

A CONVERGÊNCIA ENTRE DEMOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO

THE CONVERGENCE BETWEEN DEMOCRACY AND CONSTITUTIONALISM

Demétrius Amaral Beltrão*

Sumário: 1. Introdução. 2. Constitucionalismo e Constituição. 2.1. O governo de leis. 2.2. O direito supra-positivo. 2.3. A origem popular do poder. 2.3.1. A contribuição de Locke. 2.3.2. A contribuição de Rousseau. 2.3.3. A declaração de direitos como o pacto social. 2.4. Os freios e contrapesos e a divisão do poder. 2.5. As assembleias representativas. 2.6. A lei suprema. 3. Origem histórica do regime democrático. 4. A democracia dos modernos comparada à dos antigos. 5. Elementos do modelo democrático. 6. Democracia e “Estado Constitucional”. 7. Conclusões. Referências bibliográficas.

RESUMO

Este trabalho se propõe a analisar a convergência entre constitucionalismo e democracia e suas recíprocas implicações. Em função do objeto de estudo aqui colimado, faz-se imprescindível uma abordagem preliminar dos institutos e idéias da antiguidade que amoldam o Constitucionalismo moderno, tomando como ponto de partida os estudos realizados por Aristóteles, Locke, Rousseau e Montesquieu, destacando, em seguida, a atribuição do poder, onde serão examinados a titularidade e o exercício de poder, a origem histórica do regime democrático, a representação política e os elementos do modelo democrático. Ainda que de forma resumida, uma visão extraída do pensamento filosófico, das instituições da democracia ateniense e da república romana, permitirá idéia mais iluminada acerca da simbiose entre Democracia e “Estado constitucional”.

Palavras-chave: Constitucionalismo e Democracia. O Estado de direito. Os freios e contrapesos e a divisão de poder. Soberania popular. A idéia moderna de Constituição.

* Advogado. Mestrando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Especialista em Direito Público pela PUC Minas. Professor da Graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional na Faculdade de Direito do Sul de Minas. Correspondência para: Rua Afonso Pena, 253, Centro, 37.550-000, Pouso Alegre, MG, Brasil. E-mail: demetriusbeltrao@uol.com.br.

Titularidade e exercício do poder. O princípio democrático. Representação política. A simbiose entre democracia e “Estado constitucional”.

ABSTRACT

This work aims at analyzing the convergence between constitutionalism and democracy and its reciprocal implications. Due to the object of study which is viewed herein, it is vital to make a preliminary approach of ancient institutes and ideas which suit modern Constitutionalism, taking as a starting point, the studies performed by Aristotle, Locke, Rousseau and Montesquieu, and later highlighting power assignment, where power ownership and performance, the historical origin of the democratic regime, political representation and the elements of the democratic model will be examined. Even in a summarized way, a vision extracted from the philosophical thought, from the Athens democracy institutions and from the roman republic will bring a more illuminated idea on the symbiosis between Democracy and “Constitutional State”.

Key Words: Constitutionalism and Democracy. The Rule of Law. Checks and Balances and Power Division. Popular Sovereignty. The Modern Idea of Constitution. Ownership and Power performance. The Democratic Principle. Political Representation. The Symbiosis between democracy and “Constitutional State”.

1. Introdução

No Estado de Direito, ao contrário do que diz a poesia de Chico Buarque de Holanda¹, não é possível que uma só pessoa seja, ao mesmo tempo, “rei”, “bedel” e “juiz”. Nem que seja para obrigar todo mundo a ser feliz. Tal é, em essência, a idéia fundamental que a teoria da divisão dos poderes traz subjacente, vale dizer, a concentração do poder nas mãos de uma só pessoa ou de apenas um órgão tem-se revelado maléfica. O poder absolutista, ao invés de servir aos governados, passa a se constituir em ameaça que pende sobre seus direitos e liberdades.

De fato, em muitos momentos da história e em várias partes do mundo, o (mau uso do) poder tem sido um peso injustamente suportado pela sociedade. Daí a necessidade imprescindível de se estabelecerem regras para disciplinar sua distribuição e seu uso, visando

¹ “Agora eu era o rei, era o bedel e era, também, juiz. E, pela minha lei, a gente era obrigado a ser feliz”. Trecho da música “João e Maria”, composta em 1977 por Chico Buarque de Holanda e Sivuca.

assegurar a instalação de governos moderados e, portanto, aptos a garantir a liberdade política. Daí também o esquema de freios e contrapesos engendrado, o qual, acoplado à divisão do poder, permitiria que o poder freasse o próprio poder.²

Karl Loewenstein observa que, onde o poder político não estiver limitado e restringido, ele se excede porque se trata de um poder demoníaco:

Em raros momentos, para não dizer nunca, o homem exerceu um poder ilimitado com moderação e comedimento, pois o poder carrega consigo mesmo um estigma, e somente os santos entre os detentores do poder – e onde se pode encontrá-los? – seriam capazes de resistir à tentação de abusar do poder. (...) o poder sem controle é, por sua própria natureza, maléfico. O poder encerra em si mesmo a semente de sua própria degeneração. Isto quer dizer que, quando não está limitado, o poder se transforma em tirania e despotismo. Daí que o poder sem controle adquire um acento moral negativo que revela o demoníaco no elemento do poder e o patológico no processo do poder.³

Em verdade, é antiga a observação de que o poder tende a corromper e o poder absoluto tende a corromper absolutamente. Torna-se premente que o poder seja disseminado e repouse sobre a maior quantidade de pessoas a fim de que seja exercido o menos arbitrariamente possível.

Ao longo do tempo, muitos foram os autores que contribuíram para se fixar um mecanismo destinado a circunscrever o exercício do poder político, enquadrando-o, dentro de um esquema de equilíbrio. Deste modo, após longo caminho, idealizou-se uma forma de distribuição das funções do Estado, de modo que pudessem estar em mãos diferentes as tarefas de elaborar a lei, de executar atos de acordo com a lei e de decidir os casos litigiosos, para, assim, coibir o arbítrio governamental. As principais contribuições foram dadas por Aristóteles, John Locke e Montesquieu.

² CAGGIANO, Mônica Herman Salem. *Oposição na Política*. São Paulo: Editora Angelotti, 1995, p. 141.

³ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1970, p. 28. “Rara vez, por no decir nunca, há ejercido el hombre un poder ilimitado com moderación y comedimiento. El poder lleva en sí mismo un estigma, y sólo los santos entre los detentores del poder - y dónde se pueden encontrar? – serían capaces de resistir a la tentación de abusar del poder. (...) el poder incontrolado es, por su propia naturaleza, malo. El poder encierra en sí mismo la semilla de su propia degeneración. Esto quiere decir que cuando no está limitado, el poder se transforma en tiranía y em arbitrario

2. Constitucionalismo e Constituição

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, citando o ensaio de Mc Ilwain, intitulado *Constitucionalismo antigo e moderno*, acentua que “o constitucionalismo não se reduz ao projeto de implantação, em toda parte, de Constituições escritas, que a história moderna mostra haver nascido no século XVIII”.⁴ Mais que isso: para ele, o constitucionalismo significa a busca da limitação do Poder. Nesse passo, ressalta o autor, “teria havido um constitucionalismo ‘antigo’ que o século das luzes substituiu por um constitucionalismo ‘moderno’”.

Dentro deste contexto, o constitucionalismo antigo é visto como fonte de muitos institutos e idéias que amoldam o constitucionalismo moderno. Ainda para Manoel Gonçalves Ferreira Filho, as principais contribuições para o ideário do constitucionalismo moderno seriam: (i) o governo de leis (o Estado de Direito); o direito suprapositivo (ou direito natural); (iii) a origem popular do poder; (iv) os freios e contrapesos e a divisão do poder; (v) as assembleias representativas; e (vi) a noção de supremacia da Constituição.⁵

2.1 O governo de leis

Destaca-se como elemento essencial do constitucionalismo moderno o Estado de Direito. Tal elemento “veio a atender ao clamor pelo ‘governo de leis, não dos homens’, que ecoa no art. XXX da Declaração de Direitos do Massachusetts”.⁶ O governo de leis visava conter o arbítrio do governante, que era um dos principais fatores de indignação da monarquia absoluta. A idéia de um governo de leis relaciona-se ao pensamento de Aristóteles e ao desenvolvimento do *rule of law*,⁷ na Inglaterra medieval.

despotismo. De ahí que el poder sin control adquiera un acento moral negativo que revela lo demoníaco en el elemento del poder y lo patológico en el proceso del poder”.

⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 3.

⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional*, p. 5-20.

⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional*, p. 5. Paulo Bonavides, sem deixar de reconhecer o princípio da separação dos poderes no art. 30 na Declaração de Massachussets, ressalta que “sua explicação política se fez por via revolucionária, quando a legalidade se converteu em matéria constitucional. Assim, no texto de 1791: ‘Não há em França autoridade superior à da lei; o rei não reina senão em virtude dela e unicamente em nome da lei que poderá ele exigir obediência’” (BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 122).

⁷ Este, na verdade, é um aspecto da *common law* - o direito comum, *jus commune* - cristalizado pela justiça real. No *rule of law* estão os três princípios do Estado de Direito: legalidade, isonomia e justicialidade. O governo da lei, ou a regra do direito, procurava afirmar a igualdade dos ingleses perante a lei, ao mesmo tempo em que combatia o arbítrio do governo que lesasse seus direitos legais.

No que concerne a Aristóteles, aponta Jean-Jacques Chevallier ser o “império da lei” uma de suas mais preciosas contribuições para o constitucionalismo moderno.⁸ Além disso, pode-se dizer que foi ele, certamente, o primeiro a cogitar da hipótese de separação de poderes do Estado.⁹

Zulmar Fachin, entre outros, salienta que Aristóteles, em sua obra *A Política*, idealizou um sistema de modo a acomodar os poderes essenciais. “Em todo governo, existem três poderes essenciais, cada um dos quais o legislador prudente deve acomodar da maneira mais conveniente. Quando estas três partes estão acomodadas, necessariamente o governo vai bem, e é das diferenças entre estas partes que provêm as suas”.¹⁰

De fato, como registra José Filomeno de Moraes Filho, o pensador grego já distinguia no Estado três poderes principais: (i) o que deliberava sobre os negócios do Estado; (ii) o que compreende todas as magistraturas ou poderes constituídos, ou seja, aqueles de que o Estado tem necessidade para agir, as suas atribuições e a maneira de as realizar; e finalmente (iii) o que abrange as tarefas de jurisdição.¹¹ Ressalta ainda o autor que, para Aristóteles, “todas as formas de constituição apresentam as três partes em referência, as quais o legislador eficiente deve examinar para que haja um bom ordenamento”.¹²

O primeiro destes três poderes era o que deliberava sobre os negócios do Estado. Por isso, chamou-o de Poder Deliberativo, cujas funções consistiam

⁸ CHEVALLIER, Jean-Jacques. *Historie de la pensée politique*. Tomo I. Paris: Payot, 1979, p. 84. Apud FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional*, p. 5. De fato, Aristóteles concebe a lei como “Inteligência sem paixão” e visualiza como uma forma de expressão e complementação do justo natural. Assim, cabe daí extrair a ideia de que “o império da lei será ao mesmo tempo o da razão, da moralidade e da natureza” (p. 6). Como resultado disto um modelo, um ideal, que iria repercutir profundamente, no futuro, na consciência daqueles que se preocupavam com a adequação das instituições à natureza humana, a racionalidade e a moralidade.

