

DEMOCRACIA *VERSUS* DIREITO

Maurício Mosena

Aluno do programa de pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade Meridional (IMED) de Passo Fundo, RS. Professor da Escola de Direito. Advogado. E-mail: mauricio.mosena@imed.edu.br.

Muriele De Conto Boscatto

Aluna do programa de pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade Meridional (IMED) de Passo Fundo, RS. Professora da Escola de Direito. Advogada. E-mail: murieledeconto@hotmail.com.

Resumo: O estudo proposto tem por objetivo verificar a consistência da teoria constitucionalista contemporânea quanto à afirmação, no fundamento teórico-conceitual da democracia, de que ela contempla um conteúdo substancial de direitos fundamentais. Para tanto, elabora-se brevemente um conceito de democracia, cingindo-o no dualismo conceitual proposto pelo constitucionalismo contemporâneo, de democracia formal e substancial. A partir disso, verifica-se, hipotético-dedutivamente, que a premissa usada pelas teorias de direitos fundamentais, nessa inserção teórico-democrática, proporciona certa inconsistência na organização do Estado, especialmente quanto à administração democrática de direitos e à legitimidade das cortes constitucionais.

Palavras-chave: Democracia. Conceito. Direitos fundamentais. Conflito.

Sumário: Introdução – **1** Um conceito de democracia – **2** Direitos fundamentais na democracia – **3** Democracia *versus* direitos fundamentais – **4** Considerações finais – Referências

Introdução

A democracia se apresenta como modelo de organização política, consequência da evolução social contemporânea. É o fundamento das decisões coletivas responsáveis pela contingência dos anseios e necessidades sociais que visem à perpetuação do contrato social. Além disso, suas premissas teóricas são o que sustenta a legitimidade da ficção-Estado no cerceamento lícito da liberdade individual.

Assim, por ocupar papel tão importante na estrutura do Estado, a discussão acerca dos fundamentos teórico-conceituais da democracia mostra-se relevante na definição e entendimento de seus limites e abrangência, especialmente após a consideração dos direitos fundamentais como estruturantes pelas filosofias jurídica e política, especialmente nas relações de poder.

O constitucionalismo contemporâneo entende que os direitos fundamentais refletem o fundamento conceitual da democracia, juntamente com suas regras procedimentais. Essa hipótese, entretanto, faz surgir o seguinte questionamento: podem os direitos fundamentais coexistir em uma mesma estrutura teórica com os princípios democráticos liberais?

Se concebida essa composição conceitual, a democracia contemporânea confirma-se como possuidora de aspectos formais e substanciais, o que acabaria redundando, entre outras hipóteses, na sobreposição dos direitos em face da democracia. Contudo, caso essa composição conceitual não seja confirmada, as referências teóricas do constitucionalismo contemporâneo acabam abaladas, pois se confirmaria a hipótese de que os direitos e a democracia contendem entre si. Assim, ao tratar do fundamento conceitual-teórico da democracia proposto pelo constitucionalismo contemporâneo, alguns argumentos que impedem uma administração democrática dos direitos acabam desequilibrados.

Por essa razão, na primeira seção do artigo serão ventiladas as premissas teóricas básicas do conceito de democracia, especialmente quanto à sua herança liberal, que ressalta um viés procedimental.

Já na segunda seção, apreciou-se a conceituação dada à democracia a partir da ótica do constitucionalismo contemporâneo, em que os direitos fundamentais estariam acoplados ao fundamento teórico-conceitual da democracia, atribuindo-lhe um conteúdo substancial.

Por fim, apoiando-se na resistência levantada por alguns teóricos quanto às modernas teorias dos direitos fundamentais, cogitou-se que algumas das premissas do constitucionalismo contemporâneo, por considerar o conteúdo substancial da democracia como válido, podem estar retirando a característica liberal de onde vem a democracia, do imutável contrato social, transportando algo tão caro à história social à contingência histórico-temporal das constituições. Nesse ponto, ainda considerou-se a repercussão do problema teórico apresentado na legitimidade das cortes constitucionais.

Desenvolver o conceito de democracia e apresentar falhas conceituais nesse sistema, no contexto contemporâneo, é empreitada a ser desenvolvida com certa cautela. A presente pesquisa, realizada por uma metodologia hipotético-dedutiva, não tem a pretensão de contestar a importância que os direitos fundamentais possuem no âmbito social, mas somente problematizar a teoria do conceito de democracia, solidificando os fundamentos que correspondam às importantes conquistas alcançadas na libertação da tirania do poder.

O fim da ciência, pois, é evitar, e não causar crises.

