

PROBLEMATIZANDO A DEMOCRACIA A PARTIR DO DIREITO PRIVADO: UMA CONTRIBUIÇÃO DO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL

Felipe Frank¹

1. INTRODUÇÃO

Baluartes do sistema político contemporâneo de quase todo o ocidente, a democracia se sedimentou como a *melhor* forma de governo, a mais adequada aos *postulados racionais* que se erguiam em face das monarquias absolutistas sustentadas pela tradição.

A democracia passou a sintetizar a manifestação política da *soberania popular*, segundo a qual o povo é soberano de si e, racionalmente, promove sua *auto-nomia*, editando suas próprias leis e ditando seus próprios rumos.

Não é preciso dizer que esse modelo de democracia está fortemente associado ao liberalismo político oitocentista, que tinha por princípios norteadores a *liberdade* e a *igualdade*. Como se sabe, entretanto, essa *liberdade* e essa *igualdade* eram tomadas a partir de um dado abstrato, consubstanciando uma mera formalidade.

Afinal, quem é esse *povo soberano de si*? Qual é essa *racionalidade* que legitima essa nova fonte de poder? Desde quando a *liberdade* e a *igualdade* passaram a ser os anseios maiores da sociedade? Quem compõe, quem decide e quem tem poder nessa sociedade? Quem representa, quem é representado e quem é apenas governado?

Logo vemos que esse *povo soberano de si* consubstancia uma pequena parcela das pessoas que integram a sociedade, vale dizer, são cidadãos apenas os homens livres de uma sociedade marcada pela desigualdade material, cuja racionalidade se constrói a partir de parâmetros lógico-formais que tolhem a liberdade substancial daqueles que não têm condições de serem iguais aos seus pares porque, apesar de integrarem a *sociedade como um todo*, quem decide e quem tem poder nessa *sociedade* são apenas alguns, os *representantes* e seus poucos *representados*, mas nunca todos os *governados*.

¹ Master of Laws pela Universidade de Harvard; doutor, mestre e bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR); pesquisador do Núcleo de Estudos em Direito Civil-Constitucional da UFPR "Virada de Copérnico"; advogado e professor.

Ao longo da breve história da modernidade democrática, é bem verdade que a fratura exposta pela democracia na rigidez social das formas de governo até então existentes abriu caminho para que a própria democracia que se desenhava há pouco mais de dois séculos fosse totalmente remodelada no decorrer do século XX, passando a abranger cada vez mais pessoas como cidadãos.

Nada obstante, parece que essa conquista, tão cara há tão pouco tempo, não é valorizada contemporaneamente pelo *cidadão*, que tem cada vez menos interesse em *participar* da política, restringindo-se, tão-somente, a votar naqueles *representantes* que permanecerão no poder (governamental) pelo período de um mandato.

Mas o que isso quer dizer? Será que o *cidadão* é o agente de sua própria desgraça? Ou será que a *democratização do processo político* se deu apenas no âmbito formal, tendo avançado muito pouco no âmbito material e substancial?

Trata-se, portanto, de evidenciar que a democracia não é a *melhor* forma de governo, mas a forma de governo que melhor permite o controle dos governantes por seus governados, devendo-se lutar por sua melhora ou mesmo sua superação.

Se nos parece hoje óbvio que todos devem votar, não parece tão óbvio assim que todos devem participar das decisões governamentais e, muito menos, que a *democracia talvez não se limite ao âmbito político*, talvez ela se estenda à vida privada, conformando, a partir desta, escolhas oponíveis no âmbito público, *um poder de escolha oponível em face do estado e que perpassa toda a vida civil*, de todas as pessoas concretas que se correlacionam livremente umas com as outras e que têm direitos derivados dessa faticidade.

Cumprido, pois, evidenciar algumas das deficiências da democracia contemporânea para que se contribua com seu aperfeiçoamento, tutelando, assim, a liberdade material dos indivíduos.

