



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

André Luiz Agostinho da Silveira Reis

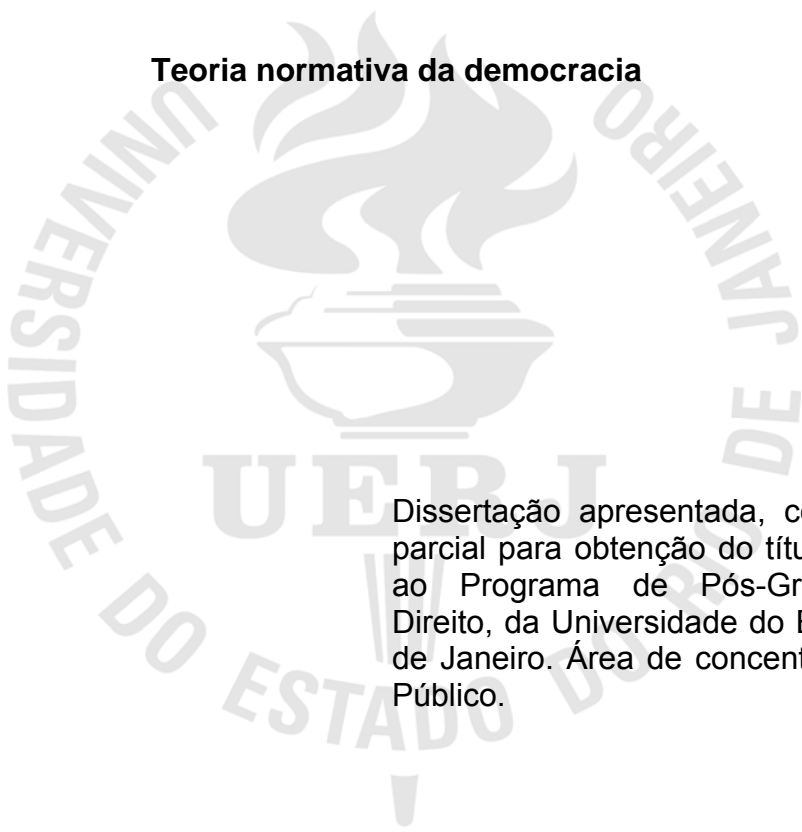
Teoria normativa da democracia

Rio de Janeiro

2009

André Luiz Agostinho da Silveira Reis

Teoria normativa da democracia



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Santos de Aragão

Rio de Janeiro

2009

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

R375t Reis, André Luiz Agostinho da Silveira.

Teoria normativa da democracia / André Luiz Agostinho da Silveira Reis -
2009.
150 f.

Orientador: Alexandre Santos de Aragão.

Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,
Faculdade de Direito.

1. Direito constitucional - Teses. 2. Democracia - Teses. 3.
Constitucionalismo – Teses. I. Aragão, Alexandre Santos de. II. Universidade
do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 342

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

André Luiz Agostinho da Silveira Reis

Teoria normativa da democracia

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Público.

Aprovado em: 15 de dezembro de 2009

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Alexandre Santos de Aragão (Orientadora)
Faculdade de Direito da UERJ

Prof. Dr. Mauricio Jorge Pereira da Mora
Faculdade de Direito da UERJ

Prof. Claudio Pereira de Souza Neto
Universidade Federal Fluminense

Rio de Janeiro

2009

RESUMO

REIS, André Luiz Agostinho da Silveira. **Teoria normativa da democracia**. 2009, 250f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

Estudo sobre os direitos materiais constitutivos da democracia enquanto norma constitucional. Partimos de uma análise das origens históricas do constitucionalismo moderno, onde traçamos a aproximação entre o movimento teórico que embasou o constitucionalismo e o princípio democrático. A soberania é objeto de estudo a partir de suas origens, demonstrando a influência de sua formação teórica absolutista nas posteriores concepções de soberania do povo, correntemente associadas à democracia. A democracia é objeto de estudo específico na terceira parte, especialmente a idéia de democracia direta como essência da democracia, o princípio representativo, a democracia como forma de governo, democracia e república, igualdade democrática formal e substancial, bem como sua relação com o Estado social e o Estado de Direito. Desta relação surge a democracia como norma constitucional dotada de um conteúdo jurídico-material, cogente, que lhe é constitutivo, e que legitima democraticamente a atuação contramajoritária do Judiciário.

Palavras-chave: Democracia. Estado de direito. Legalidade.

ABSTRACT

Study on the rights of the constituent materials democracy as a constitutional rule. We start from an analysis of the historical origins of modern constitutionalism, where do we draw the connection between the theoretical movement that based constitutionalism and democratic principle. Sovereignty is an object of study from its origins, demonstrating the influence of his theoretical training in new concepts of absolute sovereignty of the people, commonly associated with democracy. Democracy is the object of special study in the third part, especially the idea of direct democracy as the essence of democracy, the principle of representative democracy as a form of government, democracy and republic, democratic equality, formal and substantial, and their relation with the State social and rule of law. This relationship appears to democracy as a constitutional rule endowed with a legal content-material, cogent, it is constitutive, and that democratically legitimized the role of the judiciary.

Keywords: Democracy. Rule of law. Legality

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	08
	Plano da dissertação	15
1	CONSTITUCIONALISMO	21
1.1	A importância do constitucionalismo para a democracia moderna	21
1.2	Constitucionalismo, Constituição e Democracia	23
1.3	Precedentes históricos	32
1.4	O período dos pactos constitucionais	35
1.5	As Constituições das colônias norte-americanas	39
1.6	Revolução Americana e a Revolução Francesa	43
1.6.1	<u>A Revolução Francesa e a soberania da nação</u>	43
1.6.2	<u>A Revolução Americana e a soberania do povo</u>	46
2	A SOBERANIA NO ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO	54
2.1	Origem da doutrina da soberania	54
2.1.1	<u>A autarquia grega</u>	56
2.1.2	<u>Soberania em Roma</u>	61
2.1.3	<u>O nascimento do conceito de soberania no mundo medieval</u>	63
2.1.3.1	Primeiro se formula a soberania externa.....	63
2.1.3.2	A soberania enfrenta Três Poderes.....	65
2.1.3.3	A superação do poder da Igreja.....	66
2.1.3.4	A segunda força: o Império.....	67
2.1.3.5	A importância e precedência do conceito de <i>res pública</i>	68
2.1.3.6	A soberania vence o terceiro poder: o sistema feudal.....	69
2.1.4	<u>Soberania medieval: um conceito dual</u>	70
2.1.5	<u>A transformação do conceito de soberania: de superioridade a supremacia</u>	71
2.1.6	<u>A teoria se torna realidade</u>	72
2.1.7	<u>Resistem os poderes feudais</u>	73
2.1.8	<u>Vence a Monarquia: o poder do Príncipe é elemento constitutivo do Estado</u>	73
2.1.9	<u>A evolução e a influência da doutrina da soberania e do Estado</u>	74
2.2	Nasce com BODIN a nova doutrina	76
2.3	A soberania do povo	88

2.3.1	<u>A soberania do povo na Revolução Norte-americana</u>	96
2.3.2	<u>A soberania do povo na Revolução Francesa</u>	102
2.4	A soberania dos órgãos	106
2.5	No Estado constitucional há soberano?	118
3	DEMOCRACIA	131
3.1	Origens históricas da democracia constitucional	131
3.2	A questão da essência da democracia	143
3.3	Desconstrução da idéia de democracia autêntica como democracia direta	148
3.4	Democracia como forma de Estado	154
3.5	Democracia e representação	157
3.6	Democracia e República	160
3.7	Democracia e Estado social	163
3.8	A Democracia formal e aberta	170
3.9	Democracia material e a Constituição rígida	173
3.10	Condições procedimentais da formação democrática da vontade política	176
3.11	Igualdade dos direitos políticos de participação e liberdade	181
3.11.1	<u>Especificidade da igualdade democrática: distinção entre igualdade democrática, igualdade geral e igualdade social</u>	182
3.11.1.1	<u>Distinção entre igualdade democrática e igualdade social</u>	182
3.11.1.2	<u>Distinção entre igualdade democrática e igualdade geral</u>	183
3.11.2	<u>Componentes da igualdade democrática</u>	184
3.11.3	<u>Consequências da igualdade democrática formal e substancial sobre o Princípio de governo e sobre o exercício do domínio</u>	189
3.12	Democracia como sistema de decisão majoritária	193
3.12.1	<u>A justificação da decisão majoritária</u>	195
3.12.2	<u>Os limites da decisão majoritária</u>	197
3.13	A relação da democracia com o Estado de direito	199
3.13.1	<u>O Estado de direito interpretado pela lente democrática: a separação de Poderes e o princípio democrático</u>	202
3.13.2	<u>A atuação da jurisdição constitucional como elemento essencial para a democracia</u>	208
3.13.3	<u>O Estado de direito como limite e pressuposto da democracia</u>	212
3.13.4	<u>Os pontos distintos entre a democracia e o Estado de direito</u>	216
3.13.5	<u>Pontos em comum entre a democracia e o Estado de direito</u>	218

3.14	Três modelos normativos de democracia.....	218
4	CONCLUSÃO.....	224
	REFERÊNCIAS.....	235

INTRODUÇÃO

O estudo científico do Estado constitucional democrático pressupõe o entendimento de sua base histórica e teórica como pré-compreensão, a partir da qual é possível, contextualizando historicamente suas idéias fundamentais e seus problemas, visualizar suas principais contradições.

Uma compreensão mais profunda do Direito Público pressupõe o conhecimento das finalidades e dos fundamentos das instituições jurídicas estatais. O estudo do Estado constitucional democrático é revelador desses fundamentos e dessas finalidades. A expansão que esse tipo de estado teve a partir da Inglaterra e das revoluções americana e francesa, permite que afirmemos que seu estudo é central para o entendimento das questões do Direito Público atual. As instituições jurídicas da República Federativa do Brasil, país dotado de uma Constituição democrática e que se enquadra no conceito de Estado constitucional democrático, foram influenciadas pelos ideais que permearam os movimentos políticos fundadores do Estado constitucional e posteriormente democrático. Nossas instituições têm muito a ver com esses movimentos, e os seus ideais informadores ensejaram e ensejam até os dias de hoje um importante suporte à doutrina e jurisprudência do Direito Público.

Propomos o estudo das origens das instituições jurídicas do Estado ao longo da obra, no intuito de fundamentar uma visão realista e consequente a respeito de problemas cruciais do Direito Público. A questão da obediência à lei e da limitação do poder, que emana a lei, passa pela análise histórica da evolução das instituições, formando a atual estrutura do Estado constitucional democrático, nomeadamente, a formação do conceito de soberania, o constitucionalismo e a democracia constitucional. A teoria normativa da democracia que propomos, possui a função de elemento estabilizador, pacificador e legitimador da atuação do Estado.

O Estado constitucional democrático é um modelo que se difundiu largamente no mundo ocidental. O modelo atual se desenvolveu a partir das idéias liberais, que afirmaram a garantia da liberdade e da propriedade como uma oposição ao absolutismo monárquico, inicialmente como concessões do soberano absoluto, passando pelos grandes pactos políticos ingleses, com destaque para os ideais da Revolução Gloriosa e a sequente obra de Locke, e posteriormente afirmando a

origem popular do poder do Estado.¹ Houve forte influência da realidade política inglesa na formação das Constituições dos Estados que viriam a formar a Federação norte-americana e no movimento revolucionário de que esses Estados participaram. De outro lado, o movimento revolucionário francês e sua Declaração Universal Humanitária tiveram decisivo papel na difusão dessas idéias. As idéias que embasaram o movimento constitucionalista, em essência, têm ligação com a idéia de uma igualdade natural e com a liberdade, tendo afirmado o princípio democrático como fundamento do poder político do Estado de uma maneira nova, muito distinta da idéia democrática grega.

A força normativa da democracia, só pode realizar-se no Estado constitucional democrático. Esse tipo de Estado é que ora tomamos como pressuposto para o desenvolvimento que propomos. Já o Estado constitucional democrático pressupõe o movimento denominado constitucionalismo, precedido pelos grandes pactos de natureza constitucional. A formação do Estado constitucional e a afirmação do Estado de Direito constitucional firmaram as bases para a ascensão da democracia com segurança, o que resulta da garantia do respeito aos direitos humanos e, de forma mais específica, da garantia das liberdades que formam as condições materiais *sine qua non* da democracia.²

O estudo do movimento constitucionalista, em suas vertentes norte-americana, francesa e inglesa, pode revelar questões importantes a respeito da problemática da liberdade. O estudo das origens dessas instituições, de sua base teórica e da afirmação dos direitos naturais, e posteriormente direitos fundamentais, liga-se à questão da posterior afirmação da democracia no contexto político mundial. Quando a democracia ressurgiu da antiguidade ela encontra essa base pronta. A

¹ Essa afirmação se daria com o *Act of Settlement* em 1701.

² Embora a liberdade geral, da qual decorre a garantia de um âmbito existencial intangível face ao Estado, seja pressuposto da liberdade democrática e, portanto, fundamente uma atuação materialmente democrática dos órgãos constitucionais, é possível distinguir dentro dessa liberdade geral uma liberdade mais estrita, especificamente democrática. Referimo-nos aos direitos fundamentais estruturantes da democracia, aqueles que para ela são condição *sine qua non*. Enquanto a democracia se vê ao mesmo tempo limitada e condicionada pela liberdade geral, a identificação de uma liberdade estritamente democrática se situa como uma limitação interna para a democracia. Essas liberdades se distinguem da liberdade geral, sendo mais específicas constitutivas da democracia. Justamente por serem constitutivas da democracia representam um ponto de conexão entre o princípio democrático e o Estado de Direito constitucional. A essas liberdades especificamente democráticas somam-se os pressupostos da democracia, que alçam um âmbito maior. O tema será objeto de abordagem ao longo da obra (vide cap.3, itens 7, 8, 9 e em especial o item 9.2 b).

própria idéia de força normativa que a acompanha pressupõe a evolução das instituições públicas que a precedeu.

A idéia de fundo do movimento liberal é a idéia de liberdade. Uma idéia que esteve presente no início do movimento e que só posteriormente, e de forma coerente com os ideais liberais, se afirmou como liberdade democrática, igual. A liberdade tem uma estreita ligação com a democracia, e para os antigos gregos se afirmou exclusivamente no âmbito de participação política, como privilégio dos então considerados cidadãos. No liberalismo, em um primeiro momento, ela ressurgiu no seio do movimento político constitucionalista com ênfase no aspecto individual negativo, na proteção do âmbito existencial e sobre a base física da propriedade. Num segundo momento, a liberdade vem retomar seu viés participativo, seu âmbito coletivo e político, recebendo o tempero da igualdade.

A inserção da liberdade nesse segundo contexto, liberdade de participação, trouxe algumas contradições com a práxis das instituições que se firmara e algumas questões a resolver. Seria a configuração dos poderes do Estado que até então vigera compatível com a inserção da democracia no Estado constitucional? O Estado de Direito e a democracia são compatíveis ou contrapostos? Há delimitação recíproca?

A ventura do constitucionalismo e do nascimento do Direito Público é a ventura da liberdade civil e de sua proteção. Interpretada historicamente de várias formas, é ela o fundamento da limitação do poder político e o fundamento da participação nesse mesmo poder. A liberdade levada ao extremo no individualismo resulta na exclusão da liberdade alheia e na criação de um grupo privilegiado, único capaz de exercê-la de fato. Já o extremo oposto, a exaltação da igualdade em prejuízo da liberdade, resulta num grave risco à liberdade individual, na desestabilização do sistema político, e deságua em formalismos vazios de conteúdo que permitem absolutismos de diversos matizes. Se a liberdade fundamenta o direito igual de participação política a fim de participar na formação da própria norma de conduta, a autonomia³ política, conclui-se que seu exercício não pode ser incompatível com seu próprio fundamento – a liberdade.

³ Empregamos o termo como o direito igual de fazer a própria norma de conduta, não se sujeitando a uma norma heterônoma, externa. Essa idéia busca compatibilizar a obediência à lei, a necessidade da norma social de conduta de validade objetiva, com a liberdade natural.

O equilíbrio entre os aspectos, existencial e coletivo da liberdade, é pano de fundo do equilíbrio entre o Estado de Direito constitucional e a democracia. Ao aspecto existencial, individual, corresponde o Estado de Direito, racionalizador e limitador do poder do Estado, que visa dar jurisdição à política e do qual decorrem os princípios da segurança jurídica e da legalidade. Ao aspecto coletivo da liberdade, na qualidade de liberdade de participação política, corresponde a democracia. A democracia surge como imposição da adoção da idéia de liberdade como fundamento do Estado constitucional, liberdade esta que fundamenta o princípio do autogoverno e que legitima o Estado por meio da aplicação da soberania do povo e da norma jurídica como autorregulação.

O conceito de soberania é um elemento essencial para o estudo do Estado constitucional democrático. Estudaremos as origens do conceito moderno de soberania, de modo a poder identificar e entrelaçamento de idéias e influências que o lançaram em uma diversidade de concepções, procurando verificar sua compatibilidade e identificar sua função, no Estado constitucional democrático. A contextualização histórica do conceito, especialmente relacionado à possibilidade de obtenção da paz em meio à guerra civil e suas consequências, será explorada como instrumento para a avaliação de seu sentido atual. A distinção entre os conceitos de soberania do soberano e soberania do Estado constitucional será abordada tendo por objeto a falta da distinção presente no pensamento francês e suas graves consequências. De outro lado a prática inglesa e das colônias americanas, como verificamos, tomam rumo distinto, no sentido de distinguir na prática os referidos conceitos, o que resulta em um estado totalmente diferente de coisas, especialmente no que se refere à garantia das liberdades fundamentais. Questões a respeito da soberania são cruciais para o entendimento da problemática da limitação da soberania democrática pelo Estado de Direito constitucional, como sói ser em uma democracia constitucionalizada. A questão do conflito entre Estado de Direito e democracia passa pela conceituação da soberania como um poder imanente ou transcendente para com o ordenamento jurídico-constitucional.

A doutrina absolutista da soberania tem negado que o poder provém do direito. Essa doutrina desconheceu que o direito não apenas limitava o poder, mas também o fundamentava. A visão não dialética e unilateral a respeito dessa questão desestabiliza a segurança jurídica e a justiça.

Para a teoria tradicional o direito só pode existir e impor-se pressupondo a autoridade e o poder do Estado. Questiona-se quanto à primazia do poder ou da autoridade, mas a um dos dois se confere a primazia sobre o direito no Estado moderno. O direito não é uma ordem divina ou natural, mas algo criado. O Estado pode dispor do direito, sendo o Estado a sua fonte e não o direito a fonte do Estado.

Propõe-se uma abordagem dialética, o poder provém do Estado constitucional. Os órgãos estatais, dentro do Estado constitucional, emanam o direito com base na competência funcional. Até mesmo as regras de competência devem ser modificadas com base nas regras de competência que foram pré-estabelecidas. O direito provém do poder assim como o poder provém do direito.

A Constituição e os direitos fundamentais nela contidos, não são apenas limites à soberania do povo, mas também sua base de legitimação. Legitimam o exercício da soberania por meio de órgãos representativos. Mediante a adoção do princípio representativo, se faz necessária essa base material de identificação com os representados. As teorias que rejeitam o controle judicial da decisão democrática legislativa encontram seu fundamento na soberania popular. Pela análise das teorias absolutistas da soberania podemos verificar certa semelhança entre o conceito de soberania adotado por aqueles que rejeitam o controle judicial e o conceito mais radical de soberania formulado pelos pensadores da soberania democrática absoluta. A tese defensora da não-limitação à soberania do povo aproxima-se da idéia de soberania absolutista a qual encontra expressão nas idéias de Thomas Hobbes. Essa base teórica, com as devidas adaptações, resultou no conceito de democracia total de Carl Schmitt, com as consequências devastadoras que hoje são amplamente conhecidas. Mesmo *os politiques*, os teóricos franceses da soberania absolutista, não excluíram a necessidade de uma base de legitimação ao soberano. Bodin previa o direito natural, as leis de sucessão e os tratados, *pacta sunt servanda*, como limites à soberania, reconhecendo, portanto, a existência de um fundamento de legitimação para o soberano absoluto, o que o distinguia, quanto às leis de sucessão, do usurpador.

Uma visão extremada, ora em favor do Estado de Direito, ora em favor da democracia, tem sido objeto do debate público atual. Seriam os dois princípios contrapostos? Seriam inconciliáveis? Qual critério para uma delimitação recíproca?

Ao longo do trabalho procuramos demonstrar que a idéia formal de legalidade e de democracia, o Estado legal democrático, coloca o Estado de Direito à serviço

da democracia radical. Os riscos da democracia radical, com força nas idéias de Carl Schmitt, incluem a possibilidade da transformação da democracia em um regime ditatorial por meio da alienação do direito de participação política, o que se realizaria por meio de uma decisão democrática. Tal possibilidade deixa um rastro de contradição lógica evidente.

Houve em certo momento, na busca pela pureza científica do direito, um afastamento das idéias originais e do suporte valorativo e legitimador das instituições. Embora esse movimento tenha representado uma grande evolução teórica para as instituições e um grande avanço em termos de racionalização da ciência jurídica, suas consequências no mundo dos fatos não foram positivas. A reinserção dos elementos legitimadores no direito é possível com maior segurança, pressupondo a evolução teórica por que passou o Direito Público, e o Direito como um todo. Nosso objetivo é conduzir o estudo acerca das instituições públicas e do Direito Público, sob a lente do Estado democrático constitucional, fazendo a análise dos seus objetivos e dos seus fundamentos de legitimidade dentro do contexto histórico em que tais instituições foram criadas e propondo a sua atualização, nos valendo de uma visão normativa da democracia como fundamento de legitimidade do Estado constitucional e da atuação de suas instituições.

Uma visão normativa é possível por meio da definição do conteúdo material constitutivo da democracia que além de caráter formal, passa a impor a observância de direitos materiais específicos, condicionantes da própria possibilidade de sua existência. Esses direitos legitimam a atuação do Estado e as funções exercidas por seus poderes, ao passo que a democracia, com força na soberania do povo, é um importante elemento legitimador do Estado constitucional de direito, ou seja, da limitação recíproca dos poderes do Estado segundo parâmetros materiais, limitação essa que inclui a atuação da jurisdição constitucional. Se de um lado funciona como princípio limitador, de outro fundamenta a atuação positiva do Estado.

A inserção dos fatos históricos, políticos e econômicos e a transformação de valores são propostos, como elementos transformadores do desenho e da finalidade das instituições estatais, merecedoras de uma leitura contextualizada e específica, relativizada, portanto. A maneira que se institucionalizaram e que se formularam juridicamente as funções do Estado deixa espaço suficiente para que sejam objeto de uma interpretação evolutiva, a qual pode ser de grande valia para explicar e legitimar a necessidade imposta pelas novas tarefas postas sob a tutela do Estado.

É importante lembrar que nossa Constituição colocou um quase sem limite de prestações positivas a cargo do Estado.

Nos dias de hoje, o Estado não é apenas um limitador da liberdade, também atua a favor do cidadão, e já não atende a seus objetivos retirando-se da vida privada. Se exige do Estado, pelo contrário, uma atuação positiva e constante na vida dos cidadãos, a fim de protegê-los das forças civis e tutelá-los no desamparo.⁴ Essa lógica conduz à superação da dicotomia público-privado: o Estado transforma-se no grande pai, responsável pela tutela da vida de milhões de pessoas. Paradoxalmente, essa nova atribuição exercida em favor da liberdade igual, ameaça a esfera existencial da individualidade⁵.

A idéia originária de democracia, como liberdade de participação e autogoverno, revela alguns elementos que informaram a inserção moderna da democracia no Estado constitucional. Na origem, a democracia aparece no cenário político como participação. Participação na formulação da regra limitadora da liberdade. A participação caracteriza o autogoverno. O princípio do autogoverno tem ligação com o respeito à liberdade, legitimando a força por trás da regra. A norma jurídica é reconhecida como autonormatividade fundada na autonomia do cidadão. Seu fundamento é a autodeterminação em igualdade a que corresponde à liberdade coletiva de participação.

A inserção do princípio democrático no Estado constitucional, se coerentemente aplicada, produz uma profunda mudança de interpretação das instituições do Estado e, uma visão de equilíbrio entre o Estado de Direito e a democracia, resulta numa teoria normativa da democracia que pode servir de base para o âmbito e os limites de sua atuação.

Pretendemos demonstrar a existência de direitos materiais constitutivos da democracia. Neste ponto, o Estado de Direito e a democracia possuem um importante ponto de interseção e se apóiam mutuamente, não atuando como princípios contrapostos. Não há democracia sem liberdade existencial. Tal perspectiva abre caminho para uma atuação mais ampla e legítima dos Poderes

⁴ Veja-se a respeito SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, Lumen Juris, 2004, p. 35-36.

⁵ SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. *Direito público e sociedade técnica*. Atlântida Editora, S. A. R. L. Coimbra, 1969, p. 88 e sgs.

constitucionais em defesa dos direitos constitutivos da democracia, os quais também são parte dos direitos constitutivos da liberdade civil defensiva.

Plano da dissertação

O objeto da presente dissertação é a realização de uma pesquisa de caráter eminentemente teórico a respeito do conteúdo material da democracia enquanto norma constitucional.

Essa identificação se inicia no Capítulo 1, onde inicialmente traçamos uma aproximação do conceito de democracia com o constitucionalismo, por meio da investigação da relação entre ambos.

Partimos da idéia de liberdade a fim de fixar seus pontos em comum e sua distinção. Buscamos traçar a sua diferença a partir da distinção entre a liberdade dos antigos, que relacionamos à democracia arcaica, e da liberdade moderna, que relacionamos com o constitucionalismo.

Procuramos demonstrar que a lógica decorrente da adoção da soberania do povo como fundamento do poder do Estado pelo constitucionalismo conduz inevitavelmente à afirmação da democracia como princípio de governo.

Pesquisamos na origem institucional da democracia a origem de um conceito lato de Constituição, e a influência que as categorias racionais e as instituições da democracia grega – que se firma como uma democracia constitucional com pretensão à normatividade – teria na formação do moderno conceito de Estado constitucional. Essa ligação racional foi procurada também nos precedentes históricos do constitucionalismo, no conceito de Constituição grego e romano, e na origem das Constituições escritas.

O período dos pactos constitucionais é objeto de análise conceitual, e buscamos na pesquisa histórica sua caracterização como um movimento que busca a afirmação do princípio democrático como um princípio de oposição ao absolutismo, embora ainda não o afirme como fundamento do poder político.

Em seguida tratamos da Revolução Francesa e da Revolução Americana. Pesquisamos a origem e as influências ideológicas do nascimento do constitucionalismo moderno e, concomitantemente, a ascensão do princípio

democrático para a modernidade, que se dá de uma maneira muito distinta da democracia arcaica. Objetivamos pontuar essa distinção e vislumbrar a formação de um conceito de democracia peculiar, que não se confunde com o conceito arcaico, e que se realiza num contexto teórico e institucional muito distinto.

No Capítulo 2 a soberania é estudada no intuito de verificar sua utilidade para a compreensão da democracia constitucional. Esta se afirma para a modernidade pressupondo uma série de direitos materiais de liberdade garantidos face ao Estado.

A soberania é explorada em diversas possibilidades de conceituação. Procuramos demonstrar, a partir do estudo de suas origens históricas e da evolução teórica que precedeu a formação do conceito moderno de soberania, a sua essencialidade para a formação do Estado moderno e quais correntes ideológicas e realidade política vieram permeando a evolução teórica que lhe precedeu. A partir dessa perspectiva procuramos traçar seu contexto inicial, sua importância para a construção do Direito Público moderno e sua ligação estreita com a democracia.

A fim de obter uma compreensão científica do conceito de soberania, buscamos suas origens históricas primeiramente no conceito de autarquia grega. Procuramos demonstrar a influência desse conceito na posterior formação do conceito de soberania. Pesquisamos sua conceituação romana e buscamos o nascimento do conceito durante a Idade Média como um conceito negativo dos poderes externos e internos que se opunham à unificação do Estado e do Direito, explorando o pensamento de JEAN BODIN a fim de desmistificar alguns elementos que correntemente são associados à soberania como uma concepção originária.

Procuramos identificar na resistência dos poderes feudais na França a distinção que haveria na formação do Estado francês, de caráter autoritário, e no Estado inglês, onde o processo de unificação foi mais abrangente, resultando em um distinto estado de coisas. Em seguida, estudamos a conceituação de soberania do povo, e sua utilização como idéia de oposição ao absolutismo monárquico, que se consolidou no movimento revolucionário inglês e francês como uma soberania limitada pelos direitos naturais, que se convertem em direitos fundamentais.

Estudamos o conceito peculiar de soberania dos órgãos, a fim de caracterizar o processo de racionalização e tecnificação do poder político que influencia na conceituação de soberania como expressão orgânica da vontade do Estado por meio de normas de competência limitadoras dos detentores do poder. Verificamos que esses detentores se estabelecem segundo normas jurídicas de caráter formal e

material e que têm no conceito de cargo a referência para a temporalidade, impessoalidade e limitação jurídica de suas atribuições e também uma referência aos mandantes de sua posição delegada de domínio.

Por fim desferimos uma pergunta a respeito da possibilidade da adoção do conceito de soberania no Estado constitucional, questão crucial para a longevidade da democracia e para a segurança jurídica no Estado, que respondemos no decorrer do último tópico deste capítulo.

No Capítulo 3, vamos buscar na origem da democracia na Grécia os elementos que possam identificar a essência da democracia, algo de perene que tenha transportado para a modernidade, sua idéia central. De outro lado procuramos fundamentar na experiência grega suas vicissitudes, pavimentando um caminho para a compreensão de sua transformação durante o processo de formação do Estado de direito constitucional. A seguir tratamos especificamente da essência da democracia, onde pontuamos suas definições mais correntes e procuramos identificar no pensamento de ROUSSEAU as principais características que viriam a influenciar a formulação do princípio democrático nas instituições modernas.

A idéia de democracia direta como democracia autêntica é objeto de inquirição quanto aos seus fundamentos. A partir da distinção entre o conceito de Estado constitucional democrático – segundo o qual o progresso da democracia se realiza pelo aperfeiçoamento das instituições – e de soberania democrática – para a qual o progresso da democracia se dá por meio da superação das instituições e da eliminação do domínio – procuramos responder à questão da democracia direta como idéia que se liga à democracia autêntica, verificando se ela se sustenta em seus fundamentos.

Estudamos e conceituamos a democracia como forma de Estado, relacionando-a ao conceito de soberania e de democracia direta, verificando a possibilidade de se realizar a idéia de democracia direta na realidade político-institucional do Estado moderno. Pontuamos as formas de vinculação do exercício do poder do Estado à democracia, especialmente a respeito da função da opinião pública no processo de formação da decisão política.

Relacionamos o princípio representativo com a democracia, estudando a relação de imputação decorrente desse princípio, suas origens e fundamentação. Analisamos o método reducionista de formação da vontade da maioria parlamentar

de modo a verificar a necessidade de sua vinculação a elementos outros de legitimidade, além do mandato.

Em seguida realizamos um estudo a respeito da relação de democracia com o conceito de república, a partir da perspectiva formal do conceito, que o opõe à monarquia. Abordamos sua perspectiva material, onde buscamos uma aproximação com a idéia de democracia. Essa aproximação se dá pela despersonalização do domínio, vedação à apropriação da coisa pública, temporalidade do domínio e adoção do interesse público como princípio de governo.

A democracia e o Estado social serão estudados a fim de verificarmos a relação entre os dois princípios, e a maneira que a limitação decorrente do Estado de direito constitucional interfere nessa relação. Verificamos se o Estado social decorre efetivamente da lógica democrática e se há possibilidade de sua limitação a partir dessa relação ou se é necessária alguma outra limitação por meio do Estado de Direito.

Passamos a estudar especificidades da democracia, iniciando pela conceituação de seu aspecto estritamente formal e aberto, onde procuramos delinear as características institucionais decorrentes da adoção da democracia como princípio orientador da configuração do Estado e as características que aderem ao procedimento de tomada de decisão política.

Conceituamos o aspecto material da democracia, relacionando-o com o conceito de Constituição rígida, onde já procuramos identificar preliminarmente os direitos materiais constitutivos para a democracia e pontuar sua relação com o Estado constitucional de Direito, bem como a importância do conceito de rigidez constitucional para sua garantia.

Estudamos o procedimento democrático enquanto elemento instrumental para a realização da liberdade em sociedade, como um método de tomada de decisão a ser assegurado por garantias de caráter formal, procedimental e material, de modo a garantir a abertura do processo político, o qual deve ser capaz de permitir a alternância do poder naturalmente.

A igualdade dos direitos políticos de participação é pesquisada em sua fundamentação numa igualdade pressuposta à adoção do princípio democrático como fundamento e forma de manifestação do processo político. Ligamos a igualdade democrática à liberdade e autodeterminação, que dessa forma devem ser tidos como liberdade e autodeterminação para todos os cidadãos, a se conciliar por

meio de um processo de tomada de decisão que garanta a igualdade de participação.

Estudamos a igualdade democrática inicialmente a partir de sua confrontação e diferenciação da igualdade geral, que é mais ampla e da qual a igualdade democrática corresponde a uma parcela específica, mais restrita. A seguir a diferenciamos da igualdade social que com ela não se confunde, e que resulta logicamente da adoção da igualdade como princípio de governo. Estudamos os componentes da igualdade democrática, iniciando por seu componente formal, esquemático, e alcançando seu componente material, que se liga a uma idéia de igualdade material e pré-jurídica, fundada na autodeterminação e liberdade iguais.

Verificamos de que modo a igualdade democrática substancial se situa como substrato básico onde é construída a igualdade formal, de que forma se dá essa precedência e sob que fundamentos teóricos, e como a forma democrática de governo é tida historicamente como a única forma legítima, como base nessas idéias.

Passamos ao Estudo das consequências da adoção da igualdade democrática formal e substancial sobre o princípio de governo e sobre o exercício do domínio político, conceituando o caráter funcional que sói ter o domínio democrático, fundamentando-o nessa igualdade tida numa dupla perspectiva, do que decorre a impessoalidade, a temporalidade e a horizontalidade relativa do domínio. Analisamos o fenômeno do *liderazgo* como princípio de governo, sua fundamentação e legitimidade, e passamos a Estudar a democracia como um sistema de decisão majoritária, quando a decisão da maioria é posta como algo que se liga de forma estrutural à democracia. Sua fundamentação e seus limites são estudados a partir de uma derivação dos princípios fundamentais da ordem democrática. Passamos ao estudo específico da justificação da decisão majoritária e dos limites internos e externos da decisão da maioria, procurando fundamentar essa limitação.

A seguir é objeto de nossa análise a relação da democracia com o Estado de Direito, onde procuramos responder à pergunta a respeito da limitação recíproca que realizam os dois princípios em sua perspectiva constitucional, especialmente com a adoção de um Estado democrático de Direito. Passamos à interpretação do Estado de Direito pela lente democrática, a fim de verificar o enfoque atual do princípio da

separação de poderes no Estado sua origem, sua função e sua atualidade como um instrumento realizador da liberdade e da democracia.

Procuramos na identificação dos elementos distintivos entre o Estado de Direito e a democracia as especificidades de cada um dos princípios. Estudamos o Estado de Direito sob a perspectiva de limite à democracia por meio da garantia de uma esfera de individualidade que se opõe às decisões políticas majoritárias e finalmente identificamos os pontos em comum existentes entre o Estado de Direito e a democracia, e encontramos nesses elementos comuns o cerne da democracia material.

1 O CONSTITUCIONALISMO

1.1 A importância do constitucionalismo para a democracia moderna

Existe relação entre democracia e constitucionalismo? Se existe, cumpre investigar em que consiste essa relação, para somente então encontrarmos a resposta para a questão proposta no presente capítulo: a da importância do constitucionalismo para a democracia moderna.

De plano, podemos encontrar na idéia de liberdade um ponto em comum. A democracia arcaica se revelou um regime que tinha como foco a liberdade no Estado, já o constitucionalismo se revelou um movimento pela liberdade contra o Estado. Essa distinção não decorre de uma intenção deliberada. Ocorre que os gregos não intencionavam adotar um modelo de Estado totalizante, devorador da esfera da individualidade. Pelo contrário, almejavam a liberdade e a ordem, mas lhes faltavam instrumentos capazes de realizar seu objetivo. A distinção da concepção de liberdade grega e moderna é fruto da falta de um conhecimento e desenvolvimento teórico da esfera da individualidade por parte dos gregos, que desse modo, como não podiam imaginar um Estado limitado pelos direitos da pessoa – tendo em vista que ainda não haviam sido descobertos e que sequer a pessoa humana individual, dotada de direitos subjetivos públicos e de uma esfera existencial de intangibilidade, havia sido concebida teoricamente – realizaram um Estado total, que abarcava todas as esferas da individualidade. Nesse tipo de Estado que formaram, somente poderiam conceber a liberdade por meio da participação (direta) na feitura da norma de conduta, conciliadora da liberdade em sociedade. Ainda assim, consideradas as limitações filosóficas do conceito de liberdade grega, muito distinto da liberdade moderna,⁶ a idéia de liberdade e de emancipação frente ao poder político foi a pedra-de-toque dos dois movimentos – democrático e constitucionalista moderno –

⁶ Confira-se sobre o tema CONSTANT, Benjamin. *Da Liberdade dos Antigos Comparada a dos Modernos*. (Discurso pronunciado no Real Ateneu de Paris em 1819). Tradução de Zélia Leonel. Apontamentos, n. 22, Universidade Estadual de Maringá, 1994 e *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes*, disponível em <www.panarchy.org/constant/liberte.1819.html>.

tendo ainda o segundo recebido os influxos do primeiro.

No tocante à idéia de liberdade, esta veio sendo complementada pelas categorias racionais, que desde os estóicos e principalmente a partir do tomismo da Idade Média, desenvolveram a idéia de pessoa humana que foi a base e a referência para a posterior formação de um direito natural de cunho individual. Além do mais, o contratualismo moderno concebeu a soberania do povo como ponto de referência para a sua teoria. A soberania do povo foi um ponto ideológico de resistência ao absolutismo. A idéia de fundar o poder do Estado no povo resistiu como um contraponto ao absolutismo, ainda quando este alcançou o florescimento político durante a formação do Estado moderno. O constitucionalismo, que representou justamente uma resposta ao absolutismo por meio da afirmação dos direitos fundamentais da liberdade, viria a utilizar-se dessa resistência ideológica em oposição ao poder de origem divina ou tradicional do monarca. Essa idéia, extraída da democracia grega, veio o movimento constitucionalista agregar à idéia de respeito à liberdade individual. O constitucionalismo afirmou desde o início a soberania do povo (democracia) como a origem do poder do Estado, limitada por meio dos direitos fundamentais. A esses direitos, segundo a *rule of law* norte-americana, se agregava a garantia judiciária. Esse viria a ser o modelo adotado pelo mundo ocidental. Da lógica decorrente da adoção da soberania democrática como princípio do poder do Estado resultou a pressão pela universalização do sufrágio. Por meio desta a democracia pode se expandir como princípio de governo utilizando-se, na versão moderna, da técnica do princípio representativo em oposição à democracia direta arcaica. A democracia moderna é redescoberta dentro desse movimento constitucionalista e o pressupõe como possibilidade de afirmação: é que da forma que é concebida modernamente, a democracia necessita da garantia dos direitos da liberdade para que possa existir, pois quem não é livre individualmente, não pode exercer a liberdade coletiva. Há todo esse aspecto histórico e ideológico de ligação: essa idéia de liberdade garantida pelo constitucionalismo, limitadora do Estado absoluto e, com a ascensão da democracia, limitadora da soberania absoluta da maioria.

1.2 Constitucionalismo, constituição e democracia

O constitucionalismo fundou uma nova era para os Estados contemporâneos, por meio da afirmação da liberdade, idéia central e finalidade última do movimento constitucionalista. Esse movimento político-ideológico possibilitou, por meio do incremento da racionalização do poder político, do estabelecimento de um sistema orgânico de competências e cargos, e da regra da previsibilidade, a formação de um ambiente seguro, que garantisse a liberdade-propriedade e o desenvolvimento econômico.⁷ Essas garantias eram pleiteadas por uma crescente e próspera categoria social, denominada burguesia em função de sua alocação nas cidades ou burgos. As garantias civis se faziam necessárias à classe burguesa, a fim de ampliar seu desenvolvimento e posteriormente de lhe propiciar maior participação no ambiente político.

Entretanto, suas instituições puderam ser transportadas para uma realidade social muito distinta que se sucederia. Com o advento do Estado de bem-estar social do segundo pós-guerra, o Estado passa à função de curador da sociedade, com a responsabilidade de diminuir o sofrimento de milhões de pessoas que sofreram com o conflito mundial. Essa nova intervenção traz consigo o alargamento da legislação de auxílio a diversos setores como fruto de uma lógica dessa atividade interventiva, transformando o Estado liberal em um Estado social.⁸ Nesse contexto que se formou, é acentuada a ambiguidade que acompanha o poder do Estado que, de um lado assume a função de salvador da humanidade, de outro se transforma numa

⁷ De acordo com ENTERRÍA: *“la limitación del poder, que supone el establecimiento de un sistema de competencias delimitadas y de normas de ejercicio correlativas, y soe la libertad de los ciudadanos, que permite éstos fundamentar verdaderos derechos frente a la organización, va establecerse todo el Derecho Público contemporáneo, y se presenta así como un hijo inmediato y directo del constitucionalismo.”* ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. *La constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Editorial Civitas, S. A. Madrid. 3.ed. 1983. Pg 47.

⁸ SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. *Direito público e sociedade técnica*. Atlântida Editora, S. A. R. L. Coimbra, 1969, p.88 e sgs. e FREYER – *Die Idee der Freiheit im technischen Zeitalter*, in *Festschrift für Carl Schmitt*, p. 63. A respeito da perspectiva negativa da evolução técnica e da divisão do risco socialmente criado confira-se SARMENTO, Daniel, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, Lumen Juris, 2004, p. 56-57. Para o autor “os avanços na ciência e na técnica multiplicaram e generalizaram os riscos para a pessoa humana e para o planeta” nessa nova perspectiva de uma sociedade de risco “se tornou necessário não apenas partilhar a riqueza, como no Estado de Bem-Estar, mas também os riscos decorrentes do comportamento humano...”. Assim o Estado passa a intervir em defesa da pessoa humana perante as poderosas forças sociais, e essa atividade é uma exigência constitucional da proteção à humanidade. Ao mesmo tempo e paradoxalmente, o Estado representa uma ameaça e a salvação da humanidade.

maior ameaça às liberdades fundamentais afirmadas durante o movimento liberal constitucionalista revolucionário, como afirma EHRHARDT SOARES:

Tudo isto freqüentemente com o paradoxo, mesmo o grotesco de serem os valores do homem, que desesperadamente se procuram cobrir nesta nova concepção, os que acabam por ficar irremediavelmente comprometidos.⁹

O Constitucionalismo teve o mérito de afirmar direitos materiais de forma inédita, garantindo uma esfera individual de inviolabilidade civil, que viria parcialmente a formar o elemento material constitutivo da democracia moderna, mais plena e mais livre, por abranger tanto o aspecto individual (moderno) quanto o aspecto coletivo (arcaico) da liberdade, que comumente se equipara à igualdade. Revela que para conquistar a autonomia (arcaica) civil se faz necessária a intangibilidade (moderna) de uma esfera de direitos, o que é assegurado por meio da Constituição e por meio de um sistema judicial de controle.

Portanto, constitucionalismo se liga de imediato à idéia de Constituição, assim como a democracia moderna. Há, entretanto, uma referência a um determinado tipo de constituição que concerne ao constitucionalismo da modernidade, e que não se confunde com um conceito mais abrangente de constituição que correntemente é adotado pela doutrina, fazendo referência a uma forma qualquer de se constituir o Estado. Devemos fazer a distinção quando afirmamos a relação da democracia moderna e também a relação do constitucionalismo moderno com uma idéia específica de constituição liberal, garantidora de direitos fundamentais que parcialmente são constitutivos para a

⁹ SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt, op. cit., p. 89.

democracia.¹⁰

De outro lado, historicamente há uma ligação entre a idéia mais lata de constituição acima referida e a democracia, idéia que veio a influenciar o constitucionalismo. Embora o movimento constitucionalista tenha adotado uma concepção muito distinta de constituição, as categorias racionais desenvolvidas na Grécia puderam alcançar e influenciar o movimento teórico que embasou o constitucionalismo, tendo em vista que essas idéias se transmitiram desde a antiguidade, ao longo do período que intermediou os dois movimentos. Sob este aspecto histórico, e adotado aqui um conceito de constituição alargado, tanto a democracia em sua origem grega quanto o constitucionalismo, democrático ou não, possuem em comum a idéia de constituição, uma categoria racional importante para a modernidade, e o fato de haverem se estabelecido originalmente dentro de um regime constitucional, ainda que se refiram a momentos civilizatórios distintos e que correspondam a diferentes concepções de constituição. Adotando um conceito bastante abrangente de constituição, JELLINEK permite a aproximação: para ele, mesmo que submetido ao arbítrio, é necessário que cada Estado tenha constituição, pois do contrário estaria submetido à pura anarquia.¹¹ Constituição seria para o autor um princípio de ordenação segundo o qual se constitui e se desenvolve a vontade de uma associação permanente, e que limite as relações entre seus membros e a

¹⁰ Contudo a democracia, vista sob a perspectiva formal, é tida como contraposta ao Estado constitucional. Essa idéia tem origem na concepção arcaica de democracia, onde ela significa apenas igualdade de participação. No Estado constitucional democrático, há uma fusão parcial entre os conceitos de democracia e Estado de Direito, formando uma idéia de democracia que mesmo enquanto princípio formal se encontra vinculada à liberdade, que agrega direitos materiais de liberdade específicos que lhe são constitutivos. A democracia moderna se afirma de maneira muito distinta da arcaica, não se confundindo os conceitos. No Estado constitucional democrático, há que reconhecer a existência de pontos em comum entre a democracia e o Estado de Direito constitucional. A respeito, confira-se a posição de BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*. Editorial Trotta. Madrid, 2000, p.121: “Los derechos de libertad democrática constituyen así un vector común entre democracia y Estado de Derecho, son un nexo de unión decisivo entre ambos. Y al mismo tiempo ponen de relieve en qué se distinguen democracia y dictadura (de la mayoría), y cómo la democracia misma se revela como vinculada a la libertad, incluso y precisamente como principio formal de organización”. Para uma perspectiva a respeito da democracia como princípio em constante tensão com o Estado de Direito, confira-se BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira – Legitimidade democrática e instrumentos de realização*. – 2.ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.246: “O Estado Democrático de Direito é a síntese histórica de duas idéias originariamente antagônicas: democracia e constitucionalismo. Com efeito, enquanto a idéia de democracia se funda na soberania popular, o constitucionalismo tem sua origem ligada à limitação do poder. A democracia constitucional, conquanto proclamada neste final de século como regime de governo ideal, vive sob o influxo de uma tensão latente entre a vontade majoritária e a vontade superior, expressa na Constituição”.

