

O DUALISMO ENTRE DEMOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO E AS DECISÕES CONTRAMAJORITÁRIAS

EL DUALISMO ENTRE LA DEMOCRACIA Y LAS DECISIONES Y CONTRAMAJORITÁRIAS CONSTITUCIONALISMO

Caroline Ferri¹

SUMÁRIO: Introdução; 1 A complexa relação entre democracia e constitucionalismo; 2 O poder constituinte como um elemento de tensão entre democracia constitucional e poder soberano; Considerações finais: a democracia contramajoritária; Referências das fontes citadas.

RESUMO

o povo, como elemento essencial nas democracias, tem, pela própria definição desta, o poder de decisão nos Estados. Entretanto, a teoria do constitucionalismo impõe limites à soberania popular. Assim, harmonizar tais concepções é tarefa complexa, essencialmente quando se observa a tese da democracia contramajoritária, que impõe limites que nem o povo participativo pode ultrapassar.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia; Poder Soberano; Constitucionalismo.

RESUMEN

El pueblo, como elemento fundamental en las democracias, tiene por su propia definición, el poder de decisión en los Estados. No obstante, la teoría del constitucionalismo le impone límites a la soberanía popular. Consecuentemente, armonizar estos conceptos se torna difícil, especialmente cuando se analiza la tesis de la democracia contramayoritaria, la cual impone límites que el pueblo participativo no puede traspasar.

PALABRAS CLAVE: Democracia; Poder Soberano; Constitucionalismo.

¹ Doutora e mestre em direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Caxias do Sul (UCS).

INTRODUÇÃO

As teorias democráticas contemporâneas se constituem a partir dos elementos que pressupõe a despersonalização do soberano e o conseqüente vazio do poder. Tais teorias, ao fazerem uso do povo como elemento central na constituição do poder, mitigam o conceito de liberdade enquanto participação popular (característico da antiguidade) em prol da liberdade individual (que inclui a própria escolha de não participar) como forma de mascarar o próprio paradoxo da soberania, mantendo assim viva a ideia de que na democracia o poder pertence ao povo.

Nessa esfera, as democracias tem como seu elemento constitutivo a ideia de que o povo, por ser o portador do poder soberano, detém o poder decisório do Estado. A democracia, como governo do povo, tão somente se legitimaria quando este povo fosse respeitado em suas designações e vontades. O que significa afirmar, em certo sentido, que a vontade do povo estaria acima de qualquer determinação política estatal. O povo é soberano e o Estado deve seguir a sua vontade.

Por sua vez, a teoria do constitucionalismo, ao assumir a característica de que há algumas regras que nem o povo soberano pode alterar, impõe certos limites ao conceito de soberania popular. Certas regras constitucionais, mesmo que venham a desagradar o povo como um todo não poderiam ser modificadas. A constituição, portanto, é soberana, o que traz limites ao conceito soberano do povo.

Tal é a dicotomia apresentada neste artigo: por um lado a soberania absoluta do povo e por outro o poder limitador das constituições. A democracia, nesta configuração teórica, necessita abarcar em si a característica contramajoritária, ou seja, a existência de limites que o povo, ainda que soberano, não pode ultrapassar.

2 A COMPLEXA RELAÇÃO ENTRE DEMOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO

Dentre as relações existentes entre poder, soberania e povo, coloca-se como um elemento “intermediário” a questão da constituição. Inicialmente designada como uma lei máxima de um Estado é dita como fruto do poder constituinte do povo, sendo assim, um conjunto de regras que limitam a ação dos representantes populares, dado que suas ações não podem contrariar aquilo que o texto constitucional apresenta.

A constituição, em razão desse conceito, é um elemento essencial do regime jurídico, seja em termos jurídicos quanto políticos. Jurídicos porque estabelece os limites de atuação legislativa dos representantes, define o que pode e o que não pode ser legislado, independente de condições majoritárias do povo. A constituição jurídica, então, define os contornos legais do Estado, quer sejam os presentes quer sejam os futuros. Ao dizer aquilo que não se pode modificar (as cláusulas pétreas) estabelece limites sobre os quais o povo, por meio de representantes, não pode ultrapassar, salvo na condição de criação de uma constituição inteiramente nova.

Esta estrutura define um paradoxo entre democracia e constitucionalismo. A democracia, enquanto governo do povo, indica que este poderia, dado sua condição soberana, decidir sobre qualquer assunto dentro do Estado. Já o constitucionalismo, ao assegurar a supremacia da constituição, estabelece as possibilidades limitadas de modificação dessa. Isto indica, portanto, que a relação entre democracia e constitucionalismo, longe de ser tranquila, comporta uma dicotomia essencial e, em certa medida, intransponível.