⁹ CAGGIANO, Mônica Herman Salem. *Oposição na Política*. São Paulo: Editora Angelotti, 1995, p. 28. “A partir da clássica tripartição aristotélica, floresceu uma significativa variedade de tentativas classificatórias, evoluindo ao correr da própria evolução do processo de consolidação e institucionalização do poder político”. De fato, “desde a antiguidade clássica, mas is precisamente desde Aristóteles, tem sido hábito da doutrina identificar em todo Estado a existência de três funções principais” (BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de teoria do estado e ciência política*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 74). Ainda nesse sentido, veja o entendimento de Karl Loewenstein. *Teoría de la Constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1970, p. 43.

¹⁰ ARISTÓTELES. *A política*. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 127. Apud FACHIN, Zulmar. *Funções do poder judiciário na sociedade contemporânea e a concretização dos direitos fundamentais*. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/primeira_edicao/artigo_zulmar_fachin>.

¹¹ MORAES FILHO, José Filomeno. *Separação de poderes no Brasil pós-88: princípio constitucional e práxis política*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; BERCOVICI, Gilberto; MORAES FILHO, José Filomeno; e LIMA, Martonio Mont’Averne Barreto. *Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Jures, 2003, p. 154-155.

¹² MORAES FILHO, José Filomeno. *Separação de poderes no Brasil pós-88: princípio constitucional e práxis política*, p. 155.

em decidir sobre a paz e a guerra, contrair alianças ou rompê-las, fazer as leis e suprimi-las, decretar algumas penas existentes à época, como a pena de morte, de banimento e de confisco. Era o Poder Legislativo, ao qual cabia ainda prestar contas aos magistrados (governantes).

O segundo era o que compreendia todas as magistraturas ou poderes constituídos. Tratava-se de um poder do qual o Estado necessitava para agir de acordo com as deliberações da Assembleia. A ele refere-se Aristóteles como “as magistraturas governamentais”, o governo propriamente dito. Era o Poder Executivo.

Ainda na concepção aristotélica, o terceiro destes poderes essenciais abrangia os cargos da jurisdição. Sobre esse aspecto Aristóteles falava da necessidade de várias espécies de juízes e do modo como estes deveriam ser escolhidos para o exercício da função. Tratava-se do Poder Judiciário.¹³

Celso Ribeiro Bastos, analisando a contribuição de Aristóteles, afirma que o valor de sua descoberta é muito relativo, pois não exerceu influência sobre a vida política durante, no mínimo, o milênio que seguiu à sua vida. Lembra ainda que, ao longo de todo esse período, prevaleceu sem contestação a vontade do monarca, que reunia em si mesmo as três funções estatais, embora, por razões de ordem pública, estas pudessem vir a ser delegadas a prepostos, segundo o seu arbítrio.¹⁴ Tais vislumbres - consistentes na distinta natureza das funções do Estado - ficaram adormecidos até que Montesquieu, retomando as ideias aristotélicas, extraiu-lhes ilações concretas. Daí o grande mérito de sua formulação.

Já a idéia de *rule of law* está intimamente relacionada com a própria história das liberdades políticas individuais. Na Inglaterra, o marco inicial desta história é a promulgação da Magna Carta pelo Rei João Sem terra em 1215, considerada a primeira tentativa de se estabelecer em termos jurídicos uma limitação ao exercício do poder político, que selou o compromisso entre João Sem terra e os barões ingleses de que nenhum homem - nem mesmo o rei - estaria acima da lei. No mais, ela concedeu a “todos os homens livres” o direito ao “devido processo legal”, ou seja, o princípio de que ninguém poderia ser detido ou destituído de seus bens sem julgamento prévio. No *rule of law* estão os três princípios do Estado de Direito: legalidade, isonomia e justicialidade.

¹³ ARISTÓTELES. *A política*. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 127-143. Apud FACHIN, Zulmar. *Funções do poder judiciário na sociedade contemporânea e a concretização dos direitos fundamentais*. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/primeira_edicao/artigo_zulmar_fachin>.

¹⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 340.

Assim, tem-se que, o Estado de Direito ou *rule of law* (domínio da lei) contempla as idéias de: (i) garantia de proibição do exercício arbitrário do poder; (ii) exigência de normas públicas claras e consistentes; e (iii) existência de tribunais acessíveis e estruturados para ouvir e determinar as diversas reivindicações legais.¹⁵

Também a Constituição norte-americana é outro marco decisivo na elaboração do conceito de *rule of law*. Com efeito, os revolucionários americanos não apenas afirmaram o valor normativo superior do texto constitucional, instituindo assim a própria concepção de um Estado constitucional democrático, como também consignaram as propriedades procedimentais e substanciais que caracterizam o “império da lei” - *The Reign of Law*.¹⁶

2.2. O direito suprapositivo

A idéia de um direito suprapositivo, inerente à natureza, também é afirmada por Aristóteles, que se refere a ela como um direito por natureza que se vincula à justiça, como justificação dos direitos fundamentais.

Importante contribuição nessa linha é trazida pela doutrina de Santo Tomás de Aquino. Em sua *Suma teológica*, ele apresenta a existência de quatro leis que regem o homem: (i) lei eterna, de um modo mais longínquo, que é a própria razão do governo das coisas (é a razão divina); (ii) lei natural, de uma maneira próxima e imediata, é a participação da lei eterna na criatura razoável; (iii) lei humana, como membro da sociedade política, é a determinação pormenorizada dos princípios da lei natural; e (iv) lei (positiva) divina, como membro da sociedade sobrenatural, é a explicitação das normas que conduzirão os homens à salvação eterna.¹⁷ Hugo Grócio, por sua vez, no início do século XII, reequacionou a doutrina do direito natural através da sua laicização e de sua concepção como um sistema de regras ou princípios e também de direitos subjetivos, faculdades ou poderes.

¹⁵ Para a interpretação do sentido da fórmula Rule of Law, vide José Joaquim Gomes Canotilho, para quem “é possível assinalar-lhe quatro dimensões básicas. *The Rule of Law* significa, em primeiro lugar, na sequência da Carta Magna de 1215, a obrigatoriedade da observância de um *processo justo* legalmente regulado, quando se tiver de julgar e punir os cidadãos, privando-os da sua liberdade e propriedade. Em segundo lugar, *Rule of Law* significa a proeminência das leis e costumes do ‘país’ perante a discricionariedade do poder real. Em terceiro lugar, *Rule of Law* aponta para a sujeição de todos os actos do executivo à soberania do parlamento. Por fim, *Rule of Law* terá o sentido de igualdade de acesso aos tribunais por parte dos cidadãos a fim de estes aí defenderem os seus direitos segundo os princípios de direito comum dos ingleses (*Common Law*) e perante qualquer entidade (indivíduos ou poderes públicos)” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 93-94).

¹⁶ Sobre esta questão vide J. J. Gomes Canotilho. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 94-95.

¹⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 9.

2.3. A origem popular do poder

A doutrina do pacto de sujeição é tida como uma das inspirações da soberania popular. Segundo ela, a atribuição do poder ao monarca importava num pacto, ou contrato, do qual para ele decorriam poderes, mas também limitações e deveres, enquanto ao povo impunha a obediência, contudo, condicionada ao respeito não só das limitações como das obrigações, como por exemplo, a de zelar pelo bem comum e resguardar a segurança da comunidade.¹⁸

Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a tese do pacto de sujeição reviveu na França das guerras religiosas e ainda no início do século XVIII, quando foi brandida pelos monarcômacos. Ganhou força no curso do século XVIII, às vésperas da Revolução Francesa e também esteve presente na Inglaterra do século XVII.¹⁹

A corrente “revolucionária” do pensamento seiscentista e setecentista, representada por Hobbes, Locke e Rousseau, viu na própria sociedade a decorrência de um acordo entre homens e, no poder, uma decorrência - a necessária garantia - da sociedade. Assim, reforçou a noção de origem popular do poder.

2.3.1. A contribuição de Locke

John Locke, menos afamado que Montesquieu, é quase tão moderno quanto este, no tocante à separação dos poderes. Com os olhos sobre a Inglaterra parlamentarista, assinala o pensador inglês a distinção entre os três poderes - executivo, legislativo e federativo²⁰ - e reporta-se também a um quarto poder: a prerrogativa, como forma de evitar que todo o poder estatal repousasse nas mãos de uma só pessoa.

Embora tenha concebido a existência de diferentes núcleos de poderes estatais como forma de evitar o absolutismo, Locke sustentava a supremacia do Poder Legislativo.²¹ Segundo ele, não podia “haver mais de um poder supremo, que é o legislativo, ao qual todos

¹⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional*, p. 11.

¹⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional*, p. 11.

²⁰ Segundo José Filomeno de Moraes Filho, Locke “preconizou a distinção entre três poderes: a) poder legislativo, que é o que tem o direito de estabelecer como se deve utilizar a força da comunidade no sentido de preservação dela própria e dos seus membros; b) poder federativo, ao qual cabe a guerra e a paz, as ligas e alianças, e todas as transações com todas as pessoas e comunidades estranhas à sociedade; c) poder executivo, que deve acompanhar a execução das leis que se elaboram e ficam em vigor” (MORAES FILHO, José Filomeno. *Separação de poderes no Brasil pós-88: princípio constitucional e práxis política*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; BERCOVICI, Gilberto; MORAES FILHO, José Filomeno; e LIMA, Martonio Mont’Averne Barreto. *Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Jures, 2003, p. 155).