¹¹ JELLINEK, George, *Teoria General Del Estado, Traducción de la segunda edición alemana y prólogo por Fernando de Los Ríos*, Ed. Albatros, Buenos Aires, 1973, p. 381

associação mesma.¹² ARISTÓTELES distinguia as normas fundantes do Estado, das , simples normas. É interessante notar que a idéia de hierarquia material do edifício normativo, de forma muito peculiar, já aparece na distinção feita por Aristóteles havendo já então, uma certa distinção entre as leis ordinárias (*nómoi*) e as normas tidas como constitucionais (*politeai*).¹³

Embora o conceito de constituição não seja unívoco, tendo se transformado no tempo e encontrando diversas concepções mesmo referindo-se ao mesmo período histórico verificamos que, de acordo com importantes autores que utilizam-se de um conceito mais abrangente de constituição, podemos encontrar já na aurora da democracia entre os gregos um exemplo de organização normativa do poder político que pode ser considerado uma forma arcaica de constituição. Trata-se de um enquadramento dentro de um conceito bastante amplo de constituição que viria a ser paradigma para o modernismo, ainda que este tenha inserido no conceito elementos outros. Para o constitucionalismo, o conceito de constituição requer uma regulação das relações entre os governados e governantes. De outro lado, como a democracia tinha desde sua origem grega a pretensão à norma reguladora de conduta social, como autonomia coletiva, e já continha a distinção hierárquica material normativa, nela se encontrava a semente do Estado de Direito constitucional.¹⁴

Seguindo essa linha conceitual, KARL LOEWENSTEIN lembra que “constituição” é um termo genérico e, nesse sentido, para que um estado seja constitucional basta apenas que possua uma constituição, seja ela escrita seja embasada em costumes como no exemplo inglês. Uma constituição nesse sentido significa:

¹² O conceito de constituição adotado é definido por JELLINEK da seguinte maneira: “*Toda asociación permanente necesita de un principio de ordenación conforme al cual se constituya y desenvuelva su voluntad. Este principio de ordenación será el que limite la situación de SUS miembros dentro de La asociación y en relación con ella. Una ordenación o estatuto de esta naturaleza, es lo que se llama Constitución*”. JELLINEK, George, op. cit., loc. cit.

¹³ GOYARD-FABRE, Simone, *O que é Democracia? A genealogia filosófica de uma grande aventura humana*. Tradução: Claudia Berliner, São Paulo, Martins Fontes, 2003, p.15 e sgs.

¹⁴ Idem.

... um sistema de normas estabelecidas ou convencionais que regulam as relações entre os detentores do poder, assim como a interação o da vontade estatal.”¹⁵

LOEWENSTEIN reconhece a relação da democracia com o constitucionalismo, e chama a atenção para a distinção necessária, pois embora tenham pontos em comum, os conceitos não se confundem. O conceito de constitucionalismo para ele permite uma dupla significação, referindo-se tanto a uma ordem político-constitucional, quanto a uma ordem democrática constitucional. Como observa, a mera existência de um procedimento, de preceitos formais que regulem o processo governamental não se traduz necessariamente em um regime democrático. Conclui que embora a democracia tenha sido concomitante aos primórdios do regime constitucional, tendo a *polis* grega se organizado como uma democracia plenamente estruturada, a própria Grécia conheceu regimes constitucionais que se afastavam em muito da democracia.¹⁶ Há que distinguir entre o elemento segurança, que corresponde ao Estado de Direito constitucional e o seu aspecto de afirmação da liberdade política de participação, decorrente da transferência da sede do poder público a representantes dos cidadãos. Num primeiro momento o constitucionalismo significou essa afirmação sem igualdade. Mas a segurança jurídica alcançada, a consciência dos direitos civis conquistados e seu fundamento democrático, criaram as condições necessárias para a afirmação mais ampla do princípio democrático com segurança, especialmente no caso norteamericano, onde a garantia dos direitos civis foi levada até suas últimas consequências, por meio da efetivação da proteção judicial contramajoritária. Quanto à Grécia, seu regime constitucional pressupõe uma compreensão alargada de constituição. Sua importância foi a de transmitir uma idéia que viria a permear o imaginário dos juristas ao longo dos séculos, a idéia de democracia constitucional, e que viria a inspirar os principais teóricos do movimento constitucionalista moderno.

Diante do exposto, se podemos afirmar que existe uma estreita relação entre democracia e constitucionalismo, essa relação pode ser defendida da seguinte

¹⁵ LOEWENSTEIN, Karl. *Political power and the Governmental Process*. The University of Chicago Press, 1962, pg.70, tradução livre do original: “ a set of fixed norms governing the relations between the power holders and the power addresses as well as the interaction of the power holders in the formation of the will of the state”.

¹⁶ Op. cit., p.17. Veja-se a respeito FUSTEL DE COULANGES, op. cit., p. 253, sgs. e SIMONE GOYARD-FABRE, op. cit., loc. cit.

maneira: tanto a democracia grega quanto o constitucionalismo constituem momentos de significativo avanço rumo a emancipação humana face ao poder. A *pólis* grega possibilitou mediante a política, um grau de racionalização do poder muito distinto do que viria ser afirmado no constitucionalismo moderno, mas inaugurou o movimento de emancipação que viria a dominar a consciência humana de modo a preparar os seus próximos passos. O fato de não ter sido o movimento de emancipação um processo linear, tendo seus bons e maus momentos, avanços e retrocessos, como sói ser na história humana, não afasta que a Grécia e sua democracia viriam inaugurar uma nova fase de emancipação humana face ao poder político. Democracia e constitucionalismo não se confundem, mas ambos representam concepções distintas da emancipação humana face ao poder público. Para os gregos, por desconhcerem completamente o âmbito individual da liberdade, só restava a alternativa da participação direta no poder político, como única alternativa de defesa face ao Estado total grego. Foi essa a razão principal da transformação do regime político aristocrático grego em um regime de inclusão do povo no exercício do poder político¹⁷, um governo do povo, uma democracia. De outro lado, o princípio republicano afastava a legitimidade da manutenção de quaisquer tipos de privilégios. É importante ressaltar que no regime que foi o antepálio da democracia grega, que a antecedeu imediatamente, existiu uma contradição entre a adoção de um regime republicano que tem no interesse público seu princípio de governo e a manutenção de privilégios, especialmente no que se refere à participação política. Esse regime resultou na democracia. Com efeito, para FUSTEL DE COULANGES a substituição da religião pelo interesse público como princípio de governo conduzia para a democracia:

¹⁷ FUSTEL DE COULANGES, ob. cit, p. 364-371. O autor afirma nessa passagem de sua obra que a superação da religião como princípio de governo na Grécia deu lugar a um novo critério de distinção para inclusão na participação no exercício do poder político: a riqueza. Uma sociedade acostumada com as desigualdades e os privilégios de classe, segundo o autor, não se acostumaria com uma igualdade ampla de plano, motivo pelo qual o critério da riqueza subsistiu a tradição religiosa como filtro para a admissão na participação no poder político. Entretanto, como a aristocracia política que se formara não dispunha de legitimação divina e da tradição para sustentá-la no poder, esse período foi marcado pela instabilidade política e pelas revoluções. As classes politicamente privilegiadas mantinham a anterior tradição de assumirem os deveres militares para com a Pólis, o que fazia que, diante das incessantes guerras em que se envolveram os gregos, a aristocracia grega voltasse enfraquecida e, de outro lado, precisasse ampliar a participação política dos cidadãos que passavam a participar concomitantemente da política e das forças armadas. Tal estado de coisas resultou na afirmação da democracia com a participação política de todas as classes.

... deve reconhecer-se que todo privilégio estava necessariamente em contradição com o princípio que então governava os homens. O interesse público não era de natureza a autorizar e a manter por muito tempo a desigualdade. Conduzia inevitavelmente as sociedades à democracia.

Se aplicarmos essa teoria ao constitucionalismo moderno, poderemos defender com base nessa ordem de idéias que os regimes republicanos que aí se instauraram conduziram inevitavelmente à democracia, a fim de eliminar uma contradição interna presente em sua gênese aristocrática, no que muito se assemelham ao desenrolar dos fatos políticos na antiga Grécia.

A querela entre o constitucionalismo aristocrático e o constitucionalismo democrático é antiga, e esteve presente na gênese do constitucionalismo moderno. Assim, ALEXIS DE TOCQUEVILLE referindo-se ao período do pós-guerra da independência norte-americana afirma:

Quando a guerra da Independência terminou e se tratou de estabelecer as bases do novo governo, a nação viu-se dividida em duas opiniões. Essas opiniões eram tão antigas quanto o mundo, e encontramos-las sob diferentes formas e revestidas de nomes diferentes em todas as sociedades tidas como livres. Uma queria restringir o poder popular, outra estendê-lo indefinidamente.¹⁸

O partido republicano representava justamente essa corrente democrática, que defendia a ampliação do sufrágio com fundamento na idéia de soberania do povo, como princípio fundador do Estado. Vieram a assumir o poder e dominar o cenário político norte americano em 1801, quando Thomas Jefferson veio a ser nomeado presidente.

Há que distinguir entre o conceito abstrato de constitucionalismo e a forma pela qual se positivou amplamente no mundo moderno, e que prevaleceu no mundo ocidental até os dias atuais. As origens das constituições contemporâneas, e isso o que importa extrair desse importante momento histórico, se ligam majoritariamente ao constitucionalismo francês e norte americano, que adotaram o princípio democrático como princípio fundador do Estado constitucional, pressupondo uma igualdade pré-jurídica a todos estendida, fundada no conceito individual de pessoa humana. Portanto, para o constitucionalismo moderno as coisas se passam de forma muito distinta em relação ao período anterior. É que há um plus em relação

¹⁸ TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América*, Livro1, Leis e costumes. São Paulo: Martins Fontes, 5.ed. 2005, p.201.

aos anteriores regimes que o incompatibiliza com o regime aristocrático como forma de exercício do poder político e que exclui a participação política da maioria por princípio.¹⁹ Ocorre que o constitucionalismo moderno, ao menos na vertente americana e francesa, caracteriza-se pela adoção da soberania do povo ou da nação como princípio fundador do Estado. E esse povo é composto por pessoas iguais, dotadas todas de direitos natos, decorrentes de sua humanidade. E é justamente esse elemento, a adoção da soberania do povo humano como fundamento do Estado, que tanto aproxima o constitucionalismo moderno da democracia e que, adotado amplamente nas constituições contemporâneas, incluindo a Constituição Brasileira,²⁰ influencia toda a sua interpretação e a configuração de seus poderes constituídos, os quais sempre têm que, de alguma maneira, reconduzir seus atos à decisão democrática. Esse aspecto fundamental terá as mais diversas consequências, que exploramos ao longo da obra. Portanto, a admissão de um regime aristocrático que adote concomitantemente o princípio da soberania do povo ou da nação como princípio fundador possui uma evidente contradição. Nessa linha, afirma MEIRELLES TEIXEIRA:

¹⁹ Entretanto, embora não se constitua num regime aristocrático, persiste um elemento aristocrático no moderno Estado constitucional democrático, que consiste no princípio representativo, que por alguns é tido como uma necessidade indesejável, justificada apenas pela impossibilidade fática de se realizar a decisão política em um Estado da abrangência e complexidade do atual, e para outros é mesmo um elemento essencial, de equilíbrio do princípio majoritário, de moderação, decorrente da própria natureza da vontade do povo, disforme, difusa, além da necessária proteção das minorias e dos direitos humanos.

²⁰ A Constituição da República Federativa do Brasil, após afirmar no inc., I do art. 1º a soberania como fundamento do Estado, no parágrafo único do mesmo artigo dispõe que “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Adota a CRFB a soberania do povo como fundamento do Estado e, de outro lado, o princípio representativo. Esse princípio distingue as democracias de origem moderna das democracias arcaicas, onde o princípio não prevalecia. A representação foi possível pela limitação material do Estado, pois o cidadão grego por não ter defesa perante o Estado, só podia ser livre participando diretamente do poder. De outro lado, foi exigência da complexidade da sociedade moderna. Muitos autores apenas admitem o princípio representativo como uma bengala necessária, só admissível por questões práticas. Cabe ressaltar que a democracia não é contraditória em princípio com a representação, desde que a mesma seja reconduzida à decisão democrática e sofra controles posteriores. Tal preceito não se confunde com um regime aristocrático, de origem autônoma, este sim incompatível com a soberania do povo na democracia constitucional.

... a gênese das Constituições modernas pode ser traçada seguindo-se o próprio desenvolvimento do princípio democrático, isto é, do exercício do poder constituinte pelo próprio povo".²¹

Afinal, se o povo detém a soberania, como pode ser excluído legitimamente da fundamentação e do exercício mesmo do poder?

É justamente a presença do elemento democrático que distingue o período dos pactos constitucionais, sinalagmáticos, concessão do poder absoluto, das modernas Constituições.²² O princípio democrático era incompatível com a outorga de constituições, afirmadas como uma liberalidade do único soberano depositário do poder político. É certa a incompatibilidade do princípio democrático com o regime absolutista pactual. Tal regime corresponderia à negação do princípio democrático. **A gênese do constitucionalismo moderno é, portanto, na forma que foi proposta, a afirmação constitucional do princípio democrático no momento mesmo da fundação do Estado, com inevitáveis consequências para o exercício do poder político.** Por esse motivo, ainda que os fatos tenham permitido que no início do constitucionalismo tenha se afirmado um regime aristocrático, há uma contradição insuperável entre esse sistema excludente e a titularidade, a origem em que se fundava o poder.

O constitucionalismo se distingue da democracia porquanto utiliza como expediente para garantir a liberdade civil, a limitação do poder político por meio da fixação em uma carta política de natureza contratual, de direitos materiais garantidores de um âmbito de imunidade para o cidadão face ao poder. O poder se compromete a respeitar essas imunidades e se legitima por seu cumprimento. Esses direitos assumem a forma de direitos subjetivos públicos, com ênfase na liberdade e na propriedade. Já a democracia em sua concepção arcaica, se distingue do constitucionalismo por encontrar exclusivamente na participação política o caminho para a liberdade civil. Disso resulta a concepção total do Estado, em oposição à sua

²¹ TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. Texto revisto e atualizado por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 81. Em sentido contrário, veja-se HELLER Hermann, *Teoría Del Estado*. Editorial Comares, Granada, 2004, PGS. 161 e 162. Segundo o autor: "*Habrà, por esto, que se buscar el origen específico de las constituciones escritas en estas exigências de caráter organizador. Lo que en tales constituciones hay de nuevo no es la determinación en un documento de los derechos de la libertad individual, como por bastante tiempo se há creído... sí, es completamente nueva la regulación consciente y planificada de la estructura concreta de la unidad política en una ley constitucional escrita*".

²² Idem, p. 80-86.

forma limitada que resulta do constitucionalismo. Entretanto, a democracia constitucional pós-constitucionalismo se distingue da democracia antiga justamente por se realizar em dois momentos distintos: primeiro o momento constituinte, no qual estabelece livremente²³ as regras do jogo, por meio da soberania do povo ou da nação; segundo o exercício constituído do poder político, onde se legitima pelo respeito às regras livremente estabelecidas, dotadas de abertura suficiente para que acompanhem a evolução social por meio da afirmação de um direito judicial evolutivo.²⁴

O constitucionalismo não se confunde com a democracia, mas representa modernamente, um importante e prévio passo em nome da afirmação mais plena da liberdade civil. A adoção de um Estado constitucional fundado no princípio democrático constituinte, cria as condições para uma nova perspectiva de democracia, capaz de inserir a garantia de direitos materiais como condição constitutiva da democracia, ou seja, uma democracia que assume a forma de direito subjetivo público, normativa, dotada de conteúdo material que lhe é constitutivo. Essa perspectiva a aproxima do Estado de Direito, com o qual encontra importante conexão, e só é possível após a afirmação do constitucionalismo moderno, que lhe foi um precedente necessário e com o qual compartilha o principal elemento teleológico: a mais plena emancipação do cidadão.

1.3 Precedentes históricos

O constitucionalismo, embora seja um movimento ímpar e de fundamental importância para o Estado contemporâneo, teve diversos precedentes históricos que o influenciaram e que ao menos se aproximaram de algumas de suas instituições. Tanto os gregos como os romanos já faziam a distinção entre a constituição do Estado e as normas particulares. ARISTÓTELES já distinguia entre as normas

²³ O tema, entretanto não é pacífico. Confira-se a respeito: BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Tradução de José Manuel M. Cardoso da Costa. Livraria Almedina, 1994.

²⁴ O que por si é capaz de evitar o “engessamento” das gerações futuras.

comuns *nómoi* e as *políteai*, normas que dispunham a respeito da constituição do Estado. As *políteai* correspondem àquelas normas de organização política do Estado, são seu fundamento e estabelecem os seus poderes, determinam como eles se distribuem e ainda, onde reside o poder supremo e determina as finalidades a que corresponde cada poder. As *nómoi* são normas que, com base na Constituição, regulam o modo de exercício das funções públicas. Já os romanos se utilizavam da expressão *rem publicam constituere* para referirem-se às normas constitucionais. Até mesmo o poder de modificação dessas normas tidas como constitucionais já era, para os romanos, atribuído a um corpo específico. Em momentos culminantes da história romana, o Poder Constituinte era atribuído a magistrados extraordinários que reuniam o poder ilimitado de toda a comunidade.²⁵

As antigas instituições influenciaram as vindouras concepções modernas a respeito da constituição do estado, **em especial a distinção valorativa entre os princípios constituintes do estado e as instituições que se desenvolvem segundo esses princípios**. Essa ordem de primazia é transmitida aos tempos modernos de modo a influenciar o desenvolvimento de teorias limitadoras do exercício dos poderes constituídos, noção que viria a se especificar posteriormente. Entretanto, na antiguidade, no que difere do modernismo, não houve a preocupação em se concentrar e organizar as normas constitucionais em um documento escrito. Apenas algumas leis constitucionais foram redigidas, assim como as demais leis, mas sem uma preocupação específica, ou sem a presença da própria concepção de superioridade formal da norma constitucional. Portanto, embora ausente a superioridade formal, a idéia material de superioridade da norma constitucional estava presente entre os povos da antiguidade. Essa importante idéia de superioridade material foi o maior legado dos antigos. Ela vingou e se reforçou até alcançar os dias atuais. Até mesmo aquelas nações que não distinguem formalmente entre as normas constitucionais e as ordinárias adotam essa idéia por

²⁵ JELLINEK, Georgeo, op. cit., p.382.

meio de uma distinção material.²⁶ Foi nesse sentido material que o conceito de constituição se fez sentir na antiguidade, e que entre os romanos era animado pela idéia de um poder constituinte ilimitado e pertencente à totalidade soberana dos cidadãos. A escola do direito natural divulgou esta idéia, tendo sido posta em prática na Revolução Norte-americana, e em seguida na Revolução Francesa. A doutrina do Poder Constituinte do povo (americana) e da nação (francesa) encontra suas raízes na antiguidade, tendo alcançado o modernismo por obra da escola de direito natural, especialmente por PUFENDORF, LOCKE e WOLFF.²⁷

O direito escrito surge como uma necessidade de garantia face à concessão por uma autoridade superior, exterior, transformando a tradição anterior. O início da adoção de textos escritos na qualidade de direito de uma comunidade ocorre historicamente quando Roma concede aos povos dominados, uma esfera de autonomia, denominados *lege datae*. O direito escrito ganha força na Idade Média, com as leis das cidades, das corporações, das igrejas e dos senhores. Esse direito era também uma concessão feita por uma autoridade superior. Não havia sentido naquele tempo escrever o direito a respeito de si mesmo. Tal expediente somente fazia sentido quando um escrevia e o outro recebia o direito. Nesse tempo, os contratos necessitavam ser escritos e as leis só muito raramente eram positivadas.

28

Verifica-se a forte influência para o constitucionalismo moderno dos dois elementos medievais acima descritos: a) um contrato entre o príncipe e as

²⁶ CLÉMERTON MERLIN CLÉVE adota posição *sui generis*, com relação à flexibilidade da Constituição inglesa: o autor informa que “Na Inglaterra, portanto, não há lugar ainda hoje para a distinção formal entre leis constitucionais e leis ordinárias. Sendo a Constituição Inglesa costumeira, ela não deve nada à teorização decorrente das Constituições escritas e formalizadas. Trata-se de Constituição que pode ser compreendida unicamente sob o ponto de vista material, ou seja, constitui o conjunto dos mais importantes costumes, práticas e documentos jurídicos do país. Tratando-se de Constituição material, é igualmente flexível sob o ponto de vista estritamente jurídico. Desde a “Gloriosa Revolução”, vigora o princípio da supremacia não da Constituição, mas sim do Parlamento.” O autor, embora considere a Constituição Inglesa flexível, o considera apenas do ponto de vista estritamente jurídico, enquanto de outro lado a considera rígida, do ponto de vista histórico, no que se distancia do lugar comum na doutrina. Nas palavras do autor: “desde a ótica jurídica não há nada que impeça uma mudança radical na estrutura constitucional material inglesa. Todavia, a cultura inglesa certamente não admite lei ofensiva da consciência jurídica e democrática experimentada pelos cidadãos ingleses. Logo, se juridicamente a Constituição Inglesa é flexível, desde uma perspectiva sociológica ou histórica, ela é rígida.” CLÉVE, Clémerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no Direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p.46.

²⁷ JELLINEK, George, op. cit., p. 382-383.

²⁸ JELLINEK, George, op. cit., p. 383.

instituições do país (estamentos); b) que os direitos dos súditos em relação ao seu senhor, que lhes é superior, sejam escritos.

Nos posteriores séculos XVI e XVII, as vantagens das Constituições escritas foram erigidas a verdadeiro dogma para a Ciência Política e o Direito Constitucional. Essas constituições representaram um pacto formal, solene. As constituições democráticas modernas, tendo por exceção a inglesa, são em sua ampla maioria, constituições escritas. Documentos solenes, são obras deliberadas, intencionais, nas quais toda a comunidade política expressa sua vontade fundamental para o Estado por meio de representantes.

1.4 O período dos pactos constitucionais

O período dos pactos constitucionais é o período da afirmação, por meio de instrumentos escritos de natureza contratual, de certas liberdades concedidas pelo soberano aos súditos, constituindo um primeiro momento na luta pela emancipação do ser humano face ao poder político onipotente do Estado absoluto. É nesse momento histórico que se inicia o processo de transformação do governo real no governo político, no sentido aristotélico.²⁹

Como observamos anteriormente, o advento do direito escrito foi inserindo-se a partir da cultura medieval, por influência do Direito Privado, no qual era corrente o entendimento de que os contratos de maior importância deveriam revestir-se de forma solene, ou seja, escrita. Esse entendimento foi transportado para o nascente Direito Público, de modo que os pactos constitucionais foram estabelecidos sempre utilizando-se a forma solene, escrita. Era corrente no século XVIII, a idéia de que, para segurança dos cidadãos, toda Constituição deveria corresponder à forma escrita.³⁰ Com exceção do âmbito do Direito Internacional, onde exerce importante

²⁹ Vide nota 45.

³⁰ TEIXEIRA, J. H. Meirelles, op. cit., p.86.

função³¹ para o Direito Público atual, a idéia de pacto restou superada, substituída pelas Constituições modernas. Entretanto, podemos identificar por meio de seu estudo a origem e a racionalidade de importantes categorias do Direito Público. O contratualismo moderno se explica assim pela forma como eram concebidos os direitos dos vassallos face ao poder dos senhores medievais, e a busca por segurança nos pactos de natureza contratual, que fundavam o respeito aos direitos civis no princípio *pacta sunt servanda*. Os pactos tinham essa natureza de concessão e de autovinculação. Os direitos subjetivos públicos também se explicam como categorias transportadas de uma racionalidade civilista para o Direito Público que desabrochava.

Tendo seu ponto de partida na negação do princípio democrático, os pactos constitucionais denominam-se também por Constituições outorgadas, e têm por característica principal o fato de resultarem não de uma decisão política da própria comunidade a que se destina, mas de uma liberalidade, de uma graça concedida, ou que simplesmente é imposta pelo detentor de fato do poder político. Posicionam-se historicamente como “germens das modernas Constituições”³². Havia na Idade Média o entendimento a respeito da existência de uma relação contratual tácita entre o *rex* e o *regnum*. Esse entendimento foi reforçado pela efetiva concessão de liberdades ao povo que vieram sendo efetuadas pela coroa, utilizando-se da forma solene, escrita, contratual. KANT já fazia a distinção entre pacto social, e pacto constitucional, significando este um pacto específico de organização política³³.

Para HELLER, a codificação disposta pelo príncipe e a própria burocratização da função de aplicar e executar o direito eliminaram o direito do mais forte e do desafio, possibilitando a concentração do exercício legítimo do poder físico no Estado, característica típica do Estado moderno. Foram necessários novos conceitos jurídicos para explicar essa concentração e, embora o direito medieval desconhecesse a distinção entre Direito Público e Privado, contrato e lei, e até

³¹ A idéia de pacto sobrevive ainda para o Direito Internacional, onde adquire excepcional importância, fundamentando a idéia da obrigatoriedade do cumprimento dos tratados e convenções e da própria comunidade internacional, com base no princípio da *pacta sunt servanda*. *Ibidem*.

³² *Ibidem*.

³³ Apud TEIXEIRA, J. H. Meirelles, op. cit., p.83.

mesmo entre direito objetivo e subjetivo, o contrato era utilizado como instituição jurídica universal. Somente com o aparecimento da codificação absolutista o Estado surge como unidade, e essa unidade haveria de supor um estatuto do poder, pelo que afirma HELLER, “*Habrà, por esto, que buscar el origen específico de las constituciones escritas en estas exigencias de carácter organizador*”.³⁴

O que haveria de novo não seria o estabelecimento de direitos individuais, pois “*en toda época conocida se hacen constar ciertos derechos políticos subjetivos por escrito en una carta*”, mas o que haveria de realmente novo no constitucionalismo seria para o autor a regulação consciente e planificada da estrutura concreta da unidade política em uma lei constitucional escrita.³⁵

A Inglaterra, paradoxalmente, é o país onde mais cedo e com maior amplitude vieram a se manifestar os pactos constitucionais que viriam a fomentar o constitucionalismo moderno, e de outro lado é um país que até hoje não possui uma constituição escrita, tendo adotado uma declaração expressa de direitos apenas recentemente. Já em 1215, nos arredores de Londres, foi assinada a *Magna Charta Libertatum*. Tratava-se de um inovador documento solene escrito, assinado pelo rei e pelos barões. A Carta, que sequer chegou a entrar em vigor, não se destinava ao povo, mas representava apenas um pacto entre o rei e a nobreza, escrito em latim e inacessível ao conhecimento da grande maioria das pessoas. Segue-se em 1628 a *Petititon of Rights*, a qual se tratava de uma mensagem do Parlamento a Carlos I, em forma de petição, tendo por objeto, o reconhecimento pelo rei, de velhos direitos e liberdades dos súditos e certas prerrogativas do Parlamento. O rei deu seu assentimento ao documento sob a então usual fórmula “*soit droit fait comme est désiré*”. Na verdade, fruto de um poderio monárquico pressionado pelo parlamento, desse aparente acordo de vontades nasce o pacto constitucional. Da mesma maneira, posteriormente é assinado o *Habeas Corpus Act*, em 1669 e a importante declaração de direitos, o *Bill of Rights* de 1689. Esse documento marca a destituição de Jaime II, quando o parlamento inglês chamou ao trono a casa de Orange. Considerado pelos ingleses quase uma verdadeira Constituição, o *Bill of Rights* regula o lançamento de impostos, o exercício da prerrogativa real, o porte de armas

³⁴ HELLER, Hermann, *Teoría Del Estado*, Editorial Comares, Granada, 2004, p.160.

³⁵ Idem, p. 160-161.

pelos protestantes, as imunidades parlamentares, as relações entre o trono e a Igreja Católica e algumas prescrições a respeito da sucessão ao trono. Segue-se em 1701 o *Act of Settelement*. Esse Ato de Estabelecimento limita as prerrogativas reais, dá inamovibilidade aos juízes e regula a sucessão ao trono, conferindo-lhe um título de caráter democrático, parlamentar, rompendo com a tradicional teoria do direito divino dos reis.³⁶

Já nessa fase, os pactos ingleses vão se aproximando do princípio democrático. Os pactos ingleses não foram frutos da simples benevolência real. Refletiram a luta pelo reconhecimento dos direitos civis de fundamento jusnaturalista, pela limitação do poder político. A superação do dogma do direito divino da monarquia foi positivada no referido *Act of Settelement*, bem como a garantia de uma esfera de liberdade. A progressiva aquisição e garantia por meio de documentos escritos de direitos civis na Inglaterra iria inaugurar e plantar para o mundo a semente do constitucionalismo democrático, seria seu paradigma político e racional, mas ainda não daria origem ao constitucionalismo moderno. É que embora esses pactos constitucionais já se distinguissem dos anteriores pactos outorgados, justamente por refletirem uma efetiva luta pelo reconhecimento das liberdades públicas que se impunham sobre o poder monárquico, já como uma divisão da soberania, e não uma mera concessão e obra da graça do único soberano benevolente. Ainda não possuíam o caráter unilateral e fundador do Estado que caracterizaria as constituições modernas, no que delas se distancia. Seriam esses pactos uma preparação, um período de transição para o posterior movimento constitucionalista moderno, que se positivaria de forma inédita nas colônias inglesas situadas na América do Norte. O caráter sinalagmático, bilateral, contratual desses pactos ainda os diferencia das constituições modernas. A exemplo dos pactos medievais, reconhecem um poder externo, dotado de soberania e que reconhece direitos a seus súditos. A aquisição desses direitos, e principalmente sua positivação no campo político, foi transformadora para a sociedade ocidental, estimulando as mentes, mexendo com o imaginário dos povos que tomaram conhecimento desse

³⁶ TEIXEIRA, J. H. Meirelles, op. cit., p.84.

movimento político e entraram em contato com seus teóricos mais importantes.³⁷ Embora tenha preparado o ambiente para o desenvolvimento do constitucionalismo moderno, deste se distingue pela natureza sinalagmática e pela ausência do princípio democrático dotado da titularidade da soberania. Para o constitucionalismo moderno, a sociedade se dá uma Constituição por ato próprio. Trata-se de um contratualismo distinto, que se caracteriza por um autocontrato social, e não por um pacto limitador do poder realizado com um terceiro soberano. Enquanto os pactos constitucionais deixavam em aberto a questão do titular do Poder Constituinte, acomodando as forças em conflito,³⁸ as Constituições modernas enfrentam a questão, posicionando-se a favor do princípio democrático.

Para JORGE REIS NOVAES a distinção situa-se no fato de que os pactos constitucionais procuravam apenas limitar o poder do rei, proteger o indivíduo e reconhecer a soberania do parlamento e, já as constituições visavam com inspiração nos direitos naturais do homem, limitar por meio do Direito, a totalidade do Estado. Afirma ainda que o problema decorrente da contradição entre constitucionalismo como limitação do Estado e soberania da vontade geral legisladora, o constitucionalismo moderno eliminou de início, por só conceber uma Constituição na qual houvesse a garantia dos direitos fundamentais.³⁹

1.5 As constituições das colônias norte-americanas

³⁷ A influência de LOCKE e do jusnaturalismo inglês tem sido reconhecida em diversas obras filosóficas que a sucederam, apenas para exemplificar, na obra de ESTEVÃO BANNOT DE CONDILLAC (1715-1780), filósofo influente na Itália, que derivou do empirismo de LOCKE sua filosofia sensista, segundo a qual toda a experiência deriva da mera sensação, sem reflexão. Foi preceptor na corte de Parma de Fernando de Bourbon, herdeiro do trono. MONTESQUIEU no seu *Espírito das Leis* (1748) escreve já sob a influência jusnaturalista que dominou a Europa. Adota uma concepção racionalista das leis as quais não resultam dos caprichos arbitrários do soberano, mas são "relações necessárias que derivam da natureza das coisas". VOLTARE (1694-1778) tem forte influência em sua obra das idéias de LOCKE e de NEWTON, defende uma idéia de estabilidade para a natureza e para o homem, e que o homem, reduzido apenas aos seus recursos, pode estabelecer uma determinada justiça sobre a terra e alcançar uma certa felicidade. A própria situação política em que se encontrava a Inglaterra entrava em contradição com o restante do mundo. A idéia da liberdade civil, com fundamento em direitos naturais, espalhou-se rapidamente.

³⁸ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. 5.ed. Madrid: Alianza editorial, 2006.

³⁹ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*, ed. Almedina, Coimbra, 2006, pgs. 77 e 78.

A afirmação do Constitucionalismo moderno, especialmente na vertente norte-americana, deve muito à secularização de conceitos religiosos. Como ensina JELLINEK, a doutrina calvinista das comunidades eclesiásticas, foi transmitida ao Estado, assim como a aplicação da doutrina bíblica da aliança entre Deus e seu povo, o que fez nascer entre os puritanos independentes a concepção de que a comunidade cristã, assim como o Estado, descansam sobre seu *covenant*, sobre o contrato social, a ser realizado pela totalidade dos membros da comunidade. Os colonos americanos acordaram um contrato para a colônia, contendo a promessa de fundar uma comunidade, instituir autoridade e obedecer a esta, afirmando na prática essa concepção. Os contratos fundamentais haviam de constituir para o Estado a base imutável que formavam os *convenants* para a Igreja. Os contratos solenes se faziam por escrito e, sendo a Constituição um contrato solene sobre o qual descansavam direitos e deveres de todos os membros do Estado, deveria ser escrito. Durante os debates acerca dessa questão, pode-se verificar a idéia democrática que radica em seu fundo, do que resulta a exigência pela primeira vez, no curso do movimento revolucionário inglês de 1647, do sufrágio universal e igual para todos para a eleição do parlamento.⁴⁰ O movimento inglês, embora tenha precedido o norte-americano quanto à aplicação do princípio democrático no exercício do poder político, foi precedido pelo mesmo no que se refere à titularidade desse poder, no momento da fundação do Estado, que se traduz no poder constituinte democrático.

A luta pela afirmação do princípio democrático obteve importantes vitórias na Inglaterra, especialmente a partir do *Act of Settelement* de 1701, com ênfase na derrocada da teoria do direito divino dos reis. As idéias inglesas atravessaram para as Américas, onde encontraram nas circunstâncias da formação de novos Estados o campo fértil para o nascimento do constitucionalismo, permeado pelas idéias liberais que os colonos ingleses levaram para além-mar. Os imigrantes ingleses, conscientes das lutas que se travaram na Inglaterra, do valor e do custo da afirmação de sua liberdade, foram dela muito zelosos. Afirmaram os denominados “pactos de colonização” que já determinavam qual seria a estrutura de organização do poder público e as regras para o seu exercício, inclusive no que se refere à

⁴⁰ Op. cit., p. 384-385.

nomeação de autoridades, competências, sanções aplicáveis diante de abusos por parte dos colonos, lindes do dever de obediência dos colonos, entre outros. Tratava-se de colônias ainda nascentes, mas os colonos tinham a mente e o espírito imbuídos dos direitos que adquiriram na metrópole, assegurados nas antigas cartas e pactos constitucionais bem como das idéias liberais que fomentaram a Gloriosa Revolução de 1688. Como observa MEIRELLES TEIXEIRA, “... esses pioneiros lançavam, assim, no solo da América, as sementes das instituições democráticas”.⁴¹

OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO contextualiza a situação das colônias inglesas dotadas de cartas constitucionais como uma outorga da colônia, uma concessão que de outro lado limitava seu poder legislativo. Demonstra que se tratava ainda de uma fase de transição, explicando que:

Nas colônias americanas da Inglaterra, havia as Cartas que lhe foram outorgadas por esta, as quais só podiam ser reformadas pelo governo inglês, devendo as colônias respeitá-las, e assim o poder legislativo de suas assembléias populares era limitado com competência prefixada.⁴²

Assim esses contratos de colonização permitiam um certo âmbito de afirmação do princípio democrático, encontrando na Carta um limite de natureza antidemocrática. Outra ordem de coisas viria a ocorrer quando da afirmação do princípio democrático no vértice do Estado, afirmando a própria Constituição do Estado e autolimitando o posterior exercício da democracia já constituída. Aí se encontra o cerne da transformação por que o Estado viria passar.

O mais antigo e conhecido contrato de colonização foi o assinado a bordo do navio “Mayflower” pelos assim denominados “Pilgrimfathers”, que fundaram *New Plymouth* em 11 de novembro de 1620. As “*Fundamental Orders of Connecticut*” tem grande importância, tendo em vista que deram origem à Carta outorgada à colônia por Carlos II, a qual em 1776 foi confirmada por seu próprio povo que a erigia como Constituição democrática de um Estado soberano, na Confederação, tendo o mesmo sucedido em relação ao contrato de colonização de Rhode Island, o qual originou a Carta de Carlos II de 1663, a qual veio a confirmar as constituições já

⁴¹ Op. cit., p. 85.

⁴² *A teoria das Constituições Rígidas*. São Paulo: Empreza Graphica Revista dos Tribunais, 1934, p.18.

existentes, servindo ainda de modelo à Constituição daquele Estado, até 1842. Por afirmarem o princípio democrático, considera JELLINEK que os dois documentos referidos constituem as Cartas Constitucionais mais antigas, na acepção moderna do termo.⁴³ Aqui o princípio democrático já se apresenta amplamente, não estando presente a dualidade característica dos pactos constitucionais anteriores, entre *rex* e *regnum*, nem tampouco o embate pelo poder político, repartindo e acomodando a soberania do Estado. Por esse motivo já podem ser consideradas verdadeiras Constituições democráticas, afirmando-se o princípio do autogoverno, a autonomia civil de forma ampla, fundando-se por meio de um acordo civil da soberania do povo⁴⁴.

Aqui se faz importante distinguir entre o governo real, ainda que limitado, e o governo político: no governo real, está presente o elemento vertical e autoritário na formação do Estado e na expressão de sua vontade; já o governo político pressupõe a igualdade entre os cidadãos, sendo o poder exercido mediante a ocupação de cargos, a serem preenchidos por cidadãos iguais, de acordo com regras estabelecidas em comum acordo, mitigando o elemento vertical e autoritário do Estado. ARISTÓTELES já distinguia entre o domínio político, que corresponde ao domínio da autoridade igual, limitada pela constituição, e o domínio real que se lhe opunha. Afirma o estagirita que:

No que diz respeito ao governo político e real, afirmam que quando um homem governa sozinho e com sua própria autoridade, o governo é real; e por ser, pelo que diz a Constituição do Estado, a um só tempo, senhor e súdito, o governo é político⁴⁵.

Não há um elemento exógeno de poder a ser limitado, mas um elemento endógeno a ser configurado e organizado de forma a possibilitar seu funcionamento dentro de certos limites extraindo sua autoridade de seus iguais, o povo, e posteriormente da própria constituição que pelo povo foi criada. Os direitos

⁴³ Em divergência encontramos a opinião de HELLER, para quem o *Instrument of Government, de Cromwell*, datado de 1653 “es el primer ejemplo de un documento constitucional moderno; su mismo nombre revela su naturaleza”. HELLER, Hermann, *Teoría Del Estado*, Editorial Comares, Granada, 2004, p.161.

⁴⁴ TEIXEIRA, J. H. Meirelles, op. cit., p. 85-86.

⁴⁵ ARISTÓTELES, *Política, texto integral*. Tradução de Torrieri Guimarães, Martin Claret, 2005, p.11.

individuais já não são garantidos em face de um poder estranho, um terceiro representante de uma vontade-estado absoluta, mas diante do poder da própria sociedade em seu todo. O indivíduo já não se defende de um poder externo, mas de seus próprios pares e de seus representantes.

1.6 **Revolução americana e revolução francesa**

1.6.1 A revolução francesa e a soberania da nação

A Revolução Francesa resultou numa espetacular transformação ideológica para o mundo europeu ocidental. Com pretensão de universalidade, precedeu a Constituição a sua Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de agosto de 1789. Trata-se de um documento decisivo para a história da humanidade que, paradoxalmente, de espírito eminentemente simbólico, não se traduziu em efetivos direitos para os cidadãos franceses.⁴⁶

Como anota BOBBIO, houve debates importantes a respeito da conveniência de se proceder a uma declaração de direitos antes da Constituição. A assembléia decidiu, quase por unanimidade, que uma declaração de direitos a ser considerada como um ato de constituição de uma nação deveria ser proclamada imediatamente, precedendo a Constituição. O texto foi pré-selecionado e aprovado entre os dias 20 e 26 de agosto.⁴⁷

O caráter simbólico da declaração é até mesmo defendido por parte da doutrina francesa. Quando JELLINEK em 1896 suscita dúvida a respeito da originalidade da Declaração de Direitos Francesa, a qual teria tido para ele inspiração nos *Bill of Rights* americanos, essa corrente doutrinária responde em defesa do caráter simbólico, que para ela valorizava a declaração, a dignificava, não

⁴⁶ BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 85.

⁴⁷ Idem.

devendo a declaração se transformar num “mero documento legal”. O fato é que os franceses viam a declaração como um documento que tinha por finalidade fixar a direção a ser tomada e os fins a serem almeçados, um documento de caráter filosófico, do que resultava a sua ausência de normatividade. Esse documento não detinha o efeito jurídico, limitador do poder político, era apenas uma carta de princípios a serem observados.⁴⁸

Segundo *GILISSEN*, que de acordo com a teoria da soberania adotada à época da Constituição Francesa de 1793, o regime político adotado na França fundava-se na soberania da nação a qual, por meio da teoria da representação, designava seus governantes. De acordo com a teoria que foi adotada estes representantes, eleitos por cidadãos qualificados, reuniam-se em assembleias e não possuíam obrigação de prestar contas para com seus eleitores, pautando seu poder apenas pela lei. Cada um desses representantes está em nome da nação em seu conjunto, como um todo indissolúvel, sem identificar-se com a parcela que o elegeu. Definem os direitos individuais dos cidadãos por meio de normas gerais e abstratas, leis que apenas os representantes da nação podem fixar, excluindo-se a possibilidade de existirem quaisquer regras jurídicas que não sejam as editadas pelo poder que representa a nação. Tais regras devem passar por um procedimento previamente regulado, votadas livremente por maioria. Não se admitia qualquer fonte de direito distinta da lei. Os tribunais, por conta desta concepção, somente poderiam conhecer a lei. Desta influência resultaria o fato de diversas cortes superiores hoje julgarem apenas matéria de direito.⁴⁹

O sistema político francês afirmou na prática institucional não propriamente a soberania do povo, mas da nação. Para *CARRÉ DE MALBERG*, de acordo com o Direito Positivo Francês a teoria da soberania do povo deve opor-se à teoria da soberania nacional. Afirma o autor que a soberania da nação é um dos princípios fundamentais do Direito Público e da organização dos poderes públicos franceses. De acordo com o artigo 25 da Constituição de 1793, “soberania reside no povo”, a Constituição do ano III, art. 17, afirma que a soberania “reside na universalidade dos

⁴⁸ *Idem*, p. 89.