2. A REINVENÇÃO DA DEMOCRACIA

Ainda que seu advento não tenha se dado na modernidade, é possível dizer que a democracia foi *reinventada* pelos modernos, tendo sido, pois, *ressignificada*, dotada de um conteúdo genuíno e próprio. Não se trata de afirmar que a

democracia dos modernos é melhor ou pior que a dos antigos, mesmo porque a conjuntura histórica dessas sociedades é substancialmente diferente; trata-se de constatar que o significante *democracia* é passível de diferentes significações, não se podendo falar em uma *evolução* do conceito, mas sim em uma *apropriação*.

Vale dizer, embora estejamos a falar do mesmo significante (*democracia*), o significado a ele atribuído pela conjuntura sócio-histórica da modernidade oitocentista é substancialmente diferente do significado atribuído na Grécia Antiga, onde a democracia sequer era vista com bons olhos, ainda que ela fosse a realidade de apenas algumas *polis*, como Atenas.

Guardadas as devidas diferenças históricas, metodológicas e de pensamento político, jurídico e filosófico, Platão e Aristóteles, por exemplo, tratavam a democracia com grandes ressalvas, fazendo, inclusive, severas críticas a essa forma de governo.

Segundo Platão, *“a democracia surge quando os pobres, tendo vencido os ricos, eliminam uns, exilam outros e dividem por igual com os que ficam o governo e os cargos públicos. E, devo dizer, na maior parte das vezes estes cargos são atribuídos por sorteio.”*²

Para ele, a democracia *“é fraca e não traz nem muito benefício nem muito dano, se a compararmos com outras formas, porque nela estão pulverizados os poderes em pequenas frações, entre muitos. Por isso, de todas as formas legais, é esta a mais infeliz, enquanto que entre todas as que são contra a lei é a melhor.”*³

Aristóteles afirmava que a democracia é a *forma corrupta da ‘república’*, na qual a multidão deixa de governar para a utilidade pública e passa a representar apenas os pobres e as pessoas pouco favorecidas.⁴ Nela, a massa decide soberanamente, independentemente da lei.⁵

É importante antecipar que não se pretende aqui criticar a democracia hodierna a partir dessas passagens, mas apenas demonstrar que a democracia não pode ser encarada de forma idealizada, como um conceito eterno, isento de críticas, que vem evoluindo ao longo dos séculos.

² PLATÃO. *A República*. São Paulo: Nova Cultura, 1997. p. 273.

³ PLATÃO. *O Político*. In: *Diálogos*. São Paulo: Abril Cultural, 1972. p. 259.

⁴ ARISTÓTELES. Os Critérios Distintivos: Número e Justiça. In: *A Política*. Disponível em: <http://www.cfh.ufsc.br/~wfil/politica.pdf>. Acesso em: 30/07/2012.

⁵ ARISTÓTELES. O Poder Executivo. In: *A Política*. Disponível em: <http://www.cfh.ufsc.br/~wfil/politica.pdf>. Acesso em: 30/07/2012.

Pode-se dizer, inclusive, que sua retomada pelos modernos se deu muito mais a partir de um discurso burguês anti-absolutista do que a partir de uma demanda substancialmente *democrática* das pessoas que estavam a compor o contexto histórico ocidental oitocentista.

Esse discurso pode ser visualizado, por exemplo, na célebre obra de Benjamin Constant⁶, “*A liberdade dos antigos comparada com a dos modernos*”, na qual o autor, valendo-se de certa artificialidade dicotômica e de certa idealização histórica, afirma que a liberdade dos antigos se exercia âmbito público, na ágora, por meio da democracia direta, enquanto que a liberdade dos modernos é dividida em liberdade civil e política.

Vale dizer, para os modernos, segundo esta leitura, a democracia é exercida pelos particulares *na vida privada* e assegurada pelo Estado por meio de leis elaboradas pelos representantes do povo, que deveriam ser democraticamente escolhidos para tanto, em um exercício de liberdade política dos cidadãos.

