

# O ESPAÇO PÚBLICO E OS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO

Ricardo Lobo Torres

Professor Titular na Faculdade de Direito da UERJ  
Procurador do Estado do Rio de Janeiro (aposentado)

## SUMÁRIO

I. Introdução. II. O Espaço Público. 1. Conceito. 2. A teoria de Habermas. 3. O ponto de vista do republicanismo americano: B. Ackerman. 4. O liberalismo: Dworkin. III. Os Intérpretes da Constituição. 5. Quem interpreta a Constituição? 6. A sociedade aberta de intérpretes segundo Häberle. 7. O republicanismo. 7.1. A identidade intertemporal e a Suprema Corte (B. Ackerman). 7.2 O autogoverno pela Suprema Corte (F. Michelman). 7.3 A interpretação pelo Congresso (Sunstein). 8. O liberalismo e a preeminência da Suprema Corte (Dworkin). 9. A compreensão procedimental do direito e o novo esquema dos poderes do Estado (Habermas). IV. Espaço Público e interpretação da Constituição no Brasil. 10. O conceito de espaço público. 11. O corporativismo e os intérpretes da Constituição. 12. Justiça e Direitos Humanos.

## I. INTRODUÇÃO

Pretende-se neste trabalho examinar a questão do espaço público em seu relacionamento com a interpretação da Constituição. O espaço público, que é noção extremamente complexa, abrindo-se para outros domínios do conhecimento, será apreciado na sua conotação normativa, ou seja, em sua vinculação com a ética e o direito.

Essa problemática vem sendo estudada, de forma criadora, pelos alemães e pelos americanos, o que levará a que se concentre o exame nas obras de Habermas e Häberle e nas contribuições dos liberais e dos comunitaristas estadunidenses, sem embargo de se reconhecer que há algumas análises importantes desenvolvidas na França e em outros países, que serão incidentalmente referidas.

Finalmente, examinar-se-á a pertinência da extrapolação do tema para o estudo das questões básicas da interpretação da Constituição brasileira.

## II. O ESPAÇO PÚBLICO

### 1. Conceito

O conceito de espaço público foi desenvolvido por inúmeros filósofos e sociólogos, sendo de justiça lembrar as figuras de Max Weber e H. Arendt.<sup>1</sup>

Interessam-nos, aqui, entretanto, aqueles autores que deram maior importância ao problema das relações entre espaço público e interpretação jurídica e que abriram o caminho para estudos ulteriores, motivo por que examinaremos neste capítulo preliminar apenas os trabalhos de Habermas, B. Ackerman e R. Dworkin. De se averbar inicialmente que enquanto a problemática aparece em Habermas sintetizada no conceito de espaço ou esfera pública (*Öffentlichkeit*), distinção que corre por conta do gosto dos tradutores, recebe dos americanos o enfoque a partir da idéia de comunidade (*community*), o que não traz diferenças substanciais, posto que o espaço público se confunde com a comunidade política.

### 2. Habermas

O filósofo e sociólogo alemão Jürgen Habermas desenvolveu o conceito de espaço público em inúmeras de suas obras.

Observou que, no início do Estado Liberal, era harmonioso o relacionamento entre o Estado e a Sociedade Civil, o público e o privado, o *homme* e o *citoyen*, os direitos humanos, os direitos civis e os princípios fundamentais do direito público, tendo em vista que o próprio direito natural, sendo pré-estatal, encontrava raízes na sociedade.<sup>2</sup>

Com a transformação do Estado de Direito em Estado Social, modificou-se o espaço público, idéia analisada principalmente no livro *Strukturalwandel der Öffentlichkeit*, publicado no início dos anos 60<sup>3</sup> e já traduzido para o português.<sup>4</sup> Distingue então Habermas entre a esfera pública (*Öffentlichkeit*), a esfera do poder público (*Sphäre des Öffentlichen Gewalt*) e o domínio privado (*Privatbereich*)<sup>5</sup>. Na esfera pública afirmam-se os direitos fundamentais ligados à liberdade de opinião, de expressão e de associação, bem como aqueles vinculados à função política das pessoas privadas (direito de petição, direito de voto)<sup>6</sup>, posto que o espaço público burguês se caracteriza pela generalidade, que não exclui qualquer grupo.<sup>7</sup> Na ordem pública, que constitucionalmente abrange o Direito Privado, passa-se da proteção negativa ao intervencionismo e à juridificação (*Verrechtlichung*) do Estado Social, pelas intervenções administrativas: dá-se a refeudalização da esfera pública política (*"Refeudalisierung" auf die Öffentlichkeit*)<sup>8</sup>.

No importante livro publicado no início dos anos 80 sobre a Teoria do Agir Comunicativo<sup>9</sup>, Habermas altera a sua concepção, dando a guinada ética ou a virada kantiana<sup>10</sup>, isto é, substituindo a análise histórica e sociológica pelo paradigma do discurso, da ética e da racionalidade comunicativa. Passa a explorar o conceito de "mundo da vida" (*Lebenswelt*), que compreende a cultura, a sociedade, a personalidade. Nele se dá a comunicação intersubjetiva sob as regras éticas do discurso. Mas o *Lebenswelt* defronta-se com os subsistemas reguladores da economia (dinheiro) e do Estado (Administração), que o colonizam (*Kolonialisierung der Lebenswelt*).<sup>11</sup> Há, portanto, a burocratização e a monetarização do *Lebenswelt*, com a afirmação do direito como meio (*Medium*) sobre o direito como instituição.<sup>12</sup>