⁴⁹ *GILISSEN*, John, *Introdução Histórica ao Direito*, Fundação Calouste Gulbenkian, 4.ed., Lisboa, 2003, p. 414-415.

cidadãos”. O autor critica a interpretação que se deu ao princípio da soberania, e declara que seu vício de interpretação decorre do fato de o princípio ter sido frequentemente interpretado à luz das teorias de ROUSSEAU, que teve grande influência na formulação da Revolução Francesa. A soberania nacional dessa forma foi confundida com a soberania popular, de modo que se constituiria em algo inexecutável, como uma soberania individual dos membros da nação. Esses deveriam ser considerados como a fonte primitiva do poder, não como os titulares do seu exercício. Por esse motivo, nessa perspectiva é que o princípio da soberania da nação implica na República Democrática.⁵⁰

Segundo BONAVIDES, a Revolução Francesa adotou um conceito de poder constituinte que mais se aproxima das idéias de ROUSSEAU afirmadas em sua obra Considerações sobre o Governo da Polônia, do que do ROUSSEAU do Contrato Social. Enquanto nesta obra para o autor não há nem pode haver lei que limite a soberania do povo, nem mesmo o contrato social – do que resultaria uma soberania absoluta do povo – naquela outra o autor aceita a revogação das leis constitucionais, desde que feita com a mesma solenidade exigida para estabelecê-la, de onde se extrai a idéia de rigidez constitucional.⁵¹ A versão francesa havia rejeitado o ROUSSEAU do Contrato Social. Entretanto, **inclina-se a um conceito mediante o qual se opera uma inversão, e o poder constituinte se identifica com a assembléia, que deixa de ser considerada como um representante do povo soberano, e passa a ser a Constituinte mesma, confundindo-se com esta assembléia.**⁵² Como afirma LABOULAYE:

Nós fazemos o mandatário idêntico ao mandante numa deplorável confusão que confisca a soberania nacional em proveito de alguns homens, à mercê dos quais fica

⁵⁰ MALBERG, R. Carre de. *Teoría general del Estado*. Fondo de cultura económica. México, 1969, pg.328 e 887-888: “*El principio de la soberanía nacional ha sido interpretado con frecuencia a la luz de las teorías de Rousseau, teorías cuya influencia sobre las ideas de los tiempos de la Revolución fue tan considerable. La soberanía nacional se confundiría así con la soberanía popular. Estaría constituida por una soberanía individual de los miembros de la nación, y por lo tanto habría que decir en Francia de cuarenta millones de nacionales, cada uno de ellos posee una cuarentamillonésima parte del poder soberano, considerado, bien por lo que se refiere a su fuente primitiva, bien al menos en cuanto a su ejercicio. Resultaría de ello, finalmente, que el principio de la soberanía de la nación implica, por una necesaria consecuencia – como lo afirma Aulard, Histoire politique de la Révolution Française, advertencia, p. V y 45 – la república democrática.*”

⁵¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito Constitucional*. 13.ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2003, p. 156.

⁵² Idem, p. 156.

o País. Ao contrário, para os americanos é inalienável a soberania: não possuem os deputados senão um poder subalterno e derivado⁵³.

Há a confusão do poder com o órgão, do poder constituinte com a Constituinte que teve gravíssimas consequências, com a proclamação da identidade do povo com seus representantes, a confusão dos mandatários com os mandantes, conferindo competência ilimitada a uma autoridade que deveria ter sido considerada limitada, derivada, constituída pelo povo, devendo-lhe fidelidade. Disso resultou a idéia de Constituintes onipotentes que tiveram a capacidade de acumular, como no caso da primeira Constituinte Francesa, poderes legislativos e constitucionais, impondo o governo à Nação.⁵⁴

1.6.2 A revolução americana e a soberania do povo

Para os colonos americanos, havia um verdadeiro tirano no parlamento inglês o qual impunha impostos sem representação. A constituição deveria garantir os cidadãos como uma lei superior que os protegeria da onipotência do legislador. Essa onipotência resultava do princípio da supremacia do parlamento inglês, com poder de modificar a constituição. Esse parlamento não tinha relação com o povo americano, que estava sujeito a um poder estranho. O povo deveria tomar seu destino nas mãos. Mas essas decisões se referiam ao poder constituinte.⁵⁵

A Constituição americana de 1779 deve ser lida em conjunto com a declaração de independência das colônias americanas de 1776. As colônias se viram na necessidade de adotar uma fundamentação suplementar no direito natural, após terem perdido seu vínculo jurídico com a metrópole. Os direitos fundamentais da colônia foram a base teórica da Revolução norte-americana. Os colonos

⁵³ Eduard Laboulaye, *Questions Constitutionnelles*, p. 385, apud BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito Constitucional*. 13.ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2003.

⁵⁴ BONAVIDES, Paulo, op. cit., loc.cit.

⁵⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 6.ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 58-59.

consideraram que houve a violação dos seus direitos fundamentais pelos ingleses. Esse fato lhes garantiu a simpatia da opinião pública, na época da ilustração. Para os americanos a teoria do contratualismo, ligada aos direitos naturais, era extremamente fácil de ser adotada. Ao contrário dos europeus, eles podiam fixar a fundação do Estado em um momento bem próximo e, além disso, a formação das colônias norte-americanas havia ocorrido efetivamente por meio de contratos. Por esse motivo lá se encontrava um fértil terreno onde viria vingar o contratualismo ilustrado. De outro lado, o direito consuetudinário nem sempre se adaptava às peculiaridades da colônia, o que trazia a necessidade de sua complementação por normas de direito natural.⁵⁶

No início, afirma-se na América uma democracia de natureza dualista⁵⁷: o povo decide, participa das decisões fundamentais apenas em raros momentos. O faz representado dentro de um procedimento específico, exercendo um poder denominado Constituinte. É nesse sentido que o princípio democrático se manifesta na Constituição de 1787. Diferente da Revolução Francesa, aqui não se procurava reinventar um poder constituinte onipotente, sob a titularidade do povo, mas o que se pretende é dar ao povo, o direito de estabelecer as regras do jogo, pelas quais o exercício do poder político e, frise-se, o próprio princípio democrático, passarão a se reger. Trata-se de uma técnica de limitação do poder democrático, no que se distancia do sistema positivado pela Revolução Francesa.⁵⁸

A Constituição Francesa resulta em um sistema que tem centralidade no Poder Legislativo, enquanto para os norte-americanos, sua constituição resultou em uma ordem política informada pelo princípio do governo limitado, com força em um modelo normativo de limitação do domínio político, o que se dá por meio de uma **carta constitucional autoreferencial**: o povo soberano se dá uma lei escrita. Os fundadores da Constituição Americana (*Framers*), buscaram em uma lei escrita, revelar direitos e princípios fundamentais dotados de existência prévia. De acordo com essa idéia a revelação seria declaratória e não constitutiva de direitos

⁵⁶ KRIELE, MARTIN. *Introducción a la teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*. Buenos Aires: Depalma, 1980, p. 216.

⁵⁷ ACKERMAN, Bruce. *We the people foundation*. London, England, 1993, p. 6.

⁵⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit., loc. cit.

fundamentais. Tais direitos e princípios seriam dotados de **racionalidade intrínseca e de uma evidência irrefutável, de modo a justificar sua exclusão do âmbito decisório democrático, prevenindo assim uma conhecida degeneração da democracia: a tirania da maioria.** A possibilidade de controle das demais leis do Estado que venham a ter existência na qualidade de democracia constituída, já exercida dentro das regras do jogo auto- estabelecidas, decorre como uma consequência lógica do próprio entendimento da Constituição como uma lei superior, dotada da propriedade de limitar o exercício dos poderes do Estado, que seriam poderes constituídos e de outro lado da própria natureza da função judicial constitucionalmente estabelecida. No constitucionalismo resultante da Revolução Francesa, assim como no constitucionalismo inglês, há uma verdadeira superioridade do parlamento, segundo a máxima que LOCKE afirmara já em 1689: “entre o legislador e o povo, ninguém na terra é juiz”. No caso americano, o princípio democrático se auto- limitou, tendo sua Constituição implicitamente respondido à máxima de LOCKE com a competência judicial para rever as leis contrárias ao corpo e ao espírito da constituição, dotados portanto da “competência para medir a lei segundo a medida da constituição. Eles são os “juízes” entre o povo e o legislador”.⁵⁹

A supremacia normativa da constituição ganha o mundo a partir do constitucionalismo norte-americano. Essa idéia é fundamental para a afirmação de uma democracia segura, que respeita o aspecto individual da liberdade tanto quanto procura estabelecê-la de forma igual. Esse é o foco, o objetivo a ser alcançado pelo Estado constitucional democrático. A supremacia da constituição se dá por meio de uma técnica de atribuição à Constituição de um valor normativo qualificado, imune às leis que passam a se chamar infraconstitucionais, referindo-se a essa relação hierárquico-normativa que se estabelece no edifício ou na pirâmide⁶⁰ de normas que compõem o Estado. A Lei constitucional é o fundamento de validade formal e material de todas as normas que lhe são inferiores, e esse aspecto é passível de ser controlado judicialmente. Desde 1803, o constitucionalismo norte-americano inovou frente à tradição inglesa de onde surgiu. A tradição inglesa já havia formulado o

⁵⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit., p. 60.

⁶⁰ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 5.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

conceito de *fundamental law*, citando-se a jurisprudência de 1610 do célebre *Bonham's case* onde o conceito se extrai da pena do juiz COKE. Para ENTERRIA, citando a opinião de Mc ILWAIN, a doutrina de LOCKE provavelmente afirmou o princípio da soberania do parlamento considerando sua função judiciária, como Tribunal, influenciado pela luta do Parlamento contra o rei. O princípio da imunidade judicial das leis acabou prevalecendo na cultura jurídica inglesa, sendo BLACKSTONE o maior representante dessa doutrina, exposta pouco tempo antes da Revolução Americana, e que perdura até hoje na Inglaterra. A cultura jurídica norte-americana, embasada na idéia de Direitos naturais superiores ao Direito positivo, formulou a idéia de um Direito fundamental superior (*higher law*), e que constou de suas primeiras proclamações.⁶¹

A doutrina de HAMILTON já consagrava a teoria da nulidade da norma inconstitucional⁶² que viria a se tornar vencedora no mundo ocidental⁶³, muito antes da primeira declaração de inconstitucionalidade de uma lei no sistema constitucional norte-americano, e já previa claramente a atribuição dessa função ao Judiciário, órgão que considerava competente para a declaração de nulidade dos atos oriundos do poder Legislativo contrários à Constituição, muito embora a Constituição norte-americana não tenha trazido expressamente essa hipótese, que posteriormente se considerou decorrente do sistema:

⁶¹ ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. Editorial Civitas, S. A. Madrid. 3.ed. 1983, p.50 e sgs.

⁶² Assim leciona LUIS ROBERTO BARROSO. Segundo o autor, a teoria da nulidade foi vencedora diante da tese kelseniana da anulabilidade da lei inconstitucional e explica em que consiste: "Em síntese, se estiverem presentes os elementos agente, forma e objeto, suficientes à incidência da lei, o ato será *existente*. Se, além disso, estiverem presentes os requisitos competência, forma adequada e licitude-possibilidade, o ato, que já existe, será também *válido*. A ausência de algum dos requisitos conduz à invalidade do ato, à qual o ordenamento jurídico, considerando a maior ou menor gravidade da violação, comina as sanções de nulidade e anulabilidade. Dentro da ordem de idéias aqui expostas, uma lei que contrarie a Constituição, por vício formal ou material, não é *inexistente*. Ela ingressou no mundo jurídico e, em muitos casos, terá tido aplicação efetiva, gerando situações que terão de ser recompostas. Norma inconstitucional é norma *inválida*, por desconformidade com regramento superior, por desatender os requisitos impostos pela norma maior. Atente-se que validade, no sentido aqui empregado, não se confunde com validade técnico-formal, que designa a *vigência* de uma norma, isto é, sua existência jurídica e aplicabilidade". BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004, p.13.

⁶³ Assim anota BARROSO que: "A tese de que norma inconstitucional é nula prevaleceu nos Estados Unidos, embora tenha sofrido algumas atenuações a partir dos anos 60 do século passado. Foi acolhida, ademais, em praticamente todos os países que adotaram o modelo de controle judicial de constitucionalidade, sem embargo da previsão expressa ou tácita de uma ou outra exceção, como em Portugal, Espanha, Alemanha e Itália. Somente na Áustria, fiel à doutrina de Kelsen prevaleceu o entendimento de que a lei inconstitucional é meramente *anulável*, de modo que a decisão que reconhece tal situação tem efeito constitutivo e, como regra, efeitos prospectivos, isto é, *ex nunc*.", BARROSO, Luís Roberto, op. cit. p. 16-17.

A integral independência das cortes de justiça é particularmente essencial em uma Constituição limitada. Ao qualificar uma Constituição como limitada, quero dizer que ela contém certas restrições específicas à autoridade legislativa, tais como, por exemplo, não aprovar projetos de confiscos, leis ex-post-facto e outras similares. Limitações dessa natureza somente poderão ser preservadas na prática através das cortes de justiça, que têm o dever de declarar nulos todos os atos contrários ao manifesto espírito da Constituição. Sem isso, todas as restrições contra privilégios ou concessões particulares serão inúteis.”⁶⁴

HAMILTON expôs os fundamentos de sua doutrina considerando preliminarmente falso o pressuposto de que esse expediente colocaria o Judiciário em posição de superioridade frente ao Legislativo, sob o argumento que considera que para que uma autoridade pudesse anular os atos de outra deveria necessariamente lhe ser superior. A essa questão, o autor responde por meio da afirmação da Constituição como norma que exprime a vontade do povo, enquanto o Legislativo se situa na condição de delegatário dessa vontade, justamente com base nas regras fixadas na Constituição. O Judiciário se situa no mesmo plano, cabendo a ele a função, segundo as próprias regras constitucionais (leia-se a vontade do povo), de interpretar e aplicar as leis, inclusive as constitucionais. Assim, cumpre a ele verificar se o Legislativo cumpre sua função de órgão delegado para expressar a vontade do povo dentro dos limites que lhe foram previamente impostos, e não pode o próprio Legislativo ser o juiz de sua função, sob pena de se tornar um poder onipotente, e extravasar os limites de sua função delegada, anulando as garantias dos direitos humanos firmadas na Constituição. Ao Judiciário, cabe a função de guardião da observância dos direitos fundamentais com base na Constituição.⁶⁵

Essa doutrina é oposta a doutrina inglesa da soberania do parlamento, representada por BLACKSTONE, que se resume na máxima *the Power of*

⁶⁴ HAMILTON, Alexander, MADISON, James e JAY John. Tradução de Heitor Almeida Herrera. *O federalista*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984, p. 577.

⁶⁵ Idem, p. 577-578. Assim afirma HAMILTON: “Se se imaginar que os congressistas devem ser os juizes constitucionais de seus próprios poderes e que a interpretação que eles decidirem seria obrigatória para os outros ramos do governo, a resposta é que estas não podem ser a hipótese natural, por não ter apoio em qualquer dispositivo da constituição. Por outro lado, não é de admitir-se que a Constituição tivesse pretendido habilitar os representantes do povo a sobreporem a própria vontade à de seus constituintes. É muito mais racional supor que as cortes foram destinadas a desempenhar o papel de órgão intermediário entre o povo e o Legislativo, a fim de, além de outras funções, manterem este último, dentro dos limites fixados para a sua atuação. O campo de ação próprio e peculiar das cortes se resume na interpretação das leis. Uma constituição é, de fato, a lei básica e como tal deve ser considerada pelos juizes. Em consequência cabe-lhes interpretar seus dispositivos, assim como o significado de quaisquer resoluções do Legislativo. Se acontecer uma irreconciliável discrepância entre estas, a que tiver maior hierarquia e validade deverá, naturalmente, ser a preferida; em outras palavras, a Constituição deve prevalecer sobre a lei ordinária, a intenção do povo sobre a de seus agentes”.

Parliament is absolute and without control, afirmando uma soberania absoluta e sem controle do parlamento, que muito se assemelha ao absolutismo monárquico. Há em certa medida uma substituição do monarca pelo parlamento, em prejuízo às garantias fundamentais. Esse Parlamento onipotente de BLACKSTONE é dotado de autoridade soberana e incontrolável para fazer, confirmar, ampliar, restringir, abrogar, revogar, restabelecer e interpretar qualquer lei, e não se sujeita a qualquer autoridade na terra, é o verdadeiro soberano, a autoridade suprema, absoluta, incontrolada. Esse conceito de supremacia do parlamento prevê a soberania absoluta como princípio de governo, anula as garantias dos cidadãos, e não conhece limites jurídicos.⁶⁶

A resposta à soberania do parlamento da metrópole foi a supremacia da Constituição, com fundamento nos direitos naturais dos colonos. Nessa esteira afirma ENTERRÍA que o grande mérito do constitucionalismo norte-americano foi afirmar seu parâmetro normativo superior no corpo de uma Constituição escrita, com a função de ser o parâmetro e o fundamento de validade das normas emanadas do Legislativo. A força vinculante da Constituição fez desaparecer a noção de soberania do Legislativo, pois não pode um Órgão constitucional, poder constituído, limitado

⁶⁶ BLAKSTONE, *apud* ENTERRIA, op. cit., p. 53. Posteriormente, esse conceito de soberania viria a ser transferido para o povo, principalmente na obra de CARL SCHMITT, onde se adota um conceito político de Constituição que corresponde a tudo que o “povo” decida, sendo ilegítima qualquer limitação do “povo soberano”, inclusive permitida a ditadura populista, que é mesmo defendida pelo autor. Confira-se a respeito SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. 5ªed. Madrid: Alianza editorial, 2006, p.37 e sgs; p.221 e sgs. Schmitt, em seu livro *O Conceito do Político*, conceitua o Estado como a unidade política de um povo vivendo em determinado território. Segundo Gilberto Bercovici, Schmitt pensa o Estado em função do político pré-existente a ele e cria sua própria ordem política. Para Schmitt, o conceito central de toda a Teoria do Estado deveria ser o do político. Seu conceito de político é uma relação de distinção entre amigo e inimigo. O inimigo se constitui em um adversário público que desafia a existência da unidade política. Desta forma, o Estado é entendido como uma unidade pacificadora por meio do político. Portanto, o político não se manifesta em situações de normalidade. O Estado deve produzir uma pacificação completa de seu território para tornar possível a vigência do direito. Para o autor, faz parte da essência da política, como condição para que um Estado exista enquanto unidade política, que ele tenha a capacidade de decidir sobre quem é seu amigo e quem é seu inimigo e ser capaz de decidir sobre a exceção. A unidade política é a unidade suprema para Schmitt, por decidir por si mesma e ser capaz de impedir a dissociação dos grupos sociais (guerra civil). Schmitt, crítico feroz do Parlamento, transfere essa soberania absoluta ao Executivo: diante da incapacidade de realizar a unidade política, sua substância se desloca para outros setores do sistema político e social. Com enfraquecimento do Estado, Schmitt vislumbra a necessidade de um Estado forte para se impor uma neutralidade. Ele propõe um poder neutralizador, que ao se utilizar dos poderes da exceção, consiga excluir quem é hostil ou estranho à ordem política, podendo jogar a legitimidade contra a legalidade, e assim, excluir o inimigo. Através da utilização do art. 48 da Constituição de Weimar, são conferidas atribuições extraordinárias ao Presidente do Reich para lhe dar o poder de promulgar decretos com força de lei em caso de emergência econômica, possibilitando a restrição das liberdades contratual e econômica por medidas do executivo. *Apud* BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e Estado de Exceção Permanente – Atualidade de Weimar*, p. 69 e sgs; p. 83 e sgs.

juridicamente, ser soberano. Este se encontra subordinado a outro corpo criador do Direito (assembléia constituinte). O *judicial review* instrumentava a fixação legal dos direitos fundamentais, para que esses pudessem efetivamente exercer seu papel vinculante.⁶⁷

Para KRIELLE, a garantia institucional dos direitos humanos pressupõe um Estado constitucional com divisão de poderes, de modo que haja um mútuo condicionamento entre os direitos humanos e o Estado constitucional. Ambos estão ligados historicamente e constituem uma resposta às tendências em direção à soberania absoluta. Essa soberania é um desafio aos direitos humanos, e a resposta a esse desafio se dá por meio da garantia institucional desses direitos, só possível num Estado constitucional dotado de um Judiciário independente. Os direitos humanos impõem condições e limites àqueles que têm competência para criar e modificar o direito, enquanto negam o poder jurídico de violar o direito, pois:

*Ciertamente, los derechos no pueden hacer nada contra un poder fáctico, la desnuda potestas, como tampoco puede hacer nada la moral frente al cinismo. Los derechos sólo tienen efecto frente a otros derechos, los derechos humanos sólo frente a un poder jurídico, esto es, frente a competencias cuyo origen jurídico y cuyo status jurídico sea respetado por el titular de la competencia*⁶⁸.

A importante influência que o modelo adotado pelo constitucionalismo revolucionário americano teve para a democracia moderna se revelou em um Estado constitucional democrático dotado de separação de poderes e, principalmente, de independência judicial, capaz de dotá-lo dos instrumentos necessários à garantia dos direitos civis estabelecidos na Constituição. Dentre esses se incluem os direitos constitutivos da democracia moderna, dotada de força normativa intrínseca, de onde se extrai seu conteúdo material vinculante. A democracia constitucional moderna teve origem nessa organização institucional, tendo forte apoio no Judiciário como um poder de garantia dos direitos humanos, e de controle dos demais poderes, segundo as normas estabelecidas *a priori*, constitutivas do Estado. A democracia se autolimita racionalmente, o que se dá por meio da identificação do seu conteúdo constitutivo de carácter fundamental. Daí decorre a legitimidade democrática material

⁶⁷ ENTERRÍA, Eduardo Garcia de, op. cit., p. 53.

⁶⁸ Op. cit., p. 159.

necessária ao desempenho contramajoritário do controle da constitucionalidade das leis violadoras da própria democracia.

2 A SOBERANIA NO ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO

2.1 Origem da doutrina da soberania

A idéia de um poder estatal homogêneo tem por pressuposto que somente o Estado dotado dessa qualidade é capaz de garantir a paz e a ordem que dele se espera.⁶⁹ Antecessor da formação do Estado moderno, o conceito moderno de soberania não é um daqueles conceitos formados em laboratórios teóricos, por meio de abstracionismos racionalistas puros. Justamente o oposto, sua formação é fruto de uma rica experiência política.

O conceito de soberania, tendo evoluído sucessivamente a partir do conceito de autarquia grega, foi formado paulatinamente, sofrendo influência de outros conceitos que o antecederam, e que foram pressupostos de desenvolvimentos teóricos posteriores. Esses conceitos anteriores foram se formando e agregando outros elementos, sempre influenciados pela transformação da realidade política que lhes circundava. O próprio conceito moderno de soberania viria a se formar como resultado dessa evolução e transformação teórica e política que lhe precedeu. Foi desenhado segundo a realidade política positiva que lhe foi contemporânea, forjado na luta pelo poder político, especialmente na luta pela sua unificação, da qual resultou a formação do Estado nacional moderno. Foi uma resposta radical a uma situação política igualmente radical: a necessidade de estabelecimento da paz social diante do caos da guerra civil.

Desse modo, a soberania surge na história da humanidade como um conceito marcadamente de índole política e que só posteriormente veio a adquirir um delineamento racionalmente fundamentado, resultando então num conceito jurídico. De acordo com JELLINEK, a soberania foi forjada pelo fogo das lutas que se travaram entre as mais poderosas forças que permearam a sociedade ao longo dos

⁶⁹ ZIPPELIUS, Reinhold, *Teoria Geral do Estado*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 3.ed., op. cit. p. 74.

séculos que antecederam a formação do Estado em sua feição moderna.⁷⁰ O conceito é fruto da necessidade de pacificação social por meio da união de todos os poderes públicos em um só centro de decisão, um verdadeiro apelo à autonomia, à unidade e à ordem. Essa unificação teve um importante papel na formulação do Direito Público moderno, formatando seus conceitos e unificando sua fonte produtora no Estado.⁷¹ Adveio da realidade política, foi fruto de considerações de ordem prática: em sua base teórica, a necessidade de pacificação foi tida como pressuposto, como valor dotado de precedência em relação à afirmação dos demais direitos. A idéia de que uma paz duradoura somente é possível mediante a existência de um poder capaz de dirimir os conflitos sociais, acima de qualquer resistência, é uma idéia que o acompanha desde o nascimento.⁷²

O conceito, embora tenha uma acentuada abertura semântica, não deve ser desconsiderado. A soberania exerce ainda hoje um importante papel de unificação das complexas e múltiplas manifestações do Estado, conferindo-lhes homogeneidade, por meio das normas de competência e do sistema hierárquico-normativo de sede constitucional. Tem ainda o importante papel de recondução das decisões políticas do Estado à sua sede de legitimidade. Essa recondução ocorre por meio das normas fundamentais, evitando que se estabeleçam campos de imunidade ao alcance dos direitos fundamentais, agregando ainda a livre formação da opinião pública como critério complementar de recondução ao princípio democrático. Numa perspectiva constitucional, a soberania cumpre o papel de reconduzir à decisão do povo soberano constituinte a atuação constituída dos poderes públicos.

O edifício do Estado de Direito foi construído sobre a base institucional e

⁷⁰ JELLINEK, George, *Teoria General Del Estado, Traducción de la segunda edición alemana y prólogo por Fernando de Los Ríos*, Ed. Albatros, Buenos Aires, 1973, p. 327.

⁷¹ Nesse sentido, leciona ALEXANDRE ARAGÃO que “Internamente, a soberania moderna acarretou a eliminação dos poderes estamentais e feudais medievos, absorvendo os poderes dos chamados organismos intermediários, estabelecendo sobre eles uma relação de supremacia.” Essa eliminação dos poderes intermédios daria, ainda segundo o autor, origem a determinados órgãos do Estado que passariam a atuar suas funções, e que seriam denominados em seu conjunto por Administração Pública. Já na perspectiva externa, a soberania moderna “fez com que o Estado não se submetesse ao poder dos outros Estados, encontrando-se, porém, frente a eles, não numa posição de supremacia, como se dá internamente, mas numa posição de igualdade.” Conclui o autor que a soberania se qualifica como “absoluta, perpétua, inalienável, imprescritível e indivisível.” ARAGÃO, *Alexandre Santos de, A autonomia universitária no Estado contemporâneo e no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2001, p. 16-17.

⁷² Veja-se ZIPPELIUS, op. cit., p.76.

teórica que lhe precedeu e, sem a idéia de soberania a ligar juridicamente os múltiplos órgãos do Estado, este sofreria uma rápida desagregação e o Estado de Direito sequer seria realizável.⁷³ A unificação foi conquistada a partir de um violento e profundo processo que deixou um aprendizado importante para a experiência político-cultural da humanidade: a necessidade da paz social como valor dotado de precedência e como base para a construção de uma sociedade onde o ser humano possa desenvolver-se minimamente. Entretanto, tampouco deve ser elevado a dogma,⁷⁴ embora permaneça exercendo sua importante função de elemento de agregação institucional do Estado e de elemento de recondução do exercício do poder político à sua titularidade democrática. Todo esse processo evolutivo por que passou deve ser interpretado de forma adequada à realidade das instituições políticas atuais. Assim afasta-se de conclusões que o aproximem do absolutismo, de onde retira importantes raízes históricas. A identificação dessas raízes é, portanto, necessária à sua compreensão mais profunda, evitando equívocos e interpretações deslocadas do contexto político atual. Nesse sentido, afirma ZIPPELIUS que:

O conceito empírico de um poder de domínio do Estado, superior a todos os outros poderes nele existentes, tem, porém, o seu fundamento na evolução histórica, e numa determinada situação política. Este facto alerta-nos para que não se erga em dogma rígido a soberania e unidade do poder estatal⁷⁵.

2.1.1 A autarquia grega

⁷³ Tem se questionado, a partir da percepção da separação de poderes, e do advento do federalismo de origem norte americana, se permanece a característica da indivisibilidade da soberania. ALEXANDRE ARAGÃO assim se posiciona a respeito dessa importante questão: “Não cremos que a soberania tenha deixado de existir ou que se tenha propriamente tornado divisível. Todavia é inegável que vem sofrendo um processo de crescente esmaecimento em relação às características que originariamente possuía no século XVI.” Segundo o autor, tem se sustentado que a soberania não foi dividida, havendo apenas a partição do exercício dos poderes a ela inerentes. Entretanto, na perspectiva da pós-modernidade, defende com fundamento em MICHAEL HERDT que a soberania passa de uma perspectiva territorial moderna, fundada na dialética da separação do espaço público e privado, para uma perspectiva de graus e intensidade, de hibridismo e artificialidade. Dessa perspectiva transformadora estrai uma nova relação das entidades autônomas com o poder central no Estado democrático de Direito. Ressalvando que a autonomia decorre da soberania, expõe que “poderíamos afirmar que encontramos hoje em um ponto intermédio entre a realidade da idade média e a do Estado liberal, com uma retomada consentida (pelo Poder central), de espaços normativos pela sociedade e por órgãos públicos descentralizados.” ARAGÃO, Alexandre Santos de, *A autonomia universitária no Estado contemporâneo e no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2001, p.17-20.

⁷⁴ ZIPPELIUS, op. cit., loc. cit.

⁷⁵ *Ibidem*, p.74.

De acordo com ARISTÓTELES⁷⁶ a autarquia é o conceito característico do Estado, é a nota que o distancia e diferencia das demais comunidades humanas. Este conceito de autarquia dos antigos gregos se traduz numa autonomia e independência da comunidade civil em relação às demais comunidades, ou nas palavras de JELLINEK:

.... aquella propiedad mediante la cual los esfuerzos de los hombres, por completarse unos a otros, habían de hallar en él una satisfacción plena. El Estado necesitaba, pues, estar constituido de tal suerte, que por su propia naturaleza no tuviera necesidad de ninguna otra comunidad que le completase⁷⁷.

É interessante notar que a existência fática de uma relação de dependência face outra comunidade não exclui a característica essencial do Estado segundo o conceito antigo. A independência em relação a outras comunidades é uma característica que para o pensamento antigo se refere apenas à possibilidade de existência autônoma, é uma questão potencial. Ainda que haja subordinação fática em relação a outro Estado, o essencial, segundo Aristóteles, é que haja independência potencial, ou seja, que esse Estado possa existir atualmente de forma independente. O essencial seria não a independência jurídica, mas a moral e econômica. De acordo com esse conceito grego a população do Estado deve ser tão numerosa quanto seja suficiente para suprir as funções da autarquia e a terra deve produzir tudo o que necessite.⁷⁸ A idéia de Estado liga-se então à idéia de independência, sendo esta sua nota essencial. Mas não se trata de qualquer independência, mas sim de uma independência potencial que se refere à forma, à maneira de sua constituição, de modo que a comunidade, potencialmente, não necessite estar subordinada a qualquer outra. Essa característica permanece, ainda quando da subordinação jurídica, eventual, a outra comunidade. O que é essencial para a caracterização de uma comunidade como Estado, para Aristóteles, não é a presença ou ausência fática de subordinação em relação a outra comunidade, mas a potencial possibilidade de sua autonomia. Autarquia, para ele, é uma qualidade

⁷⁶ Política, I, 1252, b.

⁷⁷ JELLINEK, op. cit., p. 328.

⁷⁸ Política, VII, 1326 b.

potencial de poder a comunidade existir de forma independente e autossuficiente. Essa qualidade, não necessita estar em exercício, mas lhe basta poder vir a existir.

Esse conceito de autarquia tem caráter ético, podendo ser compreendido quando se verificam as influências que retira da cultura helênica. Somente a partir desta pode ser compreendido. Assim para os estóicos como para os cínicos, a autarquia é alcançada por meio do cumprimento de um dever superior, constituindo um ideal de realização espiritual, de felicidade, sendo a autarquia a única que traz a possibilidade da realização da virtude, e que possibilita o cumprimento das normas éticas. Os cínicos se distinguem dos estóicos quando propõem a independência do sábio em relação à ordem pública, ao passo que os estóicos não exigem essa independência jurídica exterior em face do Estado. Para os estóicos há uma exigência, um dever de participação na comunidade que somente se exclui por meio de forças exteriores que justifiquem tal impedimento, ou caso a ordem exterior pretenda algo indigno.⁷⁹ Para os estóicos, o Estado é uma condição, um pressuposto necessário para se alcançar a *eudemonia*.⁸⁰

ARISTÓTELES ressalta que é a ciência política a responsável pela consecução do “bem humano”. Esse bem deve ser atingido em sociedade, em comum. Para ele, o bem comum é superior ao individual, mais nobre, mais divino. Após afirmar um consenso a respeito da existência do bem e um dissenso a respeito de seu conteúdo, conclui o estagirita que a felicidade, a *eudemonia*, enquanto principal bem que o homem pode alcançar, enquanto fim de todos os outros bens constitui o fim da política. Para ele, a aquisição da auto-suficiência tem uma estreita

⁷⁹ JELLINEK, op. cit., p. 29.

⁸⁰ *Eudemonia*, palavra de origem grega, composta pelo prefixo: eu (bem) e pelo substantivo daimon (espírito), pode ser traduzida como “viver bem” ou “florescimento”. No contexto filosófico da antiguidade, o termo que melhor se aproxima de seu sentido é “felicidade”. CARSON, Scott, in: <<http://criticanarede.com/html/eudemonia.html>>. Acesso em: 16 abr. 2009.

ligação com a eudemonia.⁸¹ O conceito de Estado grego, a autarquia seria, portanto, um pressuposto necessário para a realização da eudemonia. A felicidade de todos seria o fim e a razão da existência do Estado (autarquia). A busca da felicidade seria um dever cívico a se realizar por meio da participação na autarquia.

O conceito grego propõe uma visão ética do Estado. Propõe a autarquia como um instrumento necessário para o pleno desenvolvimento das possibilidades humanas, justifica a coisa pública. Dessa concepção extrai-se o dever de participação na autarquia e uma hierarquia entre o interesse individual e o interesse público, predominando este, já que a felicidade de muitos é superior a individual. Entretanto, do conceito de autarquia como instrumento da eudemonia não resulta a limitação racional do poder do Estado. Não se trata de uma categoria jurídica. Não diz respeito às interrelações travadas entre os estados de fato, nem a sua capacidade de autodeterminação, nem ao âmbito de abrangência do poder em sua interioridade, seu direito, sua administração, sua política.⁸²

Embora os gregos não tenham formado um conceito de soberania, o conceito de autarquia foi uma categoria racional importante para o posterior desenvolvimento daquele conceito, tendo sido transmitido para os principais teóricos do alvorecer da soberania na idade média. A doutrina do Estado como *communitas perfecta* foi amplamente aceita pelos primeiros doutrinadores do conceito de soberania na feição

⁸¹ Nas palavras do estagirita: “Visto que a ciência política utiliza as demais ciências e, ainda, legisla sobre o que devemos fazer e sobre o que devemos nos abster, a finalidade dessa ciência deve necessariamente abranger a finalidade das outras, de maneira que essa finalidade deverá ser o bem humano. Ainda que esse fim seja o mesmo para o indivíduo e para a cidade-estado, o fim dessa última parece ser algo maior e mais completo, seja a atingir, seja a preservar; e embora seja desejável atingir esse fim para um indivíduo só, é mais nobre e mais divino alcançá-lo para uma nação ou para as cidades-estados... quase todos estão de acordo, pois tanto o vulgo como os homens de cultura superior dizem que esse bem supremo é a felicidade e consideram que o bem viver e o bem agir equivalem a ser feliz; porém divergem a respeito do que seja a felicidade, e o vulgo não sustenta a mesma opinião dos sábios. A maioria das pessoas pensa que se trata de uma coisa simples e óbvia, como o prazer, a riqueza ou as honras, embora também discordem entre si; e muitas vezes o mesmo homem a identifica com diferentes coisas, dependendo das circunstâncias: com a saúde quando está doente, e com a riqueza quando é pobre. Côncios, porém, da própria ignorância, admiram aqueles que propõem algum ideal grandioso e inacessível à sua compreensão. Ora, há quem pense que, à parte desses numerosos bens, existe um que é bom por si mesmo e que é a causa da bondade de todos os outros... O mesmo acontece no que se refere à idéia do bem: ainda que se refira a um bem único que seja universalmente predicável dos bens ou capaz de existir separada e independentemente, esse bem não poderia, é evidente, ser realizado ou alcançado pelo homem; e o que buscamos aqui é algo de atingível... Ora, parece que a felicidade, acima de qualquer outra coisa, é considerada como esse sumo bem. Ela é buscada sempre por si mesma, e nunca no interesse de uma outra coisa; enquanto a honra, o prazer, a razão, e todas as demais virtudes, ainda que as escolhamos por si mesmas (visto que as escolheríamos mesmo que nada delas resultasse), fazemos isso no interesse da felicidade, à mesma conclusão o raciocínio parece levar, sob o ângulo da autossuficiência, visto que o bem absoluto é considerado autossuficiente..a felicidade é algo absoluto e autossuficiente, e a finalidade da ação”. *Ética a Nicômaco, texto integral*, tradução de Pietro Nassetti, Martin Claret 2004, I, 1094 b a 1097 b.

⁸² JELLINEK, op. cit., p. 28.

que viria a ter no tempo moderno. A aceitação da doutrina de ARISTÓTELES se deu de forma acrítica, o que se justifica pelo espírito que dominava a época pré-moderna. Houve um verdadeiro encanto pelas concepções dos antigos gregos, influenciando marcadamente a criação dos espíritos modernos. Assim HUGO GRÓCIO utilizava-se da doutrina antiga como argumento de autoridade. Meio século depois, JEAN BODIN faz renascer a autarquia como nota essencial do Estado. O *coetus perfectus leberorum hominum* corresponde à autarquia dos antigos. Ela era tomada como base e pressuposto para o posterior desenvolvimento do conceito de soberania em sua origem, havendo uma importante ligação entre o conceito grego de autarquia e a nova doutrina da soberania.⁸³

Cabe ressaltar que a despeito do importante papel que desempenhou a autarquia para a criação posterior do conceito de soberania, os antigos já conheciam a idéia de dominação e a necessidade de identificar o titular do poder supremo de decisão no Estado. A idéia de dominação era já conhecida na antiguidade, antes mesmo de se realizar uma investigação científica a respeito do Estado. Embora fosse conhecido para os antigos que no Estado alguém tem que ter o poder supremo de decisão, soberania e dominação são conceitos distintos. Mesmo das afirmações gregas a respeito da natureza do Estado não se retira uma semelhança com o moderno conceito de soberania. ARISTÓTELES ao se referir à força suprema do Estado não faz qualquer ligação dessa força com a necessidade de sua

⁸³ JELLINEK, op. cit., p. 329.

qualificação como poder soberano.⁸⁴

A autarquia grega é um daqueles conceitos antigos que veio se transmitindo de mão em mão, chegando a influenciar autores de nossos dias. A idéia da autossuficiência do Estado vem sendo utilizada e segue representando um importante papel na literatura do Direito Político, embora cada autor, utilizando a palavra antiga, lhe dê distinta significação. A autossuficiência do Estado é conhecida e encontra-se na obra de HAENEL.⁸⁵ O conceito se modifica e se desgasta com o tempo, sendo repetido muitas vezes de forma acrítica, sem se perguntar se seria ou não compatível com o atual conceito de Estado. Como anota JELLINEK:

No debemos admirarnos de que siga jugando aún en la actualidad un gran papel en la literatura del Derecho Político, la concepción según la que el Estado debe bastarse a si mismo. Estos conceptos son como monedas espirituales que van pasando de mano en mano y se desgastan y llega a olvidarse finalmente el preguntar si durante este período de circulación no han sido puestas por la ley fuera de curso.⁸⁶

2.1.2 Soberania em Roma

⁸⁴ JELLINEK, ob.cit. p. 330: “Véase Rehm, *Geschichte*, pág. 95 y sgs. y, principalmente, pág. 102, donde se demuestra que bajo el concepto *kúploy* no ha de entenderse el más alto poder jurídico, sino el más alto poder social”, nota 2. Em sentido contrário, veja-se a opinião de MARIO DE LA CUEVA, que dirige severas críticas ao renomado autor: “Jorge Jellinek³ la principia declarando que los griegos no conocieron la Idea y que en su lugar colocaron la autarquía como característica de la polis. Pero calla, pues no es siquiera imaginable que ignorara los hechos, que las diversas polis de la Hélade lucharon una y otra vez por su independencia contra los persas y entre ellas mismas, antes de caer vencidas por el Imperio Romano. Pasa también por alto que el término autarquía lleva consigo la Idea de independencia, ya que, quien no es libre, no realiza el ideal de autosuficiencia y tampoco puede decirse de él que conduzca una vida perfecta, bella y feliz, palabras todas éstas usadas por Aristóteles (4) en su definición de la polis. Finalmente, Jellinek parece olvidar que el autor de la *Ética nicomaquea*, al clasificar las formas de gobierno, adoptó como criterio la titularidad del poder supremo, esto es, la determinación de la persona o personas que constituían la magistratura suprema entre todas: el rey, la minoría gobernante o el pueblo. Lo que hay de exacto en la exposición de Jellinek es que el concepto de soberanía, tal como se concibe en nuestros días, no fue objeto de una consideración y de un análisis minuciosos por parte de los pensadores griegos; lo cierto es que los hechos precedieron a la Idea y a su elaboración doctrinal.” in HELLER, Hermann, *La Soberanía, Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*, Fondo de Cultura Económica, México, 1995, pg. A polémica pode ser melhor compreendida a partir de uma análise das distintas concepções dos autores a respeito do conceito de soberania. Ocorre que quando se referem à soberania estão significando coisas distintas. Enquanto JELLINEK tem em mente um conceito jurídico como veremos adiante, MARIO DE LA CUEVA se refere a um conceito sociológico, portanto mais abrangente.

⁸⁵ Staatsrecht, I, p.113, *apud* JELLINEK, op. cit., p. 330.

⁸⁶ Op. cit., p. 330. O autor cita que “La autosuficiencia, como propiedad del Estado, es hoy reconocida por Haenel, *Studien*, I, p. 149. *Staatsrecht*, I, p.113. Sin Duda cada autor da a la antigua palabra una distinta significación”, nota 1.

Assim como os gregos, os romanos desconheceram o conceito de soberania. A concepção de Estado romana se orientava para o povo como *locus* de onde emana o máximo poder público, concepção que se transmitiu à Idade Média. Essa idéia dominou o cenário político romano até uma época bastante avançada de sua civilização. Não acompanha qualquer explicação quanto à amplitude do poder que corresponde ao *populus*, limitando-se os juristas romanos a descrever a forma pela qual o povo exerce suas atribuições. A questão a respeito da sede do máximo poder, desenvolvida pelos romanos, não se confunde com a formulação de um Estado soberano, como viria a ocorrer só posteriormente, como demonstraremos a seguir. Os romanos eram dotados de um forte pragmatismo, se resumiam à realidade posta, ao que era necessário. De fato, não havia qualquer necessidade de afirmação da soberania para o Estado romano nos moldes em que ocorreria posteriormente na Idade Média, pois ao contrário dos monarcas que a sucederam, o Estado romano não necessitou afirmar sua independência perante poderes externos e supremacia sobre poderes internos. Muito pelo contrário, a afirmação de tal soberania traria uma contradição com a política de expansão romana e com o aparente *status* independente que outorgava ao povo expresso na máxima: *qui maiestatem populi romani comiter servant*. A força do povo romano e o poder civil e militar de mando são traduzidos nas expressões *maiestas*, *potestas* e *imperium*. Essas expressões caracterizadoras do poder e do Estado romano nada indicam a respeito de sua limitação ou de sua independência para com outros Estados, até mesmo porque dentro de seu espírito pragmático não havia qualquer necessidade fática, no contexto sócio-político que Roma estava inserida, que justificasse sua comparação com qualquer outro poder estrangeiro igual ou superior a Roma.⁸⁷ Paradoxalmente, Roma, com todo seu poderio e sua estrutura, jamais conheceu a formulação de soberania que viria a se aplicar ao poder do Estado. Assim aponta JELLINEK que:

En ninguna parte tal vez pueda estudiarse con más precisión que en Roma, cómo son dos cosas distintas el ser y el conocer; pues Roma, no obstante su gran poder y su enorme sentimiento de la fuerza, no ha llegado a hacer una formulación teórica

⁸⁷ JELLINEK, op. cit. p. 330-331.

*del concepto del Estado.*⁸⁸

À antiguidade faltou a idéia da oposição do poder do Estado a outros poderes. A necessidade empírica dessa oposição e a própria percepção teórica que dela emanou – marcantes para a formação do conceito moderno de soberania – foram justamente as que faltaram ao mundo antigo. Aos antigos faltou o conhecimento teórico racional dessa situação, e foi justamente a falta de sua interiorização que os afastou da possibilidade do conhecimento do conceito de soberania. A perspectiva racional do Estado em oposição a outros poderes é pressuposto da formação do conceito de soberania em seus moldes modernos, como veremos a seguir.⁸⁹

2.1.3 O nascimento do conceito de soberania no mundo medieval

2.1.3.1 Primeiro se formula a soberania externa

É consenso que o conceito moderno de soberania surge primeiro na sua dimensão externa. A doutrina da soberania nasceu muito antes do desenvolvimento das doutrinas da soberania interna de BODIN e HOBBS. A perspectiva externa da soberania surgiu no cenário teórico como uma resposta a uma necessidade prática. Necessitava-se de um fundamento jurídico para a conquista do novo mundo, após seu descobrimento. Por esse motivo, seu nascimento foi contemporâneo à expansão marítima das principais metrópoles européias.⁹⁰ De acordo com SCOTT, A fundação do Direito Internacional e a formulação do conceito externo de soberania remonta a

⁸⁸ JELLINEK, op. cit., p. 331

⁸⁹ JELLINEK, op. cit. p. 31.