Segundo Michel Foucault⁷, a emergência da classe burguesa – dotada de poder econômico, mas destituída de poder político até o final do século XVIII, ao menos no que diz respeito ao contexto francês – foi aos poucos minando o discurso do poder absoluto, fortemente arrimado na tradição e na fé, impingindo em seu questionamento ao poder soberano, paralelamente, um novo discurso, calcado na racionalidade.

A burguesia não tinha a tradição do seu lado, tampouco tinha o apoio da Igreja, que estava muito bem do lado das monarquias absolutistas, legitimando o seu poder por meio da religião e cuidando das questões clericais desses *representantes de Deus na Terra*. Então, o discurso da burguesia se agarrou àquilo que estava ao seu alcance e que poderia combater a tradição e a religião: a racionalidade.

Por intermédio da racionalidade, foi possível à burguesia minar a tradição e a fé que sustentavam o poder monárquico absoluto, bem como foi por intermédio da racionalidade que se *determinou* quem viria a ser, racionalmente, os representantes, os cidadãos e a forma como aqueles seriam entre estes e desempenhariam suas funções nos limites e no interesse de *todos os cidadãos*.

⁶ CONSTANT, Benjamin. *Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos*. Disponível em: http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/Constant_liberdade.pdf. Acesso em: 30/07/2012.

⁷ FOUCAULT, Michel. *Em Defesa da Sociedade*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

Cabe, entretanto, indagar se, de fato, havia um embate entre racional e irracional nesse enfrentamento, se havia uma real oposição entre o interesse de um soberano e de todas as demais pessoas, se quem era cidadão era toda e qualquer pessoa ou apenas poucos e determinados sujeitos.

Ainda que os termos estado de direito e democracia não coincidam, eles têm vários pontos de contato, como, por exemplo, a busca de um maior controle do poder, e é por isso que se apresenta aqui a valiosa lição de Pietro Costa oferece um indicativo de resposta à primeira indagação apresentada:

O Estado 'absoluto' é um Estado 'limitado' pelo direito, pelos direitos, pelos 'iura et privilegia' dos indivíduos, das classes, dos corpos: as sociedades de antigo regime não são o reino do arbítrio que uma antiga apologética 'liberal' contrapunha à nova ordem 'racional' dos códigos oitocentistas. Não se enfrentam não-razão e razão, desordem e ordem, mas entram em contato e se põem em contraste, posicionamentos e valores profundamente diversos: começa a se formar, entre os séculos XVII e XVIII, uma nova visão do sujeito, dos direitos, da soberania, desenvolve-se um novo 'discurso da soberania' que acaba por constituir a condição de surgimento, o terreno de formação da expressão Estado de Direito.⁸

À segunda indagação, Pietro Costa nos oferece ouro indicativo de resposta:

Aos liberais da primeira metade do século XIX a igualdade do sufrágio parece ameaçar a liberdade e a propriedade dos sujeitos: conceder o sufrágio universal significa entregar-se às mãos de uma maioria despótica, tornando possível o retorno do terror revolucionário; e mesmo, quando o fantasma do jacobinismo parece já distante no tempo, permanece vivo o temor de que a democracia política se resolva no domínio da quantidade sobre a qualidade, e impeça o governo dos 'melhores'.⁹

Nesse sentido, verifica-se que não havia, propriamente, um embate entre racionalidade e irracionalidade, mas um embate entre discursos e hegemonias, entre

⁸ COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 102.

⁹ COSTA, Pietro. *Soberania, representação, democracia*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 218.

aristocracia e burguesia, mas não entre soberano e povo (na acepção mais ampla da palavra). A prova maior disso reside no fato de que a própria *racionalidade democrática*, inicialmente, excluía do conceito de cidadão inúmeras pessoas, como analfabetos (eufemismo aproximado para aqueles que estavam em situação de pobreza) e mulheres, isso sem falar naqueles que eram materialmente excluídos; em suma, a representatividade democrática oitocentista se restringia a poucos e privilegiados indivíduos.