Em seu novo e grande livro publicado em 1992, intitulado *Faticidade e Validade. Contribuições para a Teoria Discursiva do Direito e do Estado Democrático de Direito*,<sup>13</sup> abandona em parte o pessimismo anterior e passa a admitir a integração entre o *Lebenswelt* e o sistema burocrático e monetário. O próprio Habermas salientou, na sugestiva entrevista concedida a Sérgio Paulo Rouanet e Barbara Freitag, a superação do corte entre o direito como meio e como instituição.<sup>14</sup> O filósofo alemão vê no direito a intermediação entre a faticidade, observada no *Lebenswelt*, e a validade, consubstanciada na aceitação da norma. Inexiste normatividade do fático, mas, sim, aceitação da norma com base na razão comunicativa, na ética do discurso, na comunicação intersubjetiva. A validade tanto pode se expressar no sentido social (*soziale Geltung*), de aceitação da norma jurídica no círculo da convivência social, como no de validade jurídica (*Rechts-Geltung*) ou legitimidade (*Legitimität*), isto é, de reconhecimento no processo democrático fundado no discurso.<sup>15</sup> O duplo relacionamento da validade com a faticidade deixa aos atores sociais a escolha entre o caminho objetivo, socialmente delimitado, ou o performativo, com as conseqüências da norma estabelecidas processualmente.<sup>16</sup> Essa tensão entre normatividade e faticidade postula a abertura da ação comunicativa, com a pluralidade dos atores (parte ou observador), de visões teóricas (compreensiva ou explicativa), dos papéis (juiz, político, legislador, cliente ou cidadão), ou das posições pragmáticas (hermenêutica, crítica, analítica),<sup>17</sup> tudo o que condicionará o problema da interpretação, possibilitando a integração entre *Lebenswelt* e sistema, direito como meio e como instituição.

### 3. O ponto de vista do republicanismo americano: B. Ackerman.

Outra importante visão do espaço público é a do republicanismo americano.

Os seus adeptos seguem o princípio republicano construído por Madison no *Federalista*, nº 10, segundo o qual, sendo as disputas e

as tensões entre os homens inevitáveis, competiria à Constituição controlar os seus efeitos, de tal forma que a esfera pública pudesse agasalhar a maior variedade de partes e interesses, o que tornaria pouco provável que a maioria tivesse razões para invadir os direitos dos outros cidadãos.<sup>18</sup>

Essa idéia da comunidade de diálogo, em que o relacionamento entre o público e o privado se resolve no plano do discurso e dos grupos de interesse, é retomada por alguns constitucionalistas americanos nossos contemporâneos, como Ackerman, Michelman e Sunstein. Compõem eles o grupo republicano, por oposição ao liberal.<sup>19</sup>

Entre os republicanos é importante que se considere aqui, no capítulo dedicado ao conceito de espaço público, a obra de Ackerman, até mesmo pelo seu pioneirismo e por sua posição conciliadora. Defende o professor de Yale a natureza dialógica da comunidade e a concepção dualista do constitucionalismo americano. Estabelece Ackerman como primeiro princípio o da *racionalidade*, segundo o qual, nas discussões sobre questões de legitimidade do poder, não se pode responder suprimindo o adversário, mas dando as razões que explicam porque o detentor do poder está melhor titulado para a obtenção dos recursos que o contestador.<sup>20</sup> O outro princípio é o da *neutralidade*, que aponta no sentido de que a estrutura de poder é ilegítima se só puder se justificar pela conversação na qual algumas pessoas (ou grupos) afirmam possuir o privilégio de autoridade moral.<sup>21</sup> Ackerman tenta ainda reconciliar a cidadania pública com a privada, adotando a perspectiva dualista, pois o cidadão privado, embora normalmente não tenha interesse pela coisa pública, participa da comunidade da controvérsia na via da representação e do voto;<sup>22</sup> a vida política é apenas uma das diversas possibilidades de busca da felicidade (*pursuit of happiness*) e os americanos não são nem perfeitos cidadãos públicos nem perfeitas pessoas privadas.<sup>23</sup>

### 4. O liberalismo: Dworkin

Na corrente do liberalismo um dos seus mais destacados representantes é Ronald Dworkin, que encontra na idéia de comunidades políticas, que são verdadeiras comunidades associativas, uma das bases da sua filosofia do direito.<sup>24</sup>

Recusa ele a possibilidade de a comunidade ter a sua associação ligada faticamente por circunstâncias históricas ou geográficas. Rejeita igualmente o modelo de comunidade apoiada nos códigos (*rulebook model of community*), segundo o qual a obediência às regras estabelecidas exaure toda a obrigação dos seus membros.<sup>25</sup>

Adota Dworkin o modelo de princípios (**model of principles**), no qual as pessoas apenas são membros de uma genuína comunidade política quando aceitam que o seu destino seja governado por princípios comuns (**common principles**), e não por normas surgidas do compromisso político. A política é o teatro do debate sobre os princípios que a comunidade pretende adotar como sistema que engloba a justiça, a equidade (**fairness**) e o devido processo. Os membros da sociedade de princípios (**society of principles**) aceitam que os seus direitos políticos e obrigações não se esgotam nas decisões adotadas pelas instituições políticas, mas dependem do esquema de princípios que tais decisões pressupõem.<sup>26</sup> O modelo de princípios torna possível as divergências sobre a justiça e a equidade adotadas pelos membros da comunidade.<sup>27</sup> A comunidade de princípios, em suma, tomando a idéia de integridade como central à política, garante a melhor defesa da legitimidade política do que os outros modelos.<sup>28</sup> A sociedade instaura um fórum de princípios (**forum of principles**), encorajando cada indivíduo a supor que suas relações com os outros cidadãos e com o governo são matéria de justiça e os encoraja ainda a discutir, como uma comunidade, o que constitui a justiça desse relacionamento.<sup>29</sup>

### III. OS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO

#### 5. Quem interpreta a Constituição?

A problemática do espaço público e do fórum da comunidade provoca, necessariamente, o exame da questão da competência para interpretar a Constituição.

Iniciaremos a análise pelos trabalhos do constitucionalista alemão Peter Häberle, que sofreu forte influência da obra inicial de Habermas e da teoria social germânica. A seguir examinaremos as contribuições do republicanismo e do liberalismo americanos. Finalmente, retornaremos às concepções de Habermas, especialmente às expostas em seu livro **Faktizität und Geltung**, no qual, como é de seu estilo, abre extensa e profunda crítica das obras dos autores estadunidenses.

É bem de ver que a problemática do espaço público e dos intérpretes da Constituição está em íntimo relacionamento com a **questão da justiça e do Estado**. A possibilidade de uma teoria da justiça e a exata configuração do Estado capaz de garantir os valores básicos dependem, primordialmente, das posições em torno da interpretação do texto fundamental. Assim, podem ser indicadas as orientações principais: a que defende a possibilidade da justiça social, afirmada por intermédio do Estado Regulador (Häberle e o republicanismo ame-

ricano); a do liberalismo, calcada nas idéias de igualdade e de Estado Liberal (Dworkin); a que elege a solidariedade como valor fundamental, chegando à concepção de um Estado de Segurança (Habermas).