⁹⁰ FERRAJOLI, Luigi, *A Soberania no Mundo Moderno*. Tradução de Carlo Cocciolli. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 5-6.

FRANCISCO DE VITORIA⁹¹, posteriormente a GABRIEL VASQUEZ DE MENCHACA, BALTAZAR DE AYALA e a FRANCISCO SUAREZ, os quais teriam antecipado as reflexões de HUGO GROCIO.⁹²

FRANCISCO DE VITORIA, tendo sido já há muito reconhecido pela crítica historiográfica, trazia em sua obra um elemento de vanguarda que o projetava para a modernidade. O autor contestou em suas preleções na Universidade de Salamanca os títulos que os espanhóis invocavam em apoio as suas conquistas: os *ius invencionis*, a idéia de soberania universal do Império e da Igreja, a qualificação dos índios como *infidelis* (pecadores) e uma concessão especial de Deus aos espanhóis. Contrapondo-se a legitimidade desses títulos, VITORIA arrola aqueles que considera legítimos. É nesse intuito que ele desenvolve as bases para o Direito Internacional moderno e do conceito moderno de Estado, dotado da qualidade de sujeito soberano. De forma pioneira, o autor formula algumas teses que, centralmente, se dividem em três:

- a) Configuração da ordem mundial como ordem natural de Estados Soberanos;
- b) Teorização da de uma série de direitos naturais dos povos e dos Estados;
- c) Reformulação da doutrina cristã da “guerra justa”, redefinida como sanção

⁹¹ O primeiro e mais importante entre os autores citados, tem sido referido como o pai do conceito de soberania em sua perspectiva externa e como pai do Direito Internacional. “Teólogo espanhol nascido em Vitoria, província basca de Álava, histórico por sua dedicação à defesa dos direitos dos índios do Novo Mundo e à limitação das causas que justificam a guerra, uma obra constituída na afirmação de princípios éticos universais e de igualdade entre os povos. Ordenou-se dominicano e estudou teologia na Universidade de Paris, onde lecionou até voltar à Espanha (1523). Ensinou em Valladolid até assumir a cátedra de teologia da Universidade de Salamanca (1526), que ocupou até morrer, naquela cidade. Em sua original, solitária e belíssima pregação humanista, questionou a legitimidade da conquista espanhola da América, mesmo que fosse para combater o paganismo ou práticas como o canibalismo ou sacrifícios humanos entre os nativos, pois os pagãos não eram irracionais. Para ele, o Papa não tinha o direito de dar a monarcas europeus, domínio sobre povos primitivos e, deveria limitar-se ao controle do trabalho missionário. Os soberanos conquistadores deveriam garantir tratamento justo e igualitário a indígenas e colonos, pois todos eram seus súditos, com direitos iguais e, assim, os nativos tinham o direito à propriedade e a ter dirigentes próprios. Outro tema de seus estudos foi a guerra, onde pregou que ela só seria admissível em legítima defesa e para corrigir um erro muito grave, mesmo assim, precedida de todos os esforços possíveis de conciliação e arbitragem”. Fonte: Dicionário de biografias da UFCG, disponível em <<http://www.dec.ufcg.edu.br/biografias/FrancVit.html>>. Acesso em: 17 maio 2009.

⁹² Sobre a controvertida questão a respeito da fundação do Direito Internacional e do conceito de soberania em sua perspectiva externa veja-se HAGENMACKER, *La place de Francisco Vitoria parmi les fondateurs du droit international en Actualité de la pensée juridique de Francisco de Vitoria*, atas das jornadas de estudos organizadas em Louvain, 1986, Bruylant, Bruxelas, 1988, p.27 a 36. SCOTT lembra que importância do pensamento de VITORIA, já fora sustentada pelo holandês, VOLLENHOVEN, C. Van, numa série de aulas ministradas em Nova York em 1925 e ainda em 1816 na obra do filósofo escocês SIR JAMES MACKINTOSH. SCOTT, James Brown, *El origen español del derecho internacional moderno*, Cuesta, Valladolid, 1928, *apud* FERRAJOLLI, Luigi, ob. cit, p.5-66, nota 3.

jurídica às ofensas sofridas.⁹³

A *communitas orbis* constitui uma sociedade de repúblicas ou Estados soberanos ligada por uma unidade política e moral de cunho humanista. Esses Estados estariam sujeitos internamente às leis constitucionais que eles próprios se deram e externamente ao direito das gentes. De acordo com o pensamento do autor, a ordem mundial é formada por Estados soberanos, livres e independentes. Contrapõe-se aos poderes do Imperador e do Papa, por meio da reelaboração das antigas doutrinas desde suas raízes. O conceito nasce dentro dessa necessidade de contrapor-se a poderes externos, como um conceito negativo, o que se verifica principalmente na independência que é atribuída aos membros da comunidade. A subordinação se dá apenas quanto ao direito das gentes. FERRAJOLI saca dessa tese uma concepção jurídica dos poderes públicos, mostrando a antecipação de características da modernidade, tanto no âmbito do direito interno quanto no internacional. Com base na afirmação por VITORIA da vinculação tanto do legislador quanto do rei pela lei civil, conclui pela bilateralidade atributiva da legislação.⁹⁴ VITORIA não vacila em afirmar o fundamento democrático da autoridade do soberano, do que conclui que as leis devem ser promulgadas a bem da república, da comunidade de cidadãos, e não em vista de uma vantagem particular.⁹⁵

2.1.3.2 A soberania enfrenta três poderes

A Idade Média conheceu três poderes que representavam fortes barreiras à unificação do poder dos monarcas dentro de uma base territorial determinada. Primeiro a Igreja, que tinha a pretensão de colocar o Estado a serviço de seus interesses; segundo o império romano, que não reconhecia aos Estados maior valor

⁹³ FERRAJOLI, op. cit., p. 7.

⁹⁴ O termo pertencente ao vocabulário jurídico da modernidade corresponde à idéia tão precocemente presente no pensamento de VITORIA a respeito da equiparação entre Direito e Estado, do que resultaria a vinculação a partir das leis civis não só para os legisladores, mas principalmente para os reis. Com fundamento nesse pensamento, FERRAJOLI saca uma concepção kelseniana do Estado a partir do pensamento do autor. Op. cit., p. 8.

⁹⁵ FERRAJOLI, op. cit. p. 8-9.

do que às províncias; e terceiro as corporações e os senhores, que se consideravam poderes independentes que poderiam fazer frente ao Estado. O conceito de soberania medieval nasce nesse contexto sociopolítico, como uma resposta à necessidade de afirmação do poder do Estado. Sua unificação somente seria possível pela luta contra esses três poderes.⁹⁶ O conceito moderno de soberania é composto por dois elementos que se afirmaram historicamente na luta contra esses poderes. O elemento externo, a independência, afirmou-se externamente na luta contra a Igreja e contra o império; já o segundo, a supremacia, afirmou-se internamente pela superação do poderio das corporações e dos senhores.

2.1.3.3 A superação do poder da igreja

No início do século XIV, a França materializa pela primeira vez a superioridade do poder do Estado sobre a Igreja, durante o papado de Avignon. Esse fato histórico abre caminho para a teorização da independência do Estado, diante do poder da Igreja que até então o subjugava. Desse conflito resulta uma consequência muito importante que viria a influenciar a estrutura política e o direito modernos: a secularização do poder político. A origem da idéia de soberania do poder terreno encontra-se no conflito entre a monarquia francesa e a Igreja, e não na luta entre o Imperador e o Papa. A luta travada entre a monarquia francesa e a Igreja representa não apenas a luta de um Estado determinado contra o papado, mas assume significação muito mais abrangente: representa a luta entre o poder terreno e o poder espiritual. Entretanto, a doutrina política da época, presa na escolástica, toma como fundamento não a teoria política existente, mas a teoria oficial da Igreja, e por esse motivo não chega a elaborar uma teoria substantiva do Estado, desconhece que o poder é um elemento essencial do Estado, e não desenvolve uma concepção jurídica deste.⁹⁷ A França foi onde primeiramente se

⁹⁶ JELLINEK, op. cit., p. 331.

⁹⁷ JELLINEK, op. cit. p. 332.

afirmou a independência plena do Estado diante da Igreja, durante e depois da luta entre Felipe, o belo e Bonifácio VIII. Desenvolveu-se nesse período uma literatura enérgica na afirmação da independência do Estado diante da Igreja na própria França ou sob sua influência.⁹⁸

2.1.3.4 A segunda força: o Império

O império é a segunda força contra a qual lutou o Estado a fim de alcançar a afirmação de sua independência. O império detinha um importante poderio sobre os Estados cristãos. Utilizava-se da teoria oficial, a qual determinava que somente o imperador possuía o domínio. Era o imperador e somente ele quem dominava. Nele se encontrava a legitimidade do poder real. Ao imperador era reservada a prerrogativa de concessão do título de majestade aos reis. Essa importante prerrogativa, aliada ao profundo desconhecimento da realidade, à desinformação que imperava na época, permitia que ainda quando o poder do império já não passasse de uma sombra do que fora antes a teoria oficial fosse exitosa em defender que somente o Imperador teria poder para dar leis e somente a ele correspondia a *plenitudo potestatis*, o poder monárquico em sua inteireza. Entretanto, França e Inglaterra destoavam dos demais e desafiavam a doutrina oficial de duas maneiras: ou reconhecendo o poder do império e não lhe dando importância política; ou até mesmo afirmando sua independência diretamente. Florença e Pisa, também excepcionam a regra, só que seguindo uma vertente distinta: são consideradas *civitates superiores non recognoscentes*. Tudo isso forçou a teoria oficial a adaptar-se à situação real, passando habilmente a considerar a independência um privilégio concedido pelo imperador em virtude da prescrição e possessão imemoriais. As cidades adquiriam assim, títulos jurídicos concedidos pelo imperador. A hábil teoria contornava a questão invertendo o sentido dos fatos: a independência adquirida por mão própria era transformada num favor do império. Deste modo, a doutrina do Estado da Idade Média não derivava a independência da

⁹⁸ Marcílio de Pádua é o primeiro a afirmar a superioridade do Estado diante da Igreja. JELLINEK, op. cit., loc. cit.

própria natureza do Estado, pois isto destruiria seus próprios fundamentos, dogmas sobre os quais havia se apoiado. Tratava a questão com uma notória distância da realidade, utilizando um sofisma⁹⁹: os príncipes detêm todas as atribuições imperiais em seu país, em sua terra os príncipes correspondem ao imperador, mas jamais se igualam a este: sempre era reservado ao imperador o *nudum jus*, de modo a conservar o fundamento teórico para a posterior exaltação do poder do imperador sobre todos os demais poderes.¹⁰⁰

A rejeição à idéia de império unida à concepção da independência do Estado diante da Igreja resultou numa fértil produção literária na França. Nas antigas coleções do Direito francês afirmava-se que o rei não reconhece nenhum superior, não recebe seu reino de ninguém a título de feudo. O princípio da independência do rei foi, então, formulado pela primeira vez na literatura francesa.¹⁰¹

2.1.3.5 A importância e precedência do conceito *res pública*

A doutrina da Idade Média, presa a uma visão aristotélica do Estado como *communa perfecta*, não havia ainda adquirido os instrumentos racionais para o desenvolvimento da limitação da associação do Estado em relação às demais associações. A *polis* sempre representa para a teoria da Idade Média uma comunidade de uma cidade, na qual se afirmam uma série de comunidades superiores ao Estado. O *regnum* e o *imperium* ocupam posição análoga a essas associações. Os juristas franceses se utilizam da situação das cidades independentes italianas para, com base no estabelecimento de uma categoria de *civitates superiores non recognoscentes*, cidades livres, que não possuíam senhor algum, estabelecer a independência dos reinos que não conhecem subordinação ao império. O conceito de *res pública* a partir do século XV, se revela de suma

⁹⁹ Utiliza-se a expressão aqui no sentido de um artifício lógico que supostamente explica uma situação fática de forma a ocultar a realidade.

¹⁰⁰ JELLINEK, op. cit., p. 332-334.

¹⁰¹ “Le Roy ne tent de nului fors de Dieu et de lui” *Etablissements de Saint-Louis*, ed. Viollet, t.I, pag.283, II, 135, III; pag.47, etc...apud. JELLINEK, ob.cit., pg. 334.

importância por ser precursor da moderna afirmação do conceito de Estado. O conceito de *res publica* passa a ser aplicado exclusivamente àquelas cidades que não reconhecem qualquer superior, do que resulta a primeira afirmação do novo conceito de Estado, afirmando um conceito de independência que muito difere daquele conhecido pela doutrina da Idade Média. Entretanto, ainda permanece a supremacia teórica do império, do que resulta a falta de um conceito claro de Estado. Desconhece-se ainda a essência do poder do Estado e como anota GIERKE, a teoria é vacilante e não chega a opor em relação às demais comunidades, as comunidades independentes, que não conhecem qualquer soberano, como comunidades-Estado.¹⁰² A expressão *recognoscere* não é conclusiva, deixando em suspenso a questão jurídica. Por esse motivo se explica que, segundo *BARTOLUS*, apesar de os reis da França e da Inglaterra não se submeterem ao império, não deixaram de ser cidadãos romanos.¹⁰³

A formação de um conceito definido de Estado se daria por meio de outro conceito, pelo qual se possibilitou a transmissão da idéia de poder do Estado para a essência de sua formação. A soberania viria a exercer precisamente essa função, mas seu conhecimento ainda pressupunha uma série de acontecimentos e de experiências até então desconhecidas para os teóricos da Idade Média, e que seriam conhecidos justamente no confronto com o terceiro dos poderes que o Estado precisaria vencer: as corporações e os grandes senhores.

2.1.3.6 A soberania vence o terceiro poder: o sistema feudal

Opunham-se a uma concepção substantiva de Estado não apenas a Igreja e o Império. O sistema feudal era também um importante adversário com quem tinha que lutar o Estado para sua afirmação. Alguns senhores e algumas cidades chegavam a representar a negação do Estado, exercendo muitas vezes funções análogas ao mesmo. Esses poderes eram tratados como se fossem de origem

¹⁰² *Genossenschaftsrecht*, III, p. 638 e sgs. *Apud*, JELLINEK, op. cit., p. 335.

¹⁰³ *Apud* JELLINEK, op. cit., p. 335 e sgs.

privada, opondo-se ao Estado personalidades dotadas de direitos próprios de caráter público exercidos de forma independente, sem submissão ao Estado de qualquer natureza. O Estado é visto como um senhor feudal, não havendo uma relação de verticalidade entre ele e os demais senhores, mas uma relação horizontal. O Estado não detinha uma relação direta com seus cidadãos, havia a intermediação dos senhores feudais afastando a possibilidade de um domínio direto sobre os cidadãos feudais. Os cidadãos recebiam o feudo dos senhores feudais e eram obrigados a buscar justiça primeiramente nos tribunais desses senhores. Na França, há uma mediatização do rei por meio do poderio exercido pelos barões. O rei apenas exerce seu poder sobre o povo indiretamente, especialmente na época dos primeiros Capetos. A criação do Estado francês é posta como um problema histórico e somente foi alcançada ao longo de muitos anos, por meio de muitas lutas contra os poderes que se lhe opunham, as quais chegaram a durar séculos. O contrário ocorre na Inglaterra, onde o processo histórico de formação do estado se dá de forma abrupta, por meio de apenas uma batalha. A distinção é importante por envolver a formação política e cultural de conceitos que viriam a influenciar o desenvolvimento de ambos Estados. Enquanto na Inglaterra a coroa submete a seu poder todo o povo, numa só batalha da qual resultou a expulsão dos saxões, submetendo a si os poderes que veio a reconhecer, a França precisa aniquilar totalmente todos os poderes que se opunham à coroa, por meio de diversas batalhas internas que são travadas ao longo dos séculos.¹⁰⁴

2.1.4 A soberania medieval: um conceito dual

A monarquia francesa procurou estender seu poder territorial no início do século XVII com Luiz VI, ampliando sua ação com Felipe Augusto, passando de trinta e oito distritos judiciais reais em 1202, a noventa e quatro em 1223. A monarquia segue estendendo seu poder territorial ao que agrega a declaração de sua inalienabilidade. O aumento do domínio real, bem como a declaração de

¹⁰⁴ JELLINEK, op. cit., p. 336 e sgs.

inalienabilidade desse domínio, possibilita que a monarquia se fortaleça e que reúna em suas mãos o poder territorial e o poder real. Dessa nova ordem resultante da expansão territorial, resulta o crescimento do poderio real frente aos barões. O rei assume em sua pessoa o poder supremo de justiça, o poder legislativo e o poder de polícia. O fortalecimento do poder monárquico corresponde ao fortalecimento do Estado. Estão postas as bases do conceito de soberania que viria a se desenvolver.

Ao final do século XIII, surge o princípio de que o rei era *soverains* de todo o reino sobre os barões. Os barões eram de outro modo, também soberanos. A soberania tem nesse período inicial um caráter dual que traduz a astúcia real em conciliar as bases da formação de seu domínio com os poderes feudais existentes, representando um período de transição até a formação do conceito absoluto de soberania. De fato, o conceito inicialmente permite a convivência entre a soberania real e a soberania feudal, de modo que cada senhor era soberano em seu território e o rei era soberano acima de todos, ou nas palavras de BEAUMANOIRS “*Cascuns barons est sovraains en sa baronnie. Vois est que li rois est sovraains par desor tous.*”¹⁰⁵ O conceito liga-se etimologicamente a *superanus* ou superior.

Num primeiro momento, de transição, a soberania significava duas coisas distintas:

- a) a superioridade dos barões em seus territórios.
- b) a superioridade do rei sobre os barões.

Superioridade é o termo chave para a compreensão desse período, do alvorecer do conceito. A idéia de superioridade aqui ainda não assumiria a feição absoluta que lhe caracterizaria. Trata-se de uma idéia de primazia, que permitia espaço para o reconhecimento dos demais poderes feudais. Entretanto, com a assunção do poder supremo de justiça, do poder de polícia e principalmente da legislação na pessoa do rei, está pavimentada a estrada rumo a uma teorização da soberania que viria fundamentar uma verdadeira unificação, a qual caracterizaria o Estado moderno como único centro produtor de direito.

2.1.5 A transformação do conceito de soberania: de superioridade a supremacia

¹⁰⁵ *Contumes de Beauvoisis*, edic. Beugnot, II, p. 22, *apud* JELLINEK, op. cit., p. 337.

O conceito de soberania viria passar por uma profunda transformação, que lhe imprimiria um caráter absoluto, abandonando sua relatividade. Embora já se encontrassem nas Ordenanças de Felipe, o belo, indícios da transformação por que viria passar o conceito de soberania, foi por obra dos legistas que a transformação ocorreu. Os legistas aproveitaram a doutrina absolutista que se aplicava ao baixo império e exaltaram-na de forma a deduzir dela o poder ilimitado do rei da França, extraindo daí a inexistência de qualquer poder substantivo frente ao rei. Esses legistas formaram a vanguarda na luta pela unidade do Estado, passando a atacar o feudalismo justamente por sua falta de unidade, qualificando-o como um conglomerado composto por uma diversidade de senhorios. O conceito de soberania que no início era comparativo, relativo, adquire finalmente um caráter absoluto, o poder superior se transforma em poder supremo.¹⁰⁶

2.1.6 A teoria se torna realidade

Realidade e teoria uniram-se na França: a evolução territorial do poder monárquico aliada à declaração de inalienabilidade de seu domínio, garantiam as bases de um cenário político propício ao desenvolvimento da nova teoria da soberania, afirmando a supremacia do poder real. O poder real logra desgarrar-se do poder de dominação senhorial. Essa independência é fundamental para a formação de um poder capaz de conquistar a unidade do Estado. Na França, particularmente, a unidade é conquistada não como uma conquista da sociedade, mas como uma superação da divisão do poder público. Esse poder encontrava-se dividido, entre o monarca e os senhores feudais, de modo que a unificação do Estado necessitava encontrar um poder que fosse capaz de superar todos os outros. Essa realidade política explica porque o processo de unificação do Estado francês se deu de forma tão distinta do que ocorreu na Inglaterra. Era necessária, a aniquilação dos demais poderes, com a centralização da força pública na pessoa de

¹⁰⁶ JELLINEK, op. cit. p. 337.

um monarca com poderes de caráter absoluto. Essa supremacia absoluta do público se explicava por uma necessidade política de pacificação social.¹⁰⁷

2.1.7 Resistem os poderes feudais

O feudalismo resistiu na França. Mesmo quando o poder absoluto do Estado já se encontrava afirmado de forma consolidada na França, a nobreza feudal francesa se considerava um Estado dentro do Estado. A nobreza não abandonou a idéia segundo a qual o poder do Estado se dividia em poder real e poder senhorial. Por esse motivo, afirma-se que na época dos estados do reino na França, nunca se chega a pensar, como ocorreu na Inglaterra, que o rei e os estados do reino encontram sua unidade no Estado.¹⁰⁸ Muito ao contrário, o que ocorre é a idéia de divisão do poder, de dualidade que persiste exigindo que o poder monárquico se imponha em competição com o poder feudal a fim de lograr realizar a unidade do Estado.

2.1.8 Vence a monarquia: o poder do príncipe é elemento constitutivo do Estado

O vencedor desse embate não é a sociedade, a república, mas o poder monárquico. De forma muito distinta do que ocorreu na Inglaterra, na França há uma divisão do poder público, situado no poder feudal e no poder monárquico. Ocorre que o direito público ainda dava seus primeiros passos e não lograva fundamentar a situação política que se firmava. É da afirmação do poder público do rei, a fim de unificar a dualidade do Estado francês, que resulta a unificação do povo. A doutrina italiana caminha para explicar o fenômeno da concentração do poder nas mãos do príncipe afirmando o caráter corporativo do Estado, e faz nascer a idéia de que o

¹⁰⁷ Idem.

¹⁰⁸ JELLINEK, op. cit., p. 338.

poder do príncipe é um elemento constitutivo do Estado. A compreensão do fenômeno da corporação que já lograva a doutrina italiana é fundamental para esse processo. Esse desenvolvimento já vinha sendo encaminhado pela doutrina da soberania como um poder não mais apenas superior, mas uma *plenitudo potestatis*, um poder supremo – poder este que se atribui ao príncipe – bem como pela doutrina dos legistas que já se incumbia da exaltação do poder monárquico.¹⁰⁹

2.1.9 A evolução e a influência da doutrina da soberania e do Estado

O resgate da antiga concepção do Estado e, por conseguinte, da idéia de unidade do Estado, tem relação com o início o humanismo no mundo cristão. No século XV, *AENEAS SYLVIUS* define a idéia de unidade do Estado com maior precisão que seus predecessores, e a expressa na afirmação *amat enim unitatem supra potestas*. A unidade física do poder do Estado, uma comunidade com um poder unificador que não encontra oposição a seu domínio interior e é independente no âmbito exterior.¹¹⁰

Entretanto, *SYLVIUS* aplica esta doutrina somente ao império, o único que reconhece como Estado em sentido pleno. Aos reis e príncipes é negada qualquer substantividade face ao império, no que contrasta com a realidade política de seu tempo. Segundo sua doutrina, haveria apenas um Estado em sentido pleno: o império. Entretanto se tratava de um ente imaginário.

É curioso notar que as doutrinas dominantes na literatura política dos séculos XII a XV defendiam idéias largamente dissociadas da realidade. Traziam a idéia de um império forte e que detinha a plenitude de seus poderes, ainda quando já não eram mais que o espectro do que haviam sido antes. Segundo essa lógica altista, os poderes feudais de então que eram mal compreendidos ou simplesmente ignorados. O enorme hiato existente entre a realidade política e as teorias que se propunham a

¹⁰⁹ Idem.

¹¹⁰ *AENEAS SYLVIUS*, Cap.XX, *apud* JELLINEK, op. cit., p.338. Para uma análise profunda a respeito da doutrina de SYLVIUS, o autor indica ainda a obra de REHM, *Geschichte*, p.196 e sgs. Op. cit., p. 338, nota 2.

explicá-las tem importantes consequências políticas: o desprestígio que sofrem os poderes feudais no campo teórico e ideológico contribui para seu enfraquecimento, resultando num importante ponto de apoio e fortalecimento da luta do poder real pela unificação do Estado e do povo. Essa luta exigiria do rei a superação dos poderes feudais, sendo considerável a influência do plano teórico das idéias na desconstrução fática do poderio senhorial.¹¹¹

A base da nova doutrina do Estado não se formará na doutrina geral, mas no Direito Político francês. É nesse direito onde se logrará a superação da confusa concepção do Estado medieval, formando de maneira clara e definida uma doutrina substantiva a respeito do Estado e de seu poder. Segundo a nova doutrina, o rei da França já não se encontra no poder mediante concessão do império ou mediante causas fáticas. O rei se situa por direito próprio e originário. Depois da nova teoria, na França, a teoria da unidade da igreja e do império da Idade Média restou superada.

Embora o rei tenha colhido os frutos de uma teoria vacilante acerca dos poderes feudais, é a nova teoria que abre caminho para a consolidação do poder real e unificação do Estado. A Reforma põe uma pá de cal sobre a teoria da superioridade do império e o rei da França passa a ser objeto de uma teoria apoiada pelos legistas que o coloca em primeiro lugar entre os monarcas cristãos. A escola de Toulouse se incumba de representar o rei como o mais alto poder na terra. GRASSAILLE publica em 1588 um importante livro sobre as regalias francesas enumerando vinte direitos gerais do rei.¹¹² A consequência desses direitos é uma inovadora posição do rei da França como o primeiro rei do mundo que não reconhece superior humano algum, sequer o papa. O rei é “imperador e monarca em seu reino, juiz supremo que pode destruir todas as jurisdições inferiores, o único que pode exercitar uma série de direitos particulares enumerados: “*rex Franciae est in regno tamquam quidem corporalis Deus*”; ele tem sobre a Igreja, direitos como nenhum outro monarca.”¹¹³

¹¹¹ JELLINEK, op. cit., p. 339.

¹¹² Sobre o tema veja-se G. WEILL, *Les théories sur le pouvoir Royal*, p.15 e sgs. Apud. JELLINEK, op. cit., p. 339, notas 1 e 2.

¹¹³ JELLINEK, op. cit., p. 339-340, tradução livre.

Neste tempo convivem concepções mais moderadas. Algumas afirmavam a limitação dos poderes do rei em grau maior ou menor, muitas vezes apoiando-se no Direito positivo francês. Essas concepções abarcavam os defensores de uma monarquia de estados ou de classes. Já então a instituição real havia alcançado elevado grau de consolidação. Resistiu ainda durante as lutas entre os Hugonotes e a Liga, e os estados relegados não ameaçaram a unidade do Estado que fora alcançada. O embate que então se travava não girava em torno da monarquia ou república, mas sobre duas espécies de monarquia: absoluta ou limitada.¹¹⁴

2.2 Nasce com Bodin a nova doutrina

Durante o reinado de Enrique III, em meio às guerras civis que dividem a França, nasce com BODIN a nova doutrina do Estado. Embora BODIN expresse a evolução da história política francesa, o teórico francês abstrai de sua teoria esta característica, conferindo-a um caráter absoluto. O conceito de soberania que vinha sendo forjado na luta ao longo do tempo é tido pelo autor como nota essencial de sua definição de Estado. O elemento inovador de sua teoria consistiu na consideração de que todo domínio sobre uma pluralidade de famílias, dotado de poder soberano, revestido de poder supremo e independente no interior e no exterior representa um Estado.¹¹⁵ Assim a soberania que fora conquistada pela luta ao longo da história política francesa transforma-se instantaneamente numa nota essencial e inata ao Estado. Na verdade o que se forma é uma concepção específica a respeito do Estado que o distinguirá da antiguidade. Forma-se um conceito de Estado moderno ligado à soberania que lhe é tida como elemento essencial. Esse conceito de soberania surge como uma resposta a uma exigência política presenciada por BODIN.¹¹⁶ O autor expressa sua concepção na fórmula

¹¹⁴ JELLINEK, op. cit. p. 340.

¹¹⁵ Idem.

¹¹⁶ Nas palavras de JELLINEK “*La investigación revela, pues, que la soberanía sólo puede comprenderse mediante las luchas históricas de los Estados para afirmar su existencia*”. JELLINEK, op. cit., p. 341.

“*L’Etat est un droit gouvernement de plusieurs ménages et de ce que leur est commun avec puissance souveraine*”.¹¹⁷ Há nessa definição um elemento inovador não encontrável nas definições constantes da literatura que o antecedeu. Esse elemento seria nas palavras de JELLINEK, “... que todo domínio sobre uma pluralidade de famílias, dotado de poder soberano, isto é, revestido de um poder supremo e independente no interior e no exterior, represente um Estado”.¹¹⁸

Esse conceito revela a integração do conceito de soberania ao conceito de Estado como uma nota essencial, o que ocorre de maneira anti-histórica, como podemos notar pelo exposto nos parágrafos precedentes. O conceito moderno de Estado se mostra como uma construção teórica com a pretensão de solucionar a questão da paz social, criada dentro de um contexto histórico muito específico.

O conceito se forma de modo exclusivamente negativo. Trata-se de uma negação do domínio da igreja e do império, no âmbito externo, e de uma negação de qualquer sujeição aos poderes feudais, no âmbito interno. O conceito é fruto desse contexto histórico e da luta política rumo a formação do Estado moderno, refletindo a sua gênese.

Há uma superação da mediação que representava o poderio feudal. A partir da soberania passa a existir a possibilidade de uma unificação nacional e de uma relação direta entre os súditos e o rei, excluindo a intermediação dos barões. A soberania segundo JORGE MIRANDA, “... implica ainda imediatividade ou ligação directa entre o Estado e o indivíduo, ao contrário do que sucedia no sistema feudal. Doravante, tanto o nobre quanto o plebeu são igualmente súbditos do Rei...”.¹¹⁹

É mediante o estudo das lutas históricas que se travaram na formação do Estado moderno que se pode compreender com maior profundidade o conceito de soberania. Como poderiam os Estados da antiguidade forjá-lo? A inexistência de poderes internos a contrapor ao Estado o inviabilizava. Só a divisão interna do poder pulverizado no Estado feudal, e sua consequência mais extrema, a guerra civil,

¹¹⁷ *Six livres de la République, 1576, I, apud JELLINEK, op. cit., p.. 340, nota 2.*

¹¹⁸ Op. cit. loc. cit., tradução livre.

¹¹⁹ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. Direitos fundamentais*. 3.ed. Coimbra Editora, 2000, tomo I, p. 70.

possibilitou a formação do conceito de soberania com a feição que viria transportar para a modernidade.¹²⁰

Foi em BODIN que se encontrou pela primeira vez a unificação dos elementos que formam o conceito de soberania, assumindo as características que viriam a integrar o conceito moderno de Estado. Com ele a relatividade do conceito é abandonada, passando a ser superlativo. A superioridade anterior transforma-se em supremacia. Os demais poderes não detêm mais o direito próprio, mas apenas o fazem, mediante o reconhecimento do Estado. Alguns elementos do conceito de soberania já vinham sendo encontrados, especialmente a independência exterior e o poder supremo que fora já atribuído a alguns príncipes, ao imperador e ao próprio rei da França. Mas se deve ao autor a reunião dos elementos do conceito de forma a levá-lo a sua mais importante consequência: a supremacia do Estado. Nesse sentido explica JELLINEK que

*... tiene mucha razón él cuando se atribuye a si mismo el servicio de haber sido quien por vez primera ha expresado este concepto de soberanía. Antes de él, se reconoció uno de los aspectos de la soberanía: el de la independencia exterior y la suprema potestad de algunos príncipes, del emperador y del Rey de Francia; pero la resolución de todos elementos de lo concepto de la soberanía en una unidad no tiene lugar antes de Bodino; a él se debe el que el comparativo souverain haya sido elevado definitivamente a superlativo y la superioridad, a suprema potestad.*¹²¹

BODIN teve o mérito de reafirmar a independência absoluta e perpétua do poder temporal. Somente a comunidade humana, dotada de poder temporal independente do poder espiritual e de todos os demais poderes humanos, poderia se chamar república. De acordo com HELLER, “*En Les six livres de la republique el estado renascentista adquirió consciencia de su independencia e hizo gala de su libertad, declarándola absoluta y perpetua*”.¹²²

BODIN manteve estreita ligação com a teoria aristotélica no que se refere à titularidade da soberania: afirmou que ela pertence ao rei, à minoria que exerce

¹²⁰ JELLINEK, op. cit., p. 341. Em sentido contrário: MÁRIO DE LA CUEVA in HELLER, op. cit., p.8, entendendo que há uma aproximação entre o conceito de soberania moderno e o conceito antigo, grego e romano.

¹²¹ Op. cit., p. 340-341.

¹²² HELLER, Hermann, *La Soberanía, Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional, estudio preliminar de Mario de la Cueva*, Fondo de Cultura Económica, México, 1995, pgs.14 e 15.

efetivamente o poder ou ao povo.¹²³

O autor afirma a independência do poder temporal face ao poder espiritual. Há certa ambivalência nessa declaração, pois a afirmação da independência se refere a uma idéia de esferas distintas de atuação. Conclui-se que essa afirmação de independência é relativa, pois reconhece que a lei natural e a lei divina, embora independentes da lei terrena, exercem a função de limites à atividade do poder temporal. É exatamente referindo-se a esse ponto, que se tem afirmado que a sua doutrina não conduz diretamente a uma monarquia absoluta.¹²⁴ Embora não haja mais confusão entre as esferas respectivas, permanece a função delimitadora. Mas de que forma se daria essa limitação segundo o renomado autor? Ensina KRIELE¹²⁵ que a soberania, segundo o pensamento de BODIN, era limitada de diversas maneiras. Limitava-se pela própria finalidade do Estado, ou pelo direito natural. Embora a violação do direito natural converta o soberano em tirano, não há direito de resistência contra este. Está presente uma ponderação de valores no pensamento de BODIN, o qual considera que o direito de resistência face ao tirano se revela num mal maior que a própria tirania, pois resultaria na nefasta guerra civil. O direito natural seria apenas um postulado moral dirigido ao soberano, não contendo imperativos jurídicos, na medida em que não havia quaisquer sanções para o soberano, no caso de sua violação.¹²⁶

As leis de sucessão constituem uma segunda limitação à soberania de acordo com BODIN, não podendo ser modificadas pelo soberano. Este deve respeitar as leis de sucessão em relação ao momento de assunção do poder e também no que se refere à sua transmissão para o futuro, caso não queira tornar-se um usurpador. Embora BODIN não reconheça um direito de resistência face ao tirano, não vacila em reconhecê-lo face ao usurpador. Há aqui, a revelação na teoria de BODIN, da importância da legitimidade como uma base da qual necessita o monarca e na qual descansa a ordem jurídica, retirando-se o poder de disposição do soberano ao

¹²³ Idem.

¹²⁴ KRIELLE, op. cit., p.70 e sgs.

¹²⁵ Op. cit., p. 70-73.

¹²⁶ KRIELLE, op. cit., p. 70-71.

menos no que se refere a este aspecto. Daqui extrai KRIELLE a inafastabilidade da questão da legitimidade como substrato do poder político e do direito, afirmando que este aspecto da teoria de BODIN: “*muestra que el problema de legitimidad es ineludible y relativiza la teoría de la soberanía*”.¹²⁷

BODIN afirma uma terceira limitação ao soberano, a *pacta sunt servanda*. Embora o soberano *legibus solutus* pudesse violar ou deixar sem efeito o princípio, caso o fizesse, não teria capacidade para celebrar tratados. Entretanto, se for considerado obrigado pelos tratados, sua violação legítima o uso da força.¹²⁸

Por fim, BODIN atribui aos estamentos o direito de consentir os impostos. Aqui há um elemento contraditório na teoria de BODIN. O soberano de BODIN não é plenamente soberano. Há, portanto, divisão de poderes na concepção de Estado de BODIN, cabendo aos estamentos um amplo poder de controle do soberano aos quais, atribui-se inclusive, direito de resistência.¹²⁹ Há nesse ponto uma evidente contradição com o principal objetivo da doutrina construída pelo autor (obviamente a partir de sua perspectiva): a paz social. Há aqui, um importante elemento de direito natural que se revela na própria concepção de Estado de BODIN. A propriedade¹³⁰ era, para ele, a base de uma vida pacífica, científica e religiosa nas próprias possessões, no círculo familiar. A propriedade se revelava como um direito a fundamentar a possibilidade dos demais direitos, como elemento básico para a existência pacífica e o desenvolvimento da pessoa. Nesse sentido é esclarecedora a sua concepção de Estado: “*Res publica est familiarum rerumque inter ipsas communium summa potesta ac ratione moderata multitudo*”.¹³¹ Há uma

¹²⁷ Idem, p. 71-72.

¹²⁸ KRIELLE, ob. cit, loc.cit. Para o autor, nesse ponto se revela novamente a questão da legitimidade, como um elemento que obrigatoriamente relativiza a soberania: “*Pero si se lo considera obligado por los tratados, entonces la violación de un tratado conduce a un conflicto en el cual la aplicación de la fuerza resulta legítima. También aqui se muestra la ineludibilidad del problema de legitimidad*”.

¹²⁹ Idem, p. 72, KRIELE é enfático no que se refere a esse elemento contraditório na doutrina de BODIN: “*Aquí Bodin es totalmente inconsecuente, pues con el derecho de consentimiento a los impuestos, los estamentos tienen el poder de controlar amplamente al soberano. Un soberano sin poder impositivo no es em realidad soberano... el Estado de Bodin tiene en última instancia, división de poderes. Pero Bodin era firme en este punto*”.

¹³⁰ Nas palavras de KRIELE: “*No se trataba para él tan solo de una concesión necesaria a los estamentos, sino de la convicción de que la propiedad es la base de todo aquello que hace que la vida valga la pena de ser vivida*”.

¹³¹ *Ibidem*: “O Estado é uma pluralidade de famílias e das coisas comuns, dirigida pelo poder supremo e pela razão”, tradução livre.

característica fundamental da família e das coisas a ela relacionadas. Essa importância é considerada indiscutível por BODIN e explica a intangibilidade da propriedade. Há uma sequência lógica no seu pensamento, partindo da fundamentalidade da família, sendo a propriedade considerada como que o seu solo, a base onde a família se desenvolve, e daí saca sua intangibilidade assim como a intangibilidade do direito a consentir nos impostos, decorrente da intangibilidade da propriedade. Por conseguinte, a violação da propriedade, e assim a limitação ao direito de consentimento em relação aos impostos, demonstram-se ofensas de tal monta, que justificariam a guerra civil, pois segundo o pensamento do autor, suas consequências seriam um mal menor.¹³²

A doutrina de BODIN se revela ainda atrelada a concepções medievais, de modo que, embora resulte na independência e até mesmo na desvinculação à própria norma por parte do soberano *legibus solutus*, conduzindo nesse aspecto ao absolutismo, ressalva a existência do poder espiritual, pois a lei de Deus e a lei natural são para ele independentes das vontades terrestres. Assim, subsistiria esse elemento de vinculação às leis superiores, que seriam a lei natural e a lei divina, limitando de certa forma a amplitude do poder terreno, que restaria condicionado a essas leis e princípios superiores. Com acerto, afirma HELLER que BODIN ratificou as idéias de SÃO TOMÁS DE AQUINO e representou ainda um atrelamento ao pensamento político da Idade Média:

*Ciertamente el poder temporal no se independizó definitivamente de los poderes terrestres, pero continuó sometido a la ley de dios y a la natural, como su simple adaptador a las condiciones particulares de tiempo y lugar. De ahí que pueda decirse que Bodino es el último expositor del pensamiento político del siglo final de la Edad Media.*¹³³

Há uma segunda ordem de pensamentos que surge de forma autônoma e vem posteriormente a se fundir com a idéia de soberania. A monarquia representa a idéia de Estado na luta política pela independência do Estado na Idade Média, de

¹³² Idem, p. 72-73. Note-se que esse aspecto da doutrina de BODIN traz novamente à tona, uma questão moral como fundamento de legitimidade do Estado. O juízo acerca do “mal menor” é evidentemente um juízo moral que para o autor retira o fundamento de legitimidade do soberano e justifica a guerra civil como uma resposta adequada à ofensa perpetrada.

¹³³ HELLER, Hermann, op. cit., p. 16-17.

modo que a luta entre o poder temporal e o Papa aparece como a luta entre o monarca e o Papa, entre o monarca e o imperador e ou alguns senhores feudais. De acordo com JELLINEK,¹³⁴ deste fato político e histórico deriva a confusão a respeito da atribuição da soberania do Estado, que aparece como a soberania do monarca. Ainda que as doutrinas do direito natural considerassem então outras formas de Estado, a monarquia era predominante. Nesse prisma, somente se considerava o poder do Estado independente se o príncipe não tivesse qualquer vinculação ao Direito Público. Assim é que a doutrina da soberania se transforma em absolutismo. BODIN revela em sua teoria, a necessidade e o condicionamento histórico de algo que apresenta como atemporal e absoluto. A contingência da guerra civil exigiu uma medida enérgica a fim de pacificar a sociedade. Somente um soberano *legibus solutus* teria essa potencialidade que era exigida pela realidade histórica. A paz social era em BODIN considerada a base para a existência dos demais direitos, especialmente porque o autor vivia a realidade e o terror da guerra civil. Tal circunstância está presente em uma série de importantes partidários do

¹³⁴ JELLINEK, ob. cit, p. 342.

absolutismo, especialmente em HOBBS.¹³⁵ As conclusões teóricas apresentadas como consequências de uma lógica puramente racional e com valor universal, muitas vezes ocultam um processo de montagem intencional de uma teoria condicionada pela luta entre as forças políticas de um contexto histórico específico, com objetivos muito bem definidos e, muito pouco declarados, de modo a aconselhar uma profunda análise crítica, e sua recepção para tempos vindouros *cum granu salis*. BODIN chega a considerar que a única salvação para o Estado se encontra na onipotência do príncipe.¹³⁶

BODIN representa essa transição rumo ao Estado moderno, o qual exigiria a concentração do poder nas mãos do príncipe para sua unificação ou para sua preservação frente a forças desagregadoras. A nova doutrina da soberania

¹³⁵ O autor assim como LOCKE e como tantos outros teóricos da soberania e do Estado moderno, é produto do meio em que viveu. Só as características da realidade política a que um dos maiores teóricos da soberania e um dos mais importantes responsáveis por sua transmissão para o mundo moderno presenciou, suas preferências políticas pessoais, sua concepção a respeito da religião, podem clarear conceitos que foram tão importantes para a formação do *modus pensandi* e do *modus operandi* da modernidade, de modo a desfazer a mística político-teológica em que o autor envolveu as questões fundamentais do Estado e do direito público. CARL SCHMITT, que levou essa teoria até as últimas consequências, esteve bem ciente desta característica, o que se evidencia em sua obra intitulada Teologia da Política. Essa idéia mística da soberania e consequente deificação do Estado, onipotente, ilimitado, substituiu a legitimação teológica por algo muito próximo, de modo a dar um fundamento de legitimidade ilusório à monarquia absoluta e, depois com SCHMITT, à democracia absoluta. Os benefícios da secularização, que abriu a possibilidade da assunção pela humanidade de seu destino, e da responsabilidade por suas decisões, deu lugar a um novo ópio, um novo “deus” pai salvador, o Estado. Essa visão da soberania resultou numa visão do Estado que deu embasamento a uma gama de regimes totalitários e manipuladores, que semearam a insegurança, a perseguição e a guerra como demonstra uma breve observação histórica. É importante frisar que aquilo que HOBBS apresenta como verdades atemporais se encaixa perfeitamente na conveniência política partidária da realidade histórica em que viveu. Quanto ao condicionamento histórico do autor, veja-se em KRIELLE, op. cit., p. 32-33, que “*Hobbes no ha sido en modo alguno neutral frente al problema del Estado constitucional, de la garantía fundamental de la libertad personal y de la división de poderes. Era, en cambio – y hemos de volver sobre este punto –, más bien un partidario consecuente del absolutismo... El presupuesto tácito pero necesario de la teoría de soberanía de Hobbes era su previo paso religioso del puritanismo a la iglesia anglicana. Este patriarca de la racionalidad individualista tenía ciertamente horror a la guerra civil, en la cual él mismo corría peligro, pero no era capaz de colocarse en la situación concreta de una guerra civil conducida con medios policiales, y menos todavía sufrir a causa de tal idea. Tampoco logró fundar teóricamente a partir de sus premisas el respeto para el ejercicio de la religión. Más bien recomendaba en una época de sangrientas persecuciones religiosas hacer efectiva la uniformidad religiosa. La legitimación de la tolerancia religiosa mediante la posible reciprocidad fracasó en él: pues teniendo en cuenta las relaciones de fuerza militar de las religiones en Inglaterra de su tiempo, podía estar seguro de que los disidentes jamás podrían ejercer el terror religioso.*” No mesmo sentido confira-se o comentário de MARIO DE LA CUEVA “*En las obras del pensador inglés se muestra una vez más que las doctrinas políticas son un reflejo de las circunstancias históricas: vino al mundo a fines del siglo XVI, cuando la Invencible armada amenazaba destruir el poderío inglés; y fue testigo de la ejecución de Carlos I, del gobierno de Cromwell y del regreso de los Estuardos. Todos estos acontecimientos le llevaron a la convicción de que la nación que quería ser libre en la comunidad de los pueblos, necesitaba organizar sus fuerzas; llegó también al convencimiento de que la democracia era imposible, dada la naturaleza humana y sostuvo que la división del poder entre el parlamento y el rey conducía fatalmente al predominio de uno o a la guerra civil; por último, alcanzó la conclusión de que el mejor gobierno era el de una persona, ya que las asambleas tenían necesidad de unificar las opiniones contradictorias.*” In: HELLER, op. cit., p. 20.