²¹ FACHIN, Zulmar. *Funções do poder judiciário na sociedade contemporânea e a concretização dos direitos fundamentais*. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/primeira_edicao/artigo_zulmar_fachin>.

os demais são e devem ser subordinados”. O Legislativo era o verdadeiro poder da sociedade política e, portanto, deveria desfrutar de supremacia em relação aos demais. “Em todos os casos, enquanto subsistir o governo, o legislativo é o poder supremo (...) e todos os demais poderes depositados em quaisquer membros ou partes da sociedade devem derivar dele ou ser-lhe subordinados”.²²

O mérito do estudo de Locke é reconhecido por inúmeros doutrinadores, como é o caso de Karl Loewenstein.²³ Este autor, sem desmerecer a Montesquieu, observa que, interpretando retrospectivamente o resultado da “gloriosa revolução” inglesa, Locke a projetara como conjunto de regras válidas para o futuro. Realizando gigantesca operação, fracionou o todo-poderoso Leviatã do poder estatal em diferentes segmentos de funções, quebrando assim de uma vez por todas seu poder.²⁴

Nota-se que, havendo supremacia de um sobre os demais poderes, não se poderia falar em independência e harmonia. Este aspecto veio a ser mais bem desenvolvido depois por Montesquieu, que idealizou o sistema de *freios e contrapesos*, em que um poder serve de limite a outro, não sendo possível falar-se em superposição de um em relação aos demais.²⁵

2.3.2. A contribuição de Rousseau

Analisando as tradições político-democráticas modernas, a republicana e a liberal, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira lembra que Jean-Jacques Rousseau, assim como John Locke, é muito conhecido, dentre outros motivos, por ser um grande representante do “contratualismo”.²⁶ Segundo o autor, Rousseau, em seu livro, *Do Contrato Social*, traça uma

²² LOCKE, John. *Dois Tratados Sobre o Governo*. Trad.: Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 519.

²³ FACHIN, Zulmar. *Funções do poder judiciário na sociedade contemporânea e a concretização dos direitos fundamentais*. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/primeira_edicao/artigo_zulmar_fachin>.

²⁴ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1970, pp. 60-61. “El honor corresponde a John Locke: interpretando retrospectivamente el resultado de la *Glorious Revolution*, lo proyectó como conjunto de reglas válidas para el futuro; en una operación gigantesca, seccionó el todopoderoso Leviatán del poder estatal en diferentes funcionales, quebrando así de una vez para siempre su poder. Un mérito no menos importante corresponde a Montesquieu, que añadió a la separación técnica de las funciones estatales y a su atribución a diferentes detentadores del poder, el valor ideológico que corresponde a esta teoría como salvaguardia de la libertad de los súbditos”.

²⁵ FACHIN, Zulmar. *Funções do poder judiciário na sociedade contemporânea e a concretização dos direitos fundamentais*. Disponível em: <www.anima-opet.com.br/primeira_edicao/artigo_zulmar_fachin>.

²⁶ Para uma visão geral do “contratualismo”, e de que “por tal termo se entende uma escola que floresceu na Europa entre os começos do século XVII e os fins do século XVIII e teve seus máximos expoentes em J. Althusius (1557- 1638), T. Hobbes (1588- 1679), B. Spinoza (1632- 1677), S. Pufendorf (1632- 1694), J. Locke (1632- 1704), J.- J. Rousseau (1712- 1778), I. Kant (1724- 1804)”, ver o verbete de Nicola Matteucci, in BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; e PAQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. v. 1. 13. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008, p. 272. Matteucci adverte para o fato, bastante relevante para o presente estudo, de que por escola entende “não uma comum orientação política, mas o uso comum de uma mesma sintaxe ou de uma mesma estrutura conceitual para racionalizar a força e alicerçar o poder no consenso”.

grande tese acerca da organização, ou do que deveria ser a organização, política legítima.²⁷ “O homem nasceu livre, e em toda parte se encontra sob ferros. De tal modo acredita-se o senhor dos outros, que não deixa de ser mais escravo que eles. Como é feita essa mudança? Ignoro-o. Que é que a torna legítima? Creio poder resolver esta questão”.²⁸

Não há uma organização política que, não tendo sido erguida em respeito à liberdade e à igualdade civis, exerça um domínio legítimo sobre os homens. Somente um pacto ou contrato social que, ao contrário de Hobbes, e num certo sentido na linha de Locke, não aliena a um Leviatã, mas transforma e assegura os direitos naturais, poderá fundar uma organização política legítima.²⁹

E isso porque Rousseau, partindo da premissa da impossibilidade de cada indivíduo superar pelas suas próprias forças os obstáculos decorrentes da desigualdade

Mas se vai tornando inegável, à medida que a análise de Matteucci avança, a influência dessas referidas "orientações políticas divergentes" (verdadeiras pragmáticas) nessa "estrutura conceitual", que pouco resta como sendo a mesma, ainda mais em se tratando da busca de "uma racionalização da força" ou de "um fundamento consensual do poder" (OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Republicanismo e liberalismo: da relação entre constitucionalismo e democracia no marco das tradições do pensamento político moderno*. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/virtuajus/ano2_2/Republicanismo%20e%20Liberalismo.pdf>).

²⁷ Vide nesse sentido: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Republicanismo e liberalismo: da relação entre constitucionalismo e democracia no marco das tradições do pensamento político moderno*. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/virtuajus/ano2_2/Republicanismo%20e%20Liberalismo.pdf>.

²⁸ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Trad. Rolando Roque da Silva. São Paulo: Editora Cultrix, 1989, p. 21-22.

²⁹ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Republicanismo e liberalismo: da relação entre constitucionalismo e democracia no marco das tradições do pensamento político moderno*. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/virtuajus/ano2_2/Republicanismo%20e%20Liberalismo.pdf>. Ainda para o autor, “não há como concordar com Bobbio, quando simplesmente afirma que Rousseau se afastaria de Locke e se aproximaria de Hobbes, por compreender o contrato social como um ‘ato de renúncia coletiva aos direitos naturais’, pois isso é desconsiderar as críticas de Rousseau ao Absolutismo. Cabe lembrar que, em primeiro lugar, para Rousseau, o Direito não pode advir da força, e que ‘renunciar à própria liberdade é o mesmo que renunciar à qualidade de homem, aos direitos da humanidade, inclusive aos seus deveres’. E em segundo lugar, é possível compreender o que Bobbio (referindo-se a Rousseau) chama de ‘renúncia não em favor de um terceiro mas em favor de todos’, não como uma alienação pura e simples de direitos, mas como uma *transfiguração* dos direitos naturais, em razão da institucionalização jurídica desses no plano da comunidade política do Estado. Porque tal institucionalização visa a assegurar e realizar esses direitos e não a uma mera transferência de poder em favor do Estado. Nesse ponto, Rousseau aproxima-se de Locke, já que ambos compreendem, ao contrário de Hobbes, que o contrato social visa a assegurar os direitos naturais, através da sua institucionalização jurídico-política. Isso, inclusive, pode ser ilustrado com as mesmas passagens da obra de Rousseau citada por Bobbio, as duas primeiras do capítulo VI e a última do capítulo VIII, *Do Contrato Social*: ‘Encontrar uma forma de associação que defenda e apóie com toda a força coletiva a pessoa e os bens de cada um dos membros e por meio da qual, cada um unido- se a todos, obedeça somente a si mesmo e permaneça livre como antes’. ‘Cada um oferecendo - se a todos não se oferece a ninguém, e porque não existe membro algum sobre o qual não seja adquirido o mesmo direito que lhe é concedido acima de nós, ganha-se o equivalente de tudo aquilo que se perde, e mais a força para conservar o que se tem’. ‘O que o homem perde através do contrato social é a sua liberdade natural e um direito ilimitado a tudo aquilo que causa desejo e que ele pode obter: o que ganha é a liberdade civil e a propriedade de tudo aquilo que possui’. Entretanto, é correto afirmar que a aproximação de ambos vai até o ponto em que se passa a discutir o que seria assegurar e realizar direitos naturais, através de sua institucionalização jurídica, no nível da comunidade política do Estado”. Sobre o significado da palavra “liberdade” na lição dos clássicos, vide Norberto Bobbio, *Teoria geral da política*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. 20. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p. 101-113.

humana, existente no estado de natureza, propõe as condições do pacto legítimo através do qual o indivíduo, após renunciar sua liberdade natural, receba em contrapartida a liberdade civil.³⁰

No que concerne ao processo de legitimação desse pacto social, Mário Lúcio Quintão Soares assevera: “tornam-se essenciais a igualdade entre as partes contratantes e a renúncia parcial dos direitos, pois há direitos, fundados na natureza, inalienáveis”.³¹ E para preservação de tais direitos, Rousseau sugere como solução “encontrar uma forma de associação que defenda e proteja de toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado, e pela qual, cada um, unindo-se a todos, não obedeça portanto senão a si mesmo, e permaneça tão livre como anteriormente”.³²

Ainda para Mário Lúcio Quintão Soares,

o ato constitutivo desta associação produz, em substituição à pessoa particular de cada contratante, um corpo moral e coletivo: o Estado, mero executor das decisões, composto de tantos membros quantos são os votos da assembleia, e que, por esse mesmo ato, adquire sua unidade, seu eu comum, sua vida e sua vontade. (...)

Tal ato de associação vê-se legitimado pela *volonté générale* inalterável e pura do corpo moral e coletivo, implicando um compromisso recíproco entre os interesses públicos e os particulares; e que cada indivíduo, contratando consigo mesmo, se comprometa numa dupla relação como membro do (poder) soberano.³³

E prossegue o autor enfatizando que “a vontade geral, além de não se contrapor aos princípios jusnaturalistas da liberdade e da igualdade, é o substrato do contrato social de Rousseau, caracterizando-se como vontade do corpo moral e coletivo, isto é, algo distinto da vontade psicológica de seus membros, como também da vontade de todos e da maioria”.³⁴

³⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Trad. Rolando Roque da Silva. São Paulo: Editora Cultrix, 1989, p. 29-31.

³¹ SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do estado: novos paradigmas em face da globalização*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 69.

³² ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*, p. 30.

³³ SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do estado: novos paradigmas em face da globalização*, p. 69-70. Vide também Rousseau, Jean-Jacques. *O contrato social*, p. 31.

³⁴ SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do estado: novos paradigmas em face da globalização*, p. 70.