#### 6. A sociedade aberta de intérpretes segundo Häberle

O constitucionalista alemão Peter Häberle proclama o relacionamento íntimo entre Estado e Sociedade, espaço público (**Öffentlichkeit**) e interesse público (**Gemeinwohl**), com base em estudo interdisciplinar.<sup>30</sup> "A Constituição estrutura não apenas o Estado, mas também a sociedade".<sup>31</sup> A teoria da Constituição deve levar em conta todos os homens e grupos, idéias e interesses, esperanças e desejos de uma determinada comunidade em uma certa época.<sup>32</sup> A esfera pública (**Öffentlichkeit**) é complexa e abrange desde os debates dos políticos até o discurso do Presidente da República, desde as canções populares até a imagem de Melina Mercouri: ela é o mosaico completo da constituição da cultura (**Kulturverfassung**).<sup>33</sup> A esfera pública (**Öffentlichkeit**) atua e se estrutura no processo e na participação dos intérpretes da Constituição, ou seja, postula o "processo aberto através da interpretação da Constituição" (**Öffentlichen Prozess durch Verfassungssinterpretation**).<sup>34</sup>

Häberle fala de uma "sociedade aberta de intérpretes da Constituição" (**die offene Gesellschaft der Verfassungssinterpreten**).<sup>35</sup> No processo da interpretação constitucional estão potencialmente envolvidos todos os órgãos estatais, todas as instituições públicas, todos os cidadãos e grupos. "Não há nenhum círculo fechado de intérpretes da Constituição" (**Es gibt keinen numerus clausus der Verfassungssinterpreten**).<sup>36</sup> Democratiza-se a interpretação da Constituição. O constitucionalista alemão oferece o seguinte quadro dos intérpretes da Constituição: a) os que exercem função estatal: Tribunal Constitucional e demais órgãos do Judiciário, Legislativo e Executivo; b) as partes no processo judicial, legislativo e administrativo: autor, réu, recorrente, parecerista, testemunha, partidos políticos, lobbistas, etc.; c) os grandes animadores do espaço público democrático e pluralista: jornais, rádio, televisão, jornalistas, leitores, associações, igrejas, teatros, editores, escolas, pedagogos; d) a doutrina constitucional (**Verfassungsrechtslehre**), que tematiza a participação de todos os outros intérpretes.<sup>37</sup> Enfim, "na democracia liberal o intérprete da Constituição é o cidadão".<sup>38</sup>

A idéia de uma "sociedade aberta de intérpretes da Constituição" leva Häberle a vislumbrar o **status activus processualis**, no qual se enfraquece o conceito de reserva da lei, substituído por uma difusa "reserva de processo", entendido este em sua dimensão mais larga (processo legislativo, administrativo e judicial), posto que os direitos

já existem **in processu**.<sup>39</sup> A liberdade é garantida por um sistema complexo de proteção (**Gesamtrechtsschutzsystem**), em que, além da lei e da jurisdição, há uma "proteção não-judicial" (**nichtjudizieller Schutz**), obtida pelo consenso na sociedade aberta de intérpretes da Constituição.<sup>40</sup> O **status activus processualis** torna-se importante para a garantia do **status positivus socialis** que compreende os direitos fundamentais sociais, isto é, os direitos sociais que se transformam em fundamentais, tendo em vista que para Häberle a diferença entre aquelas classes de direitos é apenas de grau,<sup>41</sup> o que acaba por conduzir também à confusão entre justiça e liberdade. Se existe um processo aberto para a defesa dos direitos fundamentais sociais, afirmados pelo consenso da sociedade aberta de intérpretes, é porque o próprio Estado se encarrega de distribuir as prestações sociais, transformando-se em um Estado de Prestações (**Leistungsstaat**).<sup>42</sup>

## 7. O republicanismo

### 7.1 A identidade intertemporal e a Suprema Corte (Ackerman).

Bruce Ackerman desenvolve o conceito de **identidade intertemporal**, que lhe permite chegar à concepção dualista da Constituição, que é aquela que reconcilia, sob a perspectiva histórica, as diversas posições que poderiam parecer antagônicas.<sup>43</sup>

Afirma que só o dualismo supera o impasse entre as diversas correntes da interpretação da Constituição (**interpretivism** e **noninterpretivism**), métodos (filosófico, econômico, profético, realista)<sup>44</sup> ou atitudes do **scientific policymaker** e do observador ordinário.<sup>45</sup> O problema atual da interpretação da Constituição envolve a síntese da experiência de três diferentes gerações: a de Marshall, a de Dred Scott e a do New Deal.<sup>46</sup>

Nesse contexto a Suprema Corte, mais importante que os órgãos de representação, se torna o intérprete da Constituição por excelência, pois a **judicial review** reconcilia as visões conservadora e revolucionária, a política normal e a política constitucional. A missão democrática da Suprema Corte é interpretar a Constituição dos Estados Unidos.<sup>47</sup> Mas o relacionamento entre o povo e a Suprema Corte é dialético: como os juízes apreendem a síntese do passado constitucional, oferecem eles aos americanos de hoje o espelho dialético (**dialectical Mirror**), no qual se contemplam a si próprios; há re-presentação (**re-presentation**) do povo pela Corte.<sup>48</sup>

A comunidade do diálogo e a visão dualista do constitucionalismo americano levam Ackerman a procurar o caminho do discurso, fundado na racionalidade e na neutralidade, para obter o equilíbrio

entre liberdade e justiça social. Mas reconhece que, diante da escassez de recursos, é impossível se atingir o pleno equilíbrio entre os direitos individuais e a justiça social. Seria utópico superar a tensão pelo diálogo compreensivo, pois o liberalismo não tem resposta para o problema.<sup>49</sup> Anota inclusive Ackerman, em livro mais recente, que o problema da injustiça social continua crescendo nos Estados Unidos nos últimos anos.<sup>50</sup>

Ackerman rejeita, por outro lado, que a solução do impasse possa vir pelas posições do neoconservadorismo. Defende o ativismo governamental, pois os americanos estariam vivendo ainda na franja do **New Deal**, que não teria esgotado todas as suas possibilidades.<sup>51</sup>

### 7.2 O autogoverno pela Suprema Corte (F. Michelman).

O constitucionalista Frank Michelman se integra também ao grupo dos republicanos, retomando e modificando algumas considerações de Ackerman.