¹³⁶ JELLINEK, op. cit., loc. cit.

expressava a identificação do Estado com a pessoa do príncipe, situando o povo como mero objeto da atividade daquele.

De fato, para aqueles que não viveram a experiência da guerra civil é necessário um enorme exercício de imaginação a fim de compreender as razões que levaram os *politiques* franceses a forjar a teoria da soberania da maneira que o fizeram.¹³⁷ Há no pensamento de BODIN e dos *politiques* um elemento ético que procura garantir as bases, as condições efetivas para a realização dos valores superiores. Não se procurava definir valores superiores a priori, mas definir quais as condições básicas necessárias à afirmação de valores superiores a ser posteriormente definidos. Esse é o *telos* da teoria da soberania que construíram.¹³⁸ Não se trata da ética referente à definição de valores superiores a preceder valores inferiores, mas a ética do político, ou seja, a ética do interesse mais fundamental, a ser satisfeito anteriormente, de modo a criar as condições efetivas para a realização dos valores superiores.¹³⁹ Assim a obra de BODIN explicava que a razão natural consiste em reconhecer a estrutura hierárquica dos interesses de baixo para cima. Primeiramente, a necessidade de conservar a vida, ou seja, a paz e a alimentação dos cidadãos, já asseguradas, passam-se às conveniências da vida. A intervenção a favor da paz era um valor superior, ao qual se sacrificavam os demais. Sua ética individual era a da hierarquia de valores. Sua ética política era a de interesses mais básicos. Os reflexos da filosofia dos *politiques* na política, suas conclusões,

¹³⁷ “*Quien no ha vivido una guerra civil y tampoco la ha “contemplado” en virtud de los informes históricos, tiene que esforzar su fantasía para imaginarse lo que ella significa: peligran los intereses más importantes, tales como la vida, la libertad, la seguridad y sucesivamente se produce el embrutecimiento moral por el miedo, odio, traición, desconfianza, venganza, sadismo. A ello se agrega el inevitable desplazamiento de la razón, del conocimiento, del enfoque justo y diferenciado por esquemas simplistas amigo-enemigo y el fanatismo. Lo peor son la desesperación, y el bien fundado miedo del fin de la guerra civil. Pues cuando una de las partes vence a la otra, no termina en modo alguno la miseria, ya que continúa bajo la forma del terror. El vencedor ha de mantener en impotencia al enemigo vencido y para eso necesita de la policía política, de la tortura, de las ejecuciones, de los campos de concentración, del sistema de delación. La guerra civil es llevada adelante por una sola parte con medios policiales, y el clima de miedo, mentira y violencia permanece a menudo durante generaciones. El terror puede resultar aún más horrible que la guerra civil. Pues a todas las otras cosas se agrega la degradación. Mientras en la guerra civil se enfrentaban enemigos, en el terror se enfrentan el torturador y el torturado. Mientras en la guerra civil todavía había camaradería de lucha, el terror condena al silencio y disuelve las comunidades en desconfianza y delación. Mientras en la guerra civil las derrotas honorables podían ser entendidas como sacrificios, en el sistema del terror la aniquilación es sufrida como humillante y carente de sentido*”. KRIELLE, op. cit., p. 53.

¹³⁸ Se a determinação das condições básicas para a possibilidade dos demais valores pode ser transmitida com alguma adaptabilidade ao futuro, a forma de sua realização é condicionada ao quadro político que encontra.

¹³⁹ Idem, p. 58.

conduziam à necessidade da supremacia do rei, que somente na qualidade de *legibus solutus*, independente dos direitos feudais tradicionais de que se faziam valer seus oponentes, emergia como o monarca absoluto. Essa idéia sacudiu as estruturas que ligavam os mercenários aos estamentos e criou a base de legitimidade para que o rei proclamasse a tolerância e efetivamente impusesse a paz.¹⁴⁰

Em MAQUIAVEL¹⁴¹ o príncipe expressa a independência do poder secular em relação ao poder espiritual da forma mais ampla. A influência do pensador florentino é marcante no pensamento político da modernidade, possibilitando ao poder terreno assumir a direção do seu destino por meio da aquisição de um *ethos* próprio relativo a uma comunidade humana, o que se dá por meio do rompimento com a autoridade espiritual. Essa quebra com a autoridade espiritual foi necessária à construção da modernidade e de seu *modus pensandi*. O autor é tido como o fundador de uma ciência política livre, a qual considera a comunidade do Estado de forma realística, com seus defeitos e com suas qualidades, possibilitando que a humanidade assuma o seu próprio destino. O Estado maquiavélico é uma comunidade humana que possui um poder interno supremo que, aproximando-se da doutrina aristotélica, pode ser exercido pelo povo, pelo príncipe ou pelo senado. Exclui-se, portanto, a imposição de dogmas de origem divina e de caráter apriorístico, de modo a condicionar e ensinar o soberano. Seu pensamento se dirige à negação dos poderes, ético e jurídico de origem divina e à afirmação de que o direito é um mandamento, um ato de vontade do poder humano no exercício da soberania. Com o autor há uma importante modificação no pensamento político, estendendo à política a autonomia que a ciência conquistava em relação às leis da natureza. Com isso, no Estado maquiavélico o príncipe rompe com as amarras da lei natural e do poder espiritual, transformando-se no soberano absoluto. A soberania em seu pensamento não é um atributo do Estado, mas uma qualidade do poder de uma comunidade humana, de um principado ou de uma república.¹⁴²

Devemos notar que, como ressalva KRIELLE, a idéia de que a soberania

¹⁴⁰ KRIELLE, op. cit., p. 60.

¹⁴¹ MAQUIAVEL, Nicolau, *O príncipe*. Tradução de Antonio Caruccio-Caporale. Porto Alegre: L&PM, 1998.

¹⁴² HELLER, op. cit., p. 16-17.

produz a paz se adotada de forma genérica e abstrata seria falsa. A idéia de soberania idêntica ao absolutismo, tal como era no início, trazia consigo muitos riscos. A soberania naquele momento não era apenas uma possibilidade, mas a única possibilidade de se chegar a uma paz efetiva. Tratava-se de um cálculo de possibilidades e riscos: assumiu-se o risco da tirania para ter-se a possibilidade de atingir a paz. O risco do rei ao assumir o controle da situação, se colocar do lado de um dos contendores e se posicionar em perseguição a um dos grupos é um risco efetivo que acompanha qualquer poder concentrado e isento de controle.¹⁴³

Nesse sentido, KARL LOEWENSTEIN observa que o poder concentrado e sem controle é sempre nefasto:

*Es evidente, y numerosas son las pruebas de ello, que allí donde el poder político no está restringido y limitado, el poder se excede. Rara vez, por no decir nunca, ha ejercido el hombre un poder ilimitado con moderación y comedimiento...El poder encierra en si mismo la semilla de su propia degeneración. Esto quiere decir que cuando no está limitado, el poder se transforma em tiranía, y en arbitrario despotismo. De ahí que el poder sin control adquiriera un acento moral negativo qui revela lo demoníaco y el elemento del poder y lo patológico en arbitrario despotismo. De esta doble faz del poder fue plenamente consciente Aristóteles cuando enfrentó las formas <puras>de gobierno a las formas <degeneradas>: las primeras están destinadas a servir al bien común de los destinatarios del poder; las segundas, al egoísta interés de los detentadores del poder.*¹⁴⁴

No mesmo sentido, afirma ZIPPELIUS quanto à antiguidade e atualidade do tema:

Um dos temas mais antigos e ao mesmo tempo mais actuais, talvez até a questão, no fundo, mais importante da teoria do Estado, trata do modo como se pode evitar, numa comunidade organizada dotada de força integradora suficiente, uma perigosa concentração de poder, bem como um excesso de dirigismo centralizado.¹⁴⁵

¹⁴³ Op. cit., p. 60-62.

¹⁴⁴ LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la constitución. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte: Ariel, Barcelona, 1975*, p. 26-29. A concentração do poder político resulta em ausência de controle, e essa mistura explosiva impede a existência de garantias civis, dando lugar à instável conveniência política. Somente quando adquire a característica de garantia jurídica estável a paz se traduz em segurança destinada à perenidade. A paz como mera concessão, ou seja, a possibilidade de modificação das condições estruturantes da paz social resulta na forte probabilidade de aniquilação da paz. Por essa razão é que a limitação do poder político se revela essencial à paz, qualquer que seja a titularidade desse poder. Isso se aplica inclusive à democracia, a qual modernamente evoluiu para um modelo de limitação institucional e normativa, a se afirmar por meio de uma constituição. Essa limitação revela-se formalmente na hierarquia normativa e na rigidez normativa escalonada, incluindo também limitações materiais ao poder constituinte reformador. O risco de que grupos minoritários hegemônicos acessem de forma privilegiada os instrumentos de transmissão da soberania democrática, já há muito identificados, aconselham o temperamento da decisão majoritária por regras fixas, verdadeiras garantias da paz social e da tolerância mútua.

¹⁴⁵ ZIPPELIUS, Reinhold, *Teoria Geral do Estado*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 3.ed. p. 401.

O modelo de paz adotado pela soberania é ambivalente, pois o soberano deve estar acima da luta política, deve decidir conforme seu arbítrio, forçando os partidos a realizar a paz. Embora a imparcialidade do soberano seja tida como adequada à resolução da contenda, permanece como uma questão moral, sem eficácia obrigatória, jurídica. Não há, portanto, qualquer garantia de imparcialidade no absolutismo, e o poder ilimitado do soberano o permite tomar partido de um dos lados, colocando o aparato do Estado em seu favor e conduzindo uma guerra civil com métodos policiais.¹⁴⁶

Os fatos históricos que se seguiram confirmam a tese exposta. De fato a paz e a garantia da tolerância alcançados por meio da soberania, do fortalecimento do Estado nacional e concentração do seu poder nas mãos do monarca, não possuíam a estabilidade necessária à sua perenidade. A paz e a tolerância não eram uma garantia, mas o resultado de um processo de concentração e unificação do poder político, repousando apenas na conveniência do titular da soberania. No final do século XVII, a tolerância religiosa dava lugar a um Estado dominado pelo partido católico, do que resultou a revogação do édito de Nantes em 1685 e a incriminação penal das religiões evangélicas. Na sequência o que se viu foi uma perseguição religiosa implacável, a destruição das igrejas evangélicas, as congregações domiciliares foram proibidas e os pastores foram expulsos do país. Com a proibição da imigração, os Huganotes tiveram que abandonar a França às escuras, e aqueles que eram capturados eram condenados às galés, incluindo homens nobres e reconhecidos por seus conhecimentos, que quase sempre eram sentenciados à prisão perpétua e à degradação do corpo e da consciência. Terror espiritual interno, proibição de imigrar, desordem, saques, assassinatos, e as mais variadas formas de tortura foram instrumentos aplicados pelo regime de intolerância e perseguição que

¹⁴⁶ KRIELE, ob. cit, p. 64-65.

se seguiu à derrogação do édito de Nantes.¹⁴⁷

É notável, que esse não seria um caso isolado. Mais tarde, os abusos se repetiriam, com a realização do nazi-facismo e do comunismo da Revolução Russa. Esses abusos não são condizentes com o sistema da soberania. Refletem a patologia decorrente do “risco inevitável que está ligado ao poder concentrado e isento de controle”.¹⁴⁸

2.3 A soberania do povo

Há no início da Era Moderna, a transformação da problemática da soberania. Embora os filósofos conservassem uma idéia de direito natural, faltava uma força real que o defendesse, já que não havia uma relação entre a Igreja e essa nova ordem jurídica natural de cunho racional.¹⁴⁹ Com a consolidação do Estado nacional, a superação do poder da Igreja e do Império, e a unificação interna mediante as lutas que se travaram na Idade Média, o alvorecer da modernidade deu lugar ao fortalecimento do Estado absoluto. O embate que se travava nesse início da Idade

¹⁴⁷ Confira-se o impressionante relato a respeito da perseguição religiosa que se seguiu: “*Las proscriciones que siguieron a la derogación del edicto de Nantes eran fruto de esta conspiración terrible, que despobló a una cuarta parte del reino, arruinó su comecio y lo debilitó en toda forma y expuso por tanto tiempo a saqueos públicos e indudables de los dragones; esa conspiración que dio fundamento jurídico a todas las torturas y sufrimientos, mediante los cuales miles de inocentes de ambos sexos fueron llevados a la muerte; que arruinó una nación tan rica, desgarró un sinnúmero de familias, dio armas a parientes contra parientes para arrancarles sus bienes y dejarlos morir de hambre; esa conspiración, que hizo emigrar a nuestra industria y provocó el florecimiento y la abundancia de otros Estados a costa del nuestro, de manera que se originaron allí ciudades totalmente nuevas; que ofreció a los demás pueblos el espectáculo de material humano tan magnífico que, desterrado, desnudo, fugitivo, errante sin culpa, buscaba asilo lejos de su propia patria; esa conspiración que hizo encadenar a galeras, a nobles, a ancianos pudientes, a gente que en muchos casos era muy respetada por su piedad, sus conocimientos, su virtud, a gente bien situada, débil, achacosa y todo ello bajo la presión constante del comité (ejecutivo) sólo y exclusivamente a causa de la religión; finalmente la conspiración que para completar el horror llenó todas as provincias con falsos juramentos y sacrilegios de modo que el aire estaba repleto de gritos de dolor de las víctimas desgraciadas del error, mientras otros entregaron su conciencia a cambio de su patrimonio o tranquilidad y se compraron ambas cosas mediante abjuraciones hipócritas y fueron arrastrados a las Iglesias en un desfile interminable para adorar lo que no creían, para recibir el cuerpo divino del Santísimo convencidos de estar comiendo pan, que les tenía que resultar repugnante, todo ello era, en una palabra (como consecuencia de la derogación del edicto de Nantes), el horror general, producto de la adulonería cortesana y de la crueldad” Cour de Louis XVI, cap. 47, trad. Alemana de Joseph Chambon, *Der Französische Protestantismus, Sein Weg bis zur Französischen Revolution*, 1939, os. 145 ss. KRIELLE, ob.cit.pg.63.*

¹⁴⁸ Idem, tradução livre.

¹⁴⁹ GRÓCIO *apud*. JELLINEK, op. cit., p. 341 e sgs.

Moderna era muito distinto, o que refletiu na questão da soberania. A disputa agora era entre os homens que lutaram no embate político de unificação do Estado moderno e seus reis que os subjogavam e personificavam o Estado absoluto. Nascia então, um novo dilema: soberania do povo ou soberania do príncipe.¹⁵⁰

A soberania do povo não havia desaparecido completamente, tendo sobrevivido nas obras teóricas escritas, sob influência da doutrina romana segundo a qual o poder descansa originariamente na assembleia popular, assim como sob a influência da designação terrena dos diretores da cristandade por eleição, com fundamento na bíblia judaica. Tudo isso fazia com que o povo fosse considerado o único titular possível e originário do poder supremo. Somava-se a essa influência também a idéia corporativa do Estado, de origem germana, cujo poder era o poder geral dos membros. Todos esses elementos combinados faziam com que a teoria se separasse totalmente da realidade e, por meio da transmissão dessas idéias, movendo-se dentro das categorias da antiga escolástica, concebia o povo como a única alternativa de poder perene do qual se originava todo o poder do Estado. A soberania do povo serve então como uma trincheira de resistência ao absolutismo monárquico. Caso o titular do poder fosse o monarca, só o seria por permissão do povo. Quanto mais se concentrava o poder do príncipe, mais energicamente seus opositores afirmavam a origem popular de seu poder. Na literatura dos “monarcómonas” publicada na mesma época de BODIN já se apresenta a doutrina que deriva o direito real do direito do povo.¹⁵¹

Nesse período ressurgiu a concepção empirista que concebe o povo como uma “suma de indivíduos” anterior ao Estado e unificada por este, enquanto o príncipe se destaca do povo como uma pessoa individual prévia ao Estado. O direito do príncipe procede não do Estado, mas de um ato anterior ao Estado, de maneira que se situa acima do Estado na qualidade de uma personalidade anterior ao Estado. Aparecem então duas soberanias distintas: a soberania do Estado e a soberania da pessoa que representa o órgão supremo do Estado.¹⁵²

Essa divisão da soberania, apontada por JELLINEK, tem sido a causa de

¹⁵⁰ HELLER, op. cit., p. 20.

¹⁵¹ JELLINEK, op. cit., p. 343-344.

¹⁵² Idem, p. 343.

algumas confusões terminológicas no que se refere ao conceito de soberania. A soberania para o autor não seria relativa a uma pergunta a respeito da origem do poder, mas a uma qualidade, a um atributo do poder do Estado. Entretanto, o autor admite que a práxis consagrou o termo soberania popular, e de fato o termo é largamente empregado até os dias atuais. Contudo, há uma distinção importante entre o exercício do poder (de forma soberana) por parte do Estado e a origem desse mesmo poder, que está implícita na construção do conceito de soberania.¹⁵³ Como afirma JELLINEK:

Se mezclan de este modo, por tanto, la doctrina de la soberanía popular con el principio moderno de que el Estado necesita un poder soberano. El averiguar hasta qué punto ambos vínculos de pensamiento, que sólo razones históricas enlazan, están en una conexión lógica, es cosa que resulta de la cuestión relativa al origen del poder, la cual se presenta para toda corporación no soberana en igual medida que para el Estado; en tanto que no puede ser propuesto el problema de la naturaleza de la soberanía de una comunidad, de una corporación, o de una asociación, en general...se deduce claramente que la cuestión acerca del poder supremo en el Estado no tiene nada que ver con la del poder supremo del mismo. Órgano soberano en el Estado y Estado soberano son, pues, dos cosas enteramente distintas.

Devem ser distinguidos, dois modos de se pensar a soberania. Com independência do conceito de soberania que se venha adotar, é importante ter em mente que a soberania vem sendo enfocada sob esses dois aspectos: primeiro, como uma resposta para a pergunta a respeito da origem do poder do Estado; segundo, como um atributo ou modo de operar no exercício desse poder. As acepções surgem entrelaçadas e muitas vezes sem maior explicação.

Para HOBBS, o problema político é o problema da obediência legítima do indivíduo e, inseparavelmente, o da representação política.¹⁵⁴ Formulou para a modernidade a teoria da origem humana do poder do príncipe. Ao contrário de BODIN, que afirma a soberania do Estado como algo de caráter fático, HOBBS conduz à superação da teoria da soberania do povo da escola de direito natural.

Hobbes escreveu sobre política partindo do problema real e crucial de seu tempo: o problema da unidade do Estado ameaçada, por um lado, pelas discórdias religiosas e pelos contrastes entre dois poderes e, por outro, pelo dissenso entre

¹⁵³ *Ibidem.*

¹⁵⁴ CHATELET, F. *Dicionário da Obras Políticas*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1993, p. 492.

Coroa e o parlamento, e pela disputa em torno da divisão dos poderes.¹⁵⁵ O contexto vivido por Hobbes é herdado das rupturas do Renascimento. O centro hierárquico existente no período anterior se perde em função da nova concepção do universo, que passa a representar-se como infinito. Uma grave crise política é evidenciada com o declínio do Sacro-Império Romano e o seu fracionamento em vários reinos. Com a Reforma, evidenciam-se questionamentos que dividem o mundo cristão. Criam-se escolas para alfabetizar os fiéis Protestantes, e o acesso de “todos” aos Livros Sagrados, até então restritos, resulta na seguinte conclusão: Deus não deixou declarado o Direito Divino dos reis. Surge a Contra-Reforma como uma tentativa de controlar o que o Renascimento tinha conseguido expandir, através da Inquisição e da Censura. A Modernidade é uma reação conservadora e reacionária perante o Renascimento. Esta é a época de Hobbes. Empreende-se a busca de um novo ponto fixo na razão humana. No mundo científico, afasta-se a descrição interpretativa. O conhecimento só passa a ser reconhecido como verdadeiro através da razão, por meio de uma relação de causalidade. É a época do Racionalismo de Descartes. Através do princípio da igualdade, é aumentado o acesso de todos ao conhecimento. O contexto econômico é o de gestação do capitalismo.

Hobbes cria uma concepção do estado de natureza como um ambiente onde impera o medo e a insegurança, para justificar a necessidade do pacto de união. Considera estado de natureza a sociedade natural primitiva (pré-estatal), o estado de anarquia originado na guerra civil (antiestatal) e a sociedade internacional (interestatal), situações onde não existe um poder coercitivo capaz de impor sua força a todos. Para Hobbes, o Estado de natureza é o estado de guerra de todos contra todos. Ele entende que é da natureza do homem: a competição que os homens travam entre si, pelo ganho; a desconfiança que os faz lutar pela segurança; e a glória que os faz combater pela reputação. Ele elabora sua concepção de estado de natureza de modo a justificar a impossibilidade de se viver sem estar em permanente estado de guerra real ou iminente, sem a existência de um ente superior e onipotente, que ele chama de Leviatã – um deus mortal bíblico – ser mítico descrito no Livro de Jó. Só o Estado soberano, o temível Leviatã, portador de poderes absolutos, seria capaz, segundo Hobbes, de conter a tendência natural de

¹⁵⁵ BOBBIO, Norberto. *Thomas Hobbes*. Rio de Janeiro: Campus, 1991, p. 26.

todos os homens a um perpétuo e irrequieto desejo de poder e mais poder que cessa apenas com a morte.¹⁵⁶

MAQUIAVEL veio a completar esse movimento de dessacralização da origem do poder do príncipe e do Estado. O fez de forma definitiva, desenvolvendo sua teoria republicana favorável a uma regeneração da virtude cívica como base para a estabilidade da república, situando o povo como o elemento humano que viria a substituir a anterior sacralização da política. Nesse sentido, a secularização da política reflete sua humanização, pois a verdade da arte de governar deve ser buscada na real substância do povo. Embora MAQUIAVEL não fosse propriamente um defensor da democracia, pois revela seu temor em relação aos seus excessos e defende que os súditos precisam ser contidos, indica que a arte de governar se encontra na *virtu* cívica, e não na afirmação do poder pessoal do príncipe.¹⁵⁷ Embora o pensamento de MAQUIAVEL não resulte no enfraquecimento do príncipe, e tampouco no fortalecimento imediato da democracia, há um marco que se estabelece a partir da sua obra e que concerne à secularização do poder do Estado e a afirmação da idéia de povo no centro do pensamento político, influenciando o pensamento posterior de forma definitiva. Nesse sentido afirma GOYARD-FABRE:

Atingiu-se um ponto sem volta e, embora a análise do termo “povo” continue imperfeita, seu conceito a partir de meados do século XVI passa a aparecer com insistência, carregado de uma conotação positiva, nas diversas formas de literatura política. Os príncipes e os reis, em sua instituição, não são abalados, porém não se pode mais pensar a “República” – a “coisa pública” – independentemente do papel efetivo que o povo é chamado a desempenhar nela ou para ela. Do ponto de vista semântico, a noção de “povo” ainda não é muito clara; mas é importante que, imbuída de revivescências antigas, ela passe a adquirir um lugar no cerne do pensamento político.¹⁵⁸

É interessante notar a correspondência de alguns fenômenos que motivaram a transformação da problemática da soberania com fatos que ocorrem nos dias atuais. Já naquela época, como afirma GARCIA PELAYO, houve uma condução a partir de vários fenômenos simultâneos, da soberania absoluta que se referia à monarquia à soberania do povo. O progresso tecnológico, especialmente no que se

¹⁵⁶ MONTEIRO, João Paulo, in: *O Leviatã. Hobbes – Vida e Obra, (Os Pensadores)*, São Paulo: Nova Cultural, 2000, p. 91.

¹⁵⁷ Goyard-Fabre, Simone, *O que é democracia*, Martins Fontes, 2003, p. 111 e sgs.

¹⁵⁸ Idem.

refere ao avanço das comunicações, de modo a reduzir e ampliar os espaços, simultaneamente ampliou os horizontes do homem medieval e o projetou além das pequenas comunidades corporativas que habitava.¹⁵⁹ O desenvolvimento juvenil do capitalismo ou *Frühkapitalismus*,¹⁶⁰ desenvolvia uma lógica econômica contrária ao sistema corporativo, tendo logrado êxito em superá-lo. A própria política absolutista contribuiu para a destruição das categorias intermédias de poder, representadas pelo modelo econômico corporativo. Essa política (absolutista) não admitia a titularidade de direitos públicos por quaisquer entes, tornando-os monopólio do Estado. Ao fim, não restava outro que não o indivíduo, o sujeito, único que poderia ser titular dos direitos subjetivos de caráter público que surgiram, afastando-se o corporativismo. A liberdade e a propriedade surgiram como uma trincheira de defesa do indivíduo, única categoria que, diante da destruição dos entes intermédios, seria capaz de incorporar a necessidade de segurança.¹⁶¹ A monarquia,

¹⁵⁹ A evolução atual dos meios de comunicação, especialmente com o advento da *world wide web* e o desenvolvimento tecnológico, expandindo as possibilidades de manifestação do indivíduo, identificando as minorias, conectando as maiorias, ampliando os horizontes do indivíduo e reduzindo a distância entre ele e o mundo que o cerca, além da integração econômica, conduzem hoje a uma idéia de integração da humanidade, e integração das respectivas soberanias. A história conduz mais uma vez a transformação da problemática da soberania. No plano interno abrem-se possibilidades de ampliação de instrumentos de controle e de exercício direto da soberania. Veja-se ARNAUD, André-Jean, organizador. *Globalização e Direito I – Impactos nacionais regionais e transnacionais*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2005 e CAMPILONGO, Celso, organizador. *A democracia global em construção*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2005 e HÄBERLE, Peter. *Estado constitucional cooperativo*. Tradução Marcos Augusto maliska e Elizete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

¹⁶⁰ A classificação tem origem na obra de Werner Sombart, que dividiu o capitalismo moderno em três períodos distintos: a juventude (*Fruhkapitalismus*), a idade madura (*Kapitalismus*) e a velhice do capitalismo (*Spaetkapitalismus*). O autor é tido como o primeiro que utilizou a palavra capitalismo no seu sentido atual, em sua obra *Capitalismo Moderno*, de 1902. Há tradução italiana: (1925), *Il Capitalismo Moderno* (*Der moderne Kapitalismus*), vols. 1-2, Florença, Vallecchi Editore.

¹⁶¹ PELAYO, Garcia. *Derecho constitucional comparado*. *Revista de Occidente*, S. A. Madrid, 1961, p.146. O autor identifica nas transformações por que passou a sociedade medieval e o resultante absolutismo, os pressupostos históricos do Estado democrático liberal, demonstrando que “... *la destrucción del orden concreto que servía de base al complejo de las libertades medievales. Baste indicar los progresos de la técnica, ante todo en el aspecto de las comunicaciones, que reducen y amplían a la vez el espacio, dando lugar a horizontes más amplios y al desarraigo de los hombres de las pequeñas comunidades en que se desenvolvía su vida; el desarrollo del Frühkapitalismus, que encontró angostas dichas formas comunitarias y quebrantó las bases económicas de su existencia, y la política absolutista, con su tendencia al poder sin límites y la consiguiente abolición de los poderes intermedios. Todos estos procesos simultáneos condujeron a la destrucción de las comunidades medievales y, por consiguiente, del sujeto de las libertades y franquicias, de modo que el nuevo sujeto de las libertades no podía ser otro que el individuo. El despliegue del principio de la soberanía no toleraba ninguna clase de derechos públicos subjetivos frente al Estado, y llevaba implícita la tendencia a la abolición del privilegio*”. Outra importante consequência da unificação nacional decorrente da política absolutista foi a criação da antinomia Estado-sociedade. Com a mutação do pluralismo jurídico e político medieval em uma unidade da soberania, ocorre a cisão em duas partes da comunidade: O Estado e seus órgãos ficam a cargo de tudo quanto se refere à vida pública, enquanto a massa de súditos cuida da vida privada. O Estado é sujeito ativo da política, enquanto os súditos são sujeitos passivos. Há uma separação da vida pública e da vida privada:

que havia surgido com a promessa de representar uma alternativa de pacificação e segurança necessários ao desenvolvimento do nascente capitalismo, transformou-se ela mesma numa ameaça. A ambiguidade do Estado da qual nos adverte BURDEAU¹⁶² ficou latente na experiência da monarquia absoluta. A força da monarquia, necessária à unificação e pacificação, transformou-se na nova ameaça. A arbitrariedade e onipotência que a caracterizaram formaram um risco a impedir o desenvolvimento humano e econômico. A igualdade decorrente da titularidade dos direitos subjetivos públicos que se afirmariam conduzia rumo à soberania do povo, e posteriormente à democracia.

LOCKE rejeitou a tese hobbesiana da soberania do príncipe, tendo sido um dos primeiros teóricos da soberania do parlamento. Colocava-se numa posição intermediária entre o absolutismo e a democracia. Teve o mérito de distinguir com maior clareza as funções de criação e aplicação da lei, sustentando que a atividade legislativa é a atividade que detém precedência sobre as demais, sendo básica, anterior, primária, pois somente a lei poderia garantir a vida, a liberdade e a propriedade. Resulta assim, no princípio da supremacia do parlamento, e no executivo – que então era personificado no rei – subalterno, devendo agir de acordo com os comandos legais ditados pelo parlamento.¹⁶³ Ocorre que o Parlamento Inglês se assemelha à idéia de soberania preconizada por BODIN. Assim, para alçar a soberania do povo, o Parlamento Inglês teria apenas que representá-lo já que não era eleito.¹⁶⁴ LOCKE foi um pensador de extrema importância para a posterior afirmação da soberania do povo. Embora não fosse partidário da democracia, sua obra lançava as bases para a posterior ascensão da soberania do povo e a realidade política inglesa já influenciava muitas outras mentes além-mar.

Foram diversas as fases evolutivas e os percalços a que esteve sujeito o princípio da soberania do povo. Na primeira metade do século XVIII encontramos os teóricos do direito natural, capitaneados por PUFENDORF, já aplicando o princípio da soberania do povo, mas admitindo uma transferência ao monarca, enquanto filósofos como VOLTAIRE, aclamam um direito natural proveniente da razão, o qual

¹⁶² BURDEAU, Georges. *O Estado*. Martins Fontes, 2005, p. 35 e sgs.

¹⁶³ Cabe hoje refletir se um Executivo eleito pelo povo deve sofrer as mesmas restrições.

¹⁶⁴ MARIO DE LA CUEVA in HELLER, op. cit., p. 24.

deveria ser respeitado pelos reis, mas sem maiores conseqüências quanto à afirmação de direitos políticos de participação.¹⁶⁵

A soberania do povo ascende por meio de uma resposta aristocrática ao sistema absolutista opressor. Essa resposta, ao afirmar a garantia da liberdade e da propriedade, as afirma em uma igualdade formal que abre espaço para a igualdade na participação política. Essa igualdade que encontrou seu ápice na obra de ROUSSEAU afirmava-se filosoficamente nos meandros do pensamento iluminista. A obra de LOCKE, juntamente com a realidade política que a circunscreveu, lançava as bases para que outros pensadores desenvolvessem teorias legitimadoras do Estado com fundamento na liberdade, e essa liberdade deveria respeitar a liberdade alheia, do que decorria logicamente uma igualdade que viria a desaguar na afirmação do princípio democrático como princípio legitimador do Estado.

Em 1754, ROUSSEAU concluiu seu Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens. Oito anos mais tarde, publica Emilio e o célebre Contrato social. Essas obras representam um importante avanço e um rompimento com o pensamento político da Idade Pré-moderna, trazendo à luz as idéias básicas da renovada democracia e da soberania do povo. O autor rompeu definitivamente os laços com a legitimação teocrática do direito, desenvolvendo a tese da soberania do direito racional, e concretizou o homem, afastando-se da idéia de sua natureza abstrata, colocando o homem concreto como fim único e única origem da ordem jurídica. ROSSEAU preconizou a democracia como única forma reta e justa de governar. A democracia era para ele da própria essência humana, e se eleva a categoria de direito natural primário de todos os homens. Prega uma democracia fundada na igual liberdade e na soberania do povo. No seu Contrato Social, as idéias de liberdade e de igualdade revelam um elemento arcaico, fundindo-se no direito de participar na formação da sociedade e do seu corpo político, na formação da vontade geral. Essa vontade geral é soberana. No sentido exterior, é soberana por estar integrada por uma associação de homens livres para a liberdade; e no sentido interior, é uma exigência lógica, pois se cada homem livre se autogovernasse de forma independente, não haveria possibilidade de união de

¹⁶⁵ Idem, p. 25.

vontades e nem de associação.¹⁶⁶

Para a doutrina de HOBBS a soberania se traduz na soberania pessoal do príncipe, que tem origem na soberania do povo. Resulta no Estado absoluto, com a absorção do Estado pela pessoa do príncipe; a soberania pessoal é tida como a única soberania. Como vimos expondo, a divisão da soberania em *majestas realis* e *majestas personalis* não foi capaz de revelar a soberania do Estado. O soberano absoluto de HOBBS, o parlamento despótico de BLACKSTONE, e o poder inalienável do povo em ROUSSEAU resultam todos em um Estado ilimitado.¹⁶⁷

A teoria constitucional se iniciava na Inglaterra com TOMAS SMITH e HOOKER, e atinge seu ápice com LOCKE, MONTESQUIEU, SIÉYES e BENJAMIM CONSTANT, apoiando-se na teoria da soberania do povo. A vontade geral liga-se à instituição parlamentar em MONTESQUIEU e posteriormente em ROUSSEAU. Dessa maneira, avança a doutrina da soberania resultando no poder constituinte inalienável do povo que orientou as diferentes concepções da revolução dos Estados Unidos e da Revolução Francesa.¹⁶⁸

2.3.1 A soberania do povo na revolução norte-americana

A Revolução Americana de 1776 representou um importante avanço na afirmação política da soberania do povo no cenário da modernidade. A soberania do povo já havia permeado as constituições de alguns Estados que viriam a integrar a Federação. Mas na Revolução, ela encontrou sua afirmação mais ampla, projetando-se definitivamente para a modernidade. Afirma ALEXIS DE TOCQUEVILLE que:

Se há um país no mundo em que se possa esperar apreciar por seu justo valor o dogma da soberania do povo, estudá-lo em sua aplicação aos assuntos da

¹⁶⁶ Idem, p. 27.

¹⁶⁷ QUINTANA, Segundo V. Linares. *Derecho Constitucional e instituciones políticas*. 2ªed. Buenos Aires, 1978, p. 124 e 125.

¹⁶⁸ Idem.

sociedade e julgar suas vantagens e seus perigos, esse país é seguramente a América.¹⁶⁹

A soberania do povo foi o argumento central de HAMILTON, MADISON e JAY, em sua obra “O Federalista”. Trata-se de um texto composto por 85 artigos que resultaram de reuniões ocorridas na Filadélfia em 1785. Esses artigos foram publicados com um intuito político definido: defender a ratificação da Constituição dos Estados Unidos da América. Ocorre que esta Constituição afirmava a soberania do povo como fundamento do Estado. Por esse motivo, estabelecia-se uma polêmica com os “antifederalistas”, facção política que os questionava publicamente, pois os federalistas entravam em contradição com o pensamento de *MONTESQUIEU*: para ele a democracia exigia pequenos territórios, e os grandes territórios eram propícios à monarquia. Os federalistas eram sabidamente influenciados pelo Pensamento das Luzes, especialmente MONTESQUIEU. A fim de implantar um governo fundado na soberania do povo tinham que se esforçar por provar o contrário e desfazer essa contradição. Nessa época, MONTESQUIEU desfrutava de grande prestígio na América e esse fato sem dúvida era um agravante.¹⁷⁰

O processo de discussão levado a efeito para a elaboração da Constituição foi público, cuidadoso e pacífico. Essa característica é nova no contexto histórico e político daquela época e viria a servir de exemplo de estabilidade institucional e resolução pacífica dos conflitos sociais, como relata TOCQUEVILLE:

Mas é novo na história das sociedades ver um grande povo analisar-se calma e interessadamente quando notificado pelo legislativo de que parara a engrenagem de seu governo; vê-lo examinar cuidadosamente a extensão do mal e pacientemente esperar dois anos inteiros até que fosse encontrado um remédio, ao qual ele voluntariamente se submeteu sem que isso custasse uma lágrima ou uma gota de sangue da humanidade.¹⁷¹

Como podemos ver na passagem seguinte, o princípio da soberania do povo

¹⁶⁹ TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América*. Livro1, *Leis e Costumes*. São Paulo: Martins Fontes, 5.ed. 2005, p. 66.

¹⁷⁰ WRIGHT, Benjamin Fletcher in HAMILTON, Alexander, MADISON, James e JAY, John. Tradução de Heitor Almeida Herrera. *O federalista*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984, p.14-15.

¹⁷¹ Democracy in America, Ed. Philips Bradley (Nova Iorque: Knoff, 1945) I,113, apud WRIGHT, Benjamin Fletcher in HAMILTON, Alexander, MADISON, James e JAY, John, *ob.cit.*, p.65.

é tido como fundador do Estado. Para HAMILTON, o povo detém a escolha de seu governo, fruto do consenso, da ponderação. O autor parece estar ciente do ineditismo e da importância que o fato político que se realizava teria para a humanidade:

É comum ressaltar-se que parece ter sido reservado ao povo deste país, por sua atuação e exemplo, decidir a importante questão: se as sociedades humanas são realmente capazes de criar um bom governo utilizando a ponderação e o voto, ou se elas estão para sempre condenadas a depender, para suas constituições políticas, do acidente e da força. Se houver alguma verdade nesta observação, a crise a que chegamos pode, com propriedade, ser encarada como o momento em que a decisão deve ser tomada; e uma escolha errada de nossa parte poderá, no caso, ser considerada como uma desídia para a humanidade.¹⁷²

A fundação popular da Constituição era um princípio inequívoco e se encontrava expressa em seu preâmbulo:

Nós, o Povo dos Estados Unidos, a fim de constituir uma União mais perfeita, estabelecer a Justiça, assegurar a Tranquilidade doméstica, providenciar a Defesa comum, promover o Bem- Estar geral e assegurar as Bênçãos da Liberdade para nós e nossa Posteridade, determinamos e estabelecemos esta Constituição para os Estados Unidos da América.¹⁷³

HAMILTON era incisivo na necessidade de aprovação da Constituição pela soberania popular, e na validação dos poderes do Estado por essa soberania. Citava a necessidade de fortificar o poder central, o que só poderia ser obtido por meio da aprovação do povo, que considerava a origem de toda a autoridade legítima:

A possibilidade de surgir uma questão dessa natureza comprova a necessidade de apoiar os fundamentos de nosso governo racional em algo mais profundo do que a simples sanção a autoridade delegada. A estrutura do império americano **deve repousar nas sólidas bases do consentimento do povo**. As torrentes do poder nacional **devem** jorrar diretamente dessa fonte pura, origem de toda autoridade legítima.¹⁷⁴

Embora tenha havido uma importante influência dos pensadores do Século das Luzes, há algo de novo na Constituição e no contexto histórico dos Estados Unidos da América. Há algo de específico na contribuição desse povo para a

¹⁷² HAMILTON, Alexander, MADISON, James e JAY, John, *ob .cit. loc.cit.*

¹⁷³ WRIGHT, Benjamin Fletcher in HAMILTON, Alexander, MADISON, James e JAY, John, *op. cit.*, p.66.

¹⁷⁴ HAMILTON, *ob.cit.loc.cit, grifo nosso.*

democracia que não deve passar despercebido daquele que pretende compreender cientificamente os rumos que a soberania do povo tomou daí por diante. A soberania do povo resulta na fundação do governo limitado pela Constituição. Nesse sentido, atua o princípio democrático em conjunto com as liberdades fundamentais que já integravam a tradição dos colonos. Transmite-se a idéia inglesa da garantia de direitos face ao poder, bem como a idéia de divisão da soberania entre órgãos constitucionais. Mas a formatação dada às idéias era inédita no cenário político mundial, especialmente quanto à conjugação dos direitos fundamentais liberais com a soberania do povo.¹⁷⁵

A democracia na América é dualista. Segundo ACKERMAN, isso significa a divisão da soberania do povo em dois momentos distintos: o primeiro corresponde à decisão fundamental tomada pelo povo; o segundo, a uma decisão de governo, uma decisão legislativa normal. Nesse sistema, as decisões do povo ocorrem raramente, somente em condições constitucionais específicas e excepcionais, necessitando da colaboração de um número maior de representantes. No dia a dia as decisões são tomadas pelo governo, pelo procedimento ordinário.¹⁷⁶ Ocorre que desse regime se extraiu já em 1803, a inovadora função jurisdicional para o controle das decisões majoritárias.¹⁷⁷ Essas decisões teriam a função de resguardar as decisões fundamentais do povo de sua erosão pelo legislador ordinário. Estaria a soberania do povo restrita às decisões reformadoras da Constituição? Como demonstra ACKERMAN, existem constitucionalistas de renome¹⁷⁸ que defendem uma democracia monista na América, considerando as decisões da Suprema Corte deficitárias de legitimidade para invalidar as decisões da soberania do povo. A soberania do povo estaria realmente restrita às decisões fundamentais? Podemos falar em autolimitação da soberania? A democracia como instrumento de afirmação da soberania do povo pode conciliar-se com essa tese? Cremos que a democracia

¹⁷⁵ ACKERMAN, Bruce. *We the people foundation*. London, England, 1993, p. 6.

¹⁷⁶ Idem.

¹⁷⁷ *Marbury vs. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch), 137 (1803).

¹⁷⁸ Op. cit., p. 7 e 8: "Of the modern schools, the monistic democrats have the most impressive pedigree: Woodrow Wilson, James Thayer, Charles Beard, Oliver Wendell Homes, Robert Jackson, Alexander Bickel, John Ely. These, and many other distinguished thinkers and doers, have made monism dominant amongst serious constitutionalist over the course of the last century."

que se estabeleceu na América não excluiu totalmente a soberania do povo do exercício do poder. Não bastaria dizer que a soberania se estabelece exclusivamente no momento de fundação do Estado, pois seu exercício legítimo também estaria condicionado ao consentimento. O que haveria seria uma soberania constituída, limitada, nesse sentido se compreenderia a democracia dual, em dois momentos distintos, onde a soberania estabelece as regras básicas do jogo, e num segundo momento, quando ela mesma direciona a atividade do Estado que afirma uma soberania juridicamente limitada.

No início, a Constituição previa um regime que afirmava a soberania do povo apenas na fundação do Estado, afirmando o princípio aristocrático como forma de governo. Com a ampliação do sufrágio, podemos falar em democracia na América como forma de governo, e conseqüentemente em soberania do povo em dois momentos distintos. De início, a soberania do povo exercia um controle sobre o princípio aristocrático, por meio da criação de regras para sua atuação. Num segundo momento, a ampliação do sufrágio transforma a democracia americana numa democracia autoreferencial¹⁷⁹: a soberania do povo controla a si própria. Esse autocontrole se dá principalmente por meio de um poder que não tem origem democrática, o Judiciário.

Há uma terceira corrente entre os constitucionalistas americanos, que foi classificada como "*rights foundationalists*".¹⁸⁰ Segundo ACKERMAN, enquanto os monistas e dualistas entendem que a soberania popular é a máxima autoridade na América, essa nova escola defende a primazia dos direitos.¹⁸¹ Criticada por referir-se a doutrinas estrangeiras, como LOCKE e KANT, essa doutrina tem em comum a defesa da supremacia de alguns direitos fundamentais sobre as decisões da soberania do povo, limitando-a.

A origem da Constituição tem muito em comum com essa doutrina. A idéia de direitos naturais teve forte influência na construção do Estado e na feitura de sua Constituição. A própria independência foi fomentada por uma violação aos direitos

¹⁷⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 6.ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 58 e 59.

¹⁸⁰ Op. cit., p. 11 e sgs.

¹⁸¹ Idem.

naturais dos colonos, como assim o entendiam, em decorrência de uma forte taxaço da metr3pole sem direito à representaço no parlamento. A formaço das col3nias foi impregnada pela id3ia de direitos e foi justamente essa id3ia trazida da metr3pole que motivou o nascimento das primeiras Constituiço3es das col3nias, precursoras do constitucionalismo moderno. O contratualismo foi facilmente adotado pelos colonos, favorecido pela sua situaço f3tica, pois seu estado fundara-se recentemente. Como demonstra KRIELLE,¹⁸² a id3ia de direitos naturais j3 estava impregnada na pr3xis da col3nia. Sua refer3ncia era feita para complementar o direito da metr3pole, j3 que este nem sempre se adaptava à col3nia. A base te3rica da revoluço foi integrada por esses direitos naturais da col3nia, impregnados na g3nese do Estado. A doutrina de LOCKE e de MONTESQUIEU, juntamente com ROUSSEAU e HOBBS 3 essencial para o entendimento desse movimento e de que maneira ele afirmou a soberania do povo para a modernidade.

