no âmbito do qual os cidadãos exercem a sua autonomia política e através do qual instauram o direito legítimo; (5) os direitos

¹⁴ Cfr. P. HABERLE, "Das Konzept der Grundrechte", in *Europäische Rechtskultur*, Frankfurt/M, 1997, pp. 279 e ss; PAULO BONAVIDES, *Direito Constitucional*, 6.ª ed., 1997, pp. 582 e ss.

¹⁵ Cfr. J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, pp. 155 e ss.

fundamentais à garantia das condições de vida a nível técnico, social e ecológico na medida em que isso se possa considerar necessário, em determinadas circunstâncias, à existência de uma igualdade de oportunidades para o exercício dos direitos cívicos enumerados de (1) a (4). Os três primeiros direitos têm uma função constitutiva, pois eles estabelecem os princípios norteadores do poder constituinte quanto à especificação dos direitos, liberdades e garantias. São, pois, princípios jurídicos em função dos quais se orientará o legislador constituinte¹⁶.

Independentemente da análise (que não poderá aqui ser feita) dos restantes momentos discursivos do autor, uma coisa parece certa: regressa-se ao problema do poder constituinte e dos seus limites fundamentalmente radicados em determinados direitos fundamentais. Estamos no cume da teoria da constituição.

II - A "constituição e as liberdades básicas"

É uma teoria de direitos fundamentais que está subjacente à configuração institucional do *liberalismo político* tal como ele é construído por John Rawls. A própria constituição – incluída na *estrutura básica*¹⁷ – é encarada como um procedimento justo que incorpora as *iguais liberdades políticas* e garante a liberdade de pensamento. O modo como se combinam as liberdades num *esquema coerente* outra coisa não é senão uma teoria das liberdades básicas assente numa *concepção política da pessoa* e indispensável à justificação de um *regime constitucional*¹⁸. Mais uma vez, as teorias dos direitos básicos são momentos fundamentais de uma teoria normativa da constituição incluída numa *teoria do político*. A constituição é, precisamente, entendida como um procedimento político justo que incorpora as iguais liberdades políticas e procura assegurar o seu justo valor de modo que os processos de decisão política sejam acessíveis a todos numa base aproximadamente igual.¹⁹ Neste sentido, a Constituição será também o *estatuto comum de cidadãos iguais* na medida em que incorpora e especifica as liberdades básicas.²⁰

¹⁶ Cfr. J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, p. 160.

¹⁷ Cfr. J. RAWLS, *Political Liberalism*, p. 258.

¹⁸ Cfr. J. RAWLS, *Political Liberalism*, p. 38.

¹⁹ Cfr. J. RAWLS, *Political Liberalism*, p. 337.

²⁰ Cfr., por último, JONATAS MACHADO, *Liberdade de Expressão*, p. 144.



Referências bibliográficas

- Andrade, J. C. V. – *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2.ª ed., Coimbra, 2001.
- Alexy, R. – *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Frankfurt/M, 1985. (Existe trad. cast.).
- Böckenförde, E. W. – *Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz*, München, 1989.
- Bonavides, P. – *Direito Constitucional*, 6.ª ed., 1997, pp. 582 e ss.
- Brugger, W. – *Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika*, Tübingen, 1987.
- Corradini, D. – *Garantismo e statualismo*, Milano, 1971.
- Cunha, P. F. – *Teoria da Constituição. Direitos Humanos. Direitos Fundamentais*, Lisboa, 2000.
- Denninger, E. – *Menschenrechte und Grundgesetz*, Berlin, 1992.
- Dreier, H. – *Dimensionen der Grundrechte*, Berlin, 1993.
- Faria, J. E. (org.) – *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, São Paulo, 1998.
- Ferrajoli, L. – *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari-Roma, 1989.
- Habermas, J. – *Faktizität und Geltung*, pp. 160 e ss.
- Häberle, P. – *Europäische Rechtskultur*, Frankfurt/M, 1997, pp. 279 e ss.
- Ještaedt, M. – *Grundrechtsentfaltung im Gesetz. Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie*, Berlin, 1999.
- Kramer, M./Simmonds, N. E./Steiner, H. – *A Debate over Rights – Philosophical Enquires*, Oxford, 2000.
- Luhmann, N. – *Grundrechte als Institution*, 1965.
- Peces Barba, G. (com a colaboração de R. de Assis Roig, C. R. Fernandes Liesa, A. Llamas Cascón) – *Curso de Derechos Fundamentales*, Universidad Carlos III, Madrid, 1995.
- Rawls, J. – *Political Liberalism*, pp. 258 e ss.
- Ridola, P. – *Diritti di libertà e Costituzionalismo*, Torino, 1997.
- Stern, K. – *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, III/2, Beck, München, 1994, pp. 1633 e ss.
- Vilaverde, I. – *Esbozo de una teoría general de los Derechos Fundamentales*, separata da *Revista Jurídica de las Asturias*, 22/1998.
- Wilke, H. – *Stand und Kritik der neuen Grundrechtstheorie*, Berlin, 1975.