Parte da idéia de uma comunidade dialógica. O direito não tem apenas as suas fontes formais e visíveis - Congresso, legislativos estaduais, conselhos locais - nem são eles as únicas arenas da política de criação do direito e da liberdade política (**arenas of jurisgenerativa politics and political freedom**).<sup>52</sup> Há outras arenas ligadas à vida pública (**public life**), no sentido amplo, onde se dão os debates, os conflitos, as interações e os diálogos potencialmente transformadores em e com as agências governamentais locais, clubes, organizações, escolas públicas e privadas. Tais encontros incluem-se entre os canais e as fontes "do autogoverno republicano e da política de criação do direito" (**republican self-government and jurisgenerativa politics**).<sup>53</sup> Michelman procura assim superar a idéia de diálogo intertemporal e de identidade intergeracional que enfraquece a teoria de Ackerman.<sup>54</sup>

A interpretação da Constituição se faz pela comunidade representada pelos nove juízes da Suprema Corte. O esquema constitucional republicano se baseia na comunidade discursiva que tem como modelo a adjudicação constitucional.<sup>55</sup> A Corte representa para o resto da nação a evidência de uma comunidade dialógica e, por conseguinte, a possibilidade de liberdade positiva e **self-government**.<sup>56</sup> Mas a interpretação constitucional e legal tem o aspecto de rememoração (**the re-collective aspect**), pois implica certo grau de reinterpretação ou reorientação da história constitucional, com o retorno aos princípios fundadores (**return-to-the-founding-principles**), o que significa dizer que há uma (**re**) **foundation** (renovação).<sup>57</sup> Esse recurso aos princípios, porém, não envolve uma atitude **non-interpretive**, posto que a interpretação é **self-government**, sem a presença da autoridade externa.<sup>58</sup>

### 7.3 A interpretação pelo Congresso (Sunstein).

Cass Sunstein, embora minimize a distinção entre liberais e republicanos, também se apóia em princípios madisonianos.

Entende que a interpretação se resolve na base de acordo dentro da comunidade de intérpretes. Os precedentes judiciais e as normas constitucionais e legais resultam de princípios interpretativos aceitos como relevantes pela comunidade. O acordo se torna problemático quando a sociedade está dividida em suas opções fundamentais.<sup>59</sup>

Os princípios interpretativos sugeridos por Sunstein dirigem-se ao Presidente, às agências reguladoras, ao Congresso, aos cidadãos e às Cortes.<sup>60</sup> Mas, ao contrário de Ackerman e Michelman, o intérprete mais categorizado é o Congresso e não o Judiciário.<sup>61</sup> No processo legislativo, que não tem por objetivo atender a grupos de interesses, objetiva-se alcançar a justiça, a igualdade na distribuição dos bens e os ideais republicanos mediante a obediência a princípios consubstanciados na Constituição, especialmente nas cláusulas do comércio, privilégios e imunidades, igual proteção, devido processo legal.<sup>62</sup> O processo representativo opera como filtro dos pontos de vista particulares e da formação das preferências sociais.<sup>63</sup> O trabalho da Suprema Corte não conseguiu atingir resultados semelhantes e erigiu apenas uma Constituição parcial.<sup>64</sup>

A idéia de uma democracia deliberativa, a visão madisoniana das virtudes políticas e da imparcialidade e a convicção de que a política não deve ser mera representação de interesse de grupos levam Sunstein a perquirir sobre os princípios interpretativos do direito público legislado que podem redirecionar o Estado Regulador.<sup>65</sup> As normas do direito privado são anacrônicas e já não resolvem o relacionamento entre o cidadão e o Estado, num sistema que abandonou a **common law**.<sup>66</sup> Entre os "princípios para o Estado Regulador" (**principles for the regulatory state**) podem ser indicados os ligados aos direitos sociais (**welfare rights**), à proteção dos grupos que se encontram em situação desvantajosa, à resistência contra as isenções implícitas de tributos, à presunção contra a irracionalidade e a injustiça.<sup>67</sup> A idéia central de Sunstein é a de que o atual Estado Regulador exige que os valores públicos (**public values**) penetrem nas ações governamentais, com a exclusão de benefícios e privilégios a grupos privados.<sup>68</sup> Acredita Sunstein que é possível criar princípios interpretativos conducentes a alcançar alguns objetivos do governo deliberativo e da república liberal no período posterior ao **New Deal** e à revolução dos direitos (**rights revolution**). A construção legislativa (**statutory construction**) pode permitir alcançar alguns objetivos constitucionais e, embora dela não se possa esperar a solução de todos os problemas do moderno Estado Regulador, pelo menos não constitui demasia ter a esperança de que

o processo interpretativo possa melhorar a situação (**can make the situation better**).<sup>69</sup> O jurista americano, dessa forma, estabelece a ponte entre a democracia deliberativa, a interpretação dos estatutos, os valores públicos (igualdade política, deliberação, universalismo e cidadania) e o Estado Regulador.<sup>70</sup>

### 8. O liberalismo e a preeminência da Suprema Corte (Dworkin).

Dworkin defende a concepção de uma **comunidade de princípios**, como vimos, na qual se tornam possíveis as divergências sobre a justiça e a equidade adotadas por seus membros.

Segue-se daí que é fundamental para a comunidade a questão da interpretação, como o é para o próprio direito.<sup>71</sup> Desenvolve Dworkin a doutrina da **interpretação construtiva**, que, sendo criativa, conduz a tornar melhor o objeto mediante a compreensão dos princípios e valores da comunidade. "A interpretação criativa, na visão construtiva, é matéria de interação entre finalidade (**purpose**) e objeto (**object**)"<sup>72</sup> e tolera a divergência em razão dos diferentes **standards** de valores.<sup>73</sup> A interpretação, portanto, é governada pela finalidade (**purpose**), pelo **telos**, o que leva Dworkin, diante das críticas que lhe foram dirigidas, a repisar em que a "interpretação" é um princípio finalístico (**purposive**) e, por isso, é em princípio uma tentativa de tornar melhor o objeto da interpretação (**to make the best of the object of interpretation**).<sup>74</sup> O caráter subjetivo ou objetivo da interpretação depende da própria visão sobre a finalidade da lei (**purpose of law**) e o propósito da lei tem algo que ver com a justiça, donde se conclui que a incerteza jurídica é simples derivativo da incerteza moral e política.<sup>75</sup>