3. A SOLIDIFICAÇÃO DA DEMOCRACIA

Após sua reinvenção na modernidade, a democracia passou por uma etapa de solidificação; a ruptura estabelecida pela democracia em relação às demais formas de governo abriu caminho para que a própria democracia, que se desenhava há pouco mais de dois séculos nos Estados Unidos, fosse totalmente remodelada no decorrer do século XX, passando a abranger cada vez mais pessoas como cidadãos.

Com a crescente ampliação do rol de cidadãos, outras preocupações começaram a *invadir o Estado europeu* no início do século XX; nas palavras de Pietro Costa:

Começa a ganhar terreno uma estratégia diferente que continua a ver na liberdade e na propriedade o cerne da ordem, mas atribui ao Estado novas e complicadas tarefas: a de mediar o conflito, de intervir em favor dos sujeitos mais frágeis, de agir como um potente fator de integração das classes subalternas; daquelas classes que, se mantidas demasiadamente às margens da sociedade, se deixadas sem qualquer assistência e manutenção, arriscam deflagrar perigosos conflitos para a estabilidade de todo o sistema.¹⁰

O desenvolvimento do aparato estatal para atender a essas demandas complexificou a administração pública e tornou os Estados cada vez mais fortes em relação aos cidadãos, uma vez que seu pressuposto maior residia no fato de que ele deveria ser forte para poder intervir materialmente em favor dos mais frágeis, inclusive nas relações inter-privadas.

¹⁰

COSTA, Pietro. *Soberania, representação, democracia*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 232.

Nos anos 30, assistiu-se à tomada dos Estados europeus por regimes autoritários, os quais se valeram dos frágeis fundamentos *racionais* que sustentavam o aparato estatal para tomar o poder e conduzir um regime de exceção que visava ao bem da *sociedade como um todo*.

Após a queda desses regimes e a queda dos governos socialistas, a democracia ganhou relevo, passando a ser associada aos direitos dos indivíduos e, conseqüentemente, ao próprio Estado de Direito, conformando não apenas uma forma de governo, mas o fundamento e o limite do próprio poder estatal.

Na realidade latino-americana da segunda metade do século XX, a democracia apenas ganhou esses contornos após a queda dos regimes ditatoriais, passando, então, a ser vista, segundo José Afonso da Silva, como “*o regime de garantia geral para a realização dos direitos fundamentais do homem*.”¹¹

Verifica-se que ao longo do século XX duras foram as lutas para se conquistar aquilo que se idealizava por *melhor forma de governo*, desde as lutas feministas, passando pelas lutas dos não-proprietários, dos discriminados e daqueles que, de algum modo, eram oprimidos ou excluídos. Foi assim que, nas palavras de Robert Dahl:

*Durante esta última metade do século XX, o mundo testemunhou uma extraordinária alteração política, sem precedentes. Todas as principais alternativas para a democracia desapareceram, transformaram-se em sobreviventes excêntricos ou recuaram, para se abrigarem em seus últimos bastiões.*¹²

Se antes se lutava pelo estabelecimento da democracia, pelo sufrágio universal e pela queda dos regimes autoritários, hoje parece que a democracia é uma *unanimidade na realidade ocidental*. Entretanto, não se pode esquecer por que essa forma de governo se ergueu frente aos regimes absolutistas no século XIX, nem que ela não se reduz ao direito de todos irem às urnas depositar um simples voto na escolha de um mero representante.

4. DESAFIOS DA DEMOCRACIA CONTEMPORÂNEA

¹¹ DAHL, Robert A. *Sobre a Democracia*. Brasília: Universidade de Brasília, 2001. p. 132

¹² DAHL, Robert A. *Sobre a Democracia*. Brasília: Universidade de Brasília, 2001. p. 10.

Solidificada como a principal forma de governo ocidental no século XX, a democracia passa a enfrentar uma série de desafios, como a globalização, a diversidade cultural, a busca pela concretização de direitos fundamentais e pela participação efetiva do sujeito no cenário político.