A democracia, por sua ideia principal, corresponde a perspectiva de que o povo, por ser o verdadeiro soberano democrático, vem a decidir todas as questões políticas significativas do Estado. Isso significa, também, que ele decide a totalidade das questões referentes à constituição, o que ela define e o que ela não define. Já o constitucionalismo, por ter a constituição como sendo o

FERRI, Caroline. O dualismo entre democracia e constitucionalismo e as decisões contramajoritárias. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.1, 1º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

elemento significativo e superior do Estado, tem em sua essência a imposição de limites à estrutura da soberania popular.

A constituição, a despeito de ser uma manifestação dessa soberania popular e do poder constituinte, se coloca como limitador de seus próprios elementos criadores. A conjugação, portanto, entre constitucionalismo e democracia remete a uma relação entre soberania popular e poder constituinte, refletindo, assim, a condição paradoxal entre democracia e constituição. Tal paradoxo, nas palavras de Milchman

“Democracy” appears to mean something like this: Popular political self-government – the people of a country deciding for themselves the contents (especially, one would think, the most fateful and fundamental contents) of the laws that organize and regulate their political association. “Constitutionalism” appears to mean something like this: The containment of popular political decision-making by a basic law, the Constitution – a “law of lawmaking,” we shall sometimes call it – designed to control which further laws can be made, by whom, and by what procedures. It is, of course, an essential part of the notion of constitutionalism that the basic law must be untouchable by the majoritarian politics it is meant to contain. (If ordinary political majorities could fiddle with it, it wouldn’t be doing its job of containment.)²

Dessa forma, harmonizar as concepções de democracia e constitucionalismo é uma tarefa complexa, dado o próprio conteúdo de seus conceitos. Democracia, a despeito dos múltiplos conceitos dados pelos mais distintos autores, significa a condição do povo decidir questões politicamente relevantes do Estado, ou seja, os seus cidadãos têm o poder último de dar os rumos da esfera estatal. Em

² MICHELMAN, Frank I. **Bennan and democracy**. New Jersey: Princeton University Press, 1999, p. 5-6.

FERRI, Caroline. O dualismo entre democracia e constitucionalismo e as decisões contramajoritárias. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.1, 1º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

última análise, isso corresponde a ter o poder de decisão sobre o conteúdo da constituição, ou seja, é o povo quem determina quais são as normas e as extensões dessas que organizam as instituições político governamentais e definem os limites dos poderes do Estado.

Já o constitucionalismo representa a existência de limitações às perspectivas da soberania popular. Significa, portanto, que nele se tem expressas a existência de limitações quanto a certos conteúdos do texto constitucional que devem permanecer fora do alcance de toda e qualquer decisão de cunho majoritário ou de qualquer deliberação de ordem democrática. Por um lado se tem a condição do povo soberano decidir sobre a totalidade dos temas do Estado, e por outro a existência de limites, de espaços nos quais estas decisões não podem ocorrer, tampouco ultrapassar. Tem-se, assim, a configuração de um paradoxo inevitável entre democracia e constituição.

3 O PODER CONSTITUINTE COMO UM ELEMENTO DE TENSÃO ENTRE DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL E PODER SOBERANO

Este embate entre democracia e constituição tem como pano de fundo outra discussão tão significativa quanto ela, cujos reflexos modificam sua estrutura e conteúdo. Trata-se da tensa relação existente entre soberania e poder constituinte. Isso se deve ao fato de que a estrutura moderna e contemporânea da soberania a caracteriza como sendo essencialmente popular. Dessa forma, o povo, por ser o soberano, tem a função essencial de promover a sua própria legislação, ou seja, criar a ordem normativa que irá reger a si mesmo, individual e coletivamente, na forma de uma constituição.

Trata-se daquilo que foi por Ferrajoli denominado como "*l'auto-nomia*, ossia la liberta positiva consistente nel 'governarsi da sé' e 'nel non far dipendere da altri

che da se stessi la regolamentazione della propria condota”³. O povo, então, impõe a si mesmo normas que devem por todos ser respeitadas. Entretanto, uma vez estabelecida a constituição, esta possuirá um núcleo tal que não poderá ser modificado, quer indefinidamente, salvo por um completamente novo texto constitucional, quer somente em suas parte somente por intermédio de um quorum específico de votação. A preservação da ordem jurídica estabelecida, portanto, exige que, por ser uma manifestação da soberania popular e do poder constituinte do povo, seja a constituição do Estado conservada.

Tal debate sobre a dicotomia entre poder soberano e constitucionalismo adquiriu grande força com o advento das revoluções modernas, ou seja, a revolução americana e a revolução francesa. Nestas o poder constituinte, o poder do povo de dar a si mesmo uma constituição e, conseqüentemente, um sistema normativo, ganhou contornos claros. Segundo Fioravanti

Se trata, en pocas palabras, del *poder* constituyente que los colonos americanos ejercieron primero en 1776, co la finalidad de declarar su independencia de la madre patria inglesa y, después, en los años siguientes, con la finalidad de poner en vigor las constituciones de los distintos Estados y la Constitución federal de 1787. Poder constituyente que los mismos revolucionarios franceses ejercitaron a partir de 1789, con la finalidad de destruir las instituciones del antiguo régimen y de generar una nueva forma política.⁴

Tal perspectiva de constitucionalismo enquanto uma teoria política insurgente pode ser vislumbrada como um conjunto de teses que procuram, em certa medida, recuperar, no âmago das constituições modernas, os aspectos de limites e garantias que uma constituição rígida criada pelo poder popular pode estipular. A relação entre constituição e democracia, entre soberania e poder constituinte

³ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: teoria del diritto e della democrazia. Roma: Editori Laterza, vol 2. (Teoria della democrazia), 2007, p. 5.