Quanto à questão dos intérpretes, Dworkin a remete à doutrina por ele desenvolvida sobre a **integridade (integrity)**, que seria uma virtude ao lado da justiça, equidade (**fairness**) e devido processo legal.<sup>76</sup> A integridade política compreende o princípio legislativo e o judicial. O princípio legislativo sinaliza no sentido de que os legisladores (**lawmakers**) devem fazer leis moralmente coerentes, restringindo a expansão ou as mudanças dos **standards** públicos.<sup>77</sup> O princípio judicial (**adjudicative principle**) aponta no sentido de que a lei seja vista, sempre que possível como moralmente coerente, de tal forma que o juiz interprete o presente sistema de **standards** públicos como expressivos de um coerente quadro de princípios.<sup>78</sup> A integridade judicial não abre ao juiz a soberania de julgar, senão que o titula para decidir de acordo com a melhor visão do que sejam os **standards** legais da comunidade.<sup>79</sup> Apesar dessa obediência à virtude política do devido processo formal (**procedural due process**), há casos excepcionais em que o juiz deve se deixar sensibilizar pela moralidade política.<sup>80</sup> E, nesse passo, especialmente na interpretação da Constituição, que é

fundante de todas as leis (**foundational of other law**) o juiz, como Hércules, adota a interpretação fundacional (**foundational**) do documento como um todo, recorrendo aos princípios aceitos pela comunidade, o que lhe permite alçar a comunidade de princípios ao nível constitucional.<sup>81</sup> Há, portanto, no pensamento de Dworkin, uma clara preeminência da Suprema Corte entre os intérpretes da Constituição.

Dworkin faz a defesa do liberalismo, que se apóia sobretudo na idéia de igualdade, afirmada pelo trabalho jurisprudencial e pela descoberta da ciência jurídica.<sup>82</sup> A teoria construtivista da igualdade envolve a questão da distribuição política, isto é, como os bens, os recursos e as oportunidades devem ser distribuídos pela comunidade.<sup>83</sup> A distribuição igualitária postula que "o custo para satisfazer as preferências de uma pessoa deve, tanto quanto possível, ser igual ao custo para satisfazer as de outras".<sup>84</sup> A justiça "is a matter of the correct or best theory of moral and political rights",<sup>85</sup> o que leva o próprio Dworkin a reconhecer que o seu método construtivista se aproxima das concepções do direito natural, embora delas se afaste por se basear em interpretações genéricas da prática jurídica.<sup>86 87</sup>

### 9. A compreensão procedimental do direito e o novo esquema dos poderes do Estado (Habermas).

Só no seu recente livro sobre **Faticidade e Validade** enfrenta Habermas sistematicamente os grandes temas da filosofia e da teoria do direito.

Vimos que a tensão entre normatividade e faticidade postula a abertura da ação comunicativa, com a pluralidade dos atores, das visões teóricas, dos papéis ou das posições pragmáticas.

Por outro lado, Habermas critica a possibilidade de uma concepção material dos valores, posto que só a regra jurídica permite o jogo argumentativo. Os valores são contraditórios, concorrentes e dotados de sentido axiológico, enquanto as normas jurídicas lidam com pretensões de validade binárias (sim/não), e, portanto, são válidas ou inválidas, adquirindo coerência pela interpretação.<sup>88</sup>

Habermas procede, então à crítica das principais correntes de interpretação jurídica. Rejeita a hermenêutica, que se baseia na pré-compreensão (**Vorverständnis**), sendo tradicionalista por reproduzir relações passadas.<sup>89</sup> Combate o realismo, por se fundar na história, psicologia e sociologia mesclando política e direito e comprometendo a segurança jurídica.<sup>90</sup> Formula objeções a Kelsen e Hart, que separam direito e política e confundem legitimidade com legalidade.<sup>91</sup> Critica a

obra de Dworkin, que, recorrendo a princípios contenciosos, procura superar os direitos naturais apelando para o sentido deontológico dos direitos fundamentais, aproximando-os, ainda, da justiça; demais disso, critica-lhe a separação entre regra e princípio, a teoria construtivista da interpretação, a figura de Hércules, que é um projeto irrealizável por confundir as decisões passadas com a sua aceitabilidade no presente, tudo o que só é possível porque Dworkin se beneficia da estabilidade de duzentos anos de história constitucional americana.<sup>92</sup>

Na teoria de Habermas a interpretação resulta da "compreensão procedimental do Direito" (**prozeduralistische Rechtsverständnis**), que envolve a igualdade jurídica e fática, a autonomia privada e a pública, posto que o critério da igualdade é discursivo. Afirma-se o paradigma procedimental do direito (**prozeduralistische Rechtsparadigma**), com base na teoria da comunicação da sociedade. Resolve-se a tensão entre faticidade e validade pela compreensão paradigmática do direito, o que não constitui utopia, mas a institucionalização da sociedade civil pelo discurso.<sup>93</sup>

Quanto aos intérpretes da Constituição, tanto se encontram no próprio **Lebenswelt** como no novo esquema dos poderes do Estado. Diz Habermas que o **prozeduralistische Rechtsparadigma** depende da aproximação com organizações sociais não soberanas, a **media**, os partidos políticos. Os poderes do Estado, por seu turno, colocam-se em novo relacionamento, afastando-se do modelo parlamentar clássico. O Judiciário abandona a concepção material de valores (Max Scheller e N. Hartman), para se vincular aos pressupostos procedimentais da Constituição, que o direcionam para a perspectiva da aplicação e não da criação política;<sup>94</sup> só a "compreensão procedimental da Constituição" (**prozeduralistisches Verfassungsverständnis**) legitima a judicatura constitucional, que deve examinar as normas em consonância com os pressupostos comunicativos (**Kommunikationsvoraussetzungen**) do processo legislativo democrático.<sup>95</sup> A Administração, que se tornara ilegítima pelo excesso de regulação, passa a ser controlada pelas condições de comunicação e pelo processo.<sup>96</sup> O Legislativo regula o direito a ser aplicado pelo Judiciário e pela Administração não apenas segundo o paradigma jurídico liberal de garantia dos direitos fundamentais, mas também para proteger os direitos de participação dos cidadãos.<sup>97</sup>