Rousseau concebe tanto o pacto fundador, quanto o processo político e o processo eleitoral de modo diverso. O contrato social, enquanto constituição política, consubstancia a formação de um corpo político que, através da comunhão de seus membros -“*fraternité*” -, exerce o direito comunitário à autodeterminação, em busca da realização da felicidade, da auto-realização ética.³⁵ “Renunciar à própria liberdade é o mesmo que renunciar à qualidade de homem”.³⁶ A garantia de cidadania, liberdade e igualdade civis, na busca da felicidade, é a finalidade por excelência do pacto social e da sociedade política que através dele se constitui. “Portanto, se afastarmos do pacto social o que não constitui a sua essência, acharemos que ele se reduz aos seguintes termos: cada um de nós põe em comum sua pessoa e toda a sua autoridade, sob o supremo comando da vontade geral, e recebemos em conjunto cada membro como parte indivisível do todo”.³⁷

Ainda em Rousseau,

A pessoa pública, formada assim pela união de todas as outras, tomava outrora o nome de cidade, e toma hoje o de república ou corpo político, o qual é chamado por seus membros: Estado, quando é passivo; soberano, quando é ativo; autoridade, quando comparado a seus semelhantes. No que concerne aos associados, adquirem coletivamente o nome povo, e se chamam particularmente cidadãos, na qualidade de participantes na autoridade soberana, e vassallos, quando sujeitos às leis do Estado.³⁸

Cada momento em que se expressa a *vontade geral* é uma confirmação do pacto social e da constituição do corpo político. Em Rousseau, não há lugar nem para governo representativo, já que “a soberania não pode ser representada pela mesma razão porque não pode ser alienada”³⁹ e porque “há um único contrato no Estado, o da associação, e, por si só,

³⁵ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Republicanismo e liberalismo: da relação entre constitucionalismo e democracia no marco das tradições do pensamento político moderno*. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/virtuajus/ano2_2/Republicanismo%20e%20Liberalismo.pdf>.

³⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Trad. Rolando Roque da Silva. São Paulo: Editora Cultrix, 1989, p. 26.

³⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*, p. 31.

³⁸ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*, p. 31.

³⁹ Em Rousseau, a idéia de soberania inalienável e indivisível opõe-se ao governo representativo no sentido de Locke. “A soberania não pode ser representada pela mesma razão por que não pode ser alienada, consiste essencialmente na vontade geral e a vontade geral absolutamente não se representa. É ela mesma ou é outra, não há meio-termo. Os deputados do povo não são, nem podem ser seus representantes; não passam de comissários seus, nada podendo concluir definitivamente. É nula toda lei que o povo diretamente não ratificar; em absoluto, não é lei” (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*, p. 108). E prossegue: “O povo inglês pensa ser livre e muito se engana, pois só o é durante a eleição dos membros do parlamento; uma vez estes eleitos, ele é escravo,

exclui todos os demais”,⁴⁰ nem muito menos para dissolução do autogoverno através do exercício de um direito individual de resistência, porque a soberania popular não pode voltar-se contra si mesma, nem a vontade geral pode errar,⁴¹ embora seja possível a censura através de julgamento público⁴² a comissários do povo e a atos do governo. Em Rousseau o processo político, mesmo o que institui o governo,⁴³ é o centro que integra e constitui o social, processo em que se expressa a *vontade geral* e se confirma o pacto social, no sentido das suas finalidades ético-políticas.⁴⁴

2.3.3. A declaração de direitos como o pacto social

No início do constitucionalismo moderno, as Declarações de Direitos eram vistas como o pacto social, a que a Constituição viria garantir, com isto protegendo os direitos naturais. Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “isto transparece da prática generalizada de, primeiro, editar-se uma declaração, para depois fazer a Constituição. É o que se deu, por exemplo, na Virgínia, em 1776, na França, com a Declaração de 1789⁴⁵ e a Constituição de 1791”.⁴⁶

Ainda para Manuel Gonçalves Ferreira Filho, este processo de institucionalização é apresentado por Emmanuel Joseph Sieyès como o modelo. “Primeiro, o estado de natureza, com os homens exercendo ilimitadamente os seus direitos naturais; depois, pelo consentimento deles, o pacto social, pelo qual aceitam limitações ao exercício de tais direitos,

não é nada. Durante os breves momentos de sua liberdade, o uso, que dela faz, mostra que merece perdê-la” (p.108). E explicitando as raízes medievais do “governo representativo”, considera - o incompatível com o direito e com a liberdade civil.

⁴⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*, p. 110-111. Não há lugar, portanto, para um pacto secundário entre povo e governantes.

⁴¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*, p.41.

⁴² ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*, p. 124-125.

⁴³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*, p. 98 e s.

⁴⁴ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Republicanismo e liberalismo: da relação entre constitucionalismo e democracia no marco das tradições do pensamento político moderno*. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/virtuajus/ano2_2/Republicanismo%20e%20Liberalismo.pdf>. Nessa trilha, Mário Lúcio Quintão Soares registra: segundo Rousseau, há soberania “popular quando ocorre identidade entre governante e governado, estabelecendo a democracia de identidade, peculiar às unidades políticas pequenas” (*Teoria do estado: novos paradigmas em face da globalização*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p.71).

⁴⁵ A Declaração de 1789 previa em seu art. 16 que: “Toda sociedade, em que não for assegurada a garantia dos direitos e determinada a separação dos poderes, não tem Constituição”.

⁴⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 12.

necessárias à sociedade que fundam; enfim, a elaboração da Constituição pelos representantes extraordinários da sociedade, no exercício do poder constituinte”.⁴⁷

2.4. Os freios e contrapesos e a divisão do poder

Na organização política deve haver uma divisão de poder, a fim de prevenir ou, ao menos, dificultar o abuso.⁴⁸ Esta divisão, na verdade, deve ser vista como instrumento de limitação do poder, e que tem por objeto o estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos.

Passando pelas ideias de governo misto e de divisão intraorgânica do poder, toma corpo no limiar do constitucionalismo moderno a obra *O Espírito das Leis*, de Montesquieu, onde se encontra enunciada a célebre fórmula sobre o poder deter o poder. São os freios e contrapesos.⁴⁹

Montesquieu preocupou-se fundamentalmente com a liberdade. Tratava da liberdade do indivíduo em face do arbítrio do poder do governante. Mas a liberdade a que se referia era aquela assegurada pela lei. Ser livre era, portanto, estar na lei, era poder fazer tudo aquilo que a lei permitisse.⁵⁰

É verdade que nas democracias o povo parece fazer o que quer; mas a liberdade política não consiste em se fazer o que se quer. Em um Estado, isto é, numa sociedade onde existem leis, a liberdade só pode consistir em poder fazer o que se deve querer e em não ser forçado a fazer o que não se tem o direito de querer. Deve-se ter em mente o que é a independência e o que é a liberdade. A liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem; e se um cidadão pudesse fazer o que elas proibem, ele já não teria liberdade, porque os outros também teriam este poder.⁵¹

⁴⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional*, p. 12.

⁴⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional*, p. 12 e ss.

⁴⁹“Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder” (MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das leis*. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 166). Sobre o tema assinala Paulo Bonavides: “Assim como a Inglaterra conhecera Locke por pensador político do contra-absolutismo, vazado na inspiração individualista dos direitos naturais oponíveis ao Estado, a França vai conhecer, com o gênio de Montesquieu, a criação na obra *Do Espírito das Leis* da técnica de separação de poderes, que resume o princípio constitucional de maior voga e prestígio de toda a idade liberal” (BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 147).

⁵⁰ FACHIN, Zulmar. Funções do poder judiciário na sociedade contemporânea e a concretização dos direitos fundamentais. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/primeira_edicao/artigo_zulmar_fachin>. Vide nesse sentido Paulo Bonavides, *Ciência política*, p. 148. Ainda nesse sentido, vide Norberto Bobbio, *Teoria geral da política*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. 20. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p. 103-104.

⁵¹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*, p. 166.

Depois de referir a liberdade política aos governos moderados, afirma Montesquieu que uma experiência eterna atesta que todo homem que detém o poder tende a abusar do mesmo.⁵² Vai o abuso até onde encontra limites.⁵³ E para que não se possa abusar do poder, é preciso organizar a sociedade política de tal forma que o poder seja um freio ao poder, limitando o poder pelo próprio poder.⁵⁴

Portanto, para garantir certo grau de liberdade às pessoas, tornava-se imperioso regular o poder do Estado. Foi então que Montesquieu concebeu os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. “Existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil”.⁵⁵

A cada um desses poderes, correspondem determinadas funções. “Com o primeiro, o príncipe ou o magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas. Com o segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes, ou julga as querelas entre os particulares”.⁵⁶

Montesquieu, sem ignorar o que haviam falado Aristóteles e Locke, advertiu para o risco de concentrar-se todo o poder estatal na mesma pessoa. Isso levaria inevitavelmente ao arbítrio e precisava ser evitado. Eis, portanto, sua preocupação:

⁵² MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*, p. 166.

⁵³ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*, p. 166.

⁵⁴ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*, p. 166 -167.

⁵⁵ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*, p. 167. E também: FACHIN, Zulmar. Funções do poder judiciário na sociedade contemporânea e a concretização dos direitos fundamentais. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/primeira_edicao/artigo_zulmar_fachin>.

⁵⁶ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*, p. 167-168. Preconizada por Locke, ao final do século XVII e teorizada por Montesquieu por meio de sua obra *O Espírito das Leis*, no século seguinte, a doutrina repousa sobre quatro ideias vetoriais, segundo Monica Herman: funções, poderes, estruturas e equilíbrio dos poderes (CAGLIANO, Mônica Herman Salem. *Oposição na Política*. São Paulo: Editora Angelotti, 1995, p. 142). Para Monica Herman, “o seu ponto de partida reside no reconhecimento e distinção, na esfera do poder, de três diferentes funções - a pertinente à edição de regras gerais ou função legislativa; a relativa à execução dessas regras ou função executiva; e a que toca à solução dos litígios ou função jurisdicional -, cada qual correspondendo a um poder, que deve ser conferido a um órgão específico que exerça as tarefas que lhe competem com a mais ampla independência” (p. 142). Ainda segundo a autora, o cerne dessa tese “é detectado no mecanismo de equilíbrio dos poderes, que decorre da fórmula do ilustre barão de La Brède; um equilíbrio a comandar, essencialmente, os campos de atuação do Poder Legislativo e do Poder Executivo. E o objetivo dessa organização equilibrada do poder, Montesquieu claramente definia, afirmando: ‘para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder’” (1962:180).