A soberania do povo adotada na Am3rica jamais correspondeu a uma democracia direta, nos moldes arcaicos, ou à supremacia do parlamento. Ela foi aplicada de modo a ser exercida por meio de representantes, acompanhada desde o in3cio do princ3pio representativo. Embora contr3rio ao princ3pio representativo, foi ROUSSEAU o maior respons3vel pela racionalizaço da soberania do povo em um conceito jur3dico legal, do qual decorreria uma justiça por meio de um procedimento racional e geral a respeitar e afirmar a igualdade. Na pr3xis norte-americana, a soberania do povo nunca foi uma supremacia da vontade geral rousseauniana nem um Estado legalista: houve a preocupaço de conciliar a liberdade de participaço pol3tica com a liberdade existencial, de cunho individual ou liberal.

Desde a primeira Constituiço e at3 hoje, a supremacia do povo na Am3rica foi limitada pela garantia de direitos frente à m3quina p3blica. A id3ia de direitos foi adotada expressamente como opço pol3tica da modernidade, embora sua aplicaço tenha ocorrido de forma distinta em diversos regimes. Foram nos Estados Unidos da Am3rica onde essa id3ia se aplicou de forma conseqente pela primeira vez, limitando a soberania do povo em seu nascimento institucional, com importantes conseqencias para seu exerc3cio posterior.

¹⁸² KRIELLE, MARTIN. *Introducc3n a la teor3a del Estado. Fundamentos hist3ricos de la legitimidad del Estado constitucional democr3tico*. Buenos Aires: Depalma, 1980, p.216.

Ainda que essa circunstância histórica não represente um mandado impositivo para o futuro, é importante entender quais mecanismos de aplicação institucional da soberania do povo vêm sendo utilizados pelo sistema constitucional norte americano e quais os fundamentos teóricos em que se assenta, a fim de fazer uma leitura correta de suas instituições que fundamente seu aperfeiçoamento prospectivo. O modelo de soberania adotado foi um modelo filtrado pela representação e limitado pelo Direito em sua gênese e em seu exercício. Esse direito natural é bem de ver que busca um sucessor à altura, mas isso não afasta que a idéia de limitação esteve marcadamente presente na afirmação da soberania do povo na vertente norte-americana. Esse fato, devemos deixar aqui registrado.

2.3.2 A soberania do povo na Revolução Francesa

A França pré-revolucionária foi palco de privilégios tributários, dos quais se beneficiaram o clero e a nobreza. Embora o rei Luís XVI tenha tentado por duas vezes (1774 e 1787) reformar o sistema tributário, a forte influência dos privilegiados conseguiu impedir os reformadores, e o agravamento da crise levou o rei a convocar os Estados Gerais – que não se reuniam desde 1614 – em 1789, incluindo ao lado do clero e da nobreza o Terceiro Estado. O Terceiro Estado era composto pelas classes não privilegiadas, banqueiros, comerciantes, proprietários de manufaturas, arrendatários, e também camponeses, que formavam sua ampla maioria, artesãos, operários e pobres. A situação política desses últimos era humilhante: enquanto os notáveis do clero e da nobreza se levantavam e cobriam a cabeça para receber o rei, os demais deveriam recebê-lo de joelhos. Essas pessoas detinham direitos civis, mas não dispunham de participação política. SIEYÉS, abade e deputado procurador, integrava essa categoria e visava a libertação da opressão de todos os excluídos politicamente, independente da condição econômica. A libertação tem para ele uma dimensão exclusivamente política.¹⁸³

¹⁸³ BASTOS, Aurélio Wander in SIEYÉS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa. (Qui est-ce que le tiers Etat)*. Organização e introdução de Aurélio Wander Bastos. Tradução de Norma Azeredo. Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris*, 2001, XXXXIII e sgs.

O pensamento do autor representa uma afirmação dos direitos naturais numa versão moderna, sem uma dimensão teológica, fazendo convergir a *naturalisratio* de CÍCERO com a *raison écrite* de ROUSSEAU, que corresponde à restauração, ou seja, a vitória dos usurpados sobre os usurpadores. Considera a liberdade e a propriedade direitos naturais, defendendo a participação política segundo esses direitos e excluindo os privilégios de classes. Propunha a restauração do direito natural dos proprietários organizarem o governo. A teoria da representatividade a que se dedicou teve como objetivo afastar os privilégios e restaurar a propriedade como fundamento do poder político.¹⁸⁴ Os Estados Gerais não representam a nação. O Terceiro Estado é a nação. Para que haja representação política, deve a nação estar representada, de onde se extrai sua posição revolucionária: os comuns, não privilegiados, deveriam levantar-se e constituir-se enquanto nação. Divide-se sua teoria em representação da nação e em como deputados representantes deveriam se reunir para aprovar uma constituição. Propunha o voto por cabeça, igualitário. Com isso previa que os deputados do povo (proprietários) estariam em maior número do que o clero e a nobreza. Nesse ponto se evidencia que não queria a igualdade de classes, mas que a nação estivesse em maioria. O sufrágio universal não fazia parte de sua teoria, e somente veio a ser implementado com a Constituição Jacobina de 1796.^{185 186}

A soberania do povo se afirma inicialmente como elemento negativo, contrapondo-se à apropriação do Estado pelo monarca, e a usurpação do poder político pelas classes titulares de privilégios. Traduz-se na soberania da nação.

Para CARRÉ DE MALBERG há um erro na interpretação da soberania da nação como soberania do povo, o que decorre da interpretação da revolução à luz

¹⁸⁴ Em sentido contrário, veja-se SOUZA NETO, Cláudio Pereira, para quem as idéias de SIEYÉS “são bastante divergentes do liberalismo conservador que irá suceder à Revolução Francesa, francamente ancorado na restrição do direito de sufrágio às minorias economicamente privilegiadas”. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 35.

¹⁸⁵ Idem.

¹⁸⁶ Como demonstra FORTESCUE, o período pós-revolucionário foi extremamente conturbado, dando origem a um movimento contrarrevolucionário, que a ditadura jacobina que se instaurou reprimiu de forma violenta. Para o autor, esse evento correspondeu a uma verdadeira guerra civil. A força garantiu aos jacobinos a vitória a um preço muito alto, emergindo uma nação dilacerada e dividida. O período posterior foi de grande instabilidade política, palco de movimentos contra-revolucionários especialmente no período compreendido entre 1815 e 1852, após o declínio de Napoleão. FORTESCUE, William, *Revolução e contra-revolução na França*, Tradução de Álvaro Cabral, Martins fontes, 1992, p. VIII e IX.

das idéias de ROUSSEAU. Para ele, não se tratava de uma teoria relativa à origem do poder político, mas apenas relativa a seu exercício. Portanto, não havia uma divisão da soberania para cada cidadão, mas apenas a afirmação excludente dos demais, negativa, de que a soberania pertence à nação.¹⁸⁷

Não seria, entretanto, o ROUSSEAU do contrato social que foi adotado pela Constituição revolucionária.¹⁸⁸ Para este, seria incompatível a superioridade da Constituição, pois não poderia haver norma constitucional que limitasse a soberania do povo. Não haveria distinção entre o Poder Constituinte e o Poder Legislativo ordinário, ambos seriam manifestações da vontade geral soberana e única do povo:

Suponho aqui o que julgo haver demonstrado, a saber: que todas as leis fundamentais do Estado se podem revogar, mesmo o pacto social, porque se todos os cidadãos se juntassem para romper de acordo comum, sem dúvida que muito legitimamente ele seria rompido. Grócio até pensa que cada um pode renunciar ao Estado de que é membro e retornar à liberdade natural e seus bens, saindo do país. Seria absurdo não poderem todos os cidadãos unidos o que em separado cada um deles pode.¹⁸⁹

Entretanto, para o mesmo ROUSSEAU em sua obra *Considerações Sobre o Governo da Polônia*, haveria a possibilidade da revogação das leis constitucionais, desde que feitas com a mesma solenidade, e somente assim não seria contrária a natureza e à razão. Nessa passagem, deixa implícita a adoção da distinção entre poder constituinte e poder constituído:

Ora, a unanimidade requerida para o estabelecimento dessas leis deve sê-lo, do mesmo modo, para sua ab-rogação. Dessa forma, tornaremos a Constituição sólida e essas leis irrevogáveis, tanto quanto podem sê-lo. Pois é contra a natureza do corpo político o impor-se leis que não possa revogar, mais não é nem contra a Natureza, nem contra a Razão que só possa revogar essas leis com a mesma solenidade que adotou para estabelecê-las.¹⁹⁰

¹⁸⁷ MALBERG, R. Carre de. *Teoría general del Estado*. Fondo de cultura econômica. México, 1969, p. 888.

¹⁸⁸ Nesse sentido confira-se BONAVIDES, Paulo, Curso de Direito Constitucional, Malheiros, 13.ed. 2003, p. 155 e sgs.

¹⁸⁹ ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do contrato social*. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Editora Martin Claret. 2006. III, XVIII, p. 96.

¹⁹⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Considerações sobre o governo da Polônia e sua reforma projetada*. Tradução de Luiz Roberto Salinas Fortes, Brasiliense, 1982, p. 66.

SIÉYÉS¹⁹¹ demonstrou uma concepção da soberania em dois momentos distintos, o que se afirmaria na Revolução Francesa. Essa concepção dividia a soberania da nação a ser exercida por meio de seus representantes no momento da fundação do Estado, denominado-a Poder Constituinte, e um segundo momento onde a soberania seria exercida segundo os princípios fundamentais estabelecidos pela nação:

É impossível criar um corpo para um determinado fim sem dar-lhe uma organização, formas e leis próprias para que preencha as funções às quais quisemos destiná-lo. Isso é o que chamamos constituição desse corpo. É evidente que não pode existir sem ela. E é também evidente que todo Governo comissionado deve ter sua organização. Assim, o corpo de representantes, a que está confiado o poder legislativo ou o exercício da vontade comum, só existe na forma que a nação quis lhe dar; ele não é nada sem suas formas constitutivas. Não age, não se dirige e não comanda, a não ser por elas.¹⁹²

O poder constituinte cabe à nação, órgão que deve ser distinto dos órgãos constituídos. A soberania do povo se traduz na soberania da nação, e o poder constituinte é um poder à parte, seja originário ou derivado, não pode ser exercido pelos órgãos constituídos. A Assembléia Constituinte não constitui um órgão onipotente. Destina-se exclusivamente à feitura da lei constitucional e não se encarrega da lei ordinária. Não se exclui um poder ilimitado de reforma constitucional, mas apenas a possibilidade de exercerem poderes que se incumbem de constituir. As Assembléias Constituintes ou reformadoras dissolvem-se assim que cumprem sua atribuição, devendo a Constituição ser ratificada pela nação.

Distintamente do que ocorreu no movimento revolucionário norte americano, a Revolução Francesa dissociou o princípio da soberania do povo de seu verdadeiro titular, operando a transferência da soberania para o órgão representativo. Há uma inversão de termos: assumindo a forma representativa, o Poder Constituinte passa a ser a própria Assembléia Constituinte. O corpo representativo passa a ser o órgão soberano, com base na interpretação feita a respeito da soberania da nação. Essa identificação decorreu da confusão do poder com o órgão, confunde-se o poder

¹⁹¹ SIÉYES, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa. (Qui est-ce que le tiers Etat)* organização e introdução de Aurélio Wander Bastos, tradução de Norma Azeredo. Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris*, 2001.

¹⁹² Idem, p. 48.

constituente com a Constituinte.¹⁹³ A Constituinte revolucionária considerava-se soberana, uma assembléia dotada de poderes ilimitados, titular das faculdades constituintes do povo, dispensando a aprovação do povo. Essa identificação da soberania do povo com a assembléia é falsa: a soberania é indelegável e inalienável. Somente a participação e a aprovação popular legitimam a Constituinte, de acordo com o princípio da soberania do povo.¹⁹⁴

Assim, ao contrário dos americanos, que foram consequentes com a idéia de soberania do povo, constituindo uma assembléia de poderes limitados; a qual deveria ratificar a Constituição após a conclusão dos seus trabalhos; os franceses deram origem a uma confusão entre órgão e poder soberano de modo que não houve posterior ratificação e ficou aberta a porta para a usurpação do poder constituinte, admitindo a identificação da massa popular com uma assembléia, identificando o mandatário com o mandante, reconhecendo uma competência ilimitada a uma assembléia constituída pelo povo; portanto subalterna e derivada.¹⁹⁵

2.4 A soberania dos órgãos

A idéia de soberania dos órgãos pressupõe um amplo desenvolvimento teórico que a precedeu. Pressupõe a formação do conceito orgânico de Estado, formulado na doutrina alemã, de acordo com o qual se estabelece um nexo de imputação da vontade manifestada pelas diversas partes do Estado, que se unificam por meio do Direito e chegam a se constituir como uma só vontade orgânica do Estado. Só é possível, da forma que a concebemos, dentro do Estado constitucional,

¹⁹³ BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional, Malheiros*. 13.ed. 2003, p. 159 e sgs.

¹⁹⁴ Idem.

¹⁹⁵ Nesse sentido, afirma LABOULAYE: "*Nós fazemos o mandatário idêntico ao mandante, numa deplorável confusão que confisca a soberania nacional em proveito de alguns homens, à mercê dos quais fica o país. Ao contrário, para os americanos é inalienável a soberania: não possuem os deputados senão um poder subalterno e derivado.*" LABOULAYE, Eduard, *Questions Constitutionnelles apud* BONAVIDES, Paulo, op. cit., loc. cit.

sem o que seria impensável. Sua definição pressupõe uma divisão da soberania em dois momentos. Um primeiro momento denominado poder constituinte, correspondente ao momento fundamental do Estado, ao qual se ligaria um conceito de soberania mais amplo e possivelmente revolucionário, quando a soberania dos órgãos ainda não atua, mas é nesse momento estabelecida. E um segundo momento, já pressupondo a Constituição pré-estabelecida, quando a soberania dos órgãos se desenvolve como atributo do Estado já constituído, de acordo com as normas de competência e com os procedimentos constitucionalmente estabelecidos.

De acordo com GERBER, o poder público não se resume apenas numa coordenação artificial e mecânica das vontades particulares, mas corresponde a uma força ética comum fundada na autoconsciência do povo. Para ele, essa força não é reflexiva, mas resulta naturalmente da constituição do Estado, tido como a forma social mais alta da humanidade. Esse poder, entretanto, não chega a ter um caráter jurídico, ainda que seja situado como o direito essencial para o Estado. Seu caráter é ético, e o jurídico é para ele o modo de exteriorização do poder, o *imperium*, um poder efetivo de vontade a que está submetido o povo. O conceito de órgão foi formulado por GERBER sem uma preocupação com seu valor para o direito, embora afirme a existência dos órgãos, por meio dos quais se realiza a vontade da personalidade do Estado. A questão crucial do Estado de Direito surge para ele quando da atuação dos órgãos e, embora não seja explícito a respeito do tema, ao determinar os limites da vontade do Estado afirma que esta não é como o direito privado, pois recebe o seu limite e direção a partir do fundamento ético de sua existência. Para o autor, até mesmo o monarca, tido como órgão supremo de um Estado Monárquico, obra juridicamente, pois exterioriza sua vontade dentro dos limites que ele mesmo atribui aos seus órgãos supremos, que corresponde ao Direito Constitucional.¹⁹⁶ Assim, enquanto OTTO MAYER¹⁹⁷ e LABAND afirmam

¹⁹⁶ GERBER, *Gründzuge, Vorrede*, p.19-21, 70 e sgs. *apud* RIOS, Fernando de Los, in: JELLINEK, op. cit., prólogo, XI e XII.

¹⁹⁷ MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*. Tomo I. Parte general. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1949: Isto não afasta que para o autor, embora o conceito de Soberania absoluta do Estado tenha se transportado para o *Rechtsstaat*, haja a vinculação da autoridade soberana universal ao direito que dela emana, recebendo esta uma organização específica, por meio de formas características do direito, sendo as normas de direito público consideradas o direito comum do Estado que vem somar-se ao direito civil: “Los grandes principios que lograron extraerse son, por una parte, la soberanía absoluta del Estado; por otra, la sumisión de cierta esfera de la actividad del Estado al derecho civil y a la jurisdicción civil. Ambos principios han sido conservados. Ya no hay derechos de supremacía que den la medida de la potestad del Estado sobre sus súbditos; no hay más que un poder del Estado, universal, que actúa soberanamente, en el sentido de la antigua majestas populi romani. No obstante, a diferencia de ésta y según el modelo que el régimen de policía diera, subsiste la posibilidad de aplicar, al Estado, hasta cierto punto, el derecho civil destinado a

que não há limitação jurídica para o Estado, FERNANDO DE LOS RIOS propõe a seguinte questão: e para seus órgãos?¹⁹⁸

Para GIERKE, o Estado se diferencia por se constituir uma comunidade de ação política dotada de poder supremo, de vontade soberana, que estão subordinados à realização de um determinado aspecto essencial da comunidade humana. Sua base é a vontade geral, exterioriza-se como poder organizado e, sua atuação realiza um fim consciente. Tem um valor categórico e permanente na vida da cultura humana, é um produto da conjunção de forças sociais que refletem também no indivíduo, e não pode ser considerado como fruto de uma livre criação do indivíduo. O Estado se exterioriza como um organismo social humano, dotado de vida própria, distinta da de seus membros, de modo a formar uma unidade real. Estado e Direito nascem conjuntamente, e um supõe o outro de maneira que o Estado deve estar dentro do Direito, não sobre ele. A vontade do Estado se exterioriza por meio do Direito, e a ordem jurídica se situa como norma e como limitação da vontade soberana do Estado.^{199 200}

O conceito de autoridade, e mais especificamente o conceito de autoridade da

regular las relaciones de los individuos entre sí y de recurrir contra él a los tribunales instituidos para juzgar las controversias de derecho civil.”, p.67-68.

¹⁹⁸ In: JELLINEK, op. cit., prólogo, XII.

¹⁹⁹ GIERKE, *Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien*, in .153-198 *Zeitschrift für Staatswissenschaft*, pp 153-298 e 265-335, apud RIOS, Fernando de Los, in JELLINEK, ob.cit., prólogo, XX e XXI.

²⁰⁰ A idéia de unidade para HELLER se expressa no Estado não como uma *unidade de um organismo real*, mas como uma *unidade real de organização*. Propõe a seguinte questão: como conceber o Estado como um ente de atuação unitária se sua manifestação é produzida por muitos? Observa que esse problema não é exclusivo do Estado, mas é comum a todas as organizações, e afirma que o Estado é algo mais que o conjunto dos indivíduos que o compõem, mas que isso sucede em outras formas de ação concertada da humanidade, não sendo um aspecto característico do Estado. Assim, para o autor, a ação do Estado não aparece nem como orgânica nem como fictícia, mas como unidade de ação humana organizada de natureza especial. Trata-se de uma unidade real, cuja estrutura ativa de existência se faz possível graças à atuação de órgãos especiais de maneira que a cooperação humana é conscientemente dirigida à formação eficaz de uma unidade. Para ele, a unidade do Estado só pode se concebida como resultado de uma ação humana consciente, de uma formação consciente de unidade como organização: *“De máxima importancia para el nacimiento y conservación de la unidad estatal son, sin duda, los vínculos vitales e impulsivos, los lazos de la psicología colectiva y al imitación, los geográficos, nacionales, económicos e incluso jurídicos, todas las comunidades naturales e históricas, todos los factores de integración reales y funcionales. Pero si se quiere captar la ley sustantiva del Estado hay que tomar en consideración en todas esas circunstancias tanto la función que tiende a la unidad como la que se opone a ella. La relativa homogeneidad puede ser una de las causas de la unidad del Estado; pero, a la inversa, esa homogeneidad puede ser resultado de la acción de la unidad estatal. Nunca, sin embargo, el carácter relativamente unitario, en lo natural o cultural, de los habitantes podrá engendrar por sí mismo la unidad del Estado. Ésta sólo puede concebirse, en última instancia, como resultado de una acción humana consciente, de una formación consciente de unidad, como organización.”* HELLER, Hermann, *Teoría Del Estado*. Editorial Comares, Granada, 2004, pg.264 e sgs.

função, é fundamental para a compreensão da legitimidade do Estado constitucional. A autoridade da função é intermediária entre o poder e o direito, constituindo um ponto de interseção entre os conceitos de soberania e validade. A autoridade da função se distingue da autoridade pessoal. Não é a pessoa que tem autoridade, mas aquele que ocupa a função. Conclui-se que a autoridade é uma força jurídica, provém do direito. Desse modo é que é intermediária entre o poder e o direito. A soberania é exercida com base no direito, traduzindo-se, dentro do Estado constitucional, na autoridade da função, sendo esta determinada pelo direito. Assim, a soberania é uma autoridade determinada e delimitada pelo direito, dentro do Estado constitucional. O conceito de soberania tradicional só se aplica fora do Estado constitucional, antes ou até o momento de sua formação ou constituição. A partir daí, a soberania é exercida mediante poderes constituídos, na forma de autoridade jurídica funcional, formalmente traduzida por competência jurídica. O conceito de competência é estritamente formal, não abarcando a questão da soberania como autoridade embasada na legitimidade. Por esse motivo tem se afirmado que no Estado constitucional não existe competência para a competência²⁰¹ ou que não existe soberania, simplesmente. A autoridade se assenta sobre o Direito e não sobre o poder. Quem possui autoridade funcional possui o poder de exercer as funções do Estado. Suas decisões são executadas pela força pública, se necessário. O poder do Estado provém da autoridade conferida à função, autoridade esta que provém do Direito, mediatamente. Conclui-se que o poder provém do direito²⁰². O conceito de autoridade da função proporciona a possibilidade de distinguir o Estado constitucional da ditadura.

De acordo com KARL LOEWENSTEIN, os órgãos e autoridades e seus funcionários que estão encarregados por meio das normas de Constituição do Estado, do desempenho de determinadas funções no interesse da coletividade, detêm a soberania dos órgãos, ou seja, o seu poder político está atrelado ao cargo que ocupa, limitado pelas competências legais. Trata-se de um poder despersonalizado, na medida em que o cargo pode ser ocupado por todos que

²⁰¹ ZIPPELIUS, Reinhold, *Teoria Geral do Estado*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 3ed, p.80 e sgs.

²⁰² KRIELE, MARTIN. *Introducción a la teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*. Buenos Aires: Depalma, 1980, p. 19.

preenchem os requisitos previamente estabelecidos para tanto. O poder é inerente ao cargo, não se confunde com a pessoa que o exerça num determinado momento.

203

A despersonalização do poder e seu exercício dentro dos limites jurídicos de sua competência são características de um poder contido pelo Direito, um poder jurídico. A soberania dos órgãos liga-se ao Estado de Direito Constitucional, pois se trata do exercício do poder soberano do Estado dentro dos limites da Constituição. De acordo com essa teoria, o poder homogêneo do Estado se exerce por meio de seus órgãos, os quais agem sempre de acordo com as normas jurídicas de competência previamente dispostas. Já que o Estado é uma realidade complexa, dotado de diversas funções, ramificações, repartições, a teoria orgânica do Estado vem dar uma resposta para a necessidade de conciliar a sua realidade com a idéia de unicidade e homogeneidade que corresponde à soberania. A soberania dos órgãos é a soberania aplicada ao exercício homogêneo dos poderes públicos os quais encontram essa homogeneidade nas normas jurídicas, as quais o ligam à mesma fonte de decisão, formando uma unidade de ação e decisão. Essa unidade jurídica do poder do Estado se liga à idéia de soberania. Existe uma relação entre soberania dos órgãos e unidade do poder do Estado, pois na existência de competências de regulação soberana e autônoma fora dos órgãos do Estado, de que nenhum de seus órgãos possa dispor, ficaria o Estado privado da supremacia das competências e, portanto, da soberania. É nesse sentido que a unidade do Estado se afirma como um pressuposto da soberania.²⁰⁴

Essa unidade tem um sentido negativo, que corresponde à inexistência de competências de regulação soberanas autônomas frente ao Estado e a um espaço livre de vinculação onde exerce essa atividade soberanamente. No sentido positivo corresponde ao poder de criar e abolir leis segundo as normas de competência previamente estabelecidas, e a uma limitação por meio de normas de competência hierarquicamente superiores, e que lhe dão a forma e lhe são constitutivas.

BODIN já havia formulado a soberania em termos jurídicos, conceituando o

²⁰³ Op. cit. p. 36.

²⁰⁴ ZIPPELIUS, op. cit., p. 80.

ponto central do poder soberano como a faculdade de legislar sem consentimento dos súditos ou dos estamentos. A essa ampla extensão de competência de regulação corresponde à independência interna, ou supremacia do Estado sobre os estamentos, pois legislava sem consentimento:

Este poder de criar e abolir leis engloba simultaneamente todos os demais direitos e características da soberania, de modo que, em rigor, apenas existe esta característica da soberania. Todos os outros direitos soberanos são a ele subsumíveis.²⁰⁵

O poder político centralizado é tido por BODIN como característica inerente à soberania, de modo que mesmo numa democracia deve existir uma corporação soberana. Entretanto para ele haveria um risco, pois esse sistema careceria de um chefe dotado de um poder soberano, e que pudesse estabelecer a unidade entre todos. Conclui, com base nesse raciocínio, que a característica que considera eminente do Estado, o poder soberano, só é possível numa monarquia, pois para ele “ninguém, além de uma única pessoa, pode ser soberano no Estado.”²⁰⁶ Atribui a soberania ao monarca, de modo que o Estado se identifica com o monarca, segundo a conhecida fórmula “*L’État c’est moi*”. Há, portanto, a personalização do poder político do Estado.

Enquanto a doutrina do Direito natural atribui a soberania plena a um titular por direito próprio – seja o príncipe, um corpo aristocrático ou uma assembléia popular – considera que a divisão da soberania entre vários membros conduz à dissolução do Estado.²⁰⁷ Para esta escola, a consequência lógica do conceito de Estado era a concentração de todo seu poder em uma só vontade, ainda que se trate de uma pessoa física ou de um *corpus*. Vai contra o dualismo do Estado, procura superá-lo, com a aniquilação do poderio corporativo, municipal e feudal, de modo que decorre das relações políticas da Europa continental. Enquanto isso, na Inglaterra, a teoria constitucional põe o povo no centro de gravidade dos poderes do Estado, ainda que, segundo LOCKE, o rei também se situe como poder mais

²⁰⁵ BODIN, I, 10, *apud*. ZIPPELIUS, op. cit., p. 75

²⁰⁶ *Idem*.

²⁰⁷ Nesse sentido HOBBS, *De cive*, XII, 5; HOBBS, Thomas de Malmesbury. *Do Cidadão*. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

elevado, sendo o maior de todos o legislativo.²⁰⁸ Já a doutrina oficial inglesa, seguindo a doutrina de BLACKSTONE, concebe um Parlamento formado pelo rei e pelas duas Câmaras, e que a soberania pertence unicamente ao rei.²⁰⁹ MONTESQUIEU transforma essa concepção em sua doutrina de três poderes independentes, deixando em aberto a questão a respeito da unidade do Estado, e da relação dos poderes com esta unidade. Há posteriormente dificuldades na tentativa de transportar essa doutrina para a realidade, de ordem prática e doutrinal. Teoricamente, a concepção democrática que viria a orientar a revolução francesa e que se embasa em uma visão de soberania popular que não admite a divisão de poderes, interpreta um papel importante. A Constituinte Francesa proclama o princípio da divisão de poderes e na prática não o leva às suas conseqüências últimas, fazendo do órgão legislativo um órgão dotado de superioridade em relação aos demais poderes. Já para a constituinte americana, há a necessidade de declarar a separação de poderes e ainda de determinar constitucionalmente a existência de Estados membros e da União. Para eles, era evidente que todos os poderes pertenciam ao povo originariamente, e que esse povo poderia, por meio da Constituição, juridicamente, atribuir as competências aos órgãos para que os representassem. Essa unificação de todos os poderes como representantes da soberania do povo se deu por meio das normas da Constituição, reconhecida no preâmbulo da Constituição norte-americana. Segundo a teoria oficial, o povo reúne em si todos os poderes, podendo dispor dos mesmos novamente por meio da mudança de Constituição. Já no caso francês, há uma contradição, justificada pelo espírito daquela época: enquanto declara o princípio da separação de poderes, afirma que a soberania é una, indivisível, inalienável, imprescritível, que pertence à nação, e que a nenhuma parte do povo, nem a um indivíduo poderia atribuir-se seu exercício.²¹⁰ SIEYÉS viria formular sua doutrina do poder constituinte justamente para solucionar essa contradição. O poder constituinte deveria pertencer ao povo de

²⁰⁸ JELLINEK, op. cit., p. 373-374.

²⁰⁹ Idem.

²¹⁰ SIÉYES, Emmanuel Joseph. A constituinte burguesa. (Qui est-ce que le tiers Etat) organização e introdução de Aurélio Wander Bastos. Tradução de Norma Azeredo. Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris*, 2001, p.45 e sgs.

forma inalienável, se opondo a todos demais poderes como poderes constituídos, e a unidade originária dos poderes haveria estar demonstrada no direito de modificar a Constituição.²¹¹

Para JELLINEK, há Estados soberanos e não soberanos, situando-se como soberanos apenas os Estados que possuam capacidade de organizar-se por si mesmos e autonomia, sendo a sua nota essencial a existência de um poder próprio, que não se pode derivar de nenhum outro. Esse poder deve proceder do próprio Estado, e deve ser ordenado segundo seu próprio direito. Deve ter um poder originário, e meios coercitivos para dominar seus membros e seu território, segundo uma ordem jurídica que emana dele mesmo, e de mais ninguém. Exterioriza-se mediante a existência de um órgão independente, sendo a primeira nota distintiva do Estado a existência de uma organização própria, e de uma divisão de poder unida a esta organização. Para que uma nação seja caracterizada como Estado, se faz necessário que o órgão supremo que põe em movimento a atividade da associação seja independente, de modo que não coincida juridicamente com o órgão de outro Estado. Ainda nos Estados que adotaram constituições com separação de poderes, a unidade do Estado é atribuída ao soberano.²¹²

Para o autor a soberania é, segundo as concepções formalistas do Direito, um poder jurídico que está obrigado a respeitar o Direito. Não tolera restrição jurídica absoluta, há a possibilidade de se alterar a restrição, mas somente por meio da alteração do Direito, criando-se novas restrições jurídicas. O que há de permanente não são as limitações, mas a limitação em si mesma. Esse o aspecto puramente formal da soberania. Mas adverte o autor que este é apenas um conceito jurídico auxiliar de soberania, pois nada diz respeito ao conteúdo da limitação. **Se for adotada isoladamente, essa concepção se relaciona com o conceito**

²¹¹ JELLINEK, op. cit., 376: *“Las posteriores Constituciones de los Estados, aun cuando todas hayan aceptado, hasta cierto límite, el principio de la división de los poderes, admite un punto de unión en los mismos, a saber: el monarca, en los Estados en que el principio monárquico es el que rige; el pueblo, en los restantes. En ambos casos, significa esto el reconocimiento expreso de la unidad del Estado mediante una fórmula que sólo puede ser comprendida se si la considera desde el punto de vista de la evolución de la doctrina de la soberanía.”*

²¹² Op. cit., p. 366 e sgs.

absolutista de soberania. ²¹³ Essa doutrina foi trazida por ROUSSEAU, resultando na ilimitação da vontade popular. ²¹⁴ Segundo essa concepção, todas as possibilidades de ampliação da competência do Estado correspondem à esfera atual do Estado, concluindo pela onipotência do Estado às custas das liberdades individuais. Por isso, esse conceito deve ser complementado com o conceito de pessoa, segundo o qual as associações e os indivíduos têm seu direito próprio, que não possuem por graça ou por uma concepção do Estado soberano, nem isso foi para ele delegado. Há a necessidade do reconhecimento dessa titularidade jurídica, que circunda o conceito de pessoa, e que exclui dessa esfera o poder de disposição do Estado soberano. ²¹⁵ O poder jurídico do Estado acerca de sua competência tem valor como um conceito auxiliar, devendo ter em vista os limites decorrentes dos direitos próprios da pessoa. ²¹⁶ Nesse sentido deve ser entendida a soberania do Estado, enquanto conceito positivo, como a capacidade exclusiva de o Estado dar-se, segundo sua vontade soberana, um conteúdo que o obrigue, determinando livremente (em relação a poderes externos) sua estrutura e suas normas de competência, determinando-se juridicamente. ²¹⁷ O poder soberano do Estado se expressa dessa forma por meio de seus órgãos, na medida jurídica de suas competências auto delimitadas de forma independente de qualquer outro poder (soberano). A unificação das múltiplas manifestações orgânicas de seu poder soberano se dá por meio das normas que cria, pelo elemento formal, sendo a idéia

²¹³ Segundo JELLINEK: *“Esta era en efecto la concepción de los absolutistas, para quienes la misma propiedad sólo correspondía al individuo en cuanto así lo determinaba el Estado. La doctrina del príncipe absoluto fue traducida por Rousseau en la de la ilimitación de la voluntad popular. Mas la mera posibilidad abstracta de poseer un derecho de soberanía no ejerce el menor influjo sobre las personalidades que viven en el Estado, bien sean éstas individuos o asociaciones. Ellas tienen su derecho propio, que no poseen por una licencia ni por una gracia del Estado soberano, ni como algo que les hubiese sido delegado, sino en fuerza del reconocimiento de su carácter de titulares del mismo, esto es, como personas, la cual cualidad queda completamente fuera del círculo del poder real del Estado el podérsela sustraer.”*, op. cit., p. 362.

²¹⁴ Idem.

²¹⁵ Op. cit., p. 262-263.

²¹⁶ Idem: *“Sólo sobre la base de este conocimiento, se hace posible desterrar del concepto de la soberanía la errónea concepción de su carácter ilimitable y transformarlo en un concepto jurídico que corresponda a nuestras actuales concepciones del Derecho. Únicamente esta transformación es capaz de suministrarle un contenido positivo y de sacarlo del círculo de las negaciones en que por tanto tiempo ha vivido. Soberanía no indica ilimitabilidad sino tan sólo facultad de determinarse por sí mismo exclusivamente, y por tanto, la autolimitación del poder del Estado, no obligado jurídicamente por poderes extraños para instituir un ordenado sobre la base del cual solamente la actividad del Estado adquiere un carácter jurídico.”* p. 361-362.

²¹⁷ Idem, p. 361.

de representação essencial para o entendimento da manifestação da soberania democrática por meio da norma formulada democraticamente, as quais orientam, embasam e limitam a ação dos órgãos do Estado de modo a formar um todo soberano, que tem que ter suas decisões invariavelmente reconduzidas ao princípio democrático. Nesse sentido que deve ser entendida a seguinte afirmação, num Estado constitucional democrático, dotado de separação de poderes. Segundo JELLINEK:

*Para el conocimiento de la unidad de la naturaleza del Estado no existe su cuestión, que es tan importante cuando se trata de la Historia y la Política. Cada órgano de aquél representa, dentro de sus límites, el poder del Estado. Es posible, pues, hablar de una división de competencia, pero no de una división de poderes. En la variedad de sus órganos no existe, por tanto, sino un solo poder del Estado.*²¹⁸

A soberania para ZIPPELIUS deve ser atribuída a uma unidade juridicamente organizada de poder e de ação, e somente assim se faz possível compreender as manifestações do poder estatal, “... como produtos de um sistema de cooperação juridicamente coordenada e com fluxos de um sistema de competências que apenas no seu conjunto possuem a totalidade do poder do Estado.”²¹⁹

A idéia de unidade se refere a um conjunto orgânico, ligado pelas normas de competência. A soberania se refere à unidade do Estado, e esta unidade somente pode ser visualizada tendo em mente o conjunto dos órgãos estatais, que em seu todo constituem uma unidade por meio de um sistema de normas jurídicas de competência que coordenam sua atividade, lhe dão a forma, os fins e a direção e formam a estrutura lógica de sua atuação. Ao mesmo tempo, este sistema de normas de competência dá o desenho, o âmbito e os limites da atuação do Estado, garantindo a previsibilidade e a segurança necessária para o livre desenvolvimento da sociedade. As competências de regulação devem ser atribuídas de forma não contraditória, de maneira inequívoca e eficaz, de modo que por meio do sistema jurídico se garanta a unidade do Estado.²²⁰

²¹⁸ Op. cit., p, 377.

²¹⁹ ZIPPELIUS, op. cit., p. 77.

²²⁰ Idem.

Considerado como um sistema de competências de regulação jurídica,²²¹ o Estado não se forma apenas por competências de mesmo nível, havendo uma hierarquia de competências que decorre de uma hierarquia jurídica. Para o Estado, há também a soberania de competência ou competência para a competência, ou seja, a competência para criar ou extinguir competências, para determinar juridicamente o âmbito de suas próprias competências. Aquele órgão que exerce de forma eficaz a soberania de competência (soberania dos órgãos), tem preeminência dentro do Estado. Designa o poder jurídico de disposição do conjunto de normas de competência em vigor, fundado na Constituição. O conceito exclui a possibilidade de disposição da estrutura da Constituição, bem como das supremas normas de competência, as quais constituem órgão supremo do Estado. Numa democracia representativa, essas normas correspondem àquelas que indicam o órgão que representa a soberania dos órgãos, embora a titularidade pertença ao representado. Essas normas fundamentais do Estado já eram reconhecidas por BODIN, que as considerava fora do poder de disposição do soberano. Numa ditadura ou numa monarquia, essas normas se referem a uma pessoa. O elemento pessoal não impede sua consideração como um órgão. Numa democracia direta, essas normas referem-se à totalidade dos cidadãos. Trata-se de um poder criado, limitado por normas hierarquicamente superiores. Esse poder limitado pela Constituição legitima-se por essas normas e assume a qualidade de poder constituído.²²²

Esse conceito mais estrito de soberania deve distinguir-se de um conceito mais amplo, que corresponde a uma soberania juridicamente ilimitada, ou anterior ao direito, que inclui o poder de dispor sobre as normas fundamentais da Constituição, um poder de caráter revolucionário, embora tenha a faculdade de determinar-se de acordo com o ordenamento vigente, quando não terá esse caráter. Embora tenha essa faculdade, não está vinculado ao ordenamento jurídico constitucional vigente, sendo essa desvinculação que o caracteriza como um poder constituinte, que vai além das revisões constitucionais permitidas. ROUSSEAU formulou o conceito de soberania democrática nessa vertente ilimitada, absoluta,

²²¹ HELLER, Hermann, *Teoría Del Estado*. Editorial Comares, Granada, 2004.

²²² ZIPPELIUS, op. cit., loc. cit.

aproximando-se à concepção monárquica da soberania absoluta. Essa concepção é arcaica, decorre da identificação entre o povo, a *communitas* de cidadãos e o Estado, concepção que influenciou o absolutismo monárquico²²³ e que é retomada por ROUSSEAU para a concepção de uma democracia ilimitada, onde a vontade geral é dotada de soberania absoluta:

Se o Estado ou a cidade é uma pessoa moral, cuja vida permanece na união de seus membros, e se o mais importante de seus desvelos é o da própria conservação, claro está que necessita de uma força universal e compulsória para mover e dispor cada parte do modo mais conveniente ao todo. Como a natureza dá ao homem um poder absoluto sobre todos os seus membros, o pacto social dá ao corpo político um poder absoluto sobre todos os seus; e é este mesmo poder que, encaminhado pela vontade geral, tem o nome de soberania, como já disse... Enquanto muitos homens reunidos se consideram como um só corpo, sua vontade é uma, a conservação comum e o bem de todos; as molas do Estado são vigorosas e simples, seus ditames, claros e luminosos, não há interesses intrincados e para conhecê-los basta o bom contraditório, evidente se mostra em toda parte o bem comum, e senso.²²⁴

Portanto, numa democracia esse poder pertence ao povo embora se expresse por meio da vontade geral. Se em ROUSSEAU²²⁵ o povo é a fonte da legislação, para SIEYÉS com maior razão é o único titular legítimo do poder constituinte.²²⁶

Conceitua-se a soberania dos órgãos como um poder supremo de regulação jurídica fundado na constituição. Soberania dos órgãos e poder constituinte correspondem a duas gradações distintas de desvinculação jurídica. Para a soberania dos órgãos haveria a desvinculação parcial, respeitadas as normas constitucionais fundamentais que lhe constituem e as normas estruturantes do Estado, ou que expressamente tenham sido excluídas de sua disposição pela Constituição. A idéia de não limitação para o poder constituinte deve ser apreendida como desvinculação jurídica, pois esse mesmo poder é fruto de um jogo de forças

²²³ JELLINEK, op. cit., p.543.

²²⁴ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Editora Martin Claret, 2006, IV, I, p. 99 e II, IV, p. 42-43.

²²⁵ Segundo ROUSSEAU: "Vimos que o poder legislativo pertence ao povo, e não pode pertencer senão a ele. Ao contrário, vemos facilmente pelos princípios atrás expostos que o poder executivo não pode pertencer à generalidade como legisladora e soberana, porque esse poder só consiste em atos particulares, que não competem à lei, nem por conseguinte ao soberano, cujos atos todos não podem ser senão leis." ROUSSEAU, Jean- Jacques . *Do contrato social*. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Editora Martin Claret, 2006. III, I, p. 63.

²²⁶ SIÉYES, Emmanuel Joseph, op. cit., loc. cit.

que se reúnem num determinado momento com o fim de alterar as regras estruturantes da sociedade. Nasce como um movimento político, só posteriormente assumindo feição jurídica. Assim demonstra ZIPPELIUS que:

Soberania dos órgãos e poder constituinte significam somente desvinculação – ali parcial; aqui plena – de condicionalismos e limitações jurídicos, quanto à capacidade decisória. Eles não abrangem, contudo, também a inexistência de quaisquer restrições quanto à liberdade de acção, *resultantes de circunstâncias fáticas e especialmente de condicionalismos de política de força.*²²⁷

2.5 No Estado constitucional há soberano?

Em primeiro lugar, cabe distinguir os elementos absolutistas do conceito de soberania, para somente então conceituar a soberania no Estado Constitucional de onde extrairemos a resposta para a questão proposta. Devemos ainda ponderar que a soberania não nasce como um conceito de índole absoluta. BODIN já previa limitações à soberania, dentre elas o direito natural, a *pacta sunt servanda*, a propriedade, e o direito sucessório real. Entretanto, essa teoria foi base para futuros desenvolvimentos que a levaram as suas mais radicais consequências lógicas, especialmente com HOBBS e SCHMITT²²⁸. Este último autor procura aplicar a lógica absolutista à democracia. Seguindo esta esteira, a soberania absoluta, ou soberania do soberano, contém alguns elementos que expomos a seguir:²²⁹

²²⁷ ZIPPELIUS, ob. cit., p. 79-80.

²²⁸ Para Schmitt, toda política é teológica e a política moderna é a teologia secularizada. Esta se realizou de forma perfeita no absolutismo monárquico. A origem do Estado nasce da pura vontade do soberano, não se funda na razão, na discussão ou na norma e sim numa vontade posta por um poder absoluto. Tanto o direito quanto a teologia teriam dois princípios. As escrituras e a lei. A figura do teólogo surge com aquele especialista que detém o poder de interpretar o poder de Deus nos textos. Ele agiria em busca da estabilização da superstição, para cristalizar a forma e o conteúdo do medo e da esperança. Da mesma forma a superstição pode ser utilizada para dominar a multidão, através da sacralização do poder político, que passa a deter os segredos da política. Assim como na religião tem-se o medo de Deus, na política, tem-se o medo do soberano. Assim como Deus é onipotente para criar o mundo, a vontade do soberano é onipotente para criar o Estado. Neste sentido, toda aplicação do direito, assim como a criação do mundo, é também uma criação a partir do nada. O Soberano, assim como Deus, cria *ex nihilo* e não tem nenhuma obrigação de ser racional ou justo. Assim como Deus não está acorrentado às leis divinas, o soberano está acima das leis. Assim como Deus suspende suas próprias leis e interfere no universo por meios extraordinários através do milagre, também, em momentos de perigo, a ação do soberano não é retida pelas leis, mas responde à exceção como um ato excepcional. SCHMITT, Carl. *Teologia Política*, p. 35 e CHAUI, Marilena. *O Retorno do Teológico-Político*. p.30.

²²⁹ Veja-se KRIELLE, op. cit., p. 66 e sgs.