A compreensão procedimental do Direito (**prozeduralistisches Rechtsverständnis**), com os seus atores e intérpretes e com o novo esquema de separação de poderes, permite a Habermas vislumbrar outro tipo de Estado - o Estado de Segurança (**Sicherheitsstaat**) - no qual a prevenção e a proteção se tornam coletivas, fundadas na **solidariedade**. O Estado de Segurança postula novas fontes de recursos financeiros (= dinheiro - **Geld**) e nova base de saber por parte dos

administradores.<sup>98</sup> A concepção de Estado de Segurança é corolário da reconciliação entre o direito como instituição (**Recht als Institution**) e o direito como meio (**Medium Recht**), proposta pelo filósofo alemão no livro **Faktizität und Geltung**, em substituição ao contraste observado na obra anterior, como antes já examinamos.<sup>99</sup>

No pensamento de Habermas não há lugar para uma Teoria da Justiça, mas, apenas, para um Teoria do Direito.<sup>100</sup> De feito, trabalhando a partir do paradigma da linguagem e fazendo repousar a validade do direito na ética do discurso que se desenvolve na comunicação intersubjetiva, tendo por espaço o mundo da vida (**Lebenswelt**), teria o filósofo germânico que concluir pela impossibilidade de uma teoria geral da justiça. Nem os valores, nem os princípios, nem, conseqüentemente, a idéia de justiça podem legitimar o direito, que se reduz à validade das próprias regras éticas presentes na comunicação entre os sujeitos e no consenso assim obtido. Apenas uma "teoria do direito", que se move dentro dos limites do ordenamento jurídico concreto, é possível. Também a justeza (**Richtigkeit**), conceito mais próximo de segurança jurídica (**Rechtssicherheit**), torna-se factível, dependente que é da estrutura do processo de argumentação.<sup>101</sup>

Habermas consegue, todavia, salvar os direitos fundamentais e, inclusive, as prestações estatais positivas para a garantia dos direitos mínimos, que se compatibilizam com o Estado de Segurança (**Sicherheitsstaat**),<sup>102</sup> posto que inexistente sistema de direitos com pureza transcendental, mas tão somente **praxis** intersubjetiva constitucionalizada e juridicização (**Verrechtlichung**) da liberdade comunicativa.<sup>103</sup>

#### IV. ESPAÇO PÚBLICO E INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO NO BRASIL

##### 10. O Conceito de espaço público

O conceito de espaço público não tem ocupado lugar de relevo na filosofia ou na sociologia do direito no Brasil. É pobre a bibliografia que denote a preocupação com o assunto.

Sem dúvida alguma contribui para esse estado de coisas a própria dificuldade de formação de um autêntico espaço público democrático entre nós. O liberalismo do século XIX e a democracia social no século XX não atingiram a sua plenitude, eis que conservaram o ranço do patrimonialismo e do corporativismo presentes no direito lusó brasileiro. Houve dificuldade na publicização das categorias jurídicas fundamentais e das garantias institucionais do Estado brasileiro. Mantiveram-se, não raro, sob o regime da privacidade e dos interesses corporativos o Judiciário, o Legislativo, o orçamento, a fiscalização, as políticas sociais e econômicas, etc.<sup>104</sup>

##### 11. Os intérpretes da Constituição

Nesse ambiente os intérpretes da Constituição são os órgãos do Estado nos quais se representam os interesses corporativos<sup>105</sup> ou que, ambigüamente, às vezes resistem às pressões dos grupos.

A doutrina, por seu turno, se limita à interpretação fechada das normas e princípios constitucionais, até porque, sendo preponderantemente positivista, é, para recorrer à expressão de Pablo Verdu, inimiga da Constituição aberta.<sup>106</sup>

Estranhamente o texto de 1988, denotando a influência das idéias comunitaristas e participativas, resolveu indicar alguns intérpretes informais da Constituição, atribuindo-lhes a legitimação para deflagrar o processo judicial. Assim ocorre:

a) no mandado de segurança coletivo, que pode ser impetrado por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros e associados (art. 5º, LXX, b);

b) no mandado de injunção, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (art. 5º, LXXI);

c) na ação popular, em que qualquer cidadão é parte legítima para postular a anulação de ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural (art. 5º, LXXIII);

d) na denúncia de irregularidades ou ilegalidade formulada por qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato ao Tribunal de Contas (art. 74, § 2º);

e) na ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos, a ser proposta pelo Ministério Público (art. 129, IV);

f) na ação de inconstitucionalidade, que pode ser proposta pelas confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional (art. 103, IX).

Sucede que todas essas ações públicas foram apropriadas pelos interesses corporativos, o que restringiu no seu próprio nascimento a possibilidade de virem a servir de instrumentos para a defesa da liberdade e da justiça. Marcelo Neves já demonstrou, excelentemente, que a importação de normas constitucionais e posições doutrinárias pelos países periféricos torna-as meramente simbólicas.<sup>107</sup>

O mandado de injunção, por exemplo, transplantado diretamente da prática judicial americana para o texto constitucional de 1988, sem nenhuma prévia experiência em solo brasileiro, ao revés de fortalecer a defesa dos direitos humanos,<sup>108</sup> foi capturado pelos interesses de funcionários das estatais e de servidores públicos em geral, em busca de isonomias salariais e manutenção de privilégios. O Supremo Tribunal Federal inviabilizou, em boa hora, o novo remédio constitucional, impedindo que se transformasse em instrumento a serviço de grupos e classes.

A ação civil pública também tem sido utilizada para a defesa de classes e até de interesses individuais. Em pesquisa realizada no foro do Rio de Janeiro, a mestrandia Maria Lúcia Sucupira Medeiros<sup>109</sup> demonstra que o Ministério Público tem se deixado sensibilizar muito mais pela defesa dos interesses da classe média relacionados com a mensalidade escolar cobrada pelos colégios particulares do que com a questão da merenda e das matrículas nos estabelecimentos do Governo, que afetam os direitos humanos dos pobres.