⁴ FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucion**: de la antigüidad a nuestros días. Trad. Manuel Martínez Neira. Editorial Trotta, 2001, p. 103.

estava cada vez mais evidenciada, assim como as suas tensões. Em razão disso, cada vez mais os Estados e os representantes populares buscam alternativas para que, se o povo não possui uma soberania absoluta, em razão das limitações da constituição, possa ter mecanismos para manifestação de suas vontades que ultrapassem a questão eletiva de representantes políticos.

As teorias primeiras da soberania moderna, então, definiam certa necessidade de ser o poder político personificado a partir de uma ordem unitária. A partir do século XVIII a idéia de soberania do povo sofreu certas alterações. Para Montesquieu, o termo povo representa uma estrutura de menoridade, um grupo merecedor de toda desconfiança, a despeito de suas capacidades.

O povo é admirável para escolher aqueles a quem deve confiar parte de sua autoridade. [...] Sabe que um juiz é assíduo, que muita gente sai de seu tribunal satisfeita com ele, que não se pode corrompê-lo: isso é suficiente para que eleja um pretor. Se está impressionado com a magnificência ou com as riquezas de um cidadão, isso é suficiente para que possa escolher um edil. Todas essas coisas são fatos que o povo aprende melhor na praça pública do que um monarca em seu palácio. Entretanto, saberá o povo dirigir um negócio, conhecer os lugares, as ocasiões, os momentos e aproveitá-los? Não: não saberá.⁵

Estas perspectivas acerca do povo foram modificadas na modernidade. O termo povo deixou de ser um elemento de incerteza e suspeição e passou a ser utilizado como uma espécie de corpo político, isto é, um grupo de cidadãos onde cada um de seus membros é reconhecido como sendo dotado de características e faculdades políticas que lhe permitem decidir as questões inerentes à organização e estrutura do Estado.

⁵ MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. 1 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1973. (Coleção os pensadores), p. 40.

Aqui o debate que as Revoluções Americana e Francesa trouxeram se torna muito significativo. Isso porque estas revoluções colocaram em confronto duas tendências importantes na esfera do poder político: o constitucionalismo e o poder soberano. Se contemporaneamente estes conceitos são interligados de tal forma que o debate de um implica o do outro, em meados do século XVIII esta relação não ocorria de modo tão direto e imediato.

Por um lado, tinha-se uma tradição constitucionalista de poder ilimitado, que era própria do campo da constituição, que tinha como um dos seus pilares a condenação da ideia de soberania popular tal qual esta tinha sido sedimentada conceitualmente. Isso porque seria possível vislumbrar nela uma forma possível de insurgência contra a ordem constitucional, os poderes instituídos, o que leva à questão da obediência política e a perda de um equilíbrio entre os poderes estabelecidos.

Por outro lado, tinha-se uma crescente inspiração a questionar a discussão das formas políticas e da própria definição do povo, que acaba por considerar a constituição como uma espécie de ficção construída com a finalidade específica de manter efetivos os poderes postos do rei e da aristocracia política e econômica. A constituição, diz Fioravanti⁶ (2001, p. 103) “temía a la soberanía popular, y el pueblo soberano temía a la constitución.”

As Revoluções Americana e Francesa acabam por representar, nesse contexto de debate, um momento central na própria história do constitucionalismo, dado colocar em destaque uma discussão envolvendo essa oposição entre a tradição constitucionalista e a soberania popular, expressa na ideia do poder constituinte.

Tal concepção de poder constituinte como uma expressão das tensões existentes entre o constitucionalismo e a soberania popular se mostra quando da verificação que a ideia do exercício de tal poder acaba por conter uma expressão indestrutível de soberania, o que equivale a dizer que todo sujeito coletivo pode ter a pretensão de construir uma forma diferenciada de política.

⁶ FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucion**: de la antigüidad a nuestros días, p. 103.

Esta foi a perspectiva dos colonos americanos e do povo francês quando da verificação dos efeitos e dos resultados de suas Revoluções. Interessante é observar que essas manifestações das vontades soberanas, embora num primeiro momento se mostrassem distintas da estrutura política vigente e, portanto, da própria noção de constitucionalismo, acabaram por fazer com que tradições à época tão distintas quanto a perspectiva do constitucionalismo e da soberania viessem a se relacionar de maneira tão direta e tão imediata.