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.⁵⁷

Por último, assevera o autor de *O Espírito das Leis*: “Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares”.⁵⁸

O fato é que Montesquieu não se cingiu a teorizar acerca da natureza dos três poderes senão que engendrou do mesmo passo a técnica que conduziria ao equilíbrio dos mesmos poderes, distinguindo a faculdade de estatuir da faculdade de impedir.⁵⁹ Lembra Paulo Bonavides que, como para Montesquieu a natureza das coisas não permite a imobilidade dos poderes, mas o seu constante movimento, “são eles compelidos a atuar ‘de concerto’, harmônicos, e as faculdades enunciadas de estatuir e de impedir antecipam já a chamada técnica dos *checks and balances*, dos pesos e contrapesos, desenvolvida posteriormente por Bolingbroke, na Inglaterra, durante o século XVIII”.⁶⁰

Nesta ordem de ideias, percebe-se que Montesquieu não foi o primeiro a falar sobre a necessidade de distribuição das funções do Estado. Antes dele, Aristóteles e John Locke, cada qual a seu modo e em seu tempo, procuraram demonstrar que o poder estatal não podia repousar nas mãos de uma só pessoa ou de um órgão apenas. O que Montesquieu fez foi arquitetar uma fórmula mais aperfeiçoada. Poder-se-ia afirmar que Aristóteles e John Locke teorizaram a separação de poderes e Montesquieu a sistematizou.⁶¹

⁵⁷ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*, p. 168.

⁵⁸ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*, p. 168. Para Paulo Bonavides, “redundaria irremissivelmente essa máxima concentração de poderes no despotismo, implicando a total abolição da liberdade política” (BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 150).

⁵⁹ BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*, p. 150.

⁶⁰ BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*, p. 150.

⁶¹ FACHIN, Zulmar. Funções do poder judiciário na sociedade contemporânea e a concretização dos direitos fundamentais. Disponível em: <www.anima-opet.com.br/primeira_edicao/artigo_zulmar_fachin>.

Aristóteles, Locke e Montesquieu contribuíram de modo decisivo para se demarcarem limites ao exercício do poder estatal. Embora não sejam traçados com rigidez, estes limites garantem o funcionamento de todas as funções do Estado.

2.5. As assembleias representativas

Uma das mais importantes criações políticas da Idade Média, as assembleias representativas marcaram indelevelmente a vida dos governos, tendo se difundido por toda a Europa nos séculos XIII e XIV. Teriam surgido na península Ibérica. Contudo, “a primeira manifestação documentada de tais Assembleias são as Cortes do reino de Leão, reunidas em 1188. Registram-se, porém, outras, na Catalunha (1218), em Valência (1283), em Aragão (1274), em Navarra (1300)”.⁶²

O fato é que tinham como característica serem: (i) assembleias políticas, compostas de representantes que falam em nome de ordens, a fim de defender-lhes os direitos, bem como prestar ao príncipe o dever de conselho e federação; e (ii) instituições regulares (não reunidas *ad hoc*), vale dizer, existia previsão de sua estruturação em normas, embora a sua convocação ainda estivesse na dependência da vontade do rei.⁶³

Nesse passo, vale ressaltar a contribuição das ordens religiosas para o desenvolvimento da idéia de representação e do sistema de seleção dos representantes. Bem provavelmente tenha sido no meio religioso que se previu, primeiramente, a participação de todos nas deliberações de interesse geral.⁶⁴

Era princípio geral que as Assembleias não deliberavam senão acerca das questões que previa o ato de convocação. Isto importava que os representantes deveriam ter “mandato” dos representados para tomar em nome deles a decisão. Finalmente, não se pode perder de vista que, para o constitucionalismo moderno, o grande modelo foi o Parlamento inglês, tomado por paradigma do Poder Legislativo por Montesquieu, na separação dos poderes.

Se em sua fase embrionária as Assembleias se reuniam em lapsos temporais muito extensos, com o passar do tempo, seguramente em fins do século XIV, os poderes do já chamado Parlamento tornaram-se largos. “No século XVII, já poderoso, o Parlamento pôde arrostar os monarcas, como fez com Carlos I que acabou decapitado. Ao final deste período,

⁶² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 15.

⁶³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional*, p. 15-16.

⁶⁴ Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho, as ordens religiosas desenvolveram técnicas para escolha dos dirigentes pela maioria mais sábia, ou maioria absoluta, que somente mais tarde seriam empregadas no mundo laico (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional*, p. 16).

com a Revolução de 1688 e o *Bill of Rights* de 1689, sua convocação anual se fez obrigatória, ao mesmo tempo em que não mais se admitiu a legislação sem a sua participação”,⁶⁵ surgindo, assim, o Poder Legislativo.

2.6. A lei suprema

No final da Idade Média encontram-se por toda a Europa referências às leis fundamentais do reino. Elas representavam a idéia de uma lei superior ao rei, que não podia nem ab-rogá-las nem derogá-las. A referência histórica que se tem é que a partir do século XV a doutrina teria se desenvolvido na França, ao sabor dos acontecimentos políticos

A noção de supremacia da Constituição baseia-se na doutrina de que, acima do rei e das leis que edita, existiria um corpo de normas de ordem superior. Este corpo de normas superiores era formado por leis fundamentais que dispunham sobre a sucessão do trono, a obrigatoriedade da participação do Parlamento, dos pares e dos Estados gerais na deliberação de certos atos, configurando o reino como um governo misto, a devolução do trono, a inalienabilidade do domínio real e a não-sujeição do poder temporal ao poder religioso.

Inegavelmente, porém, essa doutrina antecipa a idéia de uma lei suprema, a sobrepor-se acima do poder estabelecido. Pode-se supor não ter sido coincidência haver Vattel chamado de lei fundamental a primeira formulação jurídica da idéia moderna de Constituição.⁶⁶

3. Origem histórica do regime democrático

Conforme leciona a professora Mônica Herman Salem Caggiano é consenso entre os historiadores que foi Heródoto quem empregou de forma pioneira o termo democracia, “ao gizar os contornos de uma comunidade política dirigida pelo *demos*, ou por muitos, em contraposição à monarquia e à oligarquia”.⁶⁷ Entretanto, conforme salienta a autora, a mais famosa das definições de democracia é atribuída a Abraham Lincoln, no discurso de Gettysburg: “a democracia é o governo do povo, pelo povo e para o povo”.⁶⁸

Portanto, na tentativa de obtenção de respostas à indagação do que seja a democracia, mostra-se imprescindível realizar-se uma breve incursão na história grega de Atenas, na medida em que nesta cidade-estado era o povo quem conduzia a política.

⁶⁵ FERREIRA FILHO. Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional*, p. 18.

⁶⁶ FERREIRA FILHO. Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional*, p. 20.

⁶⁷ CAGGIANO, Mônica Herman Salem. *Oposição na Política*. São Paulo: Editora Angelotti, 1995, p. 35.

⁶⁸ CAGGIANO, Mônica Herman Salem. *Oposição na Política*, p. 35.

Reportando-nos, ainda uma vez, aos registros de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, foi Clístenes que, em 509 a.C., implantou reformas através das quais se considera fundada a democracia ateniense, consolidada entre 403 e 309 a.C. e, neste período, previa-se como órgão principal da cidade-estado as assembleias populares (ecclesia) nas quais deveriam participar os cidadãos atenienses que eram considerados os homens, filhos de pais atenienses, de forma que não gozavam de cidadania as mulheres, aqueles que não eram filhos de atenienses, embora nascidos em Atenas, os libertos e todos os estrangeiros e escravos.⁶⁹

No período áureo da democracia ateniense, conforme salienta Manoel Gonçalves Ferreira Filho, o “número de cidadãos girava em torno de 40.000 para uma população de 300.000 (13% da população)”.⁷⁰

Mas foi por meio de Rousseau, através da obra *Do Contrato Social*, que se desenhou de melhor forma a padronagem democrática, numa sociedade em que o homem “só estaria subordinado ao povo e nunca a um homem em particular. Não estaria governado por um ou por alguns indivíduos, mas pela vontade impessoal do todo, de que faz parte e em cujas deliberações intervêm”.⁷¹ Com isso, todos seriam, ao mesmo tempo, sujeito e objeto do poder, todos continuariam livres, embora governados pela vontade geral. Sob essa óptica, Rousseau, que chegou a ser denominado paladino da democracia,⁷² salientava que a soberania resultante da vontade geral de um Estado só poderia ser captada como somatório das soberanias parciais de cada indivíduo, sem corpos intermediários, pois decorrência do pacto social que constitui o Estado.⁷³ Nesse sentido ressalta: Cada um de nós coloca sua pessoa e toda sua potência sob a direção suprema da vontade geral; e recebemos, enquanto o corpo, cada membro como parte individual do todo. Imediatamente, em lugar da pessoa particular de cada contratante, este ato de associação produz um corpo moral composto de tantos membros quantos são os votos em assembleia, e que recebe desse mesmo ato sua unidade sem eu comum, sua vida e sua vontade.⁷⁴

Importa ter presente que para Rousseau esta vontade geral não é uma simples somatória de vontades individuais, ou seja, não se confunde a vontade geral com a vontade de

⁶⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A democracia no limiar do século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 4-5.

⁷⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A democracia no limiar do século XXI*, p. 05.

⁷¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A democracia possível*. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 9.

⁷² CAGGIANO, Mônica Herman Salem. *Oposição na Política*. São Paulo: Editora Angelotti, 1995, p. 36.

⁷³ CAGGIANO, Mônica Herman Salem. *Sistemas Eleitorais x Representação Política*. Brasília: Ed. Senado Federal, 1990, p. 20.

⁷⁴ ROUSSEAU, Jean – Jacques. *Do contrato social*. Trad. Marcio Pugliesi e Norberto de Paula Lima. 7. ed. São Paulo: ed. Hemus, p. 28.

todos, pois para o autor só é vontade geral aquela pertinente ao interesse público, enquanto as vontades de todos referem-se a interesses particulares.⁷⁵ Para formação desta vontade geral não se exige unanimidade, mas mostra-se imprescindível que a manifestação de todos deva ser considerada.⁷⁶

Observa-se, contudo, que o próprio Rousseau reconhece que a manifestação de todos os cidadãos reunidos em assembléia é faticamente inviável, salvo em pequenas sociedades, de modo que é reconhecido pelo autor que esta exigência de manifestação de todos implica na impossibilidade de existência da democracia⁷⁷ em sua forma ideal, de tal sorte que afirma que este regime só seria possível aos deuses: “se existisse um povo de deuses, ele se governaria democraticamente. Um governo tão perfeito não seria conveniente aos homens”.⁷⁸

Esta forma de participação política de todos os cidadãos reunidos em assembléia é denominada democracia direta, mas a impossibilidade fática de sua realização implicou no século XVIII, no desenvolvimento da teoria da representação política, a qual, contudo, não é admitida por Rousseau como governo democrático:

A soberania não pode ser representada pela mesma razão que não pode ser alienada; consiste essencialmente na vontade geral, e a vontade geral não é representada: é a mesma ou é outra, não há meio termo. Os deputados do povo não são, portanto, nem podem ser seus representantes, são tão-somente seus comissários, nada podem concluir em definitivo. Toda lei que o povo em pessoa não ratificou, é nula; não é absolutamente, uma lei. O povo inglês pensa ser livre, mas engana-se grandemente; só o é durante a eleição dos membros do parlamento: assim estes são eleitos, é escravo; nada é. Nos curtos momentos de sua liberdade, o uso que dela faz bem merece que perca. (...) Seja como for, no momento em que um povo se outorga representantes, não mais é livre, não existe mais.⁷⁹

Portanto, a despeito das críticas lançadas à democracia representativa por Rousseau, fato é que a democracia direta - que nas palavras de Mônica Herman Salem

⁷⁵ ROUSSEAU, Jean – Jacques. *Do contrato social*, p. 40.