- a) O soberano pode dispor ilimitadamente sobre o Direito: pode criar novo direito, revogar ou derogar o antigo sem qualquer limitação.
- b) O soberano pode violar o Direito: não está vinculado às regras que ele mesmo criou, nem mesmo ao direito tradicional que representou a base de legitimidade do monarca. Não há para o soberano a necessidade de modificar o Direito, pois não precisa respeitá-lo. Embora os demais estejam vinculados ao Direito, o soberano pode determinar que deixem de aplicá-lo em determinada situação, conforme sua vontade arbitrária.
- c) O soberano detém todas as competências do Estado: o poder se encontra nas mãos do soberano de forma indivisível. Embora possam existir órgãos do Estado dotados de competência abaixo do soberano, ele está pessoalmente acima de todas as competências, é ele que confere unidade ao Estado. Não há exercício da soberania pelos órgãos, somente o soberano pode exercê-la em pessoa. Ainda que o soberano seja considerado um órgão, é o único órgão soberano. Não há por que se falar em competência conferida pelo Direito, pois o soberano está acima de todas as competências e do próprio direito.
- d) A soberania é incondicionada, irrevogável e ilimitada temporalmente: Todos os súditos devem se resignar diante dela. Não há qualquer hipótese de revogação da soberania, pois se alguém pudesse decidir sobre sua presença não haveria soberania. Se outra instância obtivesse esse poder de decisão o soberano não seria soberano.
- e) A soberania é ilimitada em seu conteúdo: Não pode haver direito de resistência diante do soberano por quem quer que seja. Não há direito natural obrigatório de qualquer espécie. A única doutrina de direito natural obrigatório admitida é a da soberania absoluta. A equidade e o direito natural têm valor moral, apenas podendo aconselhar o soberano. Sequer o contrato social pode ser oposto ao soberano, pois este é tido como um terceiro. De acordo com HOBBS²³⁰, o contrato se dá entre o

²³⁰ Para HOBBS, o poder político do soberano, é a soma dos supremos poderes: econômico (*dominium*) e coercitivo (*imperium*). O soberano não participa do pacto. Ele é um terceiro, uma única pessoa situada acima das partes, a quem estas atribuem o poder que cada um tem em estado de natureza. O pacto é irrevogável, absoluto e indivisível. Não pode haver revogação do pacto entre os súditos e o soberano, pois este não participa do mesmo. O pacto é um contrato dos súditos entre si. O poder do soberano é absoluto. Quem o detém, pode exercê-lo sem limites exteriores. Para a constituição do pacto, os indivíduos renunciam a todas as coisas, exceto ao direito à vida, uma vez que o pacto é constituído justamente para que estes indivíduos escapem da ameaça de morte presente no estado de natureza. No capítulo XXI de *O Leviatã*, Hobbes define

próprio povo, que aliena seus direitos em favor do soberano, de modo que este é apenas um terceiro beneficiário. O soberano é a pessoa favorecida pelo contrato, mas não é parte dele, portanto não pode violá-lo.

Deve haver um soberano, um único ente capaz de corporificar a soberania, de tomar a decisão supostamente necessária de forma autônoma de quaisquer vinculações, o que seria para essa doutrina uma característica necessária à segurança do Estado. A personificação da soberania e a identificação do Estado com o soberano têm relação histórica com a identificação do monarca com o Estado na Idade Média, quando este combatia contra os poderes feudais, a Igreja e o Império. Essa necessidade de identificação é uma característica marcante nessa doutrina, em suas mais variadas vertentes. A identificação entre monarca e o Estado vai buscar na autarquia grega suas origens teóricas. O pensamento grego transmitiu-se para a Idade Média e a *communitas perfecta* alcançou os primeiros teóricos do direito natural, do que resultou na identificação do povo com o Estado na Inglaterra. Já na Idade Média, como noticia JELLINEK, a influência dessas idéias no conceito de soberania chegou por meio da soberania do povo à soberania do monarca:

*Esta comunidad de los ciudadanos era para los antiguos el Estado, como más tarde el príncipe absoluto hubo de identificarse con él, dada la concepción general que prevaleció sobre la monarquía absoluta. Su forma típica es aquella clase de democracia republicana que hubo de realizarse en Atenas desde la época de Pericles; es la imagen de la monarquía absoluta.*²³¹

A identificação com o Estado, seja da soberania do povo seja a soberania do

os direitos e liberdades dos súditos ficando configurado o direito à resistência no seguinte trecho: “Se o soberano ordena a um homem – ainda que justamente condenado – que mate, fira ou mutila a si próprio, ou que não resista àquele que o ataca, ou que se abstenha de comer, de respirar, de tomar remédios ou de fazer outra coisa sem a qual não poderia viver, esse homem tem a liberdade de desobedecer.” HOBBS, *O Leviatã*. In: MONTEIRO, João Paulo. *Hobbes – Vida e Obra, (Os Pensadores)*, São Paulo: Nova Cultural, 2000 p.142. e BOBBIO, Norberto, *Thomas Hobbes*. Rio de Janeiro: Campus, 1991, p.47.

²³¹ Ob. cit., pg. 543.

monarca, resulta na soberania absoluta. Esse o caminho trilhado por HOBBS,²³² que opera a alienação da soberania do povo ao monarca. Com LOCKE²³³ é possível a divisão da soberania, pois após a guerra civil que resultou na Revolução Gloriosa há divisão de poderes, e o conceito monolítico de soberania pode ser finalmente abandonado, ao menos de fato, distinguindo-se a soberania do soberano, monolítica e absoluta, da soberania do Estado, a qual se divide entre seus órgãos. Os franceses não tinham um poder distinto do rei para que pudessem diferenciar a soberania do Estado, da soberania do soberano, o que valia durante os séculos, XVII e XVIII, para quase toda a Europa. Do contrário, o rechaço ao absolutismo, e a soberania absoluta, na Inglaterra e nas colônias inglesas, foi o pressuposto político para a posterior afirmação do Estado constitucional democrático que veio a conquistar a Europa nos séculos XIX e XX. Entretanto, essas idéias absolutas de

²³² Hobbes reúne na mesma pessoa os três Poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário. O soberano controla tudo. Não há distinção entre Estado e Governo. A religião é separada do contexto político impedindo que a argumentação religiosa possa afetar a legitimidade política. Para Hobbes, o poder soberano não pode ser dividido. Ou o poder soberano é único, ou não é soberano. Seu Estado é concebido como um remédio para a natureza corrompida dos homens, mas na versão laica que ele deu a essa concepção, o estado de corrupção do qual se deveria sair não era o estado do pecado (no qual Hobbes não acreditava), mas o estado das paixões naturais, que era tarefa da filosofia descrever e classificar tal como se descrevem e classificam as partes do corpo. O Estado, portanto, não como *remedium peccati*, mas como disciplina das paixões. BOBBIO, Norberto, *Thomas Hobbes*. Rio de Janeiro: Campus, 1991. p. 58 e HOBBS. MONTEIRO, João Paulo in: *O Leviatã. Hobbes – Vida e Obra, (Os Pensadores)*, São Paulo: Nova Cultural, 2000, p.142.

²³³ LOCKE, John, *Segundo Tratado Sobre o Governo*. Tradução de Alex Marins. Martin Claret, 2004, p. 106-108: “Quem tem a tarefa de definir o modo com o que se deverá utilizar a força da comunidade para a preservação dela própria e dos seus membros é o legislativo... Poderia ser tentação excessiva para a fraqueza humana a possibilidade de tomar conta do poder, de modo que os membros têm a missão de elaborar as leis também tenham nas mãos o poder de executá-la, isentando-se de obediência às leis que fazem, e com a possibilidade de amoldar a lei, não só na sua elaboração como na sua execução, a favor de si mesmos, tornando-se uma classe com interesse distinto dos demais, divergente da finalidade da sociedade e do governo; nas comunidades bem organizadas, nas quais o bem de todos é levado na devida conta, o poder legislativo é posto na mão de várias pessoas que, reunidas, têm o poder de elaborar leis; feito isso e novamente separadas, ficam também sujeitas às leis que fizeram o que representa uma obrigação nova e imediata para que as leis tenham em vista o bem geral... Todavia, como mesmo as leis elaboradas rapidamente e em prazo curto têm validade permanente e duradoura, precisando de execução e assistência constante, torna-se necessária a existência de um poder também permanente que execute as leis em vigor. E assim, os poderes Legislativo e Executivo são frequentemente separados... Estes dois poderes, Executivo e Federativo, embora realmente distintos em si, cabendo a um a execução das leis da sociedade dentro dos seus limites com relação a todos que a ela pertencem, e ao outro a gestão da segurança e do interesse da comunidade fora dela, assim como gerir os benefícios ou danos por ela causados, estão quase sempre reunidos... Embora, como vimos, os poderes executivo e federativo de uma comunidade sejam de fato distintos entre si, seria de pouco proveito separá-los e colocá-los em mãos de pessoas distintas. Ambos exigem a força da sociedade para seu exercício e, é quase impraticável colocar-se a força do Estado em mãos distintas e não subordinadas, ou seja, os poderes executivo e federativo em pessoas que poderiam divergir, levando com isso a força da sociedade a ficar sob comandos diferentes, o que, em muitos casos, poderia ocasionar desordens e desastres.”

soberania foram transportadas para o Estado constitucional, e permanecem até hoje como fantasmas a assombrar o Estado constitucional democrático. Essa falta de distinção conceitual enraizada na origem absolutista do conceito, e a falta de sua devida adaptação ao Estado Constitucional têm graves consequências, para a liberdade e a paz, conquistadas ao longo da história política da humanidade. A identificação das incompatibilidades do conceito absoluto de soberania com o Estado constitucional, sua conceituação e distinção constituem-se um tema de central importância para o Direito público atual, pois a falta de distinção entre os conceitos traz consigo o gérmen da aplicação do conceito absoluto de soberania ao Estado constitucional, o que como alerta KRIELLE, “... *puede aún hoy favorecer una guerra civil con métodos policiales según el modelo de 1685.*”²³⁴

Esses elementos representam a linha divisória entre o Estado absoluto e o Estado constitucional. A partir dessa perspectiva o conceito de soberania pode ser útil na orientação da atuação dos poderes públicos, auxiliando a compreensão da soberania no Estado constitucional, justamente por representar, enquanto tida como soberania absoluta, o oposto do Estado constitucional, segundo KRIELLE:

*La soberanía de un soberano en su formulación más radical dice, pues, en resumen: El soberano tiene el poder indiviso, incondicionado, ilimitado, de crear, modificar, y violar el derecho. Este concepto es el polo opuesto del concepto del Estado constitucional moderno. Precisamente por eso contribuye a título de contrapartida a la comprensión del Estado constitucional.*²³⁵

No Estado constitucional não há soberano.²³⁶ No Estado constitucional há soberania jurídica, que corresponde a soberania da totalidade dos órgãos do Estado frente à sociedade. Mas não há um indivíduo, um órgão ou um grupo soberano dentro do Estado constitucional, ninguém detém a soberania com a qualidade de um poder indiviso, incondicionado, ilimitado, que possa criar e violar o direito e que seja a última *ratio* em casos particulares. Essa espécie de soberano é o oposto ao Estado constitucional. São, portanto, situações mutuamente excludentes: se há soberano no Estado, não há Estado constitucional; se há Estado constitucional, não

²³⁴ Op. cit., p. 66.

²³⁵ Idem, p. 69-70.

²³⁶ Idem, p. 149.

há soberano. A existência de um soberano “*es dinamita revolucionária para el Estado constitucional.*”²³⁷

No Estado constitucional há somente competências limitadas pelo direito constitucional pré-fixado. Trata-se de um poder jurídico, de uma soberania jurídica, desenhada e limitada pelo Direito. A soberania é expressa por meio dos órgãos do Estado, os quais detêm uma parcela da soberania segundo o direito constitucional, que dá ao poder do Estado assim expressado uma unidade. A soberania, no Estado constitucional, expressa-se pelo Direito. Este dá a liga dos órgãos que formam um todo unitário. O Direito se revela um instrumento unificador, que confere homogeneidade ao Estado. Há necessária divisão do poder no Estado constitucional. Se um dos órgãos Constitucionais se impusesse sobre os demais, tal corresponderia a um golpe de Estado terminativo do Estado constitucional.²³⁸

Seria então a Constituição soberana? A Constituição tem a função de limitar todas as competências do Estado, portanto, partindo-se da idéia de *rule of law not of men*, o domínio do Direito estaria consagrado como elemento a se sobrepôr no Estado constitucional. Entretanto, essa soberania do Direito tem um sentido metafórico, pois o Direito não pode assumir a titularidade do poder, não tem existência autônoma, em outras palavras, não exerce o poder do Estado com vontade própria. A função do Direito é justamente demarcar o âmbito do poder dos órgãos do Estado, de modo que este não assuma a totalidade da esfera civil, limitando o Estado e garantindo direitos públicos subjetivos, e direcionar a vontade dos órgãos que exercem o poder do Estado a determinados objetivos, de modo a estabelecer suas obrigações positivas. De acordo com ENTERRÍA:

*La Constitución, por una parte, configura y ordena los poderes do Estado por Ella construidos; por otra, establece los limites del ejercicio del poder y el ámbito de libertades y derechos fundamentales, así como los objetivos positivos de la comunidad.*²³⁹

Assim não haveria exercício da soberania pela Constituição, mas apenas a

²³⁷ Idem, p.150-151.

²³⁸ Idem.

²³⁹ ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. *La constitucion como norma y el tribunal constitucional*. Editorial Civitas, S.A. Madrid, 3ªed.1983, p. 48.

limitação e o direcionamento dos órgãos, estes sim que exercem o poder do Estado segundo as regras jurídicas constitucionais, de onde se extrai a idéia metafórica de soberania do Direito, como tradução da regra *rule of law not of man, de origem anglo-saxã*. As normas não têm poder, são regras para o exercício do poder por aqueles que representam os órgãos do Estado. Além do mais, não há uma validade absoluta e atemporal da Constituição, tendo em vista que ela pode ser modificada.

240

Segue então a seguinte questão: é soberano aquele que pode modificar a Constituição? A resposta a questão proposta se encontra na competência para modificar a Constituição. Trata-se de uma competência prévia e juridicamente estabelecida, segundo regras da própria Constituição. Também não se consubstancia um poder ilimitado de reforma, sofrendo limitações materiais, circunstanciais, formais e ainda limitações explícitas e limitações implícitas ou decorrentes do sistema. Há ainda a atuação de vários órgãos, o que afasta ainda mais a questão da possibilidade de se considerar soberano aquele que detém o poder de modificar a Constituição.

E o povo, seria então ele o soberano no Estado constitucional democrático? Até mesmo o povo, aquele de quem emana todo o poder do Estado, dentro do Estado constitucional, exerce competências pré-estabelecidas na Constituição. O sufrágio, plebiscitos, iniciativa de leis são todos exemplos de competências constitucionais asseguradas ao povo pela Constituição, competências delimitadas juridicamente, que não se confundem com soberania. Contudo, enquanto poder constituinte, durante o exercício da possibilidade de derrogar a Constituição, o povo é efetivamente soberano. Mas apenas durante o exercício, pois assim que exerce esse poder, já passa a exercer competências constitucionais que com o poder soberano não se confundem. É que nesse caso há a fundação de um novo Estado, constituído sobre novas bases jurídicas, ainda que haja a recepção do ordenamento anterior. As regras fundamentais são modificadas e a partir do cumprimento dessa tarefa o povo soberano volta à condição de poder constituído a exercer competências constitucionalmente estabelecidas. Deste modo, o povo soberano é anterior ao Estado constitucional, não está dentro do Estado constitucional.

²⁴⁰ KRIELLE, op. cit. p. 151.

Permanece a tese segundo a qual dentro do Estado constitucional não há um soberano.²⁴¹

Tampouco o parlamento é um soberano no Estado constitucional. Até mesmo considerando o caso extremo da Inglaterra, onde é mínima a limitação expressa do parlamento, pois não há uma Constituição formal, escrita, e é justamente onde crescem teorias a respeito da soberania do parlamento, este não se encontra livre de limites: a possibilidade de dissolução do parlamento pelo primeiro ministro por si já é suficiente para invalidar a tese de sua soberania, as regras de procedimento, tempo para discursar, o período legislativo, as modalidades de voto, o princípio da maioria, regras a respeito da eleição e controle do governo, a competência do rei, do governo, da justiça, e mais recentemente uma declaração expressa de direitos fundamentais, enfim há todo um sistema de regras escritas e não escritas que limitam o parlamento.²⁴²

É soberano no Estado constitucional aquele que decide sobre a exceção? Durante o estado de exceção se ampliam as competências do órgão executivo superior, seja o presidente ou o governo. Entretanto, nos Estados constitucionais democráticos ocidentais o estado de necessidade corresponde a autorizações constitucionais limitadas e controladas por outros órgãos. Há também a possibilidade de revogação do Direito excepcional por um órgão distinto. Se houvesse uma autorização para o órgão executivo superior decidir de forma independente e livre de quaisquer controles a respeito da exceção, e se com sua presença se concentrassem em suas mãos poderes independentes das limitações constitucionais, a serem exercidos sem participação ou controle dos demais órgãos; se coubesse a esse poder a faculdade de decidir de forma livre a respeito da duração do estado de exceção, aí sim poderia se falar na existência de um soberano, mas de outro lado essa norma corresponderia à autodestruição do Estado constitucional e sua substituição por um sistema de soberania absolutista. Há que ter extrema cautela com dispositivos que, embora formalmente constitucionais, entram em contradição com a Constituição como um todo, pois correspondem a uma

²⁴¹ KRIELLE, op. cit., p. 152.

²⁴² Idem, p. 353-354. Entre nós veja-se *CLÈVE, Clèmerson Merlin*, que demonstra haver normas formais de natureza constitucional a limitar excepcionalmente o parlamento inglês, *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no Direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, loc. cit.

negação da Constituição. Esta negação ocorre implicitamente, por meio de uma autorização para a destruição do sistema constitucional por um órgão que assume a soberania absoluta com base num dispositivo constitucional. Não há que se iludir com tal tipo de Constituição semântica, que não é uma garantia jurídica. A antiga Alemanha Oriental possuía uma Lei de Defesa da República Democrática Alemã, que previa no seu artigo 4º, inciso 2º que o Conselho de Estado poderia regular os direitos dos cidadãos e os procedimentos jurídicos conforme as exigências da defesa, inclusive apartando-se da Constituição. Essa mesma Constituição previa em seu art. 52º, inc.2º uma autorização ao Conselho do Estado para proclamar o estado de defesa em caso de urgência. Não havia limitação temporal, possibilitando a interpretação do dispositivo como uma autorização ilimitada para que o Conselho de Estado outorgasse a si próprio, competências ilimitadas com base na Constituição, sem controle de outro órgão, e sem previsão do término da vigência das medidas excepcionais. Havia, portanto, uma autorização constitucional para o estabelecimento de uma ditadura. Esse tipo de dispositivo corresponde à anulação do Estado constitucional por via da Constituição. Assim afirma KRIELLE:

*Una provisión constitucional de este tipo sería, en efecto, una autorización para reenplazar en forma permanente el Estado constitucional por un sistema de soberanía absolutista. La constitución contendría en tal caso una autorización para su propia destrucción.*²⁴³

Portanto, dentro do Estado constitucional não há um soberano. A existência de um soberano dentro do Estado constitucional é a antítese do que representa o Estado constitucional: a garantia àqueles que não exercem e inclusive aos que exercem o poder de um espaço de intangibilidade diante do Estado. Um soberano – de acordo com o conceito absolutista de soberania – dentro do Estado constitucional representa a anulação dessa garantia, pois deixa a porta do edifício constitucional aberta, para que nele adentre o absolutismo monárquico ou populista ditatorial, sua antítese. É fundamental estar atento à distinção necessária entre ação dentro do Estado constitucional e violação do Estado constitucional. Nesse sentido, KRIELLE dirige uma certa crítica a HELLER, demonstrando com clareza que sua teoria ignora essa distinção:

²⁴³ Op. cit., p. 155.

Hay que distinguir siempre entre la violación del Estado constitucional y la acción dentro del Estado constitucional. Sólo el desconocimiento de esta diferencia explica el malentendido que consiste en suponer la posibilidad de un soberano dentro del Estado constitucional. Aun un partidario tan fervoroso del Estado constitucional como Hermann Heller cae en este error.²⁴⁴

O conceito de soberania de HELLER defende a possibilidade de um soberano dentro do Estado constitucional, o que é contraditório em relação a sua defesa deste tipo de Estado, porquanto sua concepção de soberania anula as garantias dos direitos humanos, que constituem o cerne deste tipo do Estado constitucional. A concepção de soberania de HELLER não se preocupa com a distinção entre a ação interna e a ação externa ao Estado constitucional, de onde decorre a ausência da crucial distinção entre ação jurídica do Estado e fato político, ato de força, sem qualquer referência ao Direito e que corresponde à sua supressão. Assim, de forma contraditória, afirma HELLER que:

... la esencia de la soberanía consiste en la capacidad o facultad para positivizar las normas jurídicas de más alto rango de la comunidad; dentro del orden jurídico del Estado moderno no existe positividad jurídica sin soberanía... Soberanía es la capacidad jurídica y fáctica de decidir cualquier conflicto que altera la unidad de la colaboración social en un territorio dado, en caso necesario aun en contra del derecho positivo.²⁴⁵

A capacidade de decidir contra o direito positivo com base em qualquer conflito que venha a alterar a unidade de colaboração social em um território ressalta um elemento de dissolução do Estado constitucional em momentos de crise, justamente quando as garantias da liberdade civil se fazem mais necessárias. A leniência com o abuso do poder se veste de soberania do povo, e o povo sofre as consequências dessa ampla liberdade de ação que se confere ao poder do Estado por meio dessa teoria, que vai de encontro à finalidade anti-absolutista do Estado constitucional. Há uma contradição lógica evidente em se afirmar que há uma “capacidade jurídica” de decidir contra o direito positivo. Evidentemente, não há capacidade jurídica alguma de decisão que possa estar dentro e fora do direito simultaneamente, o que se permite é que se afastem normas de direito positivo com

²⁴⁴ Op. cit., p. 156.

²⁴⁵ HELLER, Hermann, *La Soberanía, Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*, Fondo de Cultura Económica, México, 1995, p. 141 e sgs.

fundamento em outra ou em outras normas autorizativas, de modo que a decisão seja sempre reconduzida à ordem jurídica. A soberania no Estado constitucional deve ser então entendida como uma distribuição de atribuições entre os órgãos do Estado com base nas normas de Direito Público. Nesse sentido, leciona KRIELLE:

Pero no hay una capacidad “jurídica” de decidir en contra el derecho positivo. O bien se trata de una capacidad jurídica, en cuyo caso está contenida en el derecho positivo y no puede decidir en contra de este último, sino lo que se hace es dejar de lado provisoriamente determinadas normas del derecho positivo sobre la base de una autorización jurídico-positiva, lo cual es un procedimiento perfectamente legal. O bien se decide efectivamente en contra del derecho positivo; entonces no se trata de una capacidad “jurídica”, sino de una fuerza fáctica que se impone al derecho o lo suprime, es decir, se trata de un acto delictuoso, de un golpe de Estado, de una revolución o del uso del poder constituyente democrático. En resumen, en el Estado constitucional no hay soberano: se trata, en cambio – histórica y conceptualmente – de la división de la soberanía estatal entre la totalidad de los órganos del Estado y del derecho público.²⁴⁶

Nesse texto, o autor aponta claramente a contradição existente no pensamento de HELLER. Como poderia falar em capacidade jurídica de decidir contra o direito positivo? Ao se decidir contra o direito positivo, sem base em qualquer outra norma de direito positivo,²⁴⁷ não se estaria a exercer uma capacidade jurídica: há aqui uma contradição em termos. Não há como estar dentro e fora do direito simultaneamente. O que é possível é afastar temporariamente normas de direito positivo tendo por base uma autorização jurídico-positiva. Decidir

²⁴⁶ Op. cit., p. 156.

²⁴⁷ Tem se discutido quanto a possibilidade de manutenção dos efeitos inconstitucionais de uma norma declarada constitucional. Estaria neste caso negando vigência à Constituição durante esse período? Se entendermos desse modo, concluiríamos por uma decisão contrária ao direito positivo, e o que é mais grave, negando o princípio da supremacia da constituição. É que no sistema normativo hierarquicamente estabelecido, a norma que afronta a constituição é nula, e portanto, a eficácia da sentença de inconstitucionalidade é declaratória, *ex tunc*, devendo ser extirpada do ordenamento juntamente com seus efeitos. Embora a teoria da nulidade da norma inconstitucional tenha sido vencedora mundialmente – superando a tese kelseniana da anulabilidade da qual decorreria a eficácia constitutiva *ex nunc* da sentença de inconstitucionalidade – a jurisprudência e posteriormente o direito positivo têm admitido a flexibilização da teoria da nulidade da norma inconstitucional. Nesse caso, haveria uma autorização no próprio direito positivo para a manutenção dos efeitos da norma inconstitucional. Esses efeitos, que inicialmente tinham seu fundamento de validade na norma declarada inconstitucional passariam a fundar-se em outras normas e princípios constitucionais, como a segurança jurídica, a manutenção do Estado de Direito e a vedação ao enriquecimento sem causa, de modo que não haveria relativização ou ponderação do princípio da supremacia da Constituição, e muito menos uma decisão contrária ao direito. Essa transferência do fundamento de validade dos efeitos permite sua aplicação à ponderação de regras de modo a afastar sua aplicação no caso concreto, com fundamento em uma norma constitucional, sem retirar sua validade. Essa atuação é jurídica, afastando-se a assunção de um *status* orgânico soberano de modo a se sobrepujar aos demais órgãos, ou de uma ação superior ao direito. Veja-se a respeito BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004, onde colaciona diversas decisões do Supremo. A respeito da ponderação de regras veja-se ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

contra o direito positivo como uma “capacidade jurídica e fática”²⁴⁸ configura na verdade uma força fática que se impõe ao direito ou o suprime, o que configura um ato delituoso, um golpe de Estado, uma revolução ou de outro lado o uso do poder constituinte democrático.²⁴⁹

No sistema político absolutista havia direitos humanos, só que estes se limitavam ao plano filosófico, das idéias. Como lembra KRIELLE, alguns autores ligados ao estado policial, como CRISTIAN WOLFF, desenvolveram teorias a respeito dos direitos humanos. Mas ainda que houvessem direitos previstos na Constituição, passíveis de aplicação judicial, no sistema absolutista de soberania os direitos não passam de tolerâncias, revogáveis e violáveis pelo soberano. Desse modo os direitos humanos não passam de um apelo moral ao soberano. O Estado de Direito formal e material elaborado por KANT resulta igualmente num apelo moral ao soberano, exortado a conceder o máximo de liberdade por meio de leis formais e válidas para todos. O Estado de Direito estava sujeito à reserva de soberania, de modo que era possível sua revogação em geral, bem como a sua violação em casos particulares.²⁵⁰

Um poder de fato acima dos direitos transforma-os em mera tolerância. A distinção entre tolerância e direito é fundamental para a compreensão do *status* jurídico dos direitos humanos, única maneira de efetivamente garantir a paz e a estabilidade no Estado. Direitos garantidos pressupõem que o poder a quem se opõe a garantia seja um poder jurídico, que respeita sua origem jurídica e está limitado dentro de suas competências por meio do controle de outros órgãos, sob pena de coação caso as viole. A resposta à soberania do soberano é a soberania jurídica, atributo do Estado e unificada pelo Direito. Inclui necessariamente a divisão do poder em órgãos dotados de garantia constitucional, de modo a equilibrar sua atuação e garantir mútuo controle, segundo as normas de competência previamente estabelecidas. Até mesmo a soberania de competências, ou soberania dos órgãos é limitada pelos direitos humanos e por esse princípio de equilíbrio institucional. À soberania de competências não é lícito desfigurar o Estado constitucional. A

²⁴⁸ HELLER, op. cit., loc.cit.

²⁴⁹ Op. cit. p.156-157.

²⁵⁰ Idem.

sobreposição de um órgão no Estado constitucional é incompatível com esse sistema de garantia. A aplicação prática dos direitos humanos pressupõe um sistema de garantia judicial que limite a atuação dos órgãos públicos de acordo com as normas de competência. Esse aspecto é muito mais importante que um catálogo expresso de direitos humanos. O exemplo inglês, onde há garantia judicial de direitos humanos e onde só recentemente se adotou um catálogo expresso, é contundente. De outro lado, um catálogo de direitos humanos semântico, desacompanhado de garantia judicial e de instrumentos processuais de efetivação, é plenamente compatível com um Estado absolutista, com a ditadura e com o totalitarismo. O legado inglês à humanidade, transformado por suas colônias em um sistema judicial com base em uma Constituição formal, continua sendo o modelo de democratização e estabilidade política capaz de garantir a paz e a liberdade civil, tendo sido reafirmado a partir do 2º pós-guerra como patrimônio cultural da humanidade.²⁵¹

Há que compreender que os direitos humanos, direitos da liberdade, direitos liberais, ou direitos fundamentais são a resposta histórica da humanidade contra as tendências à soberania.²⁵² A sua idéia faz parte do aprendizado cultural da humanidade, ao custo de muitas guerras, opressão e perseguições, de modo que chegou a integrar o consenso como fruto de inúmeras experiências negativas da humanidade. Essa idéia não pode ser simplesmente abandonada a favor da soberania absolutista e do decisionismo semanticamente democrático. Deve ser solidificada na vontade e na consciência constitucional da civilização. No Estado constitucional não há soberano nesse sentido transcendente. A soberania é um conceito jurídico constitucional imanente que se materializa pela divisão das atribuições conforme o direito. A idéia de cargo público opera a despersonalização do poder, enquanto parcela o poder político por meio da distribuição de competências, proporciona-lhe finalidade, direção e sentido, e ainda coordena a atuação dos órgãos do Estado, reunificando a atuação pública de modo a dar homogeneidade ao poder e constituir uma soberania jurídica e limitada: a única compatível com o Estado constitucional democrático, pressuposto da paz social, da garantia de direitos fundamentais e de uma democracia longa e segura.

²⁵¹ KRIELE, op. cit., p. 157 e sgs.

²⁵² Idem.

3 DEMOCRACIA

3.1 Origens históricas da democracia constitucional

O estudo no qual ora nos empenhamos não tem por objetivo apenas a obtenção de registros do passado, não se trata apenas de traçar a história das instituições, mas de verificar na sua origem elementos necessários à compreensão da transformação que viriam sofrer no mundo ocidental moderno e contemporâneo. É um estudo que se projeta no presente e para o futuro, sem representar o condicionamento de um positivismo historicista, mas a necessária compreensão das instituições numa profundidade que só suas origens podem revelar. A democracia teve importante desenvolvimento nos tempos modernos, o modernismo adotou no campo institucional os parâmetros que já vinham sendo traçados pelas democracias antigas, aperfeiçoando-os e remodelando-os, inserindo-os em sua técnica jurídico-política em diversos matizes e soluções inovadoras, por vezes representando um retrocesso, por vezes um grande avanço. De uma forma geral, a evolução da democracia moderna reflete um prévio e lento processo de maturação. O regime constitucional das cidades gregas possibilitou o posterior delineamento das instituições que lhe seguiriam, como observa SIMONE GOYARD-FABRE:

... embora o avanço da democracia no mundo moderno seja incontestável, e embora nos últimos dois séculos seu movimento tenha se acelerado, foi a lenta transformação do regime constitucional das antigas cidades que permitiu desenhar a época dos “regimes” políticos e determinar nele a especificidade de uma ordem democrática.²⁵³

Devemos observar que as modificações no plano ideológico, a criação de novas estruturas e conceitos racionais, vieram motivando ao longo da história as mais importantes modificações institucionais que deram origem a uma diversidade de transformações dos regimes políticos que se sucederam. E nesse aspecto foi ímpar a contribuição grega, paradoxalmente, tanto na formação do absolutismo

²⁵³ Simone Goyard-Fabre, *O que é democracia*, Martins Fontes, 2003, p.4.

moderno, com base na idéia de identificação com o Estado,²⁵⁴ quanto na **afirmação da consciência da liberdade em sociedade** que veio sendo maturada lentamente no processo histórico, e que foi a trave mestra do desenvolvimento político, institucional e teórico que lhe sucedeu – inclusive da modernidade – com ênfase na formação do constitucionalismo moderno e do Estado de Direito. Nesse sentido afirma GOYARD, “... foi também a lenta maturação das mentalidades que tornou possível a tomada de consciência cada vez mais clara das aspirações eternas da alma humana à liberdade e à igualdade”.²⁵⁵

Não haveria assim um ponto determinado de ruptura entre a democracia antiga e a moderna, não haveria uma data específica, um momento, mas um processo de maturação política e ideológica.²⁵⁶ O conceito de povo já fora formulado por Péricles como centro do governo democrático da Cidade-Estado ateniense e, embora tenha submergido na Idade Média, recupera sua importância a partir do século XVI.

A Cidade-Estado grega, *polis*, constituiu um ambiente fértil de desenvolvimento institucional e teórico, foi o berço da política e foi onde surgiram as Constituições, *politeiai*. A Cidade-Estado ateniense configurava uma estrutura organizacional e uma unidade política que a diferenciava do período homérico, havendo em Atenas, assim como em Esparta, a aspiração à ordem jurídica. No período draconiano (621 a.C.) e maiormente, com Sólon em (593 a.C.) as idéias de *politéia* (Constituição), *de nomos* (lei) e de *dikè* (jurisdição), ganham força.

A questão da melhor constituição colocou-se a partir desses elementos, tanto para o legislador quanto para o filósofo. Tal exame exigiu uma classificação normativa do regime político, a qual veio a ser formulada precisamente por Platão e por Aristóteles. A questão da busca pelo “melhor regime” será central para o pensamento político clássico.

A democracia em que vivemos tem suas origens mais remotas na Grécia.

²⁵⁴ Veja-se a Respeito JELLINEK, George, *Teoría General Del Estado, Traducción de la segunda edición alemana y prólogo por Fernando de Los Rios, Ed. Albatros, Buenos Aires, 1973, pg.543.*

²⁵⁵ Idem.

²⁵⁶ Idem, p. 5.

Podemos identificar dois aspectos que se perpetuam ao longo do tempo, desde a origem grega da democracia. O primeiro deles consiste na definição de um regime que busca a justificação de sua autoridade no governo do povo,²⁵⁷ garantindo a presença dos governados no exercício do poder do Estado.²⁵⁸ O segundo é a inserção, no processo político, dos interesses heterogêneos, dos conflitos e das paixões humanas, em prejuízo à homogeneidade e racionalidade que fundamentam a generalidade da lei.

A democracia surge no cenário político grego carregando consigo esse aspecto de ambiguidade que irá acompanhá-la até a atualidade. Podemos encontrar a forma política que deu origem a essas questões analisando o modelo das estruturas organizacionais das cidades gregas, onde se evidencia a ausência de reconhecimento da dimensão individual da liberdade. A liberdade política que conheceram as organizações estruturais da política grega restringe-se ao aspecto político de participação na formação e no exercício da autoridade do Estado e insere-se num contexto exclusivamente coletivo.²⁵⁹

A exclusão da perspectiva individual da liberdade corresponde à ausência da utilização da estrutura subjetiva dos direitos civis, nos moldes modernos, não se delineando então os chamados direitos subjetivos públicos, dotados de bilateralidade atributiva a obrigar também o Estado, mas apenas direitos à participação na formação da vontade comum que legitimaria o exercício democrático da autoridade política por meio da regulação normativa. A ausência de uma exigência racional na regulação da vida, da decorrente generalidade e abstração da lei possibilitou a identificação mais clara das dificuldades que assolaram, e assolam até os dias atuais, a pluralidade de interesses inseridos na unidade política grega. **Então, já se compreendia que a formação da vontade do povo, entendida como vontade coletiva, não excluía e não se confundia com a vontade individual de seu elemento constitutivo, o cidadão,** e identificava-se a diversidade de

²⁵⁷ Simone Goyard-Fabre, *O que é democracia*, Martins Fontes, 2003, p.13.

²⁵⁸ George Bourdeau, *Traité de science politique*, LGDJ, tomo V, 1970, p. 241, *apud*. Simone Goyard-Fabre, *O que é democracia*, Martins Fontes, 2003, p.13.

²⁵⁹ Simone Goyard-Fabre, *op. cit.*, loc. cit.

interesses pertinentes aos cidadãos, decorrentes das diferenças sociais e das intempéries e oscilações das paixões humanas, um germe natural da democracia, a ameaçar a sua própria existência.²⁶⁰

O período em que se supera o regime de Drácon e se afirma o regime de Sólon revela-nos um importante momento de transformação da sociedade grega. Há aqui a afirmação de princípios que virão a influenciar a sociedade e a democracia ocidental até os dias atuais. Nesse período afirmam-se na sociedade grega o interesse público e o sufrágio como princípios de governo, em substituição aos antigos costumes que fundavam o governo em princípios afirmados pela religião. Houve durante o período draconiano uma revolução que veio a superar sua casta, instruída no direito religioso. Drácon era um eupátrida, representava esta casta religiosa que dominava a política e impunha por meio das leis seus princípios religiosos à sociedade grega. O código draconiano foi escrito durante o conflito que procurava modificar essas relações na Grécia, tendo sido substituído posteriormente pelo código de Sólon, já após a derrocada dos partidários do direito religioso. O código de Sólon marca um período de profundas transformações em que foram superadas normas, que se fundavam em dogmas religiosos. Esse período draconiano de intolerância religiosa refletia no direito e na organização das cidades-estado. Como demonstra FUSTEL DE COULANGES esse período era caracterizado por "... leis ditadas por uma religião implacável, vendo em toda a falta uma ofensa à divindade, e em toda ofensa à divindade um crime irremissível. O roubo punia-se com a morte, como atentado à religião da propriedade".²⁶¹

Esse período se caracterizava pelo poder da família, da *gens*. O homem pertencia à família e o poder da família sobre o homem superava a importância de sua inserção no contexto da cidade.

Mas a superação desse regime não tardaria. Por volta de 30 anos depois, o código de Sólon transformava profundamente as relações da sociedade grega. A lei passava a ser a mesma para todos, o que demonstra a afirmação do princípio da

²⁶⁰ Idem.

²⁶¹ COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*, título original, *La Cité Antique*. Tradução de Fernando de Aguiar, 5.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 355.

igualdade. As distinções anteriores entre as castas sociais já não apareciam na lei de Sólon, que “jactava-se nos seus versos de ter escrito as mesmas leis para os grandes e para os pequenos”.²⁶²

Mas foi na afirmação do novo princípio de governo, o interesse público²⁶³ e o sufrágio, que a Grécia viria a deixar o maior legado para a sociedade ocidental. Antes, durante séculos, a religião era o único princípio de governo. O interesse público surge como um princípio que tem a missão de garantir a estabilidade do governo das cidades, capaz de dar-lhes legitimação, de afastá-las do conflito e da instabilidade.²⁶⁴ A religião e a tradição não detêm mais o prestígio de outrora. O interesse público é o princípio regulador do qual todas as instituições devem tirar dali em diante a sua força, o único superior às vontades individuais e que pode obrigá-las a submeter-se. Aquilo que os latinos chamam de *res publica* e os gregos chamam de *tò koinón* é o que substitui a velha religião. O interesse público nasce como substituição da religião como princípio de governo, despontando como um novo dogma para a humanidade.

O estudo das origens da democracia na Grécia passa pelo estudo da origem do conceito de constituição.²⁶⁵ A democracia grega se revela como um regime de liberdade restrito basicamente à participação no processo de formação da vontade do Estado, por meio do qual se afirmava a autonomia. A esse sistema correspondia um conceito muito peculiar de Constituição. Nesse contexto e sentido, **podemos afirmar que a democracia nasce como uma democracia constitucional**. A idéia de constituição já permeava o alvorecer da democracia, ainda que seu sentido seja bastante distante do que viria a se formar no constitucionalismo moderno.

Ao traçar a épora da constituição na Grécia, nos é permitido visualizar as

²⁶² COULANGES, Fustel de. Op. cit., p. 356.

²⁶³ Para uma perspectiva atual a respeito do interesse público como conceito central para a compreensão do Direito Administrativo e do Estado contemporâneo confira-se BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do Direito Administrativo – *Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

²⁶⁴ COULANGES, Fustel de. Ob. cit, p. 360.

²⁶⁵ O conceito de constituição a que nos referimos não se confunde com o conceito moderno de constituição que resultou do movimento iluminista e constitucionalista. Trata-se da origem da idéia de constituição, que viria a se transmitir para a modernidade, por meio de um conceito amplo de constituição que busca na forma de positivação da comunidade, suas origens, e que já se encontrava delineado e teorizado na Grécia. O conceito foi posteriormente trabalhado e moldado segundo as exigências do pensamento iluminista, o que lhe conferiu as características do constitucionalismo moderno (vide cap.1).

características essenciais das origens da democracia, merecendo atenção especial a totalidade da abrangência da política, que sobressai da concepção grega de uma constituição que não tem função de delimitação da política, mas apenas reflete um modo seu de se constituir. Não há qualquer preocupação com a salvaguarda de liberdades diante do poder público por meio da constituição, até porque se desconhece essa esfera individual da liberdade. A falta de limitação da política denota a falta de um elemento de orientação, de norteamento do pluralismo característico do regime democrático. A democracia grega era uma democracia total, no sentido em que não encontrava limites no indivíduo, avançando amplamente sobre as mais diversas esferas da vida. A soberania democrática era uma soberania absoluta e a liberdade só era possível “no Estado”.

O termo *polis* se refere a algo distinto das cidades que hoje conhecemos. Ele caracteriza uma forma de organização político-social dotada de unidade política. A cidade ateniense foi desde o século VI, uma Cidade-Estado dotada de pretensão à formação de uma ordem jurídica, onde estavam presentes a noção de Constituição (*politeia*), de lei (*nomos*) e de jurisdição (*dikè*).²⁶⁶

A Constituição, dentro da perspectiva de Aristóteles, designa a própria Cidade-Estado. O termo *politéia* ou Constituição, designa a Constituição política da Cidade-Estado, bem como a estrutura formal dos órgãos e instituições fundamentais para a Cidade-Estado. Embora tenha efetivamente uma característica e uma força constitucional, a *Politéia* não corresponde a um texto escrito. Entretanto também não há semelhança com a noção de constituição flexível, correspondente à democracia moderna inglesa ou qualquer outra. Trata-se de uma concepção *sui generis*, específica. Reúnem-se na *Politéia*, o sentido de fundação política e organização institucional do poder, resultando na forma pela qual são escolhidos os governantes e na maneira que exercem o seu poder e a sua autoridade institucionalmente organizada. A *Politéia* consistia numa base não escrita de princípios sobre os quais se desenvolvia a política e se edificava a estrutura fundamental da Cidade-Estado ateniense.²⁶⁷

Trata-se da concepção da Constituição a significar a própria unidade e

²⁶⁶ Aristóteles, A política, III, 213.

²⁶⁷ Aristóteles, A política, III, 1274 b – 1276 b.

ordenação do Estado. Independente da forma que assuma a organização política e a ordenação das instituições e dos órgãos do Estado. Traduz-se na própria unidade e ordenação em si a qual se refere à situação de conjunto da unidade política e ordenação do Estado, considerando-a concretamente.²⁶⁸

Refere-se, portanto, à forma existencial da unidade política, aos princípios que regem essa forma existencial, bem como a forma de organização das instâncias dotadas de competência decisória para a resolução dos conflitos sociais.²⁶⁹

Nesse sentido, **a Constituição não corresponde a um documento normativo condicionante e regulador da forma que o Estado expressa sua vontade, mas da própria forma pela qual essa vontade é expressa pelo Estado.**²⁷⁰ **É imanente à existência real do Estado, não se referindo a qualquer aspecto limitador da ordem político-institucional existente.**

Ela é a expressão da existência concreta da Cidade-Estado, de sua estrutura concreta e abrangente do todo social ao qual confere e expressa a unidade política e a ordem.

De outro lado, posteriormente, o termo Constituição passa a se referir a uma forma de ordenação específica da vida política e social. A Constituição, assim definida, corresponde ao estatuto definidor e regulador da forma do exercício da autoridade do Estado sobre o povo, o *modus* político da hierarquia e subordinação, que se manifesta concretamente nas relações entre governantes e governados. A sua natureza democrática decorre de uma característica que lhe é essencial: a Constituição corresponde ao estatuto popular no qual o governo é assunto interno, dos próprios cidadãos. Entretanto, essa característica não corresponde a uma fundamentação contratual desse estatuto popular, ele não nasce de um acordo ou de uma decisão política fundamental. Portanto, a Constituição de Atenas se apresenta como fundamento da vida política sem possuir a característica das Constituições atuais, sem constituir-se em um documento formal, escrito, um sistema jurídico de normas fundamental do Estado e da ordem jurídica. Sob essa perspectiva, por não possuir um *status* formal e não ser a norma fundamental e

²⁶⁸ Carl Schmitt, Teoría de la Constitución, ed. Alianza Universidad Textos, p.30.

²⁶⁹ Idem.

²⁷⁰ Idem.

superior do ordenamento jurídico do Estado, a Constituição da Cidade-Estado não é a matriz fundadora e produtora das normas que se destinam a regular a vida política do Estado e não se traduz num dever-ser jurídico fundador da ordem política, não possuindo a dimensão normativa no sentido que se lhe atribui posteriormente, na modernidade. A Constituição é o princípio superior a que se refere uma extensa ordem jurídica necessária à manutenção da unidade da vida política a que corresponde à própria Constituição. Há, portanto, uma referência por parte do ordenamento aos princípios superiores e uma relação de exigibilidade que se irradia para a construção de um ordenamento jurídico dotado de rigor, a partir da Constituição.

O telos da adoção desse regime político, jurídico e institucional, é a garantia da participação da totalidade dos elementos socialmente qualificados com o *status* de cidadão, seja no momento inicial de formação da organização institucional da Cidade-Estado, seja no momento posterior, de exercício da autoridade sobre o corpo de cidadãos. A esse corpo, é reconhecida a qualidade de corpo político do Estado, recebendo a denominação de povo.

Embora haja diferenças evidentes entre a Constituição ateniense e as atuais constituições, existem elementos que atravessaram os tempos e que continuam sendo essenciais à compreensão das constituições democráticas atuais, encontráveis já na origem quando se revelaram esses modelos de democracia institucionalizada. Notadamente, o conceito de povo como conjunto de indivíduos formadores de um corpo dotado de unidade política, embora lhe reconheça a diversidade interna, inerente à própria *polis*, e a noção de cidadania como uma qualificação que corresponde a um *status* de vinculação política, a um poder-dever que habilita à participação na formação da vontade geral e que impõe o dever de respeito à decisão da comunidade política, constituindo-se uma das principais categorias para a compreensão da existência política do homem.