Sobre a globalização, ressalva Dahl que “é provável que a internacionalização venha a expandir o domínio das decisões tomadas pelas elites políticas e burocráticas à custa dos controles democráticos.”¹³

Nada obstante o fato de *soberania popular* poder ser questionada frente à globalização¹⁴, parece que este não é o maior problema envolvendo a intersecção entre democracia e globalização; muito mais grave parece ser a agressão à diversidade cultural de países que não são tidos por democráticos pelos chamados países hegemônicos¹⁵, que têm nítido interesse econômico e político sobre esses países.

Não se pode esquecer que a democracia não é um fim em si, não podendo ela servir, conforme assevera Danilo Zolo¹⁶, de pretexto para ações militares internacionais que buscam, sob sua rubrica, interferir em culturas totalmente diferentes e com valores nitidamente díspares.

Por isso, a democracia deve ser associada ao respeito inter-cultural e aos direitos fundamentais, com a ressalva de que estes direitos também não podem ser informados segundo uma lógica universalista, negando os fatores culturais que notadamente integram a composição dos direitos.

O respeito, portanto, ao sujeito e à pluralidade cultural é um valor que perpassa a democracia, antes e acima de seu conteúdo político.

Outro problema diz respeito à crescente preocupação com a participação do cidadão na política. Parece que o *cidadão* tem cada vez menos interesse em *participar* da política, restringindo-se, tão-somente, a votar naqueles *representantes* que permanecerão no poder (governamental) pelo período de um mandato.

A *participação* não é mera formalidade, tampouco se restringe à escolha de representantes, segundo José Afonso da Silva, ela é o princípio da democracia, e “o ‘*princípio participativo*’ caracteriza-se pela *participação direta e pessoal da cidadania*”

¹³ DAHL, Robert A. *Sobre a Democracia*. Brasília: Universidade de Brasília, 2001. p. 202.

¹⁴ FERRARESE, Maria Rosaria. *Diritto Sconfinato*. Roma-Bari: Laterza, 2006.

¹⁵ SANTOS, Boaventura de Souza. Os processos da globalização. In: SANTOS, Boaventura de Souza. *A Globalização e as Ciências Sociais*. São Paulo: Cortéz, 2002, p. 25-102.

¹⁶ ZOLO, Danilo. Teoria e crítica do Estado de Direito. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 81.

FRANK, Felipe. Problematizando a Democracia a Partir do Direito Privado: Uma Contribuição do Direito Civil-Constitucional. In: ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET. Curitiba-PR. Ano XI, n. 18, jan-jun/2018. ISSN 2175-7119.

*na formação dos atos de governo*¹⁷, podendo-se citar como exemplos desse princípio a iniciativa popular, o referendo popular, o plebiscito e a ação popular.

Nada obstante esses exemplos, vários autores como Carlos Santiago Nino¹⁸ e Roberto Gargarella¹⁹ colocam a necessidade de que todos sejam incluídos no processo deliberativo, clamando, assim, por uma participação mais ampla e incisiva do sujeito na política.

Nesse sentido, Vera Karam explica que: “*a democracia enquanto conquista e processo de tomada de decisões insere o sujeito/povo nas discussões e deliberações*”. E mais, segundo a autora, “*As sociedades plurais requerem mais do que uma simples representação ou deliberação. É preciso uma ampla representação e uma ampla deliberação e isso só é alcançado por meio da inclusão institucional daqueles que estão à margem do processo deliberativo.*”

Entretanto, o que vemos, concretamente, é o crescente afastamento dos indivíduos da participação política. Seria, pois, o cidadão o agente de sua própria desgraça? Ou será que *democratização do processo político* se deu apenas no âmbito formal?

A fim de responder a essas indagações, oportuna é a transcrição da seguinte problematização de Paulo Bonavides:

*Se a representação consistira numa alienação, muito mais grave ela se tornou quando, segundo a práxis do regime, as oligarquias representativas fizeram do povo-ícone, do povo-objeto, a justificação, a licitude, a escusa e o endosse de seus egoísmos contra o povo real o povo legítimo, o povo titular efetivo da soberania usurpada pelas elites.*²⁰

Em que pese a unilateralidade da crítica de Paulo Bonavides, é preciso reconhecer que a democracia pode ser utilizada para a legitimação do poder, de modo que a mera previsão legislativa de uma democracia participativa, por si só, é

¹⁷ AFONSO DA SILVA, José. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 141

¹⁸ NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 2003.