Capítulo 2

Teoria da Constituição e Teorias da Democracia

Sumário

A. As Teorias da Democracia

I - A teoria democrático-pluralista

II - A teoria elitista da democracia

III - A teoria da democracia do «ordo-liberalismo»

B. As Teorias Normativas da Democracia

I - Teoria liberal

II - Conceção republicana

III - Democracia deliberativa

IV - Democracia discursiva

V - Democracia corporativa

C. Conceção Minimalista de Democracia

D. As sugestões da Democracia Electrónica



A. As Teorias da Democracia

1 - A teoria democrático-pluralista

A chamada teoria pluralista da democracia, oriunda dos Estados Unidos, pretende ser uma autocompreensão das democracias ocidentais¹. O seu teorema fundamental é o seguinte: o processo de formação da vontade democrática não assenta nem no povo indiferenciado dos sistemas plebiscitários, nem no indivíduo abstracto da teoria liberal, mas sim em grupos definidos através da frequência de interacções sociais. As decisões estaduais constituiriam, assim, os *inputs* veiculadores das ideias, interesses e exigências dos grupos.

O pluralismo, ancorado numa teoria de *inputs* dos grupos é, ao mesmo tempo, uma teoria empírica e uma teoria normativa. Como teoria empírica pretende captar a realidade social e política das democracias ocidentais, nas quais todas as decisões políticas se reconduziriam a interesses veiculados pelos vários grupos sociais. Como teoria normativa – o pluralismo como ideia dirigente – a teoria pluralista pressuporia um *sistema político aberto*, com ordens de interesses e valores diferenciados e que, tendencialmente, permitiria a todos os grupos a *chance* de influência efectiva nas decisões políticas. Desta forma, realizar-se-ia a aspiração da distribuição de poderes por vários subsistemas concorrentes, substituindo-se a concorrência liberal de ideias pelo interesse concorrente dos grupos. Ao mesmo tempo, conseguir-se-ia obter uma dimensão igualitária, na medida em que, estando no sistema pluralístico todos os interessados tendencialmente organizados da mesma maneira, todos eles teriam uma quota de influência e mobilização.

As críticas a esta teoria pluralista da democracia avolumaram-se nos tempos mais recentes: (1) no próprio campo das suas investigações empíricas se

¹ Cfr., por ex., D.B. TRUMAN, *The Governmental Process. Political Interest and Public Opinion*, New York, 1951; R. A. DAHL, *Pluralist Democracy in the United States. Conflict and Consent*, Chicago, 1967. Em geral sobre as modernas teorias da democracia cfr. F. GRUBE/G. RICHTER, *Demokratietheorien*, Hamburg, 1975. Mais recentemente, cfr. W. A. KELSO, *American Democratic Theory. Pluralism and its Critics*, Westport, Connecticut, 1978; DAVID HELD, *Models of Democracy*, 2.ª ed., Stanford, 1997. Cfr., ainda, K. von BEYME, *Die politischen Theorien der Gegenwart*, 1980; A. ARATO, "Construção Constitucional e Teorias da Democracia", in *Lua-Nova*, 42 (1997), p. 30 ss.



demonstrou que a tese da pluralidade de grupos e da sua influência igual e recíproca era infirmada pela demonstração de a influência nos processos de decisão pertencer a uma camada política restrita, sendo a maioria *citizenship without politics*²; (2) em segundo lugar, a teoria pluralista não demonstrou terem os diferentes grupos iguais oportunidades de influência política, e deixa pouco esclarecido o modo como se faz a articulação dos interesses destes vários grupos na formação de decisões³; (3) a teoria pluralista da democracia apresenta o quadro de uma sociedade fundamentalmente homogénea e harmónica, na qual todos os interesses têm o mesmo peso e são igualmente ponderados; com isto, a teoria pluralista transformou-se em *ideologia de justificação* dos grupos no poder, pois de um pluralismo democrático transita-se para o *Monopolpluralismus*, na expressão de Spinner⁴⁻⁵; (4) a teoria pluralista está longe de corresponder a uma *sociedade activa* como, em geral, pressupõem os seus defensores: dentro dos grupos manifesta-se profunda apatia e letargia, que alguns autores (mesmo situados no campo das teorias pluralistas) consideram como défice da democracia⁶; (5) além das críticas anteriores, outras há mais radicalizadas e que costumam ser rotuladas de «críticas de direita» e «críticas de esquerda». As primeiras arrancam da ideia de «unidade do Estado», «unidade política», «domínio neutral do Estado», «estadualidade superpartidária» (tudo unidades pressupostas ou autoritariamente impostas) contra a «dissolução da unidade do Estado através dos grupos» (C. Schmitt, Forsthoff, W. Weber)⁷. As segundas partem da análise da estrutura social das sociedades pluralistas e concluem ser o pluralismo apenas uma cobertura de legitimação da unidimensionalidade capitalista (Agnoli, Marcuse, Offe).