A despeito de ter sido a constituição norte-americana um modelo exemplar nos processos de universalização das constituições escritas, há que se destacar aqui a perspectiva dos constituintes franceses ao elaborarem as suas constituições revolucionárias. Isso se deve ao fato de que nestes textos o debate sobre o papel do poder soberano popular ganha contornos diferenciados em constituições com curto espaço de tempo. Em razão disso, várias discussões podem ser apontadas por tais distinções, além de seus dispositivos servirem de fundamento para propostas constitucionais no Estado brasileiro.

Um dos pontos essenciais da Revolução Francesa foi justamente o fato de que a tarefa de abolir o conjunto das instituições próprias do Antigo Regime foi atribuído não ao povo soberano entendido tão somente como origem e fundamento da constituição, como nos discursos políticos modernos acerca da função do povo nos Estados, mas como um elemento de cunho essencialmente político.

Este povo, entendido neste sentido plenamente político, corresponde a ser o soberano que através da constituição representa e sustenta o processo revolucionário. Trata-se de pensar a constituição não como um texto oriundo da revolução e que, por estar "acabado", conclui o ato revolucionário. Ao contrário, ela representaria a ideia de que a revolução permanece viva e ativa enquanto texto constitucional. Não é sem motivos que Sieyès, no seu célebre panfleto sobre o Terceiro Estado, expõe que

Une nation ne doit ni ne peut s'astreindre à des formes constitutionnelles, car au premier différend qui s'élèverait

entre les parties de cette constitution, que deviendrait la nation ainsi disposée ou ordonnée de façon à ne pouvoir agir que suivant la constitution disputée?⁷

A defesa de Sieyès é de que a constituição da revolução deve ser, necessariamente, uma constituição do povo soberano. Este povo, que por um lado não pode ser considerado simplesmente como a origem da constituição, por outro deveria transferir a um dos poderes do Estado a sua força originária. E dentre estes poderes, nenhum melhor ou mais apropriado do que o Legislativo, em razão de ser esse o poder específico dos representantes populares.

Assim, estes representantes do povo acabariam por possuir uma natureza própria, distinta dos poderes meramente constituídos, e por força disso não poderiam ter nenhuma limitação constitucional, exceto limitações políticas, todas estas ligadas à força permanente de seu poder soberano.

O direito, a despeito de sua disposição legalista e dogmática, também se preocupa com questões teóricas fundamentais. Suas relações para com a teoria política são evidentes quando do debate acerca de questões fundantes das normas jurídicas. Assim, o poder constituinte é visto como a origem do texto constitucional, o poder que permite a criação de uma nova constituição, em suma, é por meio dele que se instaura uma nova ordem jurídica e uma ordem constitucional.

A teoria do poder constituinte ganhou destaque no período da Revolução Francesa com o texto de Sieyès intitulado "Qu'est-ce que Le Tiers état?" A Revolução Francesa, enquanto movimento político com a finalidade de emancipação social dos homens e a modificação das estruturas sociais e políticas, transformou-se no modelo de revolução da modernidade. "A concepção

⁷ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **Qu'est-ce que le Tiers état?** Paris: Éditions du Boucher, 2002, p. 56.

FERRI, Caroline. O dualismo entre democracia e constitucionalismo e as decisões contramajoritárias. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.1, 1º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

moderna e profunda de revolução, portanto, entendida como mudança total, é originária da Revolução Francesa.”⁸

Nesse contexto é que Sieyès expõe sua teoria de que a constituição tem a sua fonte no poder soberano e constituinte, onde todos os demais poderes do Estado lhe devem resignação. O povo, por sua qualidade de portador do poder constituinte, deixa de ser somente a origem e fundamento da constituição. Ele passa a ser considerado como o real soberano do Estado, sendo seus poderes superiores a todo e qualquer poder constituído.

A questão colocada por Sieyès é que somente a nação tem a competência para fazer a constituição. Dessa forma, apenas esta tem em si aquilo que pode ser considerado como o verdadeiro poder constituinte. Esta constituição, como um limitador dos poderes constituídos, não pode cercear a atuação do poder constituinte.

As sociedades políticas, diz o autor, podem ser vistas em três momentos distintos. Em um primeiro momento tem-se um número mais ou menos considerável de sujeitos isolados que desejam se unir, sendo que “par ce seul fait ils forment déjà une nation.”⁹ A associação formada por estes indivíduos corresponde, então, à origem do poder.

Num segundo momento têm-se estes sujeitos, os associados, desejosos de dar consistência para a sua união. Discutem, portanto, entre si e acordam sobre os bens públicos e como vir a obtê-los. Isso acarreta o fato de que o poder é sempre público. Dessa forma, Sieyès argumenta que “les volontés individuelles en sont bien toujours l’origine et en forment les éléments essentiels; mais considérées séparément, leur pouvoir serait nul. Il ne réside que dans l’ensemble.”¹⁰ Essa vontade, então, confere ao grupo a ideia de uma vontade comum.

⁸ BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e constituição**: para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quentier Latin, 2008, p. 134.