¹⁹ GARGARELLA, Roberto. *Constitución y democracia*. In: ALBANESE, Susana (et al). *Derecho Constitucional*. Buenos Aires: UBA, 2004.

²⁰ *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 61

insuficiente, uma vez que a *práxis* da democracia pode estar maculada por inúmeros óbices materiais, e que passam pelas necessidades mais elementares dos sujeitos.

Assim, parece que há um desafio não superado pela democracia que está na ante-sala de sua expansão e da busca pela participação; esse desafio está na própria compreensão do que é democracia, as características do contexto sócio-histórico em que ela se desenvolve e como se dá sua apreensão pelos sujeitos em suas *práxis* cotidianas, vale dizer, em suas vidas concretas.

5. PARA ALÉM DA DEMOCRACIA POLÍTICA, UMA CONTRIBUIÇÃO DO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL

Se nos parece hoje óbvio que todos devem votar, não parece tão óbvio assim que todos devem participar das decisões governamentais, nem, muito menos, que a *democracia talvez não se limite ao âmbito político*, talvez ela se estenda à vida privada, conformando, a partir desta, escolhas oponíveis no âmbito público.

Segundo MacPherson²¹, a democracia não pode se restringir ao âmbito político, devendo consubstanciar-se em uma democracia substancial, cuja igualdade material entre os cidadãos é pressuposto para o exercício de sua igualdade formal e de sua liberdade.

Nesse sentido, conforme aponta Neiva Afonso Oliveira²², para MacPherson, a discussão sobre a democracia caminha lado a lado com a discussão acerca da *propriedade*, entendida por ele em sentido amplo, como conjunto material de bens e situações jurídicas aptas a conferir liberdade material aos sujeitos.

Acrescente-se que a liberdade, segundo Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk²³, não pode ser vista sob um prisma estritamente negativo e unilateral; ela deve ser substancial e plural, de modo que os indivíduos tenham condições reais e materiais de fazer suas escolhas pessoais dentro de sua realidade cotidiana.

²¹ MACPHERSON, Crawford Brough. *The real world of democracy*. Berkeley: Publishers Group West, 1998.

²² OLIVEIRA, Neiva Afonso. *Propriedade e Democracia Liberal*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

²³ PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. *Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família*. Rio de Janeiro: GZ, 2011. p. 56 e ss.

Nesse sentido, *democracia não é apenas um direito de escolha representativa, mas um poder de escolha oponível em face do estado e que perpassa toda a vida civil*, de todas as pessoas concretas que se relacionam umas com as outras e que têm direitos derivados dessa faticidade.

A democracia, portanto, se perfaz não apenas no âmbito político, na vida pública, mas por meio das escolhas próprias de cada cidadão, escolhas estas que podem significar a eleição de um modelo atípico de família ou de uma forma atípica de exploração da terra, como ocorre, por exemplo, nas uniões homoafetivas²⁴ e na atividade de subdivisão do uso da propriedade privada por fração de tempo (*time-sharing*)²⁵.

O reconhecimento destas práticas como exercício de democracia amplia o próprio conceito do termo, tornando factível a sua oponibilidade no âmbito público, como uma forma de resistência em face da universalidade das leis e da uniformidade jurisprudencial. Se isso implica insegurança jurídica e superestima a casuística dos fatos, impende questionar de que segurança jurídica se está a falar e para quem ela se dirige.

Assim, vista sob a práxis cotidiana dos sujeitos (chamada por Luiz Edson Fachin de *força criativa dos fatos*), a igualdade material de oportunidades e a liberdade substancial dos sujeitos deve passar a ser também entendida como parte de um projeto de democracia que está em constante desenvolvimento, questionamento, transformação e superação.

²⁴ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 37.

²⁵ TEPEDINO, Gustavo. *Multipropriedade Imobiliária*. São Paulo: Saraiva, 1993.