⁷⁶ ROUSSEAU, Jean – Jacques. *Do contrato social*, p. 38.

⁷⁷ ROUSSEAU, Jean – Jacques. *Do contrato social*, p. 76.

⁷⁸ ROUSSEAU, Jean – Jacques. *Do contrato social*, p. 78.

⁷⁹ ROUSSEAU, Jean – Jacques. *Do contrato social*, p. 101-103.

Caggiano “resume-se a mera sobrevivência como figura de museu, inaplicável no complexo estrutural da sociedade contemporânea”⁸⁰ - apenas encontrou concretização histórica nas cidades-estados gregas. Por conseguinte, a democracia representativa, como remarca Mônica Herman, “desponta (...) como uma fatalidade indeclinável dos tempos modernos”.⁸¹

Montesquieu, por seu turno, através da obra “*O Espírito das leis*” a qual é anterior à obra de Rousseau, descreve a democracia como forma de governo consubstanciado em um dos modelos da república e não a acusa de impraticável, mas afirma que se exige a observância do princípio da virtude a esta forma de governo, conforme se observa no Capítulo III, do livro III: “Não é necessária muita proibição para que um governo monárquico ou um governo despótico se mantenha ou se sustentem. As forças das leis no primeiro, o braço sempre erguido do príncipe no segundo regram e contêm tudo. Mas num Estado popular se precisa de um motor a mais, que é a virtude”.⁸²

A par da apresentação do necessário princípio da virtude para o adequado funcionamento da democracia, é na condução da idéia de governo representativo que ganha relevo sua obra para o tema democracia.

Para o autor de *O Espírito das Leis*, nas hipóteses em que na República o povo em conjunto possui o poder soberano, trata-se de uma democracia, mas ao povo é dado tratar de assuntos sobre os quais possua conhecimento, de sorte que deve eleger seus representantes a quem delega uma parte de sua autoridade, pois possui condições de escolher entre os homens que irão representá-lo, pois sabe se justos ou corajosos, fatos sobre os quais mostra-se bem informado em praça pública, mas não seria capaz de diretamente conduzir os negócios públicos: “Assim como a maioria dos cidadãos que têm pretensão bastante para eleger, mas não para serem eleitos, o povo, que tem capacidade suficiente para fazer com que se prestem contas da gestão dos outros, não está capacidade para gerir”.⁸³

Montesquieu, portanto, ao mesmo tempo em que reconhece a impossibilidade de que os Estados livres sejam governados pelo povo em seu conjunto, estabelece a superioridade do governo por meio de representantes, pois segundo o autor: “A grande

⁸⁰ CAGGIANO, Mônica Herman Salem. *Sistemas eleitorais x Representação política*. Brasília: Ed. Senado Federal, 1990, p. 14.

⁸¹ CAGGIANO, Mônica Herman Salem. *Sistemas eleitorais x Representação política*, p. 15.

⁸² MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Tradução Cristina Murachco. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 32.

⁸³ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*, p. 21.

vantagem dos representantes é que eles são capazes de discutir os assuntos. O povo não é nem um pouco capaz disto, o que constitui um dos grandes inconvenientes da democracia”.⁸⁴

Manoel Gonçalves Ferreira Filho afirma que da obra de Montesquieu é possível sublinhar dois pontos fundamentais. A primeira a idéia de representação, pois a representação não se constitui em simples instrumento de transmissão da vontade do povo, mas sim a consideração de que o representante é mais sábio que o próprio grupo, ou seja, não é intermediário do povo, mas fala pelo povo, de sorte que não deve seguir as instruções do mandatário como na representação de direito privado; a vontade que os representantes exprimem em Montesquieu “apenas se imputa aos representados, porque lhe serve os (reais interesses); não provém deles”.⁸⁵ O segundo ponto é a idéia de escolha dos representados, ou seja, a idéia de eleição, tratando-se a primeira vinculação entre eleição e democracia.⁸⁶

Da obra de Montesquieu, portanto, seguiu-se todo o desenvolvimento da teoria da representação política sem vinculação entre os eleitores e os representantes, ganhando espaço, portanto, a tese da representação da Nação, teorizada por Sièys, que conquanto não se filie à corrente democrática, estabelece por meio de panfleto “*Qu est-ce que le Tiers État*” a tese do mandato livre que consoante observa Mônica Hermann estabelece a vinculação do mandato à Nação, ou seja, “o mandato é desvinculado da vontade do grupo que elege o representante, podendo este decidir as questões livremente, sem imposições quanto ao atendimento de instruções de antemão recebida”.⁸⁷

Estas idéias formam a configuração do que se chamou república ou governo representativo, mas conforme afirma Manoel Gonçalves Ferreira Filho nenhum destes autores jamais pretendeu que referidas instituições efetivamente estabelecessem a democracia, na medida em que não a queriam ou temiam a atuação de demagogos sobre a plebe, degenerando-a em “*oclocracia*”.⁸⁸

Por outro lado, é estrita a vinculação entre ascensão da burguesia e o início da formação do Estado liberal com o desenvolvimento da teoria da representação política, haja vista que desta configuração de governo representativo atendeu-se aos anseios da burguesia

⁸⁴ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*, p. 170.

⁸⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A democracia no limiar do século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 14.

⁸⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A democracia no limiar do século XXI*, p. 15.

⁸⁷ CAGGIANO, Mônica Herman Salem. *Sistemas Eleitorais x Representação Política*. Brasília: Ed. Senado Federal, 1990, p. 17.

⁸⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A democracia no limiar do século XXI*, p. 15.

que lutava contra o Estado absolutista, ao mesmo tempo em que restringia a participação política aos detentores do poder econômico.

A idéia de republica ou governo representativo, portanto, não se contrapunha à monarquia, mas permitia assegurar, ao mesmo tempo, a participação política da burguesia na condução do governo.

Portanto, neste quadro de idéias, a representação política permite considerar democrática uma monarquia parlamentar, como a observada na Inglaterra, de modo que não mais se contrapõe a monarquia, aristocracia e democracia, podendo haver imbricações entre elas.

Por esta razão, entende-se hoje a democracia, na esteira das lições de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, como um regime político que se contrapõe aos regimes totalitário e autoritário e não mais uma contraposição entre democracia, aristocracia e monarquia como, como preconizado por Aristóteles.⁸⁹ E a partir desta nova concepção dos regimes políticos passam a distinguir-se a democracia da autocracia, sendo esta formada pelos regimes autoritários e totalitários.

Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho, portanto, a distinção a ser estabelecidas entre os diversos regimes políticos na atualidade são: o regime democrático caracteriza-se por “permitir livre formulação das preferências políticas, prevalecendo as liberdades básicas de associação, informação e comunicação, com o objetivo de propiciar a disputa, a intervalos regulares, entre líderes e partidos a fim de alcançar o poder por meios não violentos e conseqüentemente exercê-lo”; o regime autoritário “apresenta-se marcado por uma ideologia oficial, um partido único, de massa, que controla toda a mobilização política e o poder concentrado em mãos de um pequeno grupo que não pode ser afastado do poder por meios institucionalizados e pacíficos”; por fim, o regime totalitário “existe quando ocorre um limitado pluralismo político, sem uma ideologia elaborada, sem extensa ou intensa mobilização política, exercendo o grupo governante o poder dentro de limites mal definidos, conquanto previsíveis”.⁹⁰

⁸⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 33^a ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 79.

⁹⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, p. 79.

4. A democracia dos modernos comparada à dos antigos

Norberto Bobbio salienta que a democracia nos moldes como se apresenta contemporaneamente é distinta da democracia preconizada pelos antigos, dentre os quais citam-se Rousseau e Montesquieu por duas razões, uma analítica e outra axiológica.⁹¹

A distinção analítica consiste em atualmente considerar-se democrático o regime de governo por meio do qual permitam-se eleições livres, de sorte que é através do voto que atualmente se procura associar a democracia atual⁹². Já para os antigos, entendia-se como democracia a reunião em assembléia ou praça de todos os cidadãos através das quais tomavam-se as decisões acerca da condução política, ou seja, nesta concepção a democracia efetivamente significava o poder do povo e não dos representantes. Nesse momento histórico, portanto, não se concebia a democracia senão como a vivenciada na Grécia, ou seja, como governo direto pelo povo à moda de Atenas.

Segundo Bobbio, durante séculos “o conceito de democracia e de eleição não confluíram em um conceito unitário como ocorre hoje, porque a democracia para os antigos não se resumia ao processo eleitoral, mesmo que não o excluísse, e, ao contrário, o processo eleitoral é perfeitamente conciliável com a outras duas formas clássicas de governo, a monarquia e autocracia”.⁹³

Exatamente por ser a concepção de democracia dos antigos como o governo direto pelo povo que o juízo valorativo que tinham da democracia era negativo, pois degeneraria em governo da plebe.⁹⁴

Hoje, o juízo que é feito da democracia é positivo, conforme salienta Paulo Bonavides⁹⁵, no sentido de que são poucos os governos que não se autodenominam democráticos, mas a concepção que alterou o juízo de valor sobre a democracia encontra-se justamente na idéia de igualdade enraizada nos Estados liberais, de forma a permitir através

⁹¹ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p. 371-386.

⁹² BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos*, p.372.

⁹³ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos*, p.372.

⁹⁴ Nesse sentido veja-se FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 44: “Na época mencionada, a democracia não era desejada pelo pensamento liberal, ao contrário, era por ele repudiado. (...) Ora, a imagem que se fazia da tal democracia era profundamente negativa. dela bem se conheciam as críticas acerbas dos filósofos helênicos e dos historiadores da Antiguidade que a ela - e à demagogia que ensejava - atribuíam a decadência da grande Atenas, metrópole do pensamento, da cultura e da arte”.