1 Um conceito de democracia

A democracia mostra-se como um modo de organização política para a tomada de decisões coletivas, produto da evolução cultural humana, difícil de ser substituída pelos modelos de organização que a antecedem, os quais são caracterizados pela tirania.¹ E, mesmo sendo uma escolha político-organizacional atual, já apresenta em sua história algumas crises de existência, podendo ser exemplo dessas o período entre guerras na Alemanha.²

Por “organização política para a tomada de decisões coletivas” deve-se compreender a necessidade de uma determinada sociedade criar procedimentos para decidir dentre várias hipóteses possíveis aquela que se mostra a melhor no contexto coletivo histórico. As normas jurídicas também são resultado da construção histórica dessas decisões.³

Assim, seja a criação das normas, seja a sua alteração, a utilização de procedimentos democráticos para alcançar tais decisões é uma realidade na grande maioria das nações civilizadas.⁴

Em razão de o objetivo da pesquisa aqui proposta ser a suspeita quanto à deficiência da estrutura conceitual da democracia, na forma concebida pelo constitucionalismo contemporâneo, justifica-se a análise de alguns dos fundamentos teóricos democráticos relevantes. Apesar dessa inconsistência teórica, a democracia passou a ocupar um papel importante dentro daquilo que se chama de “a evolução das nações”, a ponto de ser uma característica determinante e qualificadora da uma nação desenvolvida.⁵

A origem da democracia viaja à Grécia Antiga. Apesar disso, afirma-se que a democracia naquela época não considerava a totalidade do “demos” – povo – na esfera da “kracia” – governo. Em outras palavras, a democracia grega era, em sua prática, exclusivista, pois inadmitia grande parte da população adulta participar da vida política da cidade-Estado.⁶

Entretanto, com a criação da ficção-Estado pelo contrato social, fruto das ideias iluministas e consequência das revoluções liberais setecentistas, a democracia retorna à estrutura do poder coletivo, libertando o homem do misticismo

¹ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra 1986, p. 09-10.

² CAENEGEM, R.C. Van. *Uma Introdução Histórica ao Direito Constitucional Ocidental*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009/1995, p. 331.

³ BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. Bauru, São Paulo: Edipro, 2011, p. 25-28.

⁴ DAHL, Robert A. *A democracia e seus críticos*. São Paulo: WMT Martins Fontes, 2012, p. 339.

⁵ GHÊHENNO, Jean-Marie. *O fim da democracia*. Rio de Janeiro: Bertrand 1994, p. 20.

⁶ DAHL, Robert A. *A democracia e seus críticos*. São Paulo: WMT Martins Fontes, 2012, 32-34.

e dos ídolos do Medievo.⁷ Mas não tanto como sinônimo da liberdade quanto a necessidade fisiológica da realidade grega, mas sim como forma de autogoverno popular, que manifesta suas decisões na pessoa do Estado, este sustentado pelo processo democrático de representantes, ali postos pela autonomia moral dos cidadãos, com todas as restrições que essa qualidade tinha naquele momento histórico, a partir da soberania popular.

A democracia moderna, entretanto, é classificada pelo constitucionalismo contemporâneo a partir de dois aspectos, ou seja, de forma dualista. Para ele, é essa caracterização que dá sentido completo à democracia, onde somente a composição de ambos é capaz de dar rigor conceitual ao termo. Essa divisão concebe a democracia em um conteúdo “formal” e outro “substancial”.

Tal diferenciação pode ser definida, respectivamente, em “comportamentos universais” que autorizam as tomadas de decisões, e, na hipótese substancial, na existência de elementos que possuam “certos conteúdos inspirados em ideais característicos da tradição”.⁸

Já a distinção proposta por Ferrajoli parece melhor elucidar a ideia de interdependência de tais conteúdos, especialmente para a discussão proposta neste estudo:

São, em verdade, justamente ‘substanciais’, isto é, relativas não à ‘forma’ (ao quem e ao como), mas à ‘substância’ ou ‘conteúdo’ (ao que coisa) das decisões (ou seja, ao que não é lícito decidir ou não decidir), as normas que prescrevem - além das, e talvez contra as, contingentes vontades das maiorias - os direitos fundamentais: sejam aqueles de liberdade que impõem proibições, sejam aqueles sociais que impõem obrigações ao legislador. [...] Se, de fato, as normas formais sobre o vigor se identificam, no Estado democrático de direito, com as regras da democracia formal ou política, enquanto disciplinam as formas das decisões que asseguram a expressão da vontade da maioria, normas substanciais sobre a validade, vinculando à pena de invalidade a substância (ou o significado) das mesmas decisões em respeito aos direitos fundamentais e aos outros princípios axiológicos neles estabelecidos, correspondem às regras com as quais bem podemos caracterizar a democracia substancial.⁹

⁷ MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad*. Historia del constitucionalismo moderno. Madrid: Trotta 1998, p. 260.

⁸ BOBBIO, Norberto. Democracia. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. 11. ed. *Dicionário de política*. Brasília: Ed. UNB, 1998, p. 328.

⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 26-27.

A democracia formal aproxima-se daquilo que Bobbio denominou de “regras do jogo”,¹⁰ as quais passaram a fazer parte da maioria dos textos constitucionais modernos. A democracia formal moderna manifesta-se nas regras que definem quem pode ocupar os cargos públicos responsáveis pela manifestação das decisões coletivas. Além disso, também seriam consideradas como aspecto formal da democracia as regras que envolvem o procedimento de tomada de decisões coletivas, ou seja, os atos que, acaso presentes, legitimam a decisão tomada de forma coletiva.

Assim, pode-se verificar que na democracia formal o centro da conceituação teórica é a decisão coletiva, desde a própria escolha de representantes, partindo-se aqui da premissa de que é materialmente impossível admitir uma forma de democracia direta sem a intervenção de pares,¹¹ até a decisão alcançada pelos mesmos representantes no ofício político.