⁹ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **Qu’est-ce que le Tiers état?**, p. 51

¹⁰ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **Qu’est-ce que le Tiers état?**, p. 51

FERRI, Caroline. O dualismo entre democracia e constitucionalismo e as decisões contramajoritárias. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.1, 1º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Neste organismo os associados são numerosos e habitam um território muito extenso, o que dificulta e em certa medida impede que todos possam expressar facilmente a sua vontade. Assim, para facilitar o governo e a manutenção da coisa pública, separam aquilo que necessita de atenção pública e confiam o exercício desta porção de vontade nacional e do poder a alguns dos membros da associação. Tem-se, assim, o governo por representação.

Sieyès, acerca dessa relação entre comunidade e representantes, diz que esta não pode alienar o exercício da sua vontade, só podendo delegar o seu exercício. Em razão disso, o corpo dos delegados não tem a plenitude do exercício do poder, dado que a comunidade apenas lhe confia parcela necessária para a manutenção da ordem. Esta delegação é de tal forma restrita que os delegados não podem mudar os limites do poder que a comunidade lhe confia. Significa, portanto, que "les delegues ne l'exercent point comme un droit propre, c'est le droit d'autrui; la volonté commune n'est là qu'en commission."¹¹

A nação é o elemento máximo do Estado. Por ela existir antes de tudo tem-se a disposição de que sua vontade é a própria lei, não existindo nada acima dela. A constituição, portanto, é sua obra, ou seja, obra do seu poder constituinte, sendo que nenhum poder delegado (poder constituído) pode mudar algo nas suas disposições. Nos dizeres do autor

Le gouvernement n'exerce un pouvoir réel qu'autant qu'il est constitutionnel; il n'est légal qu'autant qu'il est fidèle aux lois qui lui ont été imposées. La volonté nationale, au contraire, n'a besoin que de sa réalité pour être toujours légale, elle est l'origine de toute légalité. Non seulement la nation n'est pas soumise à une constitution, mais elle ne *peut* pas l'être, mais elle ne *doit* pas l'être, ce qui équivaut encore à dire qu'elle ne l'est pas. [...] Une nation est indépendant de toute forme; et de quelque manière qu'elle veuille, il suffit que sa volonté paraisse pour que tout droit positif cesse devant elle

¹¹ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **Qu'est-ce que le Tiers état?**, p. 52

comme devant la source et le maître suprême de tout droit positif.¹²

A nação para Sieyès, portanto, não se constitui em uma figura abstrata, mas de um conjunto de indivíduos reunidos em uma associação. A despeito de não tratar de uma teoria contratualista do surgimento do Estado, o autor menciona que o que unifica este conjunto de indivíduos em uma associação é o interesse comum em realizar e estender seus direitos e disposições públicas. Seu papel, então, como soberano, é o de redigir uma constituição que assegure seus direitos e interesses, ou seja, que permita a evolução do sistema político.

Esta nação é o sujeito político da soberania, não enquanto conjunto de sujeitos individualizados, mas enquanto unidade política. O Estado, então, para Sieyès, “nasce juridicamente da constituição para garantir e aperfeiçoar os direitos emanados do estado de natureza, isto é, a constituição fundamenta e limita o poder do Estado.”¹³

Estas perspectivas de soberania e poder popular foram marcantes na redação das constituições revolucionárias francesas. Essas apresentam em seu corpo não somente declarações de direitos e formas de organização do Estado mas, essencialmente, ao disporem sobre a forma de manifestação da soberania, o papel do povo e o possível controle que este pode vir a sofrer por outros poderes não soberanos apontam para um aspecto contemporâneo na tratativa da soberania: o fato de que aquele que tem poder (o povo) não decide efetivamente, que este não tem “controle” sobre os seus representantes, e a existência de limites sobre os quais não se pode decidir. A democracia se evidencia como não um governo popular por excelência, mas como um governo contramajoritário.

¹² SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **Qu'est-ce que le Tiers état?**, p. 54-55.

¹³ BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e constituição**: para uma crítica do constitucionalismo, p. 138.

CONSIDERAÇÕES FINAIS: A DEMOCRACIA CONTRAMAJORITÁRIA

A temática da soberania popular se relaciona com os debates acerca de certa crise do direito. Mostra-se como um tema recorrente o questionamento da democracia liberal contemporânea em razão de uma suposta ausência de conexão entre as vontades populares e aqueles que, a princípio, seriam os responsáveis pela manifestação jurídica destes desígnios. Ferrajoli expressa esta crise a partir de três grandes manifestações.

A primeira, uma crise de legalidade, cuja manifestação se dá pela ausência ou ineficácia dos controles sobre o poder público. A segunda, um descompasso entre a estrutura do Estado de direito e as funções do Estado em atender perspectivas de direitos fundamentais da população. Por fim, a crise do Estado nacional "que se manifiesta en el cambio de los lugares de la soberanía, en la alteración del sistema de fuentes y, por consiguiente, en un debilitamiento del constitucionalismo".¹⁴

Especialmente no que tange a esta última problematização, há uma tendência de definição do caráter legítimo de certos atos político-jurídicos quando estes acabam por se mostrarem correspondentes a uma perspectiva majoritária. Em certa medida, a legitimidade política que se insere no conceito de soberania popular é a de que um governo apenas pode ser dito legítimo quando assentado em uma vontade da maioria.