⁹⁵ Para o constitucionalista, “a palavra democracia domina com tal força a linguagem política desde o século XX, que raro o governo ou o Estado que se não proclamem democráticos. No entanto, se buscarmos debaixo desse termo seu real significado, arriscamo-nos à mesma decepção angustiante que varou o coração de Bruto, quando

do reconhecimento de carta de direitos a todos os indivíduos a possibilidade de elegerem seus representantes.

Portanto, o que hoje permite a apresentação de um juízo positivo sobre a democracia é justamente sua vinculação com as idéias de igualdade política entre os homens.

De acordo com Carl Schmitt a democracia implica em identidade entre dominadores e dominados, entre governantes e governados, sendo excluída do conceito qualquer possibilidade de estabelecimento de diferença qualitativa entre os indivíduos. De acordo com o autor, a “palavra ‘identidade’ é utilizada para a definição de Democracia, porque designa a identidade ampla – quer dizer, que compreende a governantes e governados - do povo homogêneo, e nega a diferença entre governantes e governados que existe em outras formas políticas”.⁹⁶ Para Carl Schmitt, em “uma Democracia, a inevitável diferença prática entre governantes e governados não pode passar a ser uma distinção qualitativa das pessoas governantes. Quem governa em uma Democracia não o faz por que pertença a uma casta superior qualitativamente melhor, frente a uma casta inferior menos valiosa”, pois a “identidade democrática apóia-se na idéia de que tudo o que existe no interior do Estado como atuação do Poder estatal e como Governo permanece dentro da homogeneidade substancial”.⁹⁷

5. Elementos do modelo democrático

A partir do panorama histórico estabelecido e frente às novas concepções de regime democrático, não mais como contraposição à monarquia e aristocracia, mas como um governo que depende do povo - no qual ele exerce influência significativa, e busca o

o romano percebeu, no desengano das paixões republicanas, quanto valia a virtude” (BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 287.

⁹⁶ SCHIMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Francisco Ayala. 1. ed. 5. reimp. Madrid: Alianza Editorial, 2006, p. 231 (tradução livre): “La palabra ‘identidad’ es utilizable para la definición de Democracia, porque designa la identidad amplia - es decir, que comprende a gobernantes y gobernados - del pueblo homogêneo, y niega la diferencia entre gobernantes y gobernados que existe em otras formas políticas”. E prossegue o autor asseverando que: “Hay que observar a este respecto que la diferencia entre representantes y representados no se toma aquí em cuenta, pues representados no son los gobernados, sino la unidad política como um todo. Em la democracia pura sólo hay la identidad del pueblo, realmente presente, consigo mismo, y, por lo tanto, ninguna representación. Com la palabra “identidad” se designa lo existencial de la unidad política del pueblo, a diferencia de cualesquiera igualdades normativas, esquemáticas o ficticias. La democracia presupone em su conjunto y em cada particularidad de su existencia política um pueblo homogêneo em si, que tiene la voluntad de existencia política. Bajo esse supuesto, es cierto lo que Rousseau dice de que lo que El pueblo quiere es siempre Bueno. Tal postulado es cierto, no a partir de uma norma, sino del ser homogêneo de um pueblo” (p. 231).

⁹⁷ SCHIMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Francisco Ayala, p. 233 (tradução livre): “La identidad democrática descansa em la Idea de que todo lo que hay dentro del Estado como actuación del poder estatal y como Gobierno permanece dentro de la homogeneidad sustancial”.

atendimento de seus interesses -, faz-se necessária uma busca de elementos que permitam identificar contemporaneamente um regime como democrático.

Norberto Bobbio apresenta como democrático aquele regime que pode ser caracterizado pela expressão do “poder em público”, pois segundo o autor esta expressão permite identificar “todos os expedientes institucionais que obrigam os governantes a tomarem suas decisões às claras e permitem que os governados ‘vejam’ como e onde as tomam”.⁹⁸ A expressão “poder em público” é um dos elementos identificadores da democracia, uma vez que, para Bobbio, representa a antítese de todas as formas autocráticas de poder que possuem a “irresistível tendência a esconder-se”, pois estes regimes possuem desprezo ao povo que é considerado incapaz de compreender os supremos interesses do Estado e presa fácil dos demagogos.⁹⁹ Ressalta o autor que esta referência ao “poder em público” deve ter em consideração um “público ativo, informado, consciente de seus direitos” e não um público anônimo, “multidão indistinta, chamada a aplaudir e aclamar, não a expressar uma opinião, mas a cumprir um ato de fé”.¹⁰⁰

Partindo-se desta concepção, seria possível redefinir a democracia “como a forma de governo na qual também as últimas fortificações do poder invisível foram vencidas e o poder, tal como a natureza, não tem mais segredos para o homem”.¹⁰¹

Sobre o tema da democracia contemporânea, cita-se com frequência o posicionamento de Robert Dahl, que em seu livro *Poliarchy* distingue entre democracia - forma ideal ainda não atingida - e poliarquia, regime de governo imperfeito, já existente em muitos Estados. Caracterizar-se-ia esta essencialidade pela “contínua adaptabilidade do governo à preferências dos cidadãos, considerados como politicamente iguais. Para tanto, três ordens de condições devem existir: (i) a possibilidade de o cidadão formular preferências; (ii) a possibilidade de manifestar preferências; e (iii) a possibilidade de ter suas preferências levadas em conta”. E as condições expressadas por Robert Dahl para o atingimento do ideal democrático se consolidam: (i) na liberdade de formar ou aderir a organizações; 2) na liberdade de expressão do pensamento; 3) no direito de voto; 4) no direito de os líderes

⁹⁸ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos*; trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p. 386.

⁹⁹ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos*, p. 387-388.

¹⁰⁰ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos*, p. 388.

¹⁰¹ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos*, p. 389.

políticos competirem buscando apoio; 5) na existência de fontes alternativas de informação; 6) elegibilidade; e 7) eleições livres e honestas”.¹⁰²

Quer as condições apresentadas por Dahl, quer o entendimento apresentado por Bobbio, permitem inferir que a existência de um regime de governo democrático vai além, portanto, do simples estabelecimento da liberdade formal de participar da vida política através das eleições, pois a efetivação da democracia demanda a existência de conhecimento por parte do público, assim entendido a possibilidade de compreender dos assuntos atinentes ao poder público para, a partir daí, poder promover através de eleições livres, escolhas que verdadeiramente atendam ao interesse público, retomando, assim, a concepção de vontade geral apresentada por Rousseau como aquela que não se confunde com a vontade de todos, na medida em que busca o interesse comum e não o particular.

Portanto, tanto mais facilmente poderá ser identificado um regime como democrático, quanto maior for a identificação entre governantes e governados através da busca do elemento consenso, pois, segundo Giovanni Sartori: “a opinião pública é a base real de todo o governo”¹⁰³ de tal sorte que referido elemento, de acordo com a professora Mônica Herman,

traduz-se, na verdade, num acordo social acerca do traçado governamental e deve contar com o respaldo das garantias consubstanciadas nos elementos da democracia arrolados por Dahl. Isto porque o consenso somente é implementado diante da presença dos direitos de reunião e de associação, de expressão e manifestação do pensamento, tudo isso num contexto de eleições livres e competitivas (*free and fair elections*), configurando esta última exigência uma ‘garantia mecânica democrática’.¹⁰⁴

¹⁰² Dahl, Robert, *Polyarchy*, 4. ed., New Haven-London, Yale Univ. Press, 1973, p. 3. *apud* Manoel Gonçalves Ferreira Filho. *A democracia no limiar do século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 27. Interessante abordagem acerca da qualidade da democracia também é feita pelo mesmo autor, em outra obra sua. Vejamos: “Refletindo este posicionamento mais sofisticado, mais recentemente a ciência política norte-americana passou a preocupar-se com a ‘qualidade da democracia’. Isto importaria na avaliação de vários elementos, dos quais alguns não são peculiares à democracia, como: 1) grau de liberdade (*freedom*); 2) estado de direito (*rule of law*); e 3) igualdade. Outros já a concernem mais de perto, como: 4) grau de participação e 5) responsabilidade, seja ‘vertical’ para com o eleitorado, seja ‘horizontal’ para com outros órgãos do Estado. O ponto crucial, porém, é a *responsiveness*: implementar as políticas desejadas pelo povo”. (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 50-51).

¹⁰³ SARTORI, Giovanni. *Teoria de la democracia. 1. El debate contemporâneo*. Trad. Santiago Sánchez González. Madri: Alianza Universidad, 1987, p. 117.

¹⁰⁴ CAGGIANO, Mônica Herman Salem. *Oposição na política*. São Paulo: Editora Angelotti, 1995, p. 57.

Mas para que a opinião pública seja consciente importa o fornecimento de condições materiais de obtenção do conhecimento e formação da própria opinião, restringindo-se as influências midiáticas que se sobrepõem aos eleitores e, para tanto, a implementação de condições materiais de desenvolvimento dos indivíduos por meio de direitos sociais guarda estrita consonância com a efetivação de um regime democrático que se apresente como aquele em que existe efetivamente o consenso entre o querer da opinião pública e o realizar dos governantes.

Como afirma Bobbio: “retomando a afirmativa desdenhosa de Hegel, segundo a qual o povo não sabe o que quer, poderíamos dizer que o público do qual precisa a democracia é o público composto por aqueles que sabem o que querem”.¹⁰⁵

Na busca de uma síntese do que pode ser identificado como elemento de um governo democrático, pode-se afirmar que a democracia deve ser identificada como regime de governo em que tanto a liberdade como a igualdade esteja presentes como pressupostos, pois através destes dois princípios fundamentais obtém-se tanto o controle do poder político como se permite a participação popular nas decisões governamentais em um clima de liberdade.

A referência à igualdade democrática, conforme afirma Pedro Salazar Ugarte, deve ser entendida dentro de um contexto do individualismo ético que “implica que todos os seres humanos se considerem pessoas morais que tem a mesma dignidade. Por isto, o fundamento ético da democracia consiste no reconhecimento de ‘autonomia do indivíduo, de todos os indivíduos, sem distinção de raça, religião, etc.’”.¹⁰⁶ Ainda para Pedro Salazar Ugarte, “o reconhecimento da igual dignidade dos indivíduos implica na mesma titularidade no direito-poder de participação política”. Neste sentido, o individualismo esta na base do princípio democrático “a cada cabeça um voto”.¹⁰⁷

Com relação à liberdade como elemento do regime democrático, observa-se que a referência a este princípio não é acolhida por todos os autores, dentre os quais se destaca Carl Schmitt. Para ele, só a igualdade pode valer como princípio democrático, haja vista que a liberdade é um princípio liberal que só é apresentada como tal após o surgimento da ideia de Estado de direito, não como princípio político-formal da democracia.¹⁰⁸

¹⁰⁵ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p. 399.