Ainda sob o aspecto formal, a democracia dispõe de regras acerca da rotatividade dos indivíduos no poder, com a determinação de um período máximo no cargo. Essa faceta da democracia, portanto, diz respeito ao momento em que “a população inteira escolhe os seus representantes, os quais, de maneira soberana, estabelecem as leis e governam o país durante um período de tempo decidido de antemão”.¹²

Ainda, pode ser considerada como o processo democrático em si, ou seja, um “conjunto de regras de procedimento para a formação de decisões coletivas”, mas que exige “respeito às instituições, exatamente porque neste respeito estão apoiadas todas as vantagens do método”, vez que os integrantes destas ali estão justamente em razão do procedimento democrático.¹³

Dessas breves considerações sobre o que se pode compreender como democracia formal, percebe-se que a justificativa de sua utilização está na soberania popular exercida pelo voto. É, pois, o procedimento que legitima e caracteriza a democracia. Mesmo que parte da população discorde quanto às deliberações tomadas em processo democrático, em razão da identificação como coletividade, essa parcela popular deverá assumir e observar as consequências da decisão coletiva. Isso tudo em razão do contrato social firmado em uma hipotética vez por toda a coletividade.

¹⁰ BOBBIO, Norberto. Democracia. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. 11. ed. *Dicionário de política*. Brasília: Ed. UNB, 1998, p. 65.

¹¹ BOBBIO, Norberto. Democracia. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. 11. ed. *Dicionário de política*. Brasília: Ed. UNB, 1998, p. 42.

¹² TODOROV, Tzvetan. *Os inimigos da democracia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 15-16.

¹³ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 12.

O teor das decisões democráticas sinaliza os próprios rumos que a sociedade escolheu seguir, a fim de satisfazer as suas próprias necessidades autorreconhecidas. E a legitimidade dessas escolhas apoia-se justamente na forma – democrática – em que elas foram alcançadas.

2 Direitos fundamentais na democracia

Há ainda o outro aspecto atribuído à democracia, denominado de “substancial”. Tal atribuição etimológica está ligada aos teóricos substancialistas, que surgem em contraposição aos procedimentalistas, após a Segunda Grande Guerra. A distinção entre tais grupos, que importa ao presente estudo, é a de que os procedimentalistas criticam a judicialização da estrutura política, enquanto que os substancialistas entendem ser papel do Judiciário dar sentido à democracia, interpretando o conteúdo das decisões políticas.

Essa atribuição de substância – materialidade – à democracia repousa na tentativa de reformular as Teorias do Estado e do Direito, dando a este um papel determinante dentro da própria política, originariamente própria do primeiro. Essa inovação pode ser bem ilustrada na seguinte afirmação de Streck:

A democratização social, fruto das políticas do Welfare State, o advento da democracia no segundo pós-guerra e a redemocratização de países que saíram de regimes autoritários/ditatoriais, trazem a lume Constituições cujos textos positivam os direitos fundamentais e sociais. Esse conjunto de fatores redefine a relação entre os Poderes do Estado, passando o Judiciário (ou os tribunais constitucionais) a fazer parte da arena política, isto porque o Welfare State lhe facultou o acesso à administração do futuro, e o constitucionalismo moderno, a partir da experiência negativa de legitimação do nazi-fascismo pela vontade da maioria, confiou à justiça constitucional a guarda da vontade geral, encerrada de modo permanente nos princípios fundamentais positivados na ordem jurídica.¹⁴

A democracia substancial afirma, assim, que os princípios democráticos regentes da organização social estão tangenciados pelos direitos fundamentais. Isso, além de não dizer respeito à forma ou à legitimidade daqueles que tomam as decisões coletivas, coloca em discussão o próprio mérito das decisões. E,

¹⁴ STRECK, Lenio L. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais no Brasil*. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Salvador, v. 8, n. 2, p. 257, 2003.

estando nas constituições a previsão desses direitos fundamentais, as decisões políticas passam a ter um filtro constitucional quanto ao seu conteúdo, o que será inevitavelmente realizado pelas cortes constitucionais.¹⁵

Essa aproximação, proposta pelo constitucionalismo contemporâneo ao conceito operacional de democracia, pode ser exemplificada com a seguinte fala de Ferrajoli:

[...] o constitucionalismo positivista ou garantista consiste em uma teoria da democracia, não apenas como uma genérica e abstrata teoria do bom governo democrático, mas sim como uma teoria da democracia *substancial*, além de *formal* [...] a garantia de novos direitos, como limites e vínculos a todos os poderes, inclusive os poderes privados, a todos os níveis normativos, inclusive os poderes privados, a todos os níveis normativos, inclusive aos níveis supranacionais e àquele internacional; a tutela dos bens fundamentais, além dos direitos fundamentais.¹⁶

Pois bem, a substancialidade ou materialidade da democracia, diferentemente das “regras do jogo” presentes na democracia formal, dizem respeito ao “conteúdo” das decisões, ou seja, que as decisões decorrentes do procedimento democrático atentem, nos seus objetos e conteúdos, às questões suscetíveis de serem acordadas. Essa limitação do conteúdo das decisões, dirá o constitucionalismo moderno pós-guerra, decorre de conquistas históricas que acabam se tornando fundamento da própria organização social, e por essa são batizados de “direitos fundamentais”, imunes à modificação pelo próprio processo democrático.