A mesma coisa vem ocorrendo com a denúncia de irregularidades e ilegalidades ao Tribunal de Contas. A própria Lei nº 8.443, de 16.07.92, que regulamentou o dispositivo constitucional, disse, no art. 55, que, "no resguardo dos direitos e garantias individuais, o Tribunal dará tratamento sigiloso às denúncias formuladas, até decisão definitiva sobre a matéria". O tratamento da questão é cauteloso e até preconceituoso, não se sabendo quem é o titular de tais direitos e garantias individuais - o denunciante ou o denunciado. Talvez mesmo em razão dos termos equívocos da lei, os Tribunais de Contas vêm dificultando o fornecimento de dados sobre a participação popular, privatizando a sua função de "advogado da comunidade" no espaço público democrático.<sup>110</sup>

## 12. Justiça e Direitos Humanos

As ações públicas devem resultar da participação popular, da comunidade dialógica e da sociedade aberta de intérpretes da Constituição e culminarão, necessariamente, no enfrentamento da questão da justiça e dos direitos humanos.<sup>111</sup> No Brasil, entretanto, foram acriticamente importadas em 1988, sem qualquer preocupação anterior com a problemática do espaço público; não poderiam, obviamente, levar à implementação da justiça e à garantia dos direitos humanos. De feito, certa parte da doutrina procurou associar, por exemplo, o mandado de injunção à defesa dos direitos sociais e corporativos,<sup>112</sup> o que constituiu sem dúvida um dos motivos para a inviabilização do remédio constitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

## NOTAS

1. Cf. BENHABIB, Seyla "Models of Public Space: Hannah Arendt, the Liberal Tradition and Jürgen Habermas In: CALHOUN, Craig (Ed). *Habermas and the Public Sphere*. Cambridge: The MIT Press, 1993, p.73; LADRIÈRE, Paul "Espace Public et Démocratie. Weber, Arendt, Habermas". In COTTEREAU, Alain - *Pouvoir et Légitimité. Figures de l'Espace Public*. Paris : Ed. de l'Ecole des Hautes Études en Sciences Sociales, 1992, p. 19.
2. *Theoria und Praxis. Sozialphilosophische Studien*. Frankfurt: Suhrkamp. 1974, p. 108.
3. *Strukturwandel der Öffentlichkeit. Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft*. Darmstadt: Luchterhand, 1962 (As citações seguintes referem-se à 11ª edição, de 1980).
4. *Mudança Estrutural da Esfera Pública. Investigações quanto a uma Categoria da Sociedade Burguesa*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.
5. *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, cit., p. 45.
6. *Ibid*, p. 105.
7. *Ibid*, p. 107.
8. *Ibid*, p. 273.
9. *Theorie des Kommunikativen Handelns*. Frankfurt: Suhrkamp. 1988, 2v.
10. HÖFFE, Otfried. *Kategorische Rechtsprinzipien. Ein Kontrapunkt der Moderne*. Frankfurt : Suhrkamp, 1990, refere-se à "virada kantiana" (*kantischen Wende*) no pensamento habermasiano. O próprio Habermas prefere "guinada pragmática" (cf. entrevista concedida a Sérgio Paulo Rouanet e Barbara Freitag. *Folha de São Paulo* de 30.04.95, p. 5.5).
11. *Theorie des kommunikativen Handelns*, cit, v. 2, p. 522.
12. *Ibid*, p.534.
13. *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt : Suhrkamp. 1992.
14. *Folha de São Paulo* de 30.04.95, cit, p. 5.5.
15. *Faktizität und Geltung*, cit, p.47.
16. *Ibid*, p. 18.
17. *Ibid*, p. 21.
18. HAMILTON, Alexander, JAY, John & MADISON, James. *The Federalist*. New York : The Modern Library, s/d, 67 : "Extend the sphere and you take in a greater variety of parties and interests; you make it less probable that a majority of the whole will have a common motive to invade the rights of other citizens".
19. Cf. HORWITZ, Morton J. "History and Theory". *The Yale Law Journal* 96 (8): 1831, 1987; KAHN, Paul. "Community in Contemporary Constitutional Theory". *The Yale Law Journal* 99 (1): 6, 1989. Há juristas, entretanto, que desconsideram a dicotomia liberalismo x republicanismo - FALLON, Richard. "What is Republicanism, and is it worth Reviving". *Harvard Law Review* 102 (2): 695, 1989.
20. *Social Justice in the Liberal State*. New Haven: Yale University Press, 1980, p. 4.
21. *Ibid.*, p.11.
22. *We the People. Foundations*. Cambridge: Harvard University Press, 1993, p. 236.
23. "The Storrs Lectures : Discovering the Constitution". *The Yale Law Journal* 93 (6) : 1042, 1984.
24. *Law's Empire*. Cambridge; Harvard University Press, 1986, p. 208.
25. *Ibid.*, p. 209.
26. *Ibid.*, p. 211.
27. *Ibid.*, p. 214.

28. *Ibid.*, p. 216.
29. *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985, p. 32.
30. "Verfassungstheorie ohne Naturrecht". In: FRIEDRICH, Manfred (Ed.) *Verfassung*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1978, p. 422.
31. *Ibid.*, p. 427: "Verfassung strukturiert nicht nur den Staat, sondern auch die Gesellschaft".
32. *Ibid.*, p. 442.
33. *Die Verfassung des Pluralismus. Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*. Königstein: Athenäum, 1980, 60.
34. *Loc. cit.*
35. O artigo intitulado "Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten" foi publicado na revista *Juristenzeitung* 1975, pp. 297-305, sendo posteriormente reproduzido no livro *Die Verfassung des Pluralismus. cit.*, pp. 79-105.
36. *Die Verfassung des Pluralismus, cit.*, 230.
37. *Ibid.*, 233.
38. *Ibid.*, 239: "In der freiheitlichen Demokratie ist der Bürger Verfassungsinterpret".
39. *Die Verfassung des Pluralismus, cit.*, p. 185.
40. *Ibid.*, p. 90
41. *Ibid.*, p. 181: "Todas as diferenças são de grau: por exemplo, todos os direitos fundamentais são direitos fundamentais sociais (*soziale Grundrechte*) em sentido amplo".
42. *Ibid.*, p. 169: "Estado de prestações (*Leistungsstaat*) é o Estado constituído pela Lei Fundamental, que através da organização e do processo entrega aos cidadãos e aos grupos, direta ou indiretamente, prestações que no sentido amplo se relacionam positiva e originariamente com os direitos fundamentais. O Estado de Prestações não é pensável sem a validade real dos direitos fundamentais. o Estado de prestações não é pensável sem a validade real dos direitos fundamentais".
43. *We the People. cit.*, p. 33.
44. "Discovering the Constitution", *cit.*, p. 1.045.
45. *Private Property and the Constitution*. New Haven.: Yale University Press, 1977, p. 4.
46. *We the People, cit.*, p. 160.
47. "Discovering the Constitution", *cit.*, p. 1.051.
48. *We the People, cit.*, pp. 161 e 162.
49. *Social Justice in the Liberal State, cit.*, p.475-378.
50. *We the People, cit.*, p. 137.
51. *Ibid.*, 269.
52. "Law's Republic". *The Yale Law Journal* 97 (8): 1531, 1988.
53. *Loc. cit.*
54. Cf. PAUL KAHN, *op. cit.*, n. 18, p. 35.
55. "Traces of Self-Government". *Harvard Law Review* 100 (1) : 77, 1986.
56. *Ibid.*, p.75.
57. "Law's Republic", *cit.*, p. 1536.
58. *Loc. cit.*
59. *After the Rights Revolution. Reconciving the Regulatory State*. Cambridge Harvard University Press, 1990, p.189.
60. *Ibid.*, p. 232.
61. P.KAHN, *op. cit.*, p. 42, anota a dificuldade de se conciliar a idéia de comunidade do diálogo com autoridade do Legislativo.