¹⁰⁶ UGARTE, Pedro Salazar. *La democracia constitucional: una radiografía teórica*. México: Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 126 (tradução livre).

¹⁰⁷ UGARTE, Pedro Salazar. *La democracia constitucional: una radiografía teórica*, p. 137 (tradução livre).

¹⁰⁸ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Francisco Ayala. 1. ed. 5. reimpr. Madrid: Alianza Editorial, 2006, p. 222 (tradução livre): “Se suelen citar juntos, como principios democráticos, los de igualdad y libertad, cuando en realidad esos dos principios son distintos y con frecuencia contrapuestos em sus supuestos,

Contudo, para Pedro Salazar Ugarte, a liberdade deve ser efetivamente considerada como elemento da democracia, não como liberdade negativa do liberalismo, mas entendida a liberdade como autonomia. “Sou livre na medida em que tenho a capacidade para governar a mim mesmo, de determinar a minha própria vontade, de escolher”.¹⁰⁹

Portanto, dentro da infinidade de regimes que se apresentam como democráticos e frente às inúmeras subclassificações dadas às democracias, é importante registrar que apenas haverá efetiva democracia na medida em que houver assegurados como princípios a existência da liberdade como autonomia e também a igualdade pelo regime de governo.

6. Democracia e “Estado Constitucional”

Manoel Gonçalves Ferreira Filho afirma que ninguém contestará, hoje, ser a democracia o princípio de atribuição de poder adotado pelo constitucionalismo. Na verdade, segundo o autor, “vigora atualmente a crença numa simbiose entre constitucionalismo e democracia, democracia e constitucionalismo. Assim, o estabelecimento de Constituição é visto como o mesmo que instituição da democracia e a instituição de democracia passa pela adoção da Constituição”.¹¹⁰

Nessa linha de entendimento, o governo representativo passa a ser visto como a forma moderna de governo (a democracia moderna). E a democracia moderna, como modelo abstrato (na democracia o poder pertence ao povo) e como arranjo institucional (democracia vista não como o governo pelo povo, mas sim como um governo que depende do povo - o arranjo de instituições que tem no centro a eleição).

Destarte, a conformação jurídica da democracia contemporânea pode ser resumida em alguns princípios: (i) princípio da soberania popular (tem o povo como fonte de todo o poder); (ii) princípio representativo (o povo não exerce o poder, mas o faz por meio de representantes). A idéia de cidadania e suas dimensões básicas distintas: “ativa”, que compreende o direito de votar e de atuar na vida política e “passiva”, a elegibilidade ou o direito de receber votos; e (iii) princípio da limitação do poder (o poder é limitado por freios e contrapesos e, sobretudo, pelo reconhecimento de direitos fundamentais em favor dos seres humanos).

su contenido y sus efectos. Sólo la igualdad puede valer con razón para la política interior como principio democrático. La libertad político-interna es el principio del Estado burgués de derecho, que viene a modificar los principios político-formales - sean monárquicos, aristocráticos o democráticos”.

¹⁰⁹ UGARTE, Pedro Salazar. *La democracia constitucional: una radiografía teórica*, p. 127 (tradução livre).

¹¹⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 43.

Disso decorre que o “Estado constitucional” está intimamente relacionado à idéia de democracia, mas ao mesmo tempo impõe limites a esse regime. De fato, a mera submissão do poder ao direito nada informa acerca do conteúdo das normas jurídicas de um Estado. Por isso, para muitos autores, não é possível utilizar-se rigorosamente os termos “Estado de direito” ou “Estado constitucional” sem que seja assegurados dois pressupostos básicos: (i) a garantia de que as normas jurídicas gozam de legitimidade; e (ii) a garantia de que as normas são aplicadas pelas autoridades judiciárias de acordo com determinados critérios.

A primeira garantia determina que as normas de um “Estado de direito” sejam estáveis, prospectivas, gerais, claras, públicas e produzidas segundo procedimentos democráticos e através de um Poder legislativo que represente a vontade popular. A propósito, conforme observa J. J. Gomes Canotilho, por mais que inúmeros juristas procurem separar constitucionalismo e democracia, a única maneira não metafísica de fundamentar os princípios basilares do “Estado Constitucional” é através da idéia de soberania popular.¹¹¹

Contudo, em um “Estado Constitucional” não é o direito que está submetido à democracia, mas é a democracia que está submetida ao direito ou mais precisamente aos direitos fundamentais. De fato, se o “Estado constitucional” incorpora normas substanciais relacionadas com estes direitos, tais normas evidentemente, não podem estar submetidas à vontade da maioria; elas estabelecem uma esfera do “não decidível” que inverte a tradicional relação entre o direito e a política. Nesse passo assinala Luigi Ferrajoli: “já não é o direito que pode ser concebido como instrumento da política, mas pelo contrário a política é que deve ser assumida como instrumento de realização do direito”.¹¹²

A segunda garantia de uso rigoroso do termo “Estado de direito”, por sua vez, está relacionada com o próprio aspecto dinâmico do direito. Ela exige que as normas sejam aplicadas por tribunais imparciais, acessíveis aos cidadãos, que motivem suas sentenças no próprio direito e que atuem contra os desvios do poder controlando a constitucionalidade das leis e dos desvios dos atos administrativos. Daí deriva que o judiciário em um “Estado de direito” não é o mero órgão aplicador do direito, mas ele possui uma responsabilidade política.

¹¹¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estado de direito*. Lisboa: Gradiva, 1999, p. 29-30.

¹¹² FERRAJOLI, Luigi. “O estado constitucional de direito hoje: o modelo e sua discrepância com a realidade”. Conferência proferida no seminário “*A crise do poder judicial na crise do estado de direito: Itália- Espanha, uma reflexão comparada*”, divulgado eletronicamente com tradução de Eduardo Maia Costa em <<http://www.smmp.pt/estado.htm>>.

7. Conclusões

O constitucionalismo antigo é fonte de muitos institutos e idéias que amoldam o constitucionalismo moderno. Aristóteles, Locke e Montesquieu, por exemplo, contribuíram decisivamente para a organização do poder estatal em sua clássica tripartição. A democracia por sua vez, se apresenta na sociedade contemporânea como a forma de governo garantidora de liberdades civis que se contrapõe aos governos autoritários e totalitários. Portanto, a implementação de um regime democrático que permita a efetiva participação do povo no processo político para além da simples manifestação de opinião no momento de eleições mostra-se imprescindível a existência de um substrato material de direito que permita assegurar os vínculos sociais e a formação livre de opinião.

Quando se afirma a necessidade de implementação de direitos sociais para a legitimação da democracia, busca-se na verdade a implementação de capacidades de participação no processo político de forma autônoma, a qual não é possível sem a existência de um substrato material e social que a possibilite e garanta.¹¹³ Nesse contexto é que ganha relevo a análise da democracia, seja como arranjo institucional que enseja a maior participação do povo na condução de questões de interesse geral, seja como princípio de atribuição do poder adotado pelo constitucionalismo.

Dessa conclusão decorre o seguinte: a idéia de “Estado de direito” e democracia, bem como democracia e “Estado de direito”, não são noções redundantes. Pelo contrário, inexistem dissociadas. Devem por isso vir juntas e não separadas uma da outra, pois visam reforçar a concepção de que o Estado Democrático de Direito surge em oposição ao Estado de polícia, aquele autoritário, que apregoa o repúdio às liberdades públicas. O “Estado de direito” é democrático e só sendo-o é que é “Estado de direito”; o Estado democrático é “Estado de direito” e só sendo-o é que é democrático.

Assim, o estabelecimento de Constituição é visto como o mesmo que instituição da democracia e, a instituição da democracia passa pela adoção da Constituição.

Referências

ARISTÓTELES. *A Política*. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Curso de teoria do estado e ciência política*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

¹¹³ NUN, José. Democracia - ¿Gobierno del pueblo o gobierno de los políticos? Mexico: Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 91.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. 20. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

_____; MATTEUCCI, Nicola; e PAQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 13. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

CAGGIANO, Mônica Herman Salem. *Oposição na Política*. São Paulo: Editora Angelotti, 1995.

_____. *Sistemas Eleitorais x Representação Política*. Brasília: Ed. Senado Federal, 1990.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. *Estado de direito*. Lisboa: Gradiva, 1999.

DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*. Trad. Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. “O estado constitucional de direito hoje: o modelo e sua discrepância com a realidade”. Conferência proferida no seminário “*A crise do poder judicial na crise do estado de direito: Itália- Espanha, uma reflexão comparada*”. Disponível em: <<http://www.smpm.pt/estado.htm>>.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A democracia no limiar do século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *A democracia possível*. São Paulo: Saraiva, 1974.

_____. *Curso de direito constitucional*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Princípios fundamentais do direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOCKE, John. *Dois Tratados Sobre o Governo*. Trad. Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Trad. Cristina Murachco. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MORAES FILHO, José Filomeno. Separação de poderes no Brasil pós-88: princípio constitucional e praxis política. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; BERCOVICI, Gilberto; MORAES FILHO, José Filomeno; e LIMA, Martonio Mont’Averne Barreto. *Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Jures, 2003.

NUN, José. *Democracia - ¿Gobierno del pueblo o gobierno de los políticos?* México: Fondo de Cultura Económica, 2002.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Republicanism e liberalismo: da relação entre constitucionalismo e democracia no marco das tradições do pensamento político moderno*. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/virtuajus/ano2_2/Republicanismo%20e%20Liberalismo.pdf>.

ROUSSEAU, Jean – Jacques. *Do contrato social*. Trad. Marcio Pugliesi e Norberto de Paula Lima. 7ª edição. São Paulo: ed. Hemus, 2000.

SARTORI, Giovanni. *Teoría de la democracia. 1. El debate contemporáneo*. Trad. Santiago Sánchez Gonzáles. Madrid: Alianza Editorial, 1987.

SCHIMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Francisco Ayala. 1. ed. 5. reimp. Madrid: Alianza Editorial, 2006.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do estado: novos paradigmas em face da globalização*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

UGARTE, Pedro Salazar. *La democracia constitucional: una radiografía teórica*. México: Fondo de Cultura Económica, 2006.

FACHIN, Zulmar. *Funções do poder judiciário na sociedade contemporânea e a concretização dos direitos fundamentais*. Disponível em: <http://www.anima-pet.com.br/primeira_edicao/artigo_zulmar_fachin>.