Veja-se, então, que, apesar da brevidade que o fenômeno democrático possui na história do Estado, após a Segunda Grande Guerra a única forma de seu exercício, que era a expressão democrática da vontade popular, cede lugar ao controle exercido pelas cortes constitucionais, que, ao fim e ao cabo, acabam sendo, juntamente com o “demos”, protagonistas do cenário político-democrático.

E, a partir desse prisma teórico, entende-se o Estado de Direito consolidado, ao menos na categoria democracia, com conteúdos formais e substanciais, que coexistem nos textos constitucionais, uma vez que estes são considerados o “elo contedístico que liga o político e o jurídico da sociedade”.¹⁷

¹⁵ WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 05.

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio; TRINDADE, André K. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 25.

¹⁷ STRECK, Lenio L. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais no Brasil. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Salvador, v. 8, n. 2, p. 279, 2003.

A incorporação dos direitos fundamentais na conceituação de democracia substancial demonstrou que considerar a democracia como preenchida de conteúdo material, no caso, direitos fundamentais, torna inevitável que o Poder Judiciário, sob a alegação de aferidor de dita substancialidade, julgue o conteúdo democrático de qualquer decisão coletiva, mesmo que dentro de um procedimento democrático formal. Assim procedendo, o Poder Judiciário passa a interferir no conteúdo de decisões coletivas democráticas, ainda que estas sejam irrepreensíveis a partir do seu prisma procedimental.

No caso brasileiro, por exemplo, essa realidade de intervenção do Judiciário é bem presente na teoria constitucional:

O restante da doutrina, em sua imensa maioria, continuou a entender o dilema constitucional brasileiro dentro dos tradicionais parâmetros da dicotomia Constituição x realidade, mantendo uma visão extremamente otimista, para não dizer ingênua, do Poder Judiciário como a grande esperança na concretização da Constituição de 1988.¹⁸

A realidade brasileira somente é ilustrativa vez que esse “poder constitucional” do Judiciário também é demonstrado por Fioravanti na realidade europeia:

[...] los regímenes políticos europeos de la segunda mitad de siglo XX intentaban ser, también bajo este perfil, ‘democracias constitucionales’, es decir, democracias dotadas de una precisa identidad por estar dotadas de una constitución en la que se encuentran expresados los principios fundamentales que caracterizaban al mismo régimen político (2001, p. 160).

Esse aspecto substancial da democracia, portanto, também já recebeu nomenclatura de “democracia constitucional”. Mas isso também é visto com certa incongruência pela tradição moderna. Isso porque as constituições, nascidas a partir do poder constituinte, “fundadas sobre el principio de la soberanía popular”, acabam sendo colocadas acima do próprio legislador. Segundo essa tradição histórica, ou se está ao lado da soberania popular, ou ao lado da Constituição.¹⁹

Portanto, a partir dessa concepção do constitucionalismo, evidente é a composição da substancialidade dos direitos fundamentais ao conceito operacional

¹⁸ BERCOVICI, Gilberto. A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição. In: BERCOVICI, Gilberto. *Teoria da constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 77.

¹⁹ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución*. De la Antigüedad a nuestros días. Madrid: Trotta, 2001, p. 161.

de democracia, permitindo, assim, que tais direitos coexistam com o processo formal democrático.

3 Democracia *versus* direitos fundamentais

Existem posições contemporâneas que enxergam como problemática e defeituosa a equiparação dos direitos fundamentais como definição e filtro da matéria democrática caracterizadora da democracia substancial. Desse modo, rejeitam essa ideia de coexistência de direitos na definição da democracia.

A crítica, entretanto, não diz respeito aos direitos que são conteúdo das “regras do jogo”. Essas, apesar de também possuírem conteúdo, não são as que caracterizam a democracia substancial.

Como visto, o conteúdo que é objeto da democracia substancial diz respeito ao teor da decisão coletiva, ou seja, não está nos conteúdos anteriores à tomada da decisão, mas somente depois.

A crítica dessa premissa democrática substancialista reside na impossibilidade de promover a “administração democrática dos direitos”, expressão esta cunhada por Anna Pintore em artigo denominado “Los derechos insaciables”. Adiante, alguns dos argumentos dessa autora italiana.

Para Pintore, por princípio democrático deve-se compreender especialmente a forma democrática, ou seja, as “regras do jogo”, característica própria do autogoverno. Por outro lado, o conteúdo das decisões coletivas seria um problema próprio do Estado de Direito. Partindo dessa premissa, entender os direitos fundamentais, formadores do Estado de Direito, como equivalentes à suposta democracia substancial equivale a “otorgar una solución ‘semántica’ a un problema ‘normativo’”, em que, na verdade, o que caracteriza a relação entre o Estado de Direito e o princípio democrático é a existência de tensões, e não de complementaridade.²⁰

Pintore observa, ainda que isso não queira dizer que um não pode prevalecer sobre o outro, ou seja, que por vezes o direito fundamental prevalecerá sobre a decisão coletiva obtida em processo democrático. Sua indignação reside, entretanto, naquilo que chamou de “infidelidad a la definición lexicográfica” de democracia, que resulta na imposição daquilo que chamou de “‘definitional stop’ a la discusión”.²¹

²⁰ PINTORE, Anna. Derechos Insaciables. In: CABO, Antonio de; PISARELLO, Gerardo. *Colección Estructuras e Procesos*. Madrid: Trotta, 2001, p. 249-250.