Analisadas as perspectivas da teoria pluralista da democracia e as críticas que lhe são dirigidas, deve situar-se agora o problema no plano normativo-constitucional. Aqui parece-nos líquido que se o *pluralismo* (cfr. art. 2.º) não

² Foi a conclusão a que chegou R. DAHL no estudo sobre o sistema pluralístico da comuna de New Haven. Cfr. R. DAHL, *Who Governs? Democracy and Powers in American City*, New Haven, 1961, p. 276.

³ Cfr. C. OFFE, *Politische Herrschaft und Klassenstruktur*, Frankfurt/M., 1969, p. 171.

⁴ Cfr. H. SPINNER, *Pluralism als Erkenntnismodell*, Frankfurt/M., 1974, pp. 237 e ss.

⁵ Fora das críticas de esquerda (teoria do capitalismo monopolista de Estado, anti-revisionismo, crítica de legitimação), esta tendência do pluralismo é salientada por diversos autores. BAUMLIN, *Lebendige oder gebändigte Demokratie*, cit., p. 20, refere-se ao «harmónio» dos interesses tocado pela teoria pluralista como «instrumento suspeito»; F. SCHARPF, *Demokratietheorie*, cit., p. 34, põe em relevo que o pluralismo como modelo pode ser a acomodação tranquila de grupos saturados: «für die friedliche Akkomodation der begrenzten Ziele grundsätzlich saturierter Gruppe».

⁶ Cfr. FRAENKEL, apud SCHARPF, *Demokratietheorie*, cit., p. 21.

⁷ Cfr. as considerações de ROGÉRIO SOARES, *Direito Público*, cit., pp. 111 e ss, e de R. ZIPPELIUS, *Allgemeine Staatslehre*, 10.ª ed., pp. 220 e ss.



se reconduz ao idílio concorrencial e à estratégia de legitimação concebida pela teoria pluralista da democracia, ele tem dimensão empírico-normativa indiscutível. O pluralismo é uma *realidade*: sociedade heterogénea de classes e fracções de classes, grupos sociais, económicos, diversidades culturais e ideológicas. Por outro lado, ao pluralismo é assinalada uma evidente dimensão ou componente *normativa*: acentuação do pluralismo de expressão e organização política democráticas como elementos constitutivos de um estado democrático (cfr. art. 2.º) e, nesta medida, recusa de quaisquer reduções autoritárias. Além disso, pretende-se reconhecer às forças sociais e aos grupos colectivos capacidade de transformação qualitativa das relações humanas. Finalmente, o pluralismo é concebido na Constituição como tendo uma força *dialéctica* e, ao mesmo tempo, *dialogica* (ex.: pluralismo ideológico nos meios de comunicação social do Estado, art. 39.º/1 e 2). Com esta dimensão normativa, compreende-se que o pluralismo – sobretudo o pluralismo de expressão e o pluralismo de expressão e organização políticas – seja não apenas uma dimensão do princípio democrático mas também um *elemento constitutivo da ordem constitucional* (art. 288.º/i).

II - A teoria elitista da democracia

Perante o relativo inêxito da teoria pluralista da democracia em explicar a falta de correspondência entre as intenções normativas e a realidade político-social (pluralismo como facto não demonstrado), a *teoria elitista da democracia* pretende assumir-se como alternativa explicativa. Partindo do conceito de democracia desenvolvido por J. Schumpeter⁸ – a democracia como *método* (e apenas método) de obter o apoio do povo pela concorrência –, a teoria elitista aceita que a democracia é uma *forma de domínio*. Distinguir-se-ia das outras formas de domínio pelo facto de nela se verificar uma concorrência para o exercício do poder: os governados, de tempos a tempos, através do voto, decidiriam qual a elite concorrente que deveria exercer o poder. No modelo da teoria elitista (diversamente formulado pelos seus adeptos, como Dahl, Sartori, Berelson, Lipset, Kornhauser, E. Schattschneider), podem assinalar-se vários elementos caracterizadores: (1) na escolha das políticas alternativas, as camadas não-elitistas não participam activamente, podendo apenas apoiar ou rejeitar o programa das elites; (2) a limitação às elites das escolhas políticas é uma condição de sobrevivência do sistema democrático, ameaçado pelo excesso de perfeccio-

⁸ Cf. J. SCHUMPETER, *Capitalism, Socialism and Democracy*, London, 1943/1992, p. 250 ss.



nismo, pela demagogia democrática e pelo princípio da maioria; (3) as elites profissionais, para conseguir a estabilidade do sistema, esforçam-se por defender também os interesses das não-elites; (4) a reserva da política às elites é uma defesa contra o *working-class authoritarianism*⁹, pois só as elites, em virtude de um intensivo processo de «socialização» (cultura política), garantem o processo liberal e democrático.