Nesse sentido, a própria estrutura do estado deve assumir tal afirmação. Dessa forma, os três poderes do estado – legislativo, executivo e judiciário – deveriam seguir os ditames da vontade popular. Esta manifestação de vontade, no que tange ao poder judiciário, se evidencia na perspectiva que as decisões que este vier a tomar deveriam ser guiadas pela vontade soberana. Tem-se, dessa forma, uma espécie de seguimento das definições clássicas de soberania, pois a vontade

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. 2 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 16.

do soberano se mostra absoluta. No caso da soberania popular, o povo, como soberano, poderia decidir o que quisesse, e nenhum governo seria legítimo se descumprisse este desejo.

Uma concepção formal ou procedimental de democracia, nas palavras de Ferrajoli¹⁵, corresponde ao fato de ter o povo poder e autonomia para governar a si mesmo. A soberania popular lhe dá esta condição de ser o soberano capaz de decidir os desígnios do Estado. Tal concepção se mostra problemática em razão da ausência de limites que ela contém em seu conceito. Um primeiro destes limites a ser impostos a esta perspectiva teórica se deve ao fato de que o poder do povo não pode ser considerado como algo ilimitado. Os direitos fundamentais acabam por dispor condições sobre as quais a vontade do povo, ainda que soberana, não pode ultrapassar. Nesse mesmo sentido está a condição de que a soberania popular, nos regimes democráticos, somente pode subsistir com o livre exercício dos direitos de liberdade individuais. Isto significa, então, que há que se deixar espaço para não somente as decisões dos indivíduos quanto a esferas políticas ativas, mas também para as suas escolhas em não participação. Ainda no que se refere a soberania popular, Ferrajoli aponta para as distinções entre povo e maioria.

Ma il popolo è un soggetto collettivo, che non può che deliberare a maggioranza e per di più, nella democrazia rappresentativa. Sulla sola elezione dei suoi rappresentanti; e nessuna maggioranza può deliberare su ciò che non le appartiene, cioè sulla soppressione o sulla restrizione di quelle norme costituzionali che conferiscono diritti fondamentali e che appartengono, come si è mostrato, a quanti – tutti e ciascuno – ne sono non solo i destinatari ma anche i titolari.¹⁶

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: teoria del diritto e della democrazia.

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: teoria del diritto e della democrazia, p. 08.

FERRI, Caroline. O dualismo entre democracia e constitucionalismo e as decisões contramajoritárias. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.1, 1º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Por fim, há que se mencionar o destaque feito por Ferrajoli acerca do fato de que os limites existentes na democracia deve ser considerados como as suas próprias condições. “Ma una condizione, ove sia ritenuta necessaria, equivale a un requisito essenziale, e va quindi necessariamente inclusa, quale condizione *sine qua non*, nella definizione del termine da definire.”¹⁷ Dessa forma, verifica-se a importância de se perceber a realidade empírica dos procedimentos democráticos e representativos, a fim de não se criar expectativas acerca da democracia que não podem ser cumpridas por impossibilidades conceituais dessa, como é o caso, por exemplo, das crises representativas justificadas por dados incompreendidos acerca do próprio funcionamento da representação política nos regimes democráticos contemporâneos.

A perspectiva garantista vai defender, por sua vez, que os fundamentos jurídicos que devem estar presentes num Estado democrático de direito são assentados, essencialmente, em valores referentes à dignidade humana, paz, liberdade e igualdade que devem estar presentes enquanto finalidades a serem buscadas pelo Estado, o que vem a permitir, nesse sentido, a existência de decisões dotadas de caráter contramajoritário que possuiriam um caráter de legitimidade, ainda que não assentadas em disposições de maioria.¹⁸

Segundo a perspectiva majoritária da democracia, esta corresponderia na “omnipotencia de la mayoría, o bien de la soberanía popular”¹⁹. Esta definição, inicialmente, parece dar conta da própria idéia semântica de democracia (termo grego *kratos*, autoridade, e *demos*, povo). Entretanto, uma observação mais pormenorizada aponta para uma série de aporias derivadas da análise deste regime apenas segundo a perspectiva majoritária. Ferrajoli assim resume estes elementos:

[...] la descalificación de las reglas y dos límites al poder ejecutivo que es expresión de la mayoría, y em consecuencia

¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: teoria del diritto e della democrazia, p. 07.

¹⁸ CADEMARTORI, Sergio Urquhart de. **Estado de direito e liberdade**: uma abordagem garantista. 2 ed. Campinas, Millennium, 2007.

¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Madrid: Editorial Trotta, 2008, p. 25.

de la división de poderes y de las funciones de control y garantía de la magistratura y del propio parlamento; la idea de que el consenso de la mayoría legitima cualquier abuso; en resumen, el rechazo del sistema de mediaciones, de límites de contrapesos y de controles que forman la sustancia de aquello que constituye, por el contrario, lo que podemos denominar “democracia constitucional”.²⁰

Observa-se que esta definição de democracia calcada na supremacia da maioria leva em conta a perspectiva de que se este regime se caracteriza pela governabilidade popular, este detém o poder absoluto de decisão dos rumos do Estado, quando os seus membros sobre estes pontos chegam a um acordo de maioria. Nesse sentido, toda manifestação judicial, por exemplo, deveria ser calcada na perspectiva de que não se pode decidir contrariamente àquilo que o povo, como portador do poder soberano, em sua maioria acordou.

A teoria garantista, ao propor uma nova forma de se tratar os direitos fundamentais, define que a democracia é mais do que um regime político no qual se verificam regras que definem acerca de como devem ser tomadas decisões, mas um sistema onde essencialmente se definem os pressupostos acerca do que se pode decidir. Estes limites, dados pelos direitos fundamentais, constituem o fundamento daquilo que se chama democracia constitucional. Neste sentido, um paradigma garantista

[...] no se limita a programar sólo las *formas* de producción del derecho mediante normas procedimentales sobre la formación de las leyes, sino que además programa sus *contenidos* sustanciales, vinculándolos normativamente a los principios de justicia – igualdad, paz, tutela de los derechos fundamentales – inscritos en las constituciones.²¹

²⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**, p. 25.

²¹ FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**, p. 30-31.

FERRI, Caroline. O dualismo entre democracia e constitucionalismo e as decisões contramajoritárias. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.1, 1º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

Tem-se, dessa forma, que a teoria garantista pressupõe que, ao se tratar de uma definição de um regime democrático, além das questões procedimentais e estruturais que sua definição formal possui, deve-se levar em conta que ela representa, em certa medida, os "límites y vínculos sustanciales que en ella imponen al poder del pueblo los derechos constitucionalmente establecidos".²²

Este critério de definição da democracia se torna essencial no sentido de serem verificados os elementos por meio dos quais se poderá definir uma forma de democracia que vai além dos aspectos estruturais, mas essencialmente vinculada com a estrutura que a Constituição define acerca dos direitos fundamentais. Trata-se, portanto, de evidenciar a democracia a partir de sua vertente constitucionalista.

La democracia constitucional (...) es aquel régimen, o aquella forma de gobierno, en el que el poder de decisión colectiva, fundado sobre la atribución universal de los derechos políticos a todos los miembros adultos de la colectividad, encuentra vínculos de sustancia, y no solo de forma, para su propio ejercicio: estos vínculos coinciden precisamente con los derechos fundamentales, y principalmente con los derechos de libertad y con los derechos sociales.²³

Verifica-se, portanto, que a teoria geral do garantismo propõe uma limitação ao poder popular nos regimes democráticos. Embora inicialmente uma proposição paradoxal, dado que a essência da democracia seria justamente a possibilidade de o povo, como portador absoluto do poder soberano, decidir amplamente os seus desígnios, assenta sua validade no fato de que a Constituição assume um papel essencial na salvaguarda de direitos. Nesse sentido, os direitos

²² FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p.345.

²³ BOVERO, Michelangelo. Derechos fundamentales y democracia en la teoría de Ferrajoli. Um acuerdo global y una discrepancia concreta. In FERRAJOLI, L. (Coord) **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p.241-242.

FERRI, Caroline. O dualismo entre democracia e constitucionalismo e as decisões contramajoritárias. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.1, 1º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

fundamentais²⁴ ressaltados nas Constituições estariam não apenas garantindo a manutenção do poder popular, mas também o estariam limitando. Isto que se mostra inicialmente como um paradoxo, pode ser dito como um dos elementos essenciais não somente da idéia democrática contemporânea, mas também da própria definição de soberania popular²⁵.

Esta perspectiva que a teoria garantista assume ao responder pela possibilidade de que decisões contramajoritárias assumam um papel democrático se coloca em razão de que a relação entre a soberania popular e a democracia constitucional, para Ferrajoli, se apresenta em dois sentidos distintos: a) um sentido negativo e b) um sentido positivo.

O sentido negativo desta relação corresponde a uma perspectiva literal, ou seja, parte do pressuposto de análise do povo como um todo, onde a soberania reside absolutamente no seu aspecto popular. Trata-se, portanto, de uma espécie de princípio legitimatório da democracia política, pois o povo, como portador da soberania, pode decidir sobre qualquer elemento presente no regime democrático. Dessa forma, decisões de qualquer dos poderes do Estado – inclusive, portanto, o judiciário – apenas são tidos como legítimos se forem coadunados com os desejos populares.