²¹ PINTORE, Anna. Derechos Insaciables. In: CABO, Antonio de; PISARELLO, Gerardo. *Colección Estructuras e Procesos*. Madrid: Trotta, 2001, p. 151.

Ou seja, se em sua concepção os direitos e a democracia na grande maioria das vezes são conflitantes, haverá em grande parte das vezes que se dar uma prevalência de um sobre o outro. Vê-se, portanto, que grande parte de seu argumento repousa na tradição histórica da modernidade.²²

E, de fato, não se pode negar certa coerência em seu argumento. Caso contrário, como se poderia operar a dinâmica dos direitos no tempo se o fundamento histórico-cultural do homem sempre se altera e, por conseguinte, o direito o acompanha?

Apesar disso, o constitucionalismo contemporâneo defende a possibilidade de integração dos direitos ao princípio democrático:

En la fórmula contemporanea de la 'democracia constitucional' parece estar contenida la aspiración a un 'justo equilibrio' entre el principio democrático, dotado de valor constitucional a través de las instituciones de la democracia política y el mismo papel del legislador y del gobierno, y la Idea – ínsita en toda la tradición constitucionalista – de los 'límites de la política' a fijar mediante la fuerza normativa de la constitución y, en particular, a través del control de constitucionalidad siempre más determinante en el ámbito de las democracias modernas.²³

Veja-se, pois, que a definição dessa substancialidade democrática no conteúdo das decisões coletivas se dá pela via interpretativa, pelas cortes constitucionais, em sede de controle de constitucionalidade.

Mas não somente isso. Pintore também se insurge contra a ideia de que as constituições equivalem ao contrato social. Tal construção do constitucionalismo contemporâneo ganha relevo na presente discussão dentro da premissa lançada, basicamente, nos seguintes termos: tanto o aspecto formal quanto o aspecto substancial têm sua previsão normativa dentro da própria Constituição.

Exemplificando essa posição, cita-se Cambi:

As Constituições modernas, como expressão do contrato social, representam a 'grande metáfora da democracia constitucional', buscando solucionar a 'democracia política ou formal' [...] com a 'democracia substancial' [...]. Por isto, a democracia constitucional não é apenas uma forma de governo, fundada no poder do povo ou mesmo um método para a tomada de decisões coletivas, marcado

²² FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución*. De la Antigüedad a nuestros días. Madrid: Trotta, 2001, p. 161.

²³ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución*. De la Antigüedad a nuestros días. Madrid: Trotta, 2001, p. 162.

por limitações substanciais ao exercício do poder, pela maioria. É também um ideal igualitário, não podendo a democracia, em sentido formal, ser separada da democracia substancial.²⁴

Ocorre que essa postura equiparativa desconsidera algumas diferenças invencíveis entre constituição e contrato social. A primeira, afirma Pintore, diz respeito à impossibilidade de confundir soberania popular com o caráter democrático do poder. Sustenta, nesse ponto, o fato de o contrato social ser resultado da soberania popular, exercida de uma vez por todas, situação contratual essa que ostenta uma natureza imutável.²⁵ E, de fato, após a realização do contrato social, não se concebeu mais sua abolição.

Entretanto, diferente é a estrutura das constituições, que, apesar de geralmente ostentarem rigidez para sua alteração, são frutos do autogoverno que é exercido ininterruptamente na história, contingente de um momento histórico específico.²⁶ Exemplo desse movimento cambiante seriam as próprias constituições brasileiras, mais de seis em menos de cem anos, ou ainda as constituições francesas de 1946 e de 1958, com tão pouco tempo de distância entre si.²⁷

A autora belga atribui essa confusão teórica ou estrutural à equiparação equivocada entre “ordem política” e “ordem social”:

De esta forma, equipara el momento fundacional de un concreto y contingente orden político con el momento en que se tiene su origen el orden social, que el contractualismo moderno nos impone buscar ‘a parte populi’. De esta forma, traslada al primero tres características que, por el contrario, pertenecen exclusivamente al segundo: la ‘inevitabilidad’, la ‘unanimidad’ y la ‘irreversibilidad’.²⁸

Como se pode verificar, apesar de para alguns (FERRAJOLI, STRECK, CAMBI) os direitos não necessariamente colidirem com os princípios democráticos liberais – nesse artigo tidos como “formais” –, para outros (Pintore) há uma necessária tensão entre eles, o que torna o discurso quanto à coexistência pacífica entre eles uma impossibilidade.

²⁴ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais 2011, p. 30-31.

²⁵ PINTORE, Anna. *Derechos Insaciables*. In: CABO, Antonio de; PISARELLO, Gerardo. *Colección Estructuras e Procesos*. Madrid: Trotta, 2001, p. 155.

²⁶ PINTORE, Anna. *Derechos Insaciables*. In: CABO, Antonio de; PISARELLO, Gerardo. *Colección Estructuras e Procesos*. Madrid: Trotta, 2001, p. 156.