Das considerações precedentes resulta já que as teorias elitistas manifestam profunda desconfiança em qualquer política de autodeterminação através da participação popular activa. Elas são uma espécie de síntese de uma pretensa teoria democrática com uma *teoria das elites de poder* (no conhecido sentido de Mosca e Pareto): democracia não é o poder do povo, mas poder das elites para o povo que se limita a escolher as elites.

Mesmo que a teoria elitista da democracia corresponda à realidade política de alguns países (assim a conhecida tese da «elite do poder» de C. Wright Mills), ela não corresponde nem de perto nem de longe ao sentido do princípio democrático na Constituição de 1976: (1) ao contrário da pessimista ideia do «estado de massas autocrático», da «mass society», detecta-se na CRP a ideia de que a vitalidade democrática não assenta na «circulação de elites», mas numa «activa publicidade» (Dahrendorf), traduzida na participação permanente, aberta e variada do povo na resolução dos problemas nacionais (cfr. art. 9.º/c); (2) em segundo lugar, contra o «bloqueamento» das decisões, pelas elites, dos problemas nacionais – «*non decision making*»¹⁰ – a CRP atribui relevo à participação política (cfr. arts. 48.º/1, 55.º/1, 115.º, 263.º, 267.º); (3) o princípio democrático não pode assentar ou continuar a assentar (*vide*, atrás, a ideia antidemocrática do liberalismo) numa desconfiança em relação ao povo e na criação de modelos teóricos ou explicativos da protecção das elites perante as «massas»¹¹, pois o *telos* da democracia é autodeterminação do homem através da participação política dos cidadãos e não apenas das elites (art. 9.º/c)¹²; (4) o princípio democrático é entendido como um processo de democratização para cuja realização a lei constitucional atribui importante papel ao princípio participativo (contra a ideia do autoritarismo da classe

⁹ A expressão é de S. M. LIPSET, *Political Man*, London, 1966, p. 97, mas ela é defendida pelos outros adeptos das teorias elitistas. Veja-se R. DAHL, *A Preface to Democratic Theory*, 1956; D. HELD, *Models of Democracy*, pp. 157 e ss.; W. RIKER, *Liberalism against Populism*, San Francisco, 1982.

¹⁰ Sobre o conceito de não decisão cfr., especialmente, BACHRACH/BARATZ, *Power and Poverty. Theory and Practice*, New York, 1970, pp. 9 e ss.

¹¹ Cfr. BACHRACH, *The Theory*, cit., pp. 10 e ss.; W. D. NARR, *Theorie der Demokratie*, Stuttgart, 1971, p. 81; BAUMLIN, *Lebendige*, cit., p. 28; PAULO BONAVIDES, *Do Estado Liberal ao Estado Social*, Rio de Janeiro, 1980, pp. 216 e ss.; D. HELD, *Models of Democracy*, 1987, p. 70 ss.

¹² Num sentido diferente, cfr. BAPTISTA MACHADO, *Participação*, cit.

operária defendida pela teoria elitista); (5) a CRP reconhece e garante um amplo catálogo de direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores (cfr. arts. 53.º e ss), assegura a participação dos trabalhadores» na gestão das unidades de produção do sector público (art. 89.º) e coloca a «participação das organizações representativas dos trabalhadores e das organizações representativas das actividades económicas na definição das principais medidas económicas e sociais» (art. 80.º/g).

III - A teoria da democracia do «ordo-liberalismo»

A «constituição da liberdade»¹³ do neoliberalismo assenta no valor irrenunciável que a liberdade económica, sobretudo a propriedade privada dos meios de produção, tem para a ordem social-liberal. A democracia volta a ser definida novamente como «método» através do qual é determinado o que deve valer como lei. A democracia para a **teoria do ordo-liberalismo** é um método que não assenta fundamentalmente na soberania do povo, como sempre pretenderam os «democratas doutrinários»; ela alicerça-se na ordem económica e social-liberal, na «economia livre de mercado». Uma ordem livre e democrática, definida por regras e leis, baseia-se na afirmação da pessoa humana e nos seus direitos de liberdade¹⁴. Levada aos extremos, na sua dimensão económica, a teoria democrática do ordo-liberalismo coloca a alternativa: poder ou mercado (*Macht oder Markt*, L. Erhardt/ Müller-Armack)¹⁵.

Da esquemática formulação que se acaba de traçar, fácil é de intuir que a discussão do ordo-liberalismo pressupõe a discussão não só dos dois sistemas económicos – capitalismo e socialismo –, como de políticas económicas (social-democracia, liberalismo económico). Isto ultrapassaria a temática do princípio democrático. Basta assinalar que a «liberdade económica» assente na propriedade privada dos meios de produção se converte aqui em «dogma», em *ratio essendi* da democracia e da liberdade. A tentativa de uma «ordem» democrática em que a dignidade e liberdade humanas sejam respeitadas pode partir de

¹³ *Die Verfassung der Freiheit* é, precisamente, o título do livro de um dos mais conhecidos teorizadores do ordo-liberalismo. Cfr. F. V. HAYEK, *Die Verfassung der Freiheit*, Tübingen, 1969. Entre nós, cfr., por último, LUCAS PIRES, *A Teoria da Constituição de 1976*, pp. 287 e ss.