62. "Naked preferences and the Constitution". *Columbia Law Review* 84 (7): 1689, 1984.
63. "Beyond the Republican Revival". *The Yale Law Journal* 97 (8): 1589, 1988.
64. *The Partial Constitution*. Cambridge : Harvard University Press, 1993, p. 9.
65. "Interpreting Statutes in the Regulatory State". *Harvard Law Review* 103 (2): 409, 1989.
66. *After the Rights Revolution, cit.*, p. 231.
67. "Interpreting Statutes in the Regulatory State", *cit.*, 608.
68. *Ibid.*, p. 471.
69. *After the Rights Revolution, cit.*, p. 232.
70. "Beyond the Republican Revival", *cit.*, 1270.
71. *Law's Empire, cit.*, p. 410: "Law is an interpretive concept".
72. *Ibid.*, p. 52.
73. *Ibid.*, p. 53.
74. "Law, Philosophy and Interpretation". *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 80 (4): 473, 1994.
75. *Ibid.*, 380.
76. *Law's Empire. cit.*, p. 217.
77. *Ibid.*, p. 176.
78. *Ibid.*, p. 217.
79. *Ibid.*, p. 218.
80. *Ibid.*, p. 219.
81. *Ibid.*, p. 380.
82. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1980, p. 160.
83. *A Matter of Principle, cit.*, p. 192.
84. *Ibid.*, p. 194.
85. *Law's Empire, cit.*, p. 97.
86. *Ibid.*, p. 98.
87. É encontrada na doutrina, embora discutível, a crítica de que a concepção construtivista de igualdade em Dworkin se aproxima da teoria do direito natural, porque fundada em intuições judiciais referidas e valores pré-constitucionais - cf. HABERMAS, *Faktizität und Geltung, cit.*, p. 263; BARRY, Brian. *Theories of Justice*. Berkeley : University of California Press, 1989, p. 276.
88. *Faktizität und Geltung, cit.*, p. 310.
89. *Ibid.*, p. 244.
90. *Ibid.*, p. 246.
91. *Ibid.*, p. 247.
92. *Ibid.*, pp. 249 e seguintes.
93. *Ibid.*, p. 535.
94. *Ibid.*, 269.
95. *Ibid.*, p. 320.
96. *Ibid.*, p. 530.
97. *Ibid.*, p. 320.
98. *Ibid.*, p. 525.
99. *Vide* n. 14 e texto correspondente.
100. *Faktizität und Geltung, cit.*, p. 242.

101. *Ibid.*, p. 277.
102. *Ibid.*, p. 525.
103. *Ibid.*, pp. 161 e 163.
104. Cf. TORRES, Ricardo Lobo. **A Idéia de Liberdade no Estado Patrimonial e no Estado Fiscal**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p.150.
105. Cf. LOPES, José Reinaldo de Lima. "Crise da Norma Jurídica e a Reforma do Judiciário". In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. São Paulo: Matheus Ed., 1994, p. 91 ; "O Estado Brasileiro oficialmente não tem representação corporativa nos seus órgãos de cúpula (nos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário), mas informalmente, a sociedade brasileira funciona corporativamente. Isso tem dois resultados: de um lado distancia o país real do legal, de outro tira a transparência dos circuitos de poder".
106. **La Constitución Abierta y sus "Enemigos"**. Madrid: Universidad Complutense, 1993, p. 58 : "... entendo por "enemigos" da la Constitución abierta a doctrinas y autores a los que pasan desapercibidos los grados intermedios entre Constituciones cerradas y Constituciones abiertas porque conciben un ordenamiento constitucional pleno, completo, cerrado (positivismo clásico).
107. **Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne. Eine theoretische Betrachtung und eine Interpretation des Falls Brasilien**. Berlin: Duncker & Humblot, 1992, p.158.
108. Cf. TORRES, Ricardo Lobo. "O Mandado de Injunção e a Legalidade Financeira". **Revista de Direito Administrativo** 187 : 110 , 1992.
109. **A Ética e os Institutos Jurídicos na Educação e na Merenda Escolar**. Rio de Janeiro: mim., 1994.
110. A expressão é de SIGG, Wolfgang. **Die Stellung der Rechnungshöfe im politischen System der Bundesrepublik Deutschland**. Berlin : Duncker & Humblot, 1983, p. 27 : "Rechnungshof als Sachwalter der Allgemeinheit".
111. Cf. ROSENFELD, Michel. **Affirmative Action and Justice. A Philosophical and Constitutional Inquiry**. New Haven : Yale University Press, 1991, p. 284 : "A ação afirmativa (*affirmative action*) apenas pode ser justificada naqueles contextos sociopolíticos nos quais a adesão ao postulado da igualdade adota o ideal da igualdade de oportunidade".
112. Cf. RICARDO LOBO TORRES, "O mandado de Injunção e a Legalidade Financeira", *cit.*, p. 104.