²⁷ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución*. De la Antigüedad a nuestros días. Madrid: Trotta, 2001, p. 158.

²⁸ PINTORE, Anna. *Derechos Insaciables*. In: CABO, Antonio de; PISARELLO, Gerardo. *Colección Estructuras e Procesos*. Madrid: Trotta, 2001, p. 156.

E, apesar dessa posição teórica não ser comumente debatida na correlação entre o direito e a democracia, entre substância e forma, crê-se que referida tensão redunde em questões determinantes para o sistema decisório de um Estado.

Isso porque a aferição do preenchimento ou não do conteúdo democrático (substancial) pelos direitos fundamentais previstos nas constituições, nas decisões coletivas tomadas no procedimento democrático (formal), dependerá em última *ratio* da chancela das respectivas cortes constitucionais. E esse problema não é novidade, nem sequer para os constitucionalistas, como observa Fioravanti, quanto ao suposto equilíbrio entre direito e democracia que afirma existir e prevalecer:

[...] por haber sido alcanzado en tiempos recientes y porque, en suma, carece de una larga tradición a la que referirse, es sin embargo inevitablemente inestable y está sometido a tensiones de distinto género. La primera de ellas, la única que puede ser mencionada aquí como conclusión, afecta a la relación entre los sujetos protagonistas de este equilibrio: los sujetos de la política democrática, el parlamento, los gobiernos y los partidos, por una parte, y los sujetos de la garantía jurisdiccional, los jueces y en particular los Tribunales constitucionales, por otra.²⁹

A discussão estabelecida dentro desse estudo, de necessidade de preenchimento do sentido da democracia com direitos fundamentais, ou a impossibilidade da ofensa destes pela decisão coletiva democraticamente tomada, surpreende em nações cujo costume jurídico seja o *civil law*, pois quanto àqueles de *common law* o controle de constitucionalidade promovido pelas cortes constitucionais já desempenha, desde longa data, sua influência e, porque não dizer, seu protagonismo no cenário político.

Essa realidade de democracia jurídico-política é veementemente criticada por Waldron:

Pois o fato é que, embora o positivismo jurídico tenha tradicionalmente dado lugar de distinção à legislação como base do direito, os positivistas modernos estão muito menos interessados nisso do que no processo pelo qual o direito é desenvolvido nos tribunais. Eles sustentam a visão tradicional de que o direito é definido positivamente em função da sua fonte institucional [...], mas as instituições em que se concentram são os tribunais, não as legislaturas.³⁰

²⁹ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución*. De la Antigüedad a nuestros días. Madrid: Trotta, 2001, p. 164.

³⁰ WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 18.

Dessa forma, considerar que o exercício democrático sempre deverá complementar um aspecto formal e ou substancial, sendo que nestes estão inseridos os direitos fundamentais, conduz à possibilidade de essa aferição de conteúdo, necessariamente exercida pelas cortes constitucionais, esvaziar o próprio sentido da democracia historicamente estabelecido.

Dahl, ao defender sua teoria como modelo de organização política mais desenvolvida em relação ao ideal democrático, caracteriza a “poliarquia” a partir de elementos basicamente formais. Para ele, as instituições que tornam seu modelo de governo poliárquico real são: a necessidade de eleição para ocupar cargos públicos; a eleição deve ser livre e justa, sem a presença de coerção e com considerável frequência; sufrágio inclusivo, dando a todos os adultos o direito de votar; o direito de concorrer a cargos públicos, ainda que a idade mínima para ser eleito seja maior que para votar; a liberdade de expressar a opinião, especialmente para criticar funcionários, ideologias dominantes e o governo; a possibilidade de buscar informação em locais alternativos; e a liberdade de existirem associações e organizações independentes, inclusive de partidos políticos.³¹

Como se pode observar, os pressupostos básicos que o autor elenca como ideais para a promoção do ideal democrático dizem mais respeito àquilo que o constitucionalismo contemporâneo considera como aspecto formal de democracia.

Observe-se que a teoria de Dahl não adentra nos conteúdos “das” decisões coletivas, mas nos conteúdos das “regras do jogo”, ou seja, àquelas que dizem respeito a “quem” cabe e “como” ocorre a decisão coletiva. E a constatação a que o autor chega ao observar de forma analítica que nos países que mais se aproximam da poliarquia há uma nítida expansão dos direitos individuais.³²

Portanto, não seria à toa que Pintore, ao criticar a teoria dos direitos fundamentais de Ferrajoli, especificamente quanto à sua autoexecutividade, afirma que a ideia de preenchimento de lacunas deontológicas das normas jurídicas, pela via interpretativa, resulta na própria atribuição de conteúdo ao direito, usurpando, assim, um papel próprio da esfera política.³³ Aqui, pois, compreende-se que é justamente esse movimento que as cortes constitucionais fazem ao verificar a existência/ofensa de direitos fundamentais, ou seja, do respeito à democracia substancial, nas decisões advindas do processo democrático (formal).

Essas considerações conduzem a uma dúvida quanto à teoria conceitual da democracia na sociedade contemporânea, além de um questionamento quanto

³¹ DAHL, Robert A. *A democracia e seus críticos*. São Paulo: WMT Martins Fontes, 2012, p. 350-351.