¹⁴ Os principais *topoi* do ordo-liberalismo ver-se-ão em *Zur Verfassung der Freiheit*, Festgabe für F. V. HAYEK, 80 Geburtstag, 1979.

¹⁵ Este «maniqueísmo» da concepção «ordo-liberal» foi salientado já por VITAL MOREIRA, *Economia e Constituição*, 2.ª ed., p. 25. A crítica mais actual encontra-se em J. ELSTER, «The market and the forum: Three varieties of political theory», in *Deliberative Democracy*, 1997, p. 3 ss.



outros pressupostos¹⁶. Isso mesmo pretendeu a Constituição, ao consagrar um *sistema económico complexo*, com várias formações económicas, onde ao lado de um sector privado (art. 82.º/4), aparecem sectores não capitalistas (cfr., sobretudo, o art. 82.º)¹⁷.

B. As Teorias Normativas da Democracia

As chamadas **teorias normativas da democracia** não operam uma completa ruptura em relação às teorias da democracia anteriormente mencionadas. Verifica-se, sim, o fenómeno repetidamente assinalado no desenvolvimento constitucional: há continuidade e mudança. Existe continuidade quanto à discussão das qualidades “essenciais” da democracia: *representação* (Mill), *participação* (Rousseau), *freios e contrapesos* (Madison), *concorrência de elites* (Schumpeter), *descentralização* (Tocqueville), *igualdade* (Marx), *liberdade* (Hayek), *discussão* (Habermas), *justiça* (Rawls).

No entanto, as discussões sobre a democracia nas décadas de oitenta e noventa revelam outras preocupações. Deve relevar-se, desde já, que muitas das teorias agitadas nos últimos tempos andam estritamente associadas às discussões em torno do estado de direito, da constituição e do constitucionalismo. Por isso, e embora não o confessem sempre de forma expressa, elas são *teorias normativas constitucionais da democracia*¹⁸. Se quisermos uma síntese preambular destas teorias da democracia podemos dizer que todas elas se articulam com as concepções da política e do processo democrático no estado de direito constitucional: *perspectiva liberal*, *perspectiva comunitária* e *perspectiva deliberativa*.

I - Teoria liberal

A **teoria liberal** assenta nos seguintes postulados: (1) a política é um meio para a prossecução de fins, estando estes fins radicados numa esfera de liberdade social preexistente à própria política; (2) o processo democrático serve

¹⁶ Cfr. BAUMLIN, *Lebendige Demokratie*, p. 25.

¹⁷ Cfr. mais indicações sobre a caracterização da «constituição económica em GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa*, pp. 381 e ss.

¹⁸ Cfr. J. HABERMAS, “Drei normative Modelle der Demokratie”, in *Die Einbeziehung des Anderen*, 1997, p. 277; ALAN HAMLIN/PHILIP PETTIT, (org.), *The Good Polity: Normative Analysis of the State*, Oxford, 1989, pp. 17 e ss.; S. N. EISENSTADT, *Os Regimes Democráticos*, Lisboa, 2000, p. 5 ss.



para colocar o estado ao serviço da sociedade, reduzindo-se este estado a um aparelho administrativo e estruturando-se a sociedade como um sistema económico baseado no comércio entre pessoas privadas; (3) a política deve orientar-se no sentido de prosseguir estes interesses privados perante um aparelho administrativo que se transformou em poder especializado de prossecução de fins colectivos.

II - Concepção republicana

Segundo a **teoria republicana** a política é uma dimensão constitutiva da formação da vontade democrática e por isso: (1) assume a forma de um compromisso ético-político referente a uma identidade colectiva no seio da comunidade; (2) não existe espaço social fora do espaço político traduzindo-se a política numa forma de reflexão do bem comum; (3) a democracia é, desta forma, a auto-organização política da comunidade no seu conjunto¹⁹.

Estes traços simples escondem uma complexa discussão na qual estão envolvidos os mais representativos “maître penseurs” da nossa contemporaneidade e a tensão central de uma sociedade democrática – *regime of rights and welfare state*. A teoria liberal continua a compreender esta tensão da seguinte forma: (1) *desconfiança (distrust)* perante a racionalidade da política e por isso é que a desestabilização de uma sociedade só pode ser evitada através de um sistema de direitos “pré-políticos”; (2) *antipaternalismo* relativamente ao estado de bem-estar subjectivo (*subjective welfarism*) e aqui radica a justificação de o direito constitucional dever comportar-se como um modelo de agregação de preferências “pré-políticas” tal como o direito privado actua relativamente às interacções do mercado; (3) *neutralidade* constitucional como critério de referência para maximização de preferências subjectivas e distribuição de recursos; (4) carácter “a principal” (*un-principled*) do complexo de medidas regulatórias – acção do estado, *affirmative action*, prestações estatais, cuidado assistencial, liberdade positiva e negativa, eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas –, pois estas convenções jurídicas e políticas mais não são do que uma ideologia de legitimação política.