Entretanto, a esta perspectiva negativa deve ser somado um sentido positivo desta relação entre soberania e democracia. Este sentido, mais abrangente, intenta dar conta do fato de que as Constituições contemporâneas são dotas de direitos fundamentais, estabelecidos sob a forma de princípios. Estes se

²⁴ Ferrajoli assim define direitos fundamentais: “propongo una definizione, puramente formale o strutturale, i “diritti fondamentali”: sono “diritti fondamentali” tutti quei diritti soggettivi che spettano universalmente a “tuti” gli esseri umani in quanto dotati dello *status* di persone, o di cittadini o di persone capaci d’agire; inteso per “diritto soggettivo” qualunque aspettativa positiva (a prestazioni) o negativ (a non lesioni) ascritta ad um soggetto da uma norma giuridica, e per “*status*” la condizione di um soggetto prevista anch’essa da uma norma giuridica positiva quale presupposto della sua idoneità ad essere titolari di situazioni giuridiche e/o autore degli atti che ne sono esercizio.” FERRAJOLI Luigi. **Diritti Fondamentali**: un dibattito teorico. Roma: Editori Laterza, 2001, p. 05.

²⁵ Segundo Niklas Luhmann, “O paradoxo não é nenhuma contradição e, por isso, tampouco a promessa de uma síntese da ‘dialética’ conduz mais longe. O paradoxo não afirma: jurídico **igual** a antijurídico, mas sim, jurídico **por causa de** antijurídico.” LUHMANN, Niklas. O enfoque sociológico da teoria e prática do direito. **Revista Sequência**, Florianópolis, Trad. Cristiano Paixão, Daniela Nicola, Samantha Dobrowski, jun. 1994, nº 28.

constituem como limites não apenas de decisões dos poderes do Estado, mas essencialmente como forma de contenção das vontades do povo. Nas palavras de Ferrajoli:

La formula "la sovranità appartiene al popolo" vuole quindi dire, in questo secondo senso, che essa appartiene all'insieme dei suoi cittadini, cioè di tutte le persone di cui il popolo si compone: appartiene, in breve, a tutti e a ciascun cittadino, in quanto equivale alla somma di quei poteri e contro-poteri di tutti - i diritto politici, i diritto civili, i diritto di libertà e i diritto socili - che sono i diritto fondamentali costituzionalmente stabiliti. Questi diritti, conseguentemente, non sono soltanto dei limiti al suo concreto esercizio, ma ne sono altresì la sostanza democratica, dato che si riferiscono al popolo in un senso ben più concreto e pregnante della stessa rappresentanza politica, cioè a tutti e a ciascuno dei suoi membri in carne ed ossa.²⁶

Tem-se, portanto, uma estrutura fundamental na perspectiva da democracia política contemporânea. Significa, pois, que os debates que a envolvem devem, necessariamente, tratar desta suposta tensão entre os desígnios populares e um núcleo de direitos indisponíveis presentes na ordem constitucional.

A teoria geral do garantismo, quando aplicada para a esfera democrática, assume a perspectiva de que uma democracia corresponde não a um regime onde o povo pode, dado sua condição de portador da soberania, decidir sobre tudo e em qualquer medida, mas que existem limites significativos a este poder. Nesse sentido, o garantismo permite uma resposta positiva ao questionamento da legitimidade das decisões contramajoritárias, pois estas, se embasadas na defesa deste núcleo indisponível, possuem uma legitimidade que não lhe ser retirada pelo fato de serem contrárias a manifestações populares.

²⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: teoria del diritto e della democrazia, p. 11.

FERRI, Caroline. O dualismo entre democracia e constitucionalismo e as decisões contramajoritárias. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.1, 1º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e constituição**: para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quentier Latin, 2008.

BOVERO, Michelangelo. Derechos fundamentales y democracia en la teoría de Ferrajoli. Um acuerdo global y una discrepancia concreta. In FERRAJOLI, L. (Coord) **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 2001

CADEMARTORI, Sergio Urquhart de. **Estado de direito e liberdade**: uma abordagem garantista. 2 ed. Campinas, Millennium, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: teoria del diritto e della democrazia. Roma: Editori Laterza, vol 2. (Teoria della democrazia), 2007.

_____. **Derechos y garantías**: la ley del más débil. 2 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

_____. **Democracia y garantismo**. Madrid: Editorial Trotra, 2008.

_____. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

_____. **Diritti Fondamentali**: un dibattito teorico. Roma: Editori Laterza, 2001.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucion**: de la antigüedad a nuestros días. Trad. Manuel Martínez Neira. Editorial Trotta, 2001.

LUHMANN, Niklas. O enfoque sociológico da teoria e prática do direito. **Revista Seqüência**, Florianópolis, Trad. Cristiano Paixão, Daniela Nicola, Samantha Dobrowolski, jun. 1994, nº 28.

FERRI, Caroline. O dualismo entre democracia e constitucionalismo e as decisões contramajoritárias. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.1, 1º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

MICHELMAN, Frank I. **Bennan and democracy**. New Jersey: Princeton University Press, 1999.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. 1 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1973. (Coleção os pensadores)

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **Qu'est-ce que le Tiers état?** Paris: Éditions du Boucher, 2002.