³² DAHL, Robert A. *A democracia e seus críticos*. São Paulo: WMT Martins Fontes, 2012, p. 349.

³³ PINTORE, Anna. Derechos Insaciables. In: CABO, Antonio de; PISARELLO, Gerardo. *Colección Estructuras e Procesos*. Madrid: Trotta, 2001, p. 263.

aos limites e atribuições democráticas das cortes constitucionais. Por óbvio, entende-se a preocupação das teorias política e do direito no pós-guerra, passando a verificar materialmente a constitucionalidade dos atos coletivos deliberativos. Contudo, apesar de uma alternativa histórica ter alcançado certo êxito, não significa que referida solução exalte o princípio democrático.

Da mesma forma que a supervalorização do processo político-democrático formal acabou redundando em práticas nefastas presenciadas pelo mundo inteiro, como o “decreto para a protecção do povo e do Estado” ou a “Lei de plenos poderes” alemães, ambas de 1933, editadas sob o pálio do art. 48 da Constituição do Reich,³⁴ há também as penas de morte juridicamente lícitas em diversos Estados estadunidenses.

Assim, ainda que a elevação dos direitos fundamentais a patamar mais alto na organização política e jurídica da sociedade tenha sido importante para a renovação da expectativa de paz no fim do século XX, ninguém desejaria a institucionalização de tribunais de exceção.

E como conclui Pintore, a supervalorização dos direitos em razão do procedimento democrático promove “cierta disonancia pragmática entre esta perentoria exaltación de los derechos y su exclusión de la esfera de la autonomía moral y, por tanto, política de sus titulares”.³⁵

Portanto, diante das interrogações lançadas na presente pesquisa, talvez seja o momento histórico de debater essa diferença conceitual entre os direitos e a democracia, especialmente diante do protagonismo político das cortes constitucionais, pois, como disse Waldron, o direito caracteriza-se pela sua humanidade explícita, datada e revogável, o que não se pode afirmar das decisões judiciais.³⁶

4 Considerações finais

A conceituação da democracia, a partir da ótica constitucional contemporânea, mostra-se de certa forma dissonante da herança liberal que lhe deu origem. Esse potencial problema tem sua raiz na inserção teórica praticada pelo constitucionalismo no fundamento conceitual da democracia, ao introduzir a materialidade dos direitos fundamentais como condição de validade do teor das decisões

³⁴ CAENEGEM, R.C. Van. *Uma Introdução Histórica ao Direito Constitucional Ocidental*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 331.

³⁵ PINTORE, Anna. *Derechos Insaciables*. In: CABO, Antonio de; PISARELLO, Gerardo. *Colección Estructuras e Procesos*. Madrid: Trotta, 2001, p. 265.

³⁶ WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 29.

políticas, ainda que estas obedeçam ao procedimento democrático previamente estabelecido.

A democracia, como modelo de organização política e social, tem sua justificativa de existência na necessidade da coletividade de tomar decisões diante de necessidades e de problemas que afetam a sociedade de uma forma geral. Como os integrantes dessa sociedade possuem pontos de vista diferentes quanto aos fatos da vida, a tomada dessas decisões a partir de um procedimento democrático faz com que a sociedade aceite a decisão alcançada, mesmo que parte dessa população não concorde com a decisão referida.

Entretanto, entende o constitucionalismo contemporâneo que a democracia possui, em sua definição teórico-conceitual, dois aspectos. O de ordem formal, que consiste no procedimento democrático em si, envolve os atores responsáveis pelo protagonismo das decisões, ou seja, “quem” decide. Mas também as fases determinadas previamente que legitimam a decisão coletiva tomada, logo, de “como” chegou-se à referida decisão. Nesse aspecto, pois, tem-se como premissa a necessidade de representação em razão da densidade demográfica, razão por que as eleições servem para eleger “quem” tomará as decisões coletivas.

O outro aspecto da democracia, proposto pelo constitucionalismo contemporâneo, é o substancial, que diz respeito a “o quê” pode ou não pode ser objeto da decisão coletiva tomada. Essa substancialidade surge da premissa de que as decisões coletivas tomadas por um processo democrático não são ainda democráticas se não observarem quanto ao seu conteúdo os direitos fundamentais. Assim, se a decisão coletiva deve observar essa substancialidade, a conclusão do constitucionalismo é de que a democracia caracteriza-se por uma formalidade e também por um conteúdo. Logo, nessa hipótese, há um “input” de direitos no fundamento conceitual-teórico da democracia.

Entretanto, essa composição conceitual não é unânime. Apesar de reconhecer-se a importância dos direitos fundamentais para a evolução social e para o respeito da dignidade humana, essa integração teórica no conceito de democracia mostra-se logicamente incoerente para alguns autores que podem ser caracterizados como procedimentalistas.

O argumento que critica o conceito de democracia proposto pelo constitucionalismo contemporâneo diferencia contrato social, fundamento da ordem social e constituição, base da ordem política do Estado. Isso porque, nessa crítica, não se concebe o princípio democrático sendo sempre cooperante aos direitos, mas em grande parte colidente. E, diante dessa tensão, por vezes um prevalecerá sobre o outro.