Muito diferente é a concepção republicana quanto a três ideias básicas: (1) o *estatuto de cidadão* não se define através de um modelo de liberdade negativa que os cidadãos podem reivindicar enquanto praticados, (2) mas antes

¹⁹ Cfr., PHILIP PETTIT, *Republicanism*, Oxford, 1997. Entre nós, vide R. LEITE PINTO, *O ‘Momento Maquiavélico’ na Teoria Constitucional Norte-Americana*, Lisboa, 1998, pp. 115 e ss.; B. GROFMAN, «Public Choice, Civic Republicanism...», TLR, 71 (1993), p. 1541 ss.



através do *estatuto de direitos cívicos* (em primeiro lugar os direitos de participação e de comunicação política), concebido como liberdades positivas.

III - Democracia deliberativa

A ideia de **democracia deliberativa** está ligada sobretudo à escola do “republicanismo liberal” (“liberal republicanism”). Esta escola parte do ideal republicano do *self government*, isto é, as pessoas governam-se a si próprias através da acção política e das leis que elas próprias dão a elas mesmas. Em termos sintéticos as premissas teóricas da democracia deliberativa reconduzem-se ao seguinte: (1) política deliberativa assente na ideia de “virtude cívica” (“civic virtue”); (2) igualdade dos participantes no processo político; (3) possibilidade de consentimento universal nas disputas normativas através da razão prática; (4) direitos de participação dos cidadãos na vida pública e controlo dos representantes.

As ideias acabadas de referir encontram-se também de forma mais ou menos expressa em muitas outras formulações da democracia. A categoria conceitual mais importante é a de **política deliberativa**. A deliberação pressupõe uma concepção dialógica da política e a consideração desta como um processo racional de discussão dos problemas e alternativas, de forma a obterem-se soluções justas, boas, ou, pelo menos, razoáveis, de ordenação da vida comunitária. A política serve para deliberar sobre a ordenação comunitária e não apenas para fornecer aberturas processuais à prossecução de interesses privados ou à optimização de preferências subjectivas.²⁰

IV - Democracia discursiva

Próxima da democracia deliberativa situa-se a **democracia discursiva** (J. Habermas). A grande diferença relativamente ao “republicanismo liberal” norte-americano radica no facto de a democracia discursiva não assentar em

²⁰ Cfr. MICHELMANN, “Law’s Republic”, in *Yale Law Journal*, 97 (1988), pp. 1493 e ss. “Kollektiv, Gemeinschaft, und das liberalen Denken in Verfassungen”, in GÜNTER FRANKENBERG (org.), *Auf der Suche nach der gerechten Gesellschaft*, Frankfurt/M, 1994; J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, pp. 324 e ss; JOHN ELSTER (org.), *Deliberative Democracy*, New York, 1998; JONATAS MACHADO, *Liberdade de Expressão*, p. 172 ss. Em língua portuguesa, cfr. o penetrante trabalho de C. SOUSA NETO, “Teoria da Constituição, Democracia e Igualdade”, in C. SOUSA NETO, e *alii*, *Teoria da Constituição*, Rio de Janeiro, 2003, p. 28 ss.



direitos universais do homem (ou direitos preexistentes na perspectiva liberal) nem na moral social de uma comunidade determinada (como sustenta a visão republicana), mas em regras de discussão, formas de argumentar, institucionalização de processos – rede de discussão e negociação – cujo fim é proporcionar uma solução nacional e universal a questões problemáticas, morais e éticas da sociedade²¹. O *conceito processual de política deliberativa* assume aqui um conteúdo normativo que faz dele conceito central da democracia. A democracia equivale a um processo de auto-organização política da sociedade. Daí as propostas mais relevantes desta teoria de democracia discursiva: (1) contra o privatismo burguês de um povo despolitizado e contra a redução legitimatória operada por partidos estatalizados é necessário regenerar a publicidade crítica através de formas deliberativas descentralizadas; (2) contra a compreensão da política centrada no estado procura-se dar vida a uma rede de comunicação e participação estruturante de uma sociedade democrática; (3) diferentemente da concepção ético-comunitária republicana, a democracia discursiva parte das condições actuais de pluralismo cultural e social incompatíveis com uma identidade ético-comunitária.²²

V - Democracia corporatista

A **democracia corporatista** (Ph. Schmitter) pretende recortar um modelo pluralista-cooperativo ou negociador. O modelo democrático liberal assente na centralidade partidária cede o protagonismo representativo e de controlo às associações corporativas e aos grupos de pressão. O próprio governo troca o estilo autoritário e unilateral por um estilo negociador, promotor e arbitral entre interesses (associações empresariais e sindicatos). O corporativismo tenderá para uma democracia forte conjugando o debate parlamentar com a negociação corporativa²³. A negociação corporativa devolverá a centralidade política aos cidadãos e à sociedade civil, ficando para o Estado o papel de mediador ou de árbitro entre grupos de interesses económicos.

²¹ Cfr. JÜRGEN HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, cit., pp. 331 e ss; *Die Einbeziehung des Anderen*, pp. 284 e ss.

²² Cfr. J. HABERMAS, *Die Einbeziehung des Anderen*, p. 284.

²³ Cfr. PH. SCHMITTER/G. LEHMBRUCH, *Trends toward corporatist Intermediation*, London, 1970.



C. Concepção Minimalista de Democracia

Uma série de autores tem investigado o conjunto de regras, requisitos e instituições para se poder falar em “estado democrático” ou em “sociedade democrática” ou ainda em “sistema constitucional democrático”. Trata-se do problema hoje conhecido sob o nome de **democracia mínima**.²⁴ Em termos considerados paradigmáticos, um conhecido publicista italiano resumiu a questão elencando os tópicos básicos da democracia. A democracia distingue-se de todas as formas de governo autocráticos porque se caracteriza por um sistema de regras, primárias e fundamentais,²⁵ que estabelecem: (1) *quem* está autorizado a tomar decisões colectivas; (2) *quais* os processos para essa tomada de decisões. De um modo mais informativo, uma definição mínima de democracia implica: (a) *participação* de um número tão elevado de cidadãos quanto possível; (b) *regra da maioria* para a tomada de decisões colectivas e vinculantes; (c) existência de *alternativas reais* e sérias que permitam opções aos cidadãos de escolher entre governantes e programas políticos; (d) *garantia de direitos* de liberdades e participação política. Estes requisitos mínimos estão reunidos no estado de direito democrático. É pouco provável que exista um estado que não seja um estado liberal de direito quanto à existência e preexistência destes direitos e funcionamento da democracia. É pouco provável que um estado não democrático esteja em condições de garantir as liberdades fundamentais.²⁶

D. As Sugestões da Democracia Electrónica

Na literatura politológica começa a discutir-se o sentido e alcance da chamada **democracia electrónica**²⁷ ou **democracia digital**²⁸. O problema (ou problemas) que se coloca aqui é o de saber se, através das modernas técnicas de

²⁴ Cfr., por último, ROBERT DAHL, “Thinking About Democratic Constitutions”, in Ian SHAPIRO/RUSSEL HARDIN, *Political Order*, Nomos, XXXVIII, New York University Press, New York and London, 1996, pp. 175 e ss.

²⁵ Cfr., NORBERTO BOBBIO, *Il futuro delle democrazie*, Einaudi, Torino, 1995, pp. 3 e ss.

²⁶ Cfr., a informação e análise do paradigma democrático em JOSÉ RUBIO CARRACEDA, «Democracia Mínima. El paradigma democrático», in *DOXA*, 15-16 (1994), pp. 199 e ss.

²⁷ Cfr., por ex., STEFANO RODOTÀ, *La Démocratie Électronique. Les nouveaux concepts et expériences politiques*, Rennes, 1999.

²⁸ Vide CYNTHIA J. ALEXANDER/LESLIE PAL (org), *Digital Democracy. Policy and Politics in the Wired World*, Toronto, 1998. Entre nós, cfr., NUNO PERES MONTEIRO, *Democracia Electrónica*, Lisboa, 1999.



comunicação, se podem aperfeiçoar os esquemas tradicionais da democracia (sobretudo da democracia participativa) ou se está em causa a emergência de um novo esquema de decisão e formação da vontade política. A introdução de novos métodos de expressão da «vontade do povo» – eleições e referendos através do voto electrónico – não traz problemas normativo-constitucionais desde que estejam assegurados os princípios constitucionais estruturantes do sufrágio e respectivo procedimento. A questão técnica residirá em saber se as novas tecnologias da comunicação poderão alicerçar outras formas de parla, de discussão e de argumentação (vídeo-conferência, debates televisivos, sondagens) que substituam a organização (Parlamento) e procedimentos (eleições) formalmente constitucionalizados. Os métodos dialógico-democráticos e a participação activa através de sistemas electrónicos (via Internet) exigirão a observância de princípios como os da universalidade e da igualdade.

As constituições e os sistemas políticos deverão começar, assim, a formatar os contornos jurídico-normativos dos *equivalentes funcionais electrónicos* da emergente democracia electrónica, quer a nível nacional quer no plano supranacional. A não democratização das modernas tecnologias de comunicação e de informação será o caminho para um «novíssimo príncipe» – o *príncipe electrónico* (cf. Resolução n.º 1120, 1997, do Conselho da Europa).