Além disso, discorda da concepção substancial de democracia em seu conceito em razão de os direitos serem mutáveis, adequando-se às alterações sociais, o que se dá justamente a partir de um processo democrático. Assim, não

haveria lógica de tais direitos serem condição para a validade da democracia se ela mesma tem como uma de suas atribuições promover a alteração desses direitos conforme a realidade histórica da sociedade.

Ademais, a crítica movida contra a substancialidade democrática também atribui ao equívoco teórico a supervalorização das cortes constitucionais no Estado de Direito, as quais acabam exercendo um poder maior que as demais esferas de poder, ou seja, ofendendo a historicidade da democracia, fundada na soberania popular. Outro problema seria a consideração desses direitos como autoexecutivos, com atribuição de conteúdo por via interpretativa, o que resulta na usurpação da função política, esta sim responsável pela atribuição de conteúdo aos direitos.

É essencial para uma nação que se diz sob o regime de Estado Democrático de Direito discutir a matéria que legitima sua forma de Estado. O objetivo do presente artigo foi problematizar a discussão quanto ao fundamento teórico-conceitual de democracia, possibilitando-se a abertura de horizontes para que o tema seja pauta nos mais diversos ambientes jurídicos.

Relativizar um conceito histórico pode redundar na impressão de um Estado em que a administração de direitos não tem lugar, o que esvazia o sentido da ordem política construída e eleita como forma de organização social.

Portanto, pode-se arriscar que a teoria do constitucionalismo contemporâneo não possui uma base tão sólida quanto aparenta seu discurso, ao menos do ponto de vista democrático, vez que o acoplamento dos direitos fundamentais no conceito de democracia não guarda sintonia com a origem histórica que lhes dá origem, o que pode tornar o Estado de direito e seu modelo político insustentáveis, seja pela impossibilidade de promover a administração democrática dos direitos, seja pela ilegitimidade das cortes constitucionais no preenchimento do conteúdo dos direitos.

Democracy versus law

Abstract: The proposed study aims to verify the consistency of nowadays constitutionalist theory regarding the existence, in democracy's theoretical-conceptual fundament, of the affirmation that it contemplates a substantial content of fundamental rights. Aiming to do so, it's been succinctly built a democracy concept, making it to be one with the conceptual dualism proposed by nowadays constitutionalism, formal and substantial democracy. Following that, it's been verified, hypothetical-deductively, that the premise used by the fundamental rights theory, in this democratic insertion, provides some level of inconsistency in the State's organization, especially regarding the democratic administration of rights and the legitimacy of the constitutional courts.

Keywords: Democracy. Concept. Fundamental Rights. Conflict.

Contents: Introduction – **1** A concept of democracy – **2** Fundamental rights in the democracy – **3** Democracy versus fundamental rights – **4** Final considerations – References

Referências

BERCOVICI, Gilberto. A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição. In: BERCOVICI, Gilberto. *Teoria da constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Traduzido por Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. Título original: *Il futuro della democrazia. Una difesa delle regole di gioco*.

_____. Democracia. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Tradução de Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônico, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. 11. ed. Brasília: Ed. UNB, 1998. Título do original: *Dizionario di politica*.

_____. *Teoria da Norma Jurídica*. Bauru, SP: Edipro, 2011. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Airani Bueno Sudatti. Título original: *Teoria della norma giuridica*.

CAENEGEM, R.C. Van. *Uma Introdução Histórica ao Direito Constitucional Ocidental*. Tradução de Alexandre Vaz Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. Título original: *An Historical Introduction to Western Constitutional Law*.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessoalismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DAHL, Robert A. *A democracia e seus críticos*. Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: WMT Martins Fontes, 2012. Título original: *Democracy and us critics*.

FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Tradução de Alexandre Salim e outros. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. Tradução de André Karam Trindade. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio; TRINDADE, André K. *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución*. De la Antigüedad a nuestros días. Tradução de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001.

GHÉHENNO, Jean-Marie. *O fim da democracia*. Tradução de Howard Johnson e Amaury Temporal. Rio de Janeiro: Bertrand, 1994. Título do original: *La fin de la démocratie*.

MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad*. Historia del constitucionalismo moderno. Tradução de Francisco J. A. Roig e Manuel M. Neira. Madrid: Trotta, 1998. Título do original: *Organizzazione del potere e libertà. Storia del costituzionalismo moderno*.

STRECK, Lenio L. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais no Brasil*. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Salvador, v. 8, n. 2, p. 257-301, 2003.

PINTORE, Anna. *Derechos Insaciables*. In: CABO, Antonio de; PISARELLO, Gerardo. *Colección Estructuras e Procesos*. Madrid: Trotta, 2001.

TODOROV, Tzvetan. *Os inimigos da democracia*. Tradução de Joana Angélica d'Avila Melo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. Título original: Les ennemis intimes de la démocratie.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Título original: The dignity of legislation.

Recebido em: 18.08.2015

Pareceres: 24.05.2016 e 05.08.2016

Aprovado em: 12.07.2016

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MOSENA, Maurício; BOSCATTO, Muriele de Conto. Democracia *versus* Direito. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 10, n. 34, p. 133-150, jan./jun. 2016.