Referências bibliográficas

1. Intertextualidade

O estudo do princípio democrático pressupõe o conhecimento das obras clássicas do pensamento político. Indispensáveis para a história das ideias e das teorias políticas são:

C. Montesquieu – «L'Esprit des Lois», in *Oeuvres Complètes*, notas de R. Caillois, La Pléiade, Paris, 1949-1951.

E. Sieyès – *Qu'est ce que le Tiers État?*, ed. de R. Zapperi, Genève, 1970.

G. W. Hegel – *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, ed. de J. Hoffmeister, Hamburg, 4.ª ed., 1955.

J. J. Rousseau – «Du Contrat Social», in *Oeuvres Complètes de J. J. Rousseau*, La Pléiade, Paris, 1959-1964.

J. Locke – *Two Treatises of Government*, introdução e notas de P. Laslett, Cambridge, 1960, 1963.



K. Marx — «Kritik des Hegelschen Staatsrecht», in *Marx-Engels Werke*, Vol. I, Dietz, Berlin, 1961.

— *Zur Kritik der Hegelschen Rechtsphilosophie*, idem, Vol. I.

Existem versões destas obras em espanhol, francês e inglês. Algumas delas estão também publicadas em português.

2. Bibliografia

A bibliografia sobre o princípio democrático é praticamente inacabável. Aqui serão referidas obras em língua mais acessível.

Ackermann, B. — *We the People Foundations*, MA, 1991.

— *We the People 2 — Transformations*, MA, 1998.

Agnoli-Bruckner — *Die Transformation der Demokratie*, 1968 (existe trad. esp.).

Arato, A. — “Construção Constitucional” in *Lua Nova*, 42, (1997), pp. 5 ss.

Barber, B — *Strong Democracy. Participatory Politics for a New Age*, Berkeley, 1984.

Bachrach, P. — *The Theory of Democratic Elitism*, Boston, 1969 (existe trad. esp.).

Bobbio, N. — *O futuro da Democracia*, Lisboa, 1998.

Bonham, J./Reigh, W. (org.) — *Deliberative Democracy. Essays on reason and politics*, Cambridge/London, 1997.

Dahl, R. — *Dilemmas of Pluralist Democracy*, Yale U, 1982.

— *On Democracy*, New Haven/London, 1998.

Duverger, M. — *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, Paris, 15 ed., 1978 (o 1.º volume desta obra é consagrado aos grandes sistemas políticos).

Elster, J. (org.) — *Deliberative Democracy*, New York, 1998.

Fishkin, J. — *Democracy and Deliberation*, New York, 1971.

Grofman, B. — “Public Choice, Civic Republicanism, and American Politics: Perspectives of A “Reasonable Choice Modeller”, in *Texas Law Review*, 7/71 (1993), p. 1541 ss.

Gozzi, G. (org.) — *Democrazia, Diritti, Costituzione*, Bologna, 1997.

Hayek, F. — *Law, Legislation and Liberty: a new statement of liberal principles of justice and political economy*, vol. I, *Rules and Order*, Chicago, 1973; vol. II, *The mirage of social justice*, Chicago, 1976; vol. III, *The political order of a free people*, Chicago, 1979 (trad. brasileira dirigida por Henry Maksoud, São Paulo, 1985).

Held, D. — *Models of Democracy*, 2.ª ed., Cambridge, 1996.

Kelsen, M. — *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 1929 (existem trad. esp., franc., port. Estudo Clássico).

Rawls, J. — *Political Liberalism*, Columbia University Press, 1993.

Lijphart, A. — *Democracies. Patterns of Majoritarian and Consensus in Twenty-One Countries*, London, 1984 (existem trad. port., esp. e italiana).

Luciani, M. — *La democrazia alla fine del Secolo*, Roma — Bologna, 1995.

Macedo, S. (ed.), *Deliberative Politics — Essays on Democracy and Disgreement*, New York/Oxford, 1999.

Massari, O.-Pasquino, G. (org.) — *Rappresentare e Governare*, Bologna, 1994.

Neto, C. P. S./Bercovici, G./Filho, J. F. M./Lima, M. M., *Teoria da Constituição. Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional*, Rio de Janeiro, 2003.

Parker, R. — *Here, the People Rules: A Constitutional Populist Manifesto*, Cambridge, MA, 1994.

Popper, K. — “Alguns problemas práticos da Democracia”, in *Balanço do Século*, Lisboa, 1990.

Rodotá, S. — *Tecnopolítica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Roma — Bari, 1997.

Sartori, G. — *Teoria de la democracia*, 2 vols., Madrid, 1987.

Schmitter, Ph./Lehmbruch, G. — *Trends Toward Corporatist Intermediation*, London, 1970.

Sen, A. — *Development as Freedom*, New York, 1999.

Shapiro, I./Hardin, R. — *Political Order*, New York, 1994.

Schumpeter, J. — *Capitalism, Socialism and Democracy*, London 1943/1992, introdução de Tom Bottomore.