A Grécia foi fértil no desenvolvimento político e institucional. Esse ambiente estimulou a formação das luzes filosóficas ocidentais que vieram a iluminar o pensamento da humanidade e que influenciaram, e ainda influenciam os principais teóricos do sistema político e jurídico moderno. É certo afirmar que a ventura da liberdade humana no mundo ocidental tem, segundo os registros históricos por nós conhecidos, seus arquétipos teóricos e institucionais afirmados e definidos na Grécia, onde houve um ambiente de realização jurídica e institucional de um lado, e

um desenvolvimento teórico e político-filosófico, de outro. Formam-se na Grécia as bases da racionalização do poder e da cratologia²⁷¹ que se seguiria. Esse ideal de racionalização do poder político foi o fio condutor dos movimentos a favor da liberdade civil que se precipitaram na Grécia e que ressurgiram com outras vestes, já sob a influência de princípios cristãos secularizados, formando a base teórica do constitucionalismo moderno. O estudo da polis, a política, a formação do conceito de Estado, juntamente com o estudo das instituições jurídicas que se firmaram naquele tempo, trouxeram a possibilidade de uma perspectiva racional face ao poder. Essa perspectiva racional resultou no desenvolvimento de categorias até então inexistentes para o pensamento da humanidade.²⁷² Para GOYARD-FABRE:

... a filologia elucida de maneira bastante clara a aventura política grega e faz dela o arquétipo das formas políticas que se instalaram no mundo ocidental. Desde aquela época a palavra “Cidade” (*Polis*) ganhou um sentido forte que, vazado no molde das constituições (*Politeiai*), conformou as bases da política (*politeiai* e *politikè*).²⁷³

O estudo da história da terminologia liga-se à própria ciência. Os conceitos, as categorias racionais criadas e materializadas institucionalmente na Grécia firmaram o solo fértil para o posterior desenvolvimento das demais concepções político-filosóficas a respeito da limitação e racionalização do poder político que se seguiria e, especialmente sob o enfoque cratológico, constituiu o primeiro passo para a posterior afirmação do constitucionalismo e do Estado de Direito moderno. Os conceitos e as categorias desenvolvidas inauguraram um novo modo de pensar,

²⁷¹ Para KARL LOEWENSTEIN “The Science of Cratology”, do grego *κράτος*, “power”, poder, LOEWENSTEIN, Karl. *Political Power and the Governmental Process*. The University of Chicago Press, 1962, p.5: CARL J. FRIEDRICH considera que o direito constitucional é o estudo da racionalização dos processos de poder. (*Le Pouvoir*, Paris Presses Universitaires de France, 1956, *passim.*), assim como há publicistas que admitem que ao menos a introdução ao Direito Constitucional se faça como uma teoria do poder (v. Maurice Duverger, *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, JORGE XIFRA HERAS, *Curso de Derecho Constitucional e LUIZ SANCHEZ AGESTA Curso de Derecho Constitucional Comparado*), apud MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.14. Para o autor, “poder e direito relacionam-se ambos à liberdade, tomada desde o seu prístino sentido individual, até as suas formas mais complexas, sucessivamente referidas à liberdade de grupos, de estamentos sociais e de nações”, op. cit., p. 3-4. A liberdade se revela, seja na sua concepção individual seja na acepção coletiva, um importante elo-de-ligação entre as teorias antigas e as modernas. O Estudo da democracia, que ora tende para o aspecto individual no liberalismo, ora tende para o aspecto coletivo no totalitarismo, pode encontrar uma solução de equilíbrio por meio da afirmação de uma democracia material e normativa, dentro do Estado Constitucional, ponto ao qual retornaremos.

²⁷² Conceitos e abstrações como política, estado, constituição, poder, natureza, entre tantos outros, foram categorias racionais que influenciaram e que fundaram as bases do modo de pensar ocidental.

²⁷³ GOYARD-FABRE, Simone, *O que é Democracia?: A genealogia filosófica de uma grande aventura humana*. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ampliaram as janelas da percepção humana. O estudo dessas categorias na origem revela seu contexto histórico, seu significado essencial e sua evolução de sentido. É notória a correlação existente entre a origem de uma palavra e o sentido que exprime. Por esse motivo afirma GEORG JELLINEK que freqüentemente a palavra tem traçado o caminho de uma ciência em um povo ou em uma época.²⁷⁴

O estudo do conceito grego de Estado confirma a ausência de uma perspectiva individual da liberdade civil na democracia dos antigos. De acordo com as lições do mestre de Heidelberg, o conceito grego de Estado é peculiar, ligado que está à cidade-estado, não podendo abranger o moderno conceito de Estado dotado de uma grande extensão territorial. O conceito grego se refere a um conjunto de habitantes. Assim como acontece entre os atenienses, ocorre entre os tebanos, coríntios, e até mesmo entre os romanos. Esses povos descreviam o Estado como um conjunto de habitantes. Para os romanos a expressão que corresponde ao Estado é a *civitas*, a comunidade dos cidadãos, ou a *res publica*, que corresponde à coisa comum do povo. Para os gregos essa concepção corresponde à expressão τὸ κοινοῦ quando se considera o Estado objetivamente, como a totalidade da comunidade de um povo. Usaram ainda os gregos, para referir-se ao Estado, a expressão χόλις, de sentido idêntico à cidade. Seja o Estado concebido como cidade (χόλις), seja concebido como totalidade da comunidade (τὸ κοινοῦ), transparece no próprio conceito de Estado grego, o que importa para o estudo da democracia, que a democracia grega desconhecia a esfera individual da liberdade civil. O conceito de Estado grego revela um elemento pessoal tido na perspectiva exclusivamente coletiva, pois há uma profunda identificação do indivíduo com a comunidade. A esfera comum é a única esfera de existência do cidadão. O próprio Estado grego existe como uma comunidade, independente de referências reais, territoriais. O foco do Direito Público grego é a existência de uma relação comum, entre os cidadãos, essa relação se estabelece segundo o pertencimento à comunidade, a comunidade é o objeto de proteção do Direito Público, não assume relevância nessa definição de Estado o elemento território, nem tampouco o conceito individual de pessoa é

²⁷⁴ JELLINEK, George, *Teoría General Del Estado, Traducción de la segunda edición alemana y prólogo por Fernando de Los Rios*, ed. Albatros, Buenos Aires, 1973, p.95. O autor afirma com muita propriedade que “La historia de la terminología de una ciencia está estrechamente unida a la de la ciencia misma, porque existe siempre una correlación entre la palabra y el sentido que la misma encierra. La palabra ha sido frecuentemente la que ha trazado el camino de la ciencia en un pueblo o en una época”.

conhecido, acrescentamos.²⁷⁵ Não se pode falar ainda de uma democracia constitucional, nos moldes modernos, mas apenas do desenvolvimento de um conceito de Estado, de Constituição e de democracia específicos para os tempos antigos.

A democracia antiga tem como pressupostas as idéias de identidade entre governantes e governados,²⁷⁶ de modo que o cidadão é concomitantemente sujeito e membro ativo do Estado, e de igualdade plena entre os membros do Estado no tocante à capacidade para a vida pública. Nessa democracia arcaica, os únicos meios considerados legítimos para a nomeação de funcionários públicos são a sorte ou a regulação legal. De maneira muito distinta das democracias modernas, então se considerava que as eleições constituem um elemento aristocrático. Essa concepção se trata de um ideal para a democracia antiga poucas vezes realizada em sua inteireza. A rejeição da eleição como elemento de origem aristocrática e contrário à igualdade, decorre do desconhecimento da idéia de representação e, portanto, essa democracia arcaica é imediata, absoluta: a comunidade de cidadãos exerce por mão própria as funções públicas. O exercício das funções políticas é tido como um dever para com o Estado, assim como o serviço militar, e por esse motivo atrai uma responsabilidade jurídica. O direito à participação na comunidade de cidadãos, que é identificada com o Estado, é tido como o único direito puro, sujeito a considerações éticas. Por esse motivo, a democracia grega se revela como uma democracia total, pois a comunidade de cidadãos decide de forma ilimitada e imune à responsabilidade, constituindo um sistema total de decisão política que avança amplamente sobre a esfera da individualidade, restando ao cidadão como única alternativa de liberdade frente a esse tipo de Estado, a participação na formação da norma de conduta social, com base na idéia de autonomia. Essa concepção grega de liberdade realiza-se exclusivamente no Estado, na participação política, sendo o Estado essencial para a possibilidade de liberdade. Como demonstra JELLINEK,

²⁷⁵ Assim, ensina o mestre de Heidelberg que “*el elemento real queda muy en segundo término con respecto al elemento personal. La comunidad de ciudadanos se identifica con el Estado; por esto precisamente, la situación del individuo dentro del Derecho Público, no está condicionada jamás a la pertenencia a un territorio, sino por el hecho de formar parte de una comunidad de ciudadanos, o por una relación de protección respecto a éstos*”. JELLINEK, George, op. cit., p. 95.

²⁷⁶ Essa idéia é defendida e encontrada na obra de CARL SCHMITT, com o intuito de escamotear o domínio político exercido na democracia real. *Teoría de la Constitución*, Alianza Universidad. Textos.

essa idéia de identificação entre a comunidade e o Estado seria a base para a posterior afirmação do absolutismo monárquico, que se dá a partir da identificação do monarca com o Estado. Tal concepção absoluta da democracia grega influencia a concepção de soberania absoluta do Estado; a soberania absoluta do povo, identificado com o Estado, transforma-se na soberania absoluta do monarca, também assim identificado. Assim, segundo o autor, **a forma típica de democracia republicana que se realizou em Atenas desde a época de Péricles é a imagem da monarquia absoluta.**²⁷⁷

Nesse sentido, KARL LOEWENSTEIN ensina que para o constitucionalismo da antiguidade foram desconhecidos campos autônomos da personalidade humana reconhecidos pelo Estado e livres de sua intervenção e que, para os pensadores políticos gregos, a personalidade humana somente poderia desenvolver-se plenamente se integrada e subordinada ao Estado onipotente, sendo essa concepção partilhada pelos pragmáticos políticos de Roma.²⁷⁸ Havia, portanto, uma distinção clara quanto à origem da liberdade individual para os antigos e para os modernos: para os antigos, a liberdade se expressava apenas no aspecto coletivo, no direito de participação igual na comunidade e formação da própria norma

²⁷⁷ JELLINEK, op. cit., p. 543.

²⁷⁸ Segundo o autor, haveria uma separação entre as origens do constitucionalismo e da liberdade individual. O constitucionalismo reconhece a sua origem arcaica enquanto afirma a liberdade de participação, presente entre os povos antigos. Já a liberdade individual não estaria presente, não coincidindo suas origens. A distinção entre liberdade individual – a qual está ligada a uma autonomia moral e à dignidade que pressupõe o conceito de pessoa que só viria a surgir posteriormente – e autonomia no aspecto político-participativo, ligada à participação na formação da norma de conduta comunitária ou societária, é evidente. Contudo, cremos ser possível verificar na concepção coletiva da liberdade antiga o desenvolvimento de categorias racionais que viriam a influenciar a posterior evolução para uma concepção individualista da mesma, sendo ambas coincidentes como faces de uma mesma moeda e, por esse aspecto, de origem necessariamente comum, tendo em vista que uma pressupõe a outra, inclusive historicamente, mas não necessariamente nessa ordem de precedência. De acordo com o autor citado, “*The origins of individual liberties and of constitutionalism do not coincide. Areas of private autonomy recognized by, and immune to, the state were wholly unknown to ancient constitutionalism. The concept that the citizens-let alone the mass of non-citizens-should possess rights of their own, different from their obligations to the community, was alien to the Hebrew theocracy, the Greek polis state, and the Roman republic. The Greek political philosophers and social practitioners insisted that the human personality can fulfill itself only by being integrated in, and subordinated to, the omnipotent state, and the Roman political pragmatists did not disagree*”. LOEWENSTEIN, Karl. *Political Power and the Governmental Process*. The University of Chicago Press, 1962, p. 317-318.

(autonomia); ²⁷⁹ para os modernos, afirma-se como característica individual, pertencente ao homem independente do pertencimento à comunidade, na célebre distinção que ganhou corpo na obra de BENJAMIM CONSTANT.²⁸⁰ Tal fato demonstra claramente a importância do conceito de personalidade humana, ou de pessoa humana, de que careceram os antigos, para a posterior realização da democracia moderna.

O constitucionalismo moderno traz consigo no plano teórico uma nova concepção de liberdade individualizada, desconhecida dos antigos gregos artífices da democracia. Essa concepção decorre de conceitos teológicos secularizados, com forte influência do cristianismo. Para os gregos a compreensão da existência humana ocorria apenas no plano público, na qualidade de ser autônomo, político, desconhecendo a visão individual e existencial da liberdade.

3.2 A questão da essência da democracia

O conceito de democracia, assim como muitos outros conceitos políticos, converteu-se em um conceito ideal, de tamanha generalidade, abstração e equivocidade, que é capaz de abarcar concepções e ideologias muito distintas e de permitir uma diversidade de sentidos. Geralmente o conceito é definido tomando-se em consideração algum efeito ou algum aspecto do princípio democrático da igualdade. Essas expressões, embora ajudem a compreender a democracia, não têm a abrangência para exprimir a totalidade de seu sentido. Estão entre as

²⁷⁹ Esse conceito antigo de liberdade, presente no sistema político-institucional grego e, principalmente, a idéia de autonomia (fazer a própria norma) – como aspecto principal de sua afirmação no contexto exclusivamente público e comunitário – encontra-se na obra de ROUSSEAU. O autor confere à generalidade e à abstração, a missão de preencher esse requisito essencial da norma jurídica: a igualdade; embora seja profundamente descrente da democracia. Para CARL SCHMITT a democracia é um regime com ênfase na igualdade de participação, onde a soberania do povo não encontra limites, sendo ilegítima qualquer limitação à vontade da maioria. Para o autor, tal sistema pode resultar na alienação pelo povo, do próprio direito de participação em favor de um ditador, o que demonstra a forte influência de elementos da concepção arcaica de democracia em sua obra, ainda que desvirtuados. SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. 5ªed. Madrid: Alianza editorial, 2006.

²⁸⁰ Veja-se a respeito da distinção da liberdade na perspectiva dos povos antigos e na perspectiva do modernismo a célebre obra do autor: CONSTANT, Benjamin. *Da Liberdade dos Antigos Comparada a dos Modernos*. (Discurso pronunciado no Real Ateneu de Paris em 1819). Tradução de Zélia Leonel. Apontamentos n. 22. Universidade Estadual de Maringá, 1994.

correntes definições de democracia expressões como governo do povo para o povo; império da opinião pública ou uma forma política em que o sufrágio universal corresponde ao fundamento do todo. Democracia tem frequentemente sido ainda assimilada ao “império da maioria”. Entretanto essa maioria poder significar coisas muito distintas. Pode, por exemplo, significar a maioria dos cidadãos com direito a voto, sendo estes constituídos por uma elite dotada de servos e escravos, como ocorria na Grécia; essa maioria pode referir-se apenas aos homens, excluindo as mulheres, como ocorreu até recentemente; ou pode ainda referir-se à toda população capaz. Modernamente tem-se entendido que a democracia é um regime no qual se exige a participação da maioria dos cidadãos ativos, e no qual os direitos políticos de participação pertençam à grande massa dos cidadãos.²⁸¹

O discurso fundador da democracia liga-se a um conceito específico de soberania do povo. A forma de configuração dessa soberania, o sentido e a amplitude que se dá ao princípio da soberania do povo, ou da nação, é essencial para a conceituação e configuração da democracia. Como observa GOYARD-FABRE, é comum encontrar alusões a ROUSSEAU como um autêntico defensor da democracia, o que contribuiu para formar um verdadeiro mito em torno do autor.²⁸² Ele trabalha com a idéia da democracia pura. Não faz apologia ao regime democrático, mas a um discurso filosófico fundador de uma política perfeita, incapaz de se adulterar por meio das ilusões da modernidade. O autor era obcecado pela idéia democrática, reconhecendo seu lugar na política ao longo dos séculos, independente das dificuldades de seus governos. Atribui ao termo princípio um sentido axiomático e fundador, capaz de explicar a legitimidade da forma política que adotam os homens, qualquer que seja sua variação e lugar. Ao invés de se preocupar com uma tipologia de regimes, busca um princípio fundador e legitimador das normas de direito público que possa validar as formas da república. Entretanto, embora conceitue a soberania como algo inseparável do povo, para o autor a “obra prima da arte política” que a democracia poderia ser, se afasta do governo do povo para o povo segundo a tradição secular. A soberania do povo é para ele o fundamento da sociedade política, mas de modo algum do governo democrático,

²⁸¹ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. 5ªed. Madrid: Alianza editorial, 2006, p. 22. e sgs.

²⁸² GOYARD-FABRE, Simone, ob.cit., p. 152 e sgs.

distinguindo claramente entre soberania e governo, pois para ele quem executa as leis deve ser diferente de quem as elabora. Portanto, para ele, a máxima do governo do povo pelo povo é contrária à ordem natural. Enquanto o problema da fundação do Estado é resolvido com a idéia do pacto social que dá origem à vontade geral do povo soberano, rejeitando a fundação da sociedade no direito natural, o contrato social busca superar o antagonismo entre o indivíduo livre e o Estado. Entretanto, é outra a questão quanto às formas constitucionais do governo dessa sociedade. Embora a soberania do povo seja o critério de todo Estado ou República, ela não obriga a nenhuma forma de governo específico; não se deve confundir o conceito de soberania e governo. A soberania é o princípio do direito político e, sendo a sociedade produzida pelo contrato social que reúne a multidão, enquanto ato de associação, transformando-a em povo, conclui-se que a soberania em toda República é a soberania do povo. Essa soberania para ele reside exclusivamente na potência legisladora da vontade geral, que lhe forma o substrato, devendo encontrar seu prolongamento no governo, potência prática de execução da vontade geral. A essência formal da República reside na soberania do povo, e a sua expressão concreta no governo do Estado. A autoridade soberana constitui o princípio da vida política, que instaura a lei.²⁸³ Ela funde-se com a vontade geral da pessoa pública, o Estado,²⁸⁴ e pertence ao corpo de cidadãos que formam o corpo público. Sua

²⁸³ ROUSSEAU fundamenta a soberania na vontade geral. Somente um ato que corresponde à vontade geral é soberano, e sendo soberano esse ato tem caráter de lei. Procura distinguir a vontade geral que corresponde à lei da vontade individual, que é ato de magistratura ou decreto, não resultando em atos de soberania, onde se encontra a origem teórica da inferioridade desses atos (e os poderes que venham a exercê-los) em relação à lei: “A soberania é indivisível pela mesma razão de ser inalienável. Porque ou a vontade é geral, ou não; ou é a do corpo do povo, ou só de uma parte dele. No primeiro caso, a vontade declarada é um ato de soberania e faz lei. No segundo, não é mais que uma vontade particular, ou ato de magistratura; é quando muito um decreto”. ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do contrato social*. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Editora Martin Claret, 2006, II, II, p.40.

²⁸⁴ Para ROUSSEAU, a vontade geral não se confunde com a vontade de todos, enquanto a vontade geral se orienta ao bem comum, para ele a vontade de todos representa os múltiplos interesses incompatíveis, tendendo à anarquia. A vontade de todos seria a soma das vontades individuais, enquanto a vontade geral uma mediana, de modo a retirarem-se os excessos. Conclui que a vontade geral é sempre reta, enquanto a vontade do povo é facilmente ludibriável: “Há comumente grande diferença entre a vontade de todos e a vontade geral; esta só fita o interesse comum; aquela só vê o interesse, e não é mais que uma soma de vontades particulares; porém quando tira dessas vontades as mais e as menos, que mutuamente se destroem, resta por soma das diferenças a vontade geral... Do que foi dito se conclui que é sempre reta a vontade geral e tende sempre á publica utilidade; mas não se segue que tenham sempre a mesma inteireza as deliberações do povo. Sempre se quer o próprio bem, mas nem sempre se vê: nunca se corrompe o povo, mas iludem-no muitas vezes, e eis então quando ele quer o mal.” Op. cit., II, III, p. 41.

origem se encontra sob o signo de racionalidade do contrato,²⁸⁵ e caracteriza-se por sua generalidade, pois nasce da unanimidade daqueles que formam o corpo político, exprime o “eu comum” da República, e tem, por conseguinte, o “bem comum” como meta. Isto justifica que a legislação feita por todos se aplique a todos e ao mesmo tempo exclui a possibilidade de que adentre no campo particular, atingindo um homem ou um fato determinado. A soberania é comum a todos, reside no corpo da nação e só reconhece a unidade da vontade geral, desconhecendo a multiplicidade e o pluralismo das vontades. Pertence necessariamente ao povo, e como o povo não pode querer fazer o mal a si mesmo, a generalidade do poder soberano decorrente da exigência de universalidade da razão presente no pacto social, resulta no seu **caráter absoluto e inquestionável**. A generalidade formal da vontade pública soberana resulta na sua perfeição e retidão. A vontade geral soberana é pura e inalterável. Seu dever-ser é sua única maneira de ser, e ela é infalível.²⁸⁶

Para CARL SCHMITT, a democracia é uma forma política que corresponde a um princípio de identidade. Esse princípio de identidade se traduz na “identidade do povo em sua existência concreta consigo mesmo”,²⁸⁷ consubstanciando um regime autoreferencial onde o povo, titular do poder constituinte, se dá a sua própria constituição. Aqui não se vincula a democracia ao conceito de constituição do constitucionalismo moderno, mas a um conceito de constituição que se aproxima da dinâmica da decisão política do povo, em oposição à estática que representa a limitação constitucional liberal. Esse conceito de constituição se refere ao pressuposto de que na essência, a democracia corresponde à capacidade política do povo de decidir a configuração e os destinos da sociedade e que qualquer

²⁸⁵ ROUSSEAU formula com base na racionalidade contratual uma soberania absoluta, ilimitada. Fundando-se na necessidade de autoconservação, defende a existência de uma força universal e compulsória, capaz de conduzir o todo ao interesse comum: “Se o Estado ou a cidade é uma pessoa moral, cuja vida permanece na união de seus membros, e se o mais importante de seus desvelos é o da própria conservação, claro está que necessita de uma força universal e compulsória para mover e dispor cada parte do modo mais conveniente ao todo. Como a natureza dá ao homem um poder absoluto sobre todos os seus membros, o pacto social dá ao corpo político um poder absoluto sobre todos os seus; e é este mesmo poder que, encaminhado pela vontade geral, tem o nome de soberania, como já disse.” Ob.cit., II, IV, p. 42-43.

²⁸⁶ Essa perspectiva do pensamento de ROUSSEAU se revela na seguinte passagem: “Enquanto muitos homens reunidos se consideram como um só corpo, sua vontade é uma, a conservação comum e o bem de todos; as molas do Estado são vigorosas e simples, seus ditames, claros e luminosos, não há interesses intrincados e contraditórios, evidente se mostra em toda parte o bem comum, e para conhecê-lo basta o bom senso.” Op. cit., IV, I, p. 99.

²⁸⁷ GOYARD-FABRE, Simone, op. cit., loc.cit.

limitação a esse poder soberano e absoluto seria ilegítima. A democracia para o autor significa um método para a tomada de decisões, uma forma de organização do Estado que permite que os cidadãos participem das decisões de forma mais ampla possível.²⁸⁸

BÖCKENFÖRDE considera que a democracia traduz-se essencialmente em autogoverno do povo, numa decisão autônoma sobre seus próprios assuntos. Desse princípio extrai-se a seguinte consequência: não se decide nada que se contraponha ao povo, não há nada que revista-se de alguma autoridade autônoma, própria, diante do povo. É o povo mesmo, os cidadãos, que hão de decidir. A democracia autêntica, em sentido pleno, é a democracia direta, havendo identidade entre governantes e governados.²⁸⁹

Conclui que a soberania é inalienável e que a democracia representativa somente se justifica a partir de argumentos puramente técnicos e de viabilidade prática. Nesse sentido, aparece como uma forma inferior, como uma segunda via que não pode ocultar seu déficit de verdadeira democracia. Dentro da democracia indireta essa idéia significa que qualquer elemento da democracia direta que se aplique nela tem uma legitimidade maior e representa um plus de democracia. Sob esse prisma a tendência é a de restringir e minimizar os elementos indiretos de representação democrática em prol de elementos da democracia direta. A partir desse conceito surge o movimento em favor de uma democracia de base, na qual há maior participação do indivíduo, da base de afetados em todas as decisões que os concernem. Vê-se nele também uma via de solução para o problema do domínio por meio de uma autosuperação, um cancelamento do domínio. Há a participação dos cidadãos por meio de um processo público de discussão e decisão que cancela o domínio.²⁹⁰

²⁸⁸ *Ibidem.*

²⁸⁹ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*. Editorial Trotta. Madrid, 2000, p. 134. A respeito dessa identidade entre governantes e governados, vide CARL SCHMITT, op. cit.

²⁹⁰ *Idem.*

3.2 Desconstrução da idéia de democracia autêntica como democracia direta

Demonstra KRIELE²⁹¹ que há dois conceitos de democracia:

- a) o Estado constitucional democrático;
- b) a soberania democrática;

Esses dois conceitos respondem de forma muito distinta à questão do progresso da democracia. Para o primeiro modelo, a democracia se incrementa por meio do aperfeiçoamento das instituições do Estado em direção à paz, à liberdade e à justiça: ²⁹² “... se espera paz del Estado, libertad del Estado Constitucional y justicia del Estado constitucional democrático” ²⁹³

O segundo modelo de democracia, o da soberania democrática, responde a essa questão de forma muito distinta, e se identifica com a democracia direta. A concepção de democracia direta liga-se com um modelo de liberdade específico, que responde à pergunta relativa ao progresso da liberdade no sentido da superação das instituições jurídicas. O progresso para ela significa uma ampliação do âmbito da liberdade mediante a emancipação da coação social e das relações de domínio, entre as quais se encontram não apenas das instituições do Estado, mas também as instituições do Estado constitucional, e dessa forma também as instituições do Estado constitucional democrático. A superação do Estado constitucional democrático é, pois, consequência dessa concepção de democracia que se revela com ele de todo incompatível. ²⁹⁴

²⁹¹ KRIELE, MARTIN. *Introducción a la teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*. Buenos Aires: Depalma, 1980, pgs. 318 e sgs.

²⁹² Idem: “Progreso” en el sentido del Estado consitucional democrático significa, en cambio, desarrollo de las instituciones en dirección a paz, libertad y justicia: se espera paz del Estado, libertad del Estado constitucional y justicia del Estado democrático. La democratización del Estado constitucional significa que las condiciones reales de la libertad valen para cada uno en forma igual. La democratización complementa el principio de libertad y el principio de igualdad. Igualdad significa “libertad para todos”, y con ello da de hecho libertad a gran del pueblo. Pero no lo hace mediante la creación de nuevas instituciones, ni tampoco por médio de la supresión de instituciones existentes, sino mediante la ampliación y la complementación de las instituciones ya contenidas en el Estado constitucional que protegen la libertad. Estas instituciones eran injustas en la medida en que la libertad protegida por ellas no valía para todos. La democratización agrega, a la idea de la libertad, la de la justicia.”

²⁹³ Idem, p. 324.

²⁹⁴ KRIELLE, op. cit., p. 324.

Essa segunda concepção de democracia como soberania se assemelha à soberania absoluta do monarca. Limita-se a substituir o monarca pelo povo, de maneira que o povo soberano não descansa, está sempre presente e sempre é capaz de atuar e, de acordo com JELLINEK “... *ha cambiado el nombre; pero su poder absoluto, irresistible, se ha incrementado todavia mas*”.²⁹⁵

Esse conceito de democracia, que concebe uma soberania absoluta do povo, anula as garantias do Estado constitucional, pois o soberano popular não está regido por uma constituição, mas esta acima dela. Assim, o modelo de soberania democrática se opõe ao Estado constitucional democrático, formando concepções distintas de democracia, incompatíveis entre si. Por esse motivo, não se pode interpretar o Estado constitucional democrático como soberania democrática, pois isto conduz a obscuridades e contradições.²⁹⁶

A crítica contrária à concepção da democracia direta como aquela que representa a democracia autêntica também se dirige quanto à falta de realismo dessa doutrina. Para BÖCKENFÖRDE,²⁹⁷ essa idéia se apóia em um conceito irreal de democracia, em sentido pragmático e teórico. A justificação dessa tese embasa-se, primeiramente, na análise das condições que afetam a expressão e realização da vontade do povo. A experiência demonstra que a vontade do povo existe, mas que não pode estar separada das vontades individuais. Por exemplo, a vontade comum de ser povo, de pertencer a um Estado comum, de configurar as condições sociais e políticas da vida em comum. A vontade do povo existe objetivamente, mas numa perspectiva muito limitada, incapaz de dar conta da complexidade dos assuntos do Estado democrático moderno. Em geral, é algo disforme, difuso, necessitando sempre que se lhe dê forma. **Ela contém em si, possibilidades, mas as que necessitam de atualização. Para que se torne algo efetivo se faz necessário que seja feita a pergunta, e esse ato em si da realização da pergunta já encerra um ato de domínio.** A direção e a maneira pela qual se concretiza a sua atualização dependem da forma determinada por quem pergunta, e como se pergunta. A vontade do povo não existe como algo concreto e acabado que

²⁹⁵ *Apud* KRIELLE, op. cit., loc. cit.

²⁹⁶ *Idem*, p. 320.

²⁹⁷ BÖCKENFÖRDE, op. cit. p. 136 e sgs.

basta ser invocado. Sua concreção se produz e se atualiza com modos de apresentar a informação que em alguma medida prefiguram seu conteúdo. **Portanto essa vontade do povo que há de articular-se e determinar-se tem, necessariamente, a natureza de uma resposta.** Tomam-se como exemplo, as consultas populares. A consulta plebiscitária há de ser feita na forma de uma pergunta que é colocada por outra instância, de fora, e o povo não influi na determinação da forma ou do conteúdo da pergunta. Somente escolhe entre as opções apresentadas, geralmente se limitando a dizer sim ou não. Cabe a pergunta de quem tem direito a colocar uma pergunta perante o povo, em que circunstâncias e sob que formulação. Isso é válido também para o direito de petição do povo. O direito de petição depende da iniciativa que o ponha em marcha e, invariavelmente essa é iniciativa de poucos ou de pequenos grupos. Ao admitir a petição do povo se reconhece posição de exercício relevante do poder político para número determinado de cidadãos ou para grupos sociais.²⁹⁸

O segundo aspecto da crítica se embasa no resultado e na discussão da teoria pluralista da democracia, tal como se desenvolveu principalmente nos Estados Unidos.²⁹⁹ Essa teoria tomou como ponto de partida a participação e a relevância dos interesses gerais como modelo para o processo de formação da vontade política, algo que corresponde a um enfoque vinculado à democracia direta. Não obstante a observação e a análise empírica levaram à constatação da existência de uma estrutura baseada em elites: somente determinadas elites alcançam condições de participação e articulam dessa forma seus interesses, alcançando uma posição de primazia no processo político. A utilização do marco geral de uma participação política baseada em um pluralismo de interesses provoca a segmentação da formação da vontade política. Se os grupos de interesses são fatores determinantes e constitutivos para a formação da vontade política, então ao processo político falta o espaço necessário para resolver conflitos de caráter fundamental. Esses ficam de fora do debate, pois somente a mobilização de todo o povo pode articular-los e isso conflita com o sistema de interesses, saltando-o. Até mesmo os conflitos

²⁹⁸ BÖCKENFÖRDE, op. cit. p. 136 e sgs.

²⁹⁹ Vide R.W. SCHARPF, *Demokratietheorie zwischen Utopie und Anpassung*, Kronberg, 1975, p. 29 e sg e *epílogo*, apud BÖCKENFÖRDE, ob.cit., pg.138 e nota 10.

fundamentais necessitam de órgãos de direção que os proponham como perguntas para que sejam trazidos ao debate político, formulando-os como problemas suscetíveis de discussão e decisão. Ocorre que os conflitos fundamentais não se referem a esse ou aquele interesse, mas misturam os interesses, o que gera que em seu debate sejam absorvidos pelos diversos interesses no referido sistema. O interesse na participação política não tem caráter fundamental para os cidadãos (fato documentado empiricamente na pesquisa), no sentido de que se superponha aos demais interesses. Ao contrário, o interesse na participação política se dá em competição com os demais interesses. A vida dos indivíduos não se esgota na participação política e tampouco tem seu centro de gravidade nela, em oposição à democracia ateniense, onde seus cidadãos eram senhores de escravos e servos. A atividade política e a mobilização que a ela se liga, é quase que naturalmente, assunto de minorias. Acrescente-se que a participação é ainda menor no que se refere a assuntos cotidianos, bem como considerada a atual quantidade e complexidade das decisões, tudo isso contribuindo para uma profissionalização da participação. O postulado da participação geral dos cidadãos remete a uma democracia direta, mas na realidade política se está apenas justificando uma legitimação e um campo de jogo apropriado apenas para o desenvolvimento das posições de poder e influência política da minoria ativa.³⁰⁰

O terceiro ponto se refere à forma da realidade social, assim como a natureza própria das formações sociais e políticas como unidades organizadas de ação e efetividade.³⁰¹ Aborda-se a democracia direta do ponto de vista da ciência

³⁰⁰ Idem.

³⁰¹ “La unidad estatal não aparece, de hecho, ni como < orgánica > ni como ficticia, sino como unidad de acción humana organizada de naturaleza especial. La ley de la organización es la ley básica de formación del Estado. Su unidad es la unidad real de una estructura activa cuya existencia, como cooperación humana, se hace posible gracias a la acción de < órganos > especiales conscientemente dirigida hacia la formación eficaz de unidad. De máxima importancia para el nacimiento y conservación de la unidad estatal son, sin duda, los vínculos vitales e impulsivos, los lazos de la psicología colectiva y al imitación, los geográficos, nacionales, económicos e incluso jurídicos, todas las comunidades naturales e históricas, todos los < factores de integración > reales y funcionales. Pero si se quiere captar la ley substantiva del Estado hay que tomar en consideración en todas esas circunstancias tanto la función que tiende a la unidad como la que se opone a ella. La relativa homogeneidad puede ser una de las causas de la unidad del Estado; pero, a la inversa, esa homogeneidad puede ser resultado de la acción de la unidad estatal. Nunca, sin embargo, el carácter relativamente unitario, en lo natural o cultural, de los habitantes podrá engendrar por sí mismo la unidad del Estado. Ésta solo puede concebirse, en última instancia, como resultado de una acción humana consciente, de una formación consciente de unidad, como organización.” HELLER, p. 263 e sgs.

social e da teoria da organização, desferindo uma pergunta contra seu fundamento: a gênese e a existência das unidades sociais na vida em comum não surgem ou se mantêm com substância própria ou representação subjetiva, mas como **unidades de ação e efetividade**. No sentido dessa crítica confira-se HELLER:

En toda organización hay que distinguir la cuestión del poder objetivo de la organización de la del poder subjetivo sobre la organización y la del poder subjetivo en la organización. El poder de la organización es la capacidad de acción del todo, según su volumen y contenido, en cuanto acción que se desarrolla hacia dentro y hacia fuera por la organización combinada de todos los miembros de la organización. Este poder objetivo puede medirse objetivamente hasta cierto punto (crédito, probabilidad de obediencia), pero no cabe localizarlo en ningún miembro particular de la organización, de modo que como sujeto solo se puede considerar a la organización en su totalidad. Resulta esto, en primer término, de la esencia del poder social, que es siempre una relación social del depositario del poder con los súbditos, de un lado, y con otros depositarios del poder, de otro. Para que el gobernante disponga de poder social no basta con que motive las voluntades de otros hombres, sino que es preciso que pueda motivarlas para actividades socialmente eficaces que él determina. <Su> poder social consiste en las actividades de los que le obedecen: oboentientia facit imperatem. Todo poder social en lo interior es una cualidad engendrada de modo bilateral y nunca una cualidad inherente al depositario del poder que sólo queda localizar en él. Por eso, la localización en la persona del gobernante de cualquier poder social, es decir producido mediante actividades combinadas, es siempre una imputación social.³⁰²

Essas unidades de ação e efetividade surgem por meio de processos de organização, através da unificação e da direção, articulada de um modo determinado, e a correspondente atualização de uma pluralidade de ações e comportamentos humanos. O grupo, como unidade determinada, somente ocorre como uma interação dirigida e referida entre si. Somente por meio de uma direção unitária que orienta e refere o comportamento dos indivíduos a determinados fins é que se forma e se mantém a unidade de ação. A partir dela surge a unidade mais ou menos articulada dos seus efeitos. Isso depende da existência de um ou mais órgãos de direção que assumam essa função de unificação e organização. Isso não significa que exista uma unidade prévia, mas que essa se produz com um nexo de efeitos dirigidos e unificados. Tampouco basta a existência da vontade de união. Nessa ação, na fixação de um plano sobre o tipo e o fim da organização comum, sobre a orientação material da atualização que há de realizar-se e se manter em comum, com exclusão de outras possibilidades, e dos meios que há de utilizar-se para tanto, os órgãos de direção procedem atuando por si mesmos, com autonomia.

³⁰² Op. cit., p. 280.

Há que produzir-se como uma iniciativa concreta e determinada em seus conteúdos para que produza a unificação da vontade e a unidade de seus efeitos. É algo criativo, não mera execução de algo pré-estabelecido. Por sua própria natureza de modo contínuo a se realizar como uma relação de pergunta e resposta; refere-se à pergunta de poucos e a resposta de muitos.³⁰³ De acordo com HELLER:

*Toda organización, sin embargo, precisa de una autoridad y todo ejercicio de poder está sujeto a la ley del pequeño número; los que actualizan las actividades de poder unidas en la organización han de disponer siempre de una determinada suma de libertad de decisión y, con ello, de poder no limitado democráticamente. Esto se aplica tanto al poder del Estado como a la estructura de poder de los partidos políticos que organizan en la democracia las exteriorizaciones de voluntad de los electores. En los partidos, el reducido grupo de los dirigentes, juntamente con la burocracia del partido, concentra el poder en su mano tanto más fácilmente cuanto mayor y más complicada sea la organización y cuanto más reducida sea la preparación e interés político de los electores. Pero sobre todo la administración estatal, cada vez más extensa y complicada, hace preciso en todas su ramas un cuerpo profesional de funcionarios, especializado y conocedor de los asuntos, cuya competencia y experiencia absorben una parte no pequeña del poder estatal localizado jurídicamente en el pueblo, especialmente cuando la burocracia permanente se halla frente a mayorías parlamentarias cambiantes y a una dirección política también cambiante.*³⁰⁴

As tendências de democratização do Estado constitucional devem ser recebidas desde que não ponham em risco as próprias condições institucionais da liberdade, e com isto as condições para a democracia. Nesse sentido, cumpre ressaltar que o máximo e o ótimo não coincidem, ou coincidem até um certo ponto, como afirma KRIELLE: “*Luego se produce lo que Hegel há descrito como el salto dialéctico de lo cuantitativo a lo cualitativo: mas identidad significa, entonces, la supresión de las condiciones para la democracia.*”³⁰⁵

Controverte-se acerca de se realmente há tal salto dialético, o que para a teoria da soberania democrática certamente não ocorre, pois seu núcleo está na idéia de identificação entre liberdade e identidade entre governantes e governados (autonomia), que para ela são a mesma coisa, concluindo a máxima: quanto mais identidade, maior a liberdade. Com isso se estaria atingindo a autonomia, a ausência de heteronomia, de domínio alheio. A heterodeterminação fática, existente no

³⁰³ BÖCKENFÖRDE, op. cit., p. 136 e sgs.

³⁰⁴ Op. cit., p. 283.

³⁰⁵ Op. cit., p. 323.

Estado, e interpretada como algo transitório, um compromisso a partir de dificuldades práticas que seriam em princípio superáveis. A liberdade não é garantida por instituições jurídicas que limitam o poder do Estado, mas provém da sua superação, ou seja, da supressão de toda a heterodeterminação.³⁰⁶

A teoria do Estado constitucional democrático baseia-se na idéia de que sempre e inevitavelmente deverá haver um domínio. A inevitabilidade do domínio é para ela pressuposta, e esse domínio se expressa na distinção entre governantes e governados,³⁰⁷ legisladores e sujeitos à lei. Para essa teoria, a liberdade não tem por base a superação das instituições de poder, mas a sua reestruturação qualitativa, tendo na liberdade o ideal a ser alcançado, no sentido da obtenção do seu ótimo. Para este modelo, o ótimo de liberdade se obtém a partir da rejeição de toda a pretensão de soberania nesse sentido absoluto. Esse rechaço é materializado pelas normas limitadoras do Estado, especificamente pelos direitos humanos e sua proteção institucional por meio de normas jurídicas e cogentes, por meio das instituições judiciais, da independência judicial, do devido processo legal, entre outros.³⁰⁸

3.4 Democracia como forma de Estado

O conceito de democracia direta liga-se a um conceito de soberania do povo

³⁰⁶ Idem.

³⁰⁷ Embora essa distinção seja apenas relativa, e se aplique apenas enquanto o governante esteja ocupando o cargo e se limite às atribuições que lhe competem, segundo o interesse da coletividade. Essencialmente, há igualdade entre governantes e governados. O conceito de cargo é essencial para a compreensão dessa distinção.

³⁰⁸ Nesse sentido leciona KRIELLE que *“la teoría del Estado constitucional democrático se basa en la hipótesis de que siempre e inevitablemente tiene que haber gobernantes y gobernados, legisladores y sujetos a la ley. La libertad no se basa, entonces, en la superación de las instituciones de poder, sino en su reestructuración cualitativa, de modo que permitan obtener el óptimo de la libertad. Esto se consigue por medio del rechazo de toda pretensión a la soberanía, por medio de los derechos humanos y su protección institucional por las normas jurídicas, por medio de las instituciones judiciales, la independencia judicial y el procedimiento judicial, etc.”*. Op. cit., p. 323.

que lhe dá caráter absoluto. Pode-se afirmar que, em termos de soberania, limita-se a substituir o monarca absoluto pelo povo e que Busca a otimização da liberdade por meio da superação das instituições jurídicas do Estado. Conclui-se que a democracia como conceito próprio de uma forma de Estado, ao menos diante do tamanho e da complexidade do Estado moderno, não pode ser entendida como democracia direta. Se assim fosse, se tomaria como ponto de partida para a construção do conceito uma idéia semelhante a um plebiscito diário, ou seja, algo que pode ser demonstrado como irrealizável, irreal, formando-se um conceito de democracia cujo conteúdo nuclear é carente de possibilidade de realização, ao menos nos modernos Estados de proporção continental. Se seguíssemos por esse caminho, a democracia se converteria em algo deficitário e ilegítimo. A democracia como forma de Estado representa uma forma de domínio político e uma forma de organizar o domínio. Então tem que constituir-se numa unidade de decisão e ação, e tem que haver um sistema que propicie a unificação relativa da vontade. Portanto se faz imprescindível a existência de órgãos de decisão que tenham relativa independência de ação,³⁰⁹ agindo por si mesmos, tendo caráter representativo. Esses órgãos são a condição de possibilidade existencial de uma democracia, no sentido moderno originário e, não como uma concessão meramente técnica embasada no número de cidadãos ou na amplitude do território. A tarefa de construção de uma organização democrática da comunidade política não consiste em desmontar esse poder de direção dotado de certa autonomia, assim como os representantes que atuam por si, e nem reduzi-lo ao mínimo necessário. A tarefa consiste em admitir esse poder de direção e conferir-lhe certa estabilidade, mas ao mesmo tempo **submetê-lo à legitimação democrática em um processo aberto de formação da vontade democrática, assim como em vincular-los à responsabilidade e ao controle democrático de forma que sua ação seja em nome do povo e autorizada pelo povo.**³¹⁰ Esse é o conceito realizável da organização e do exercício do domínio, que tem a representação como elemento

³⁰⁹ HELLER, op. cit., loc. cit.

³¹⁰ BÖCKENFÖRDE, Op. cit., p. 113. Segundo o autor: "*La pervivencia de la democracia como forma de Estado y de Gobierno depende también de presupuestos éticos. Y entre estos presupuestos pueden incurirse, por un lado, la efectividad de un ethos democrático entre los ciudadanos y en los cargos políticos, y, por el otro, la disposición de estos últimos a tomar decisiones políticas desde el interés común de todos*".

constitutivo da democracia e não um modelo utópico.³¹¹

O elemento de democracia direta não está excluído do sistema de governo democrático. Concilia-se com o princípio representativo e manifesta-se por meio da opinião pública de modo a influenciar e controlar a formação da vontade política, única forma desta manter-se dentro da legitimidade democrática. A consequência é que se confere uma autorização democrática que se configura juridicamente e se outorga de maneira contínua e reiterada para os órgãos de direção e para seu poder de direção. Essa autorização não se dá perfeita e acabada, de uma só vez à maneira contratual de influência hobbesiana. Ela se dá de forma continuada e se concretiza por meio de prestações de contas, de imputação de responsabilidades, estabelecendo as bases para a existência de um nexo de imputação. Os órgãos de direção que atuam por si mesmos, autorizados dessa forma, se constituem num poder democrático-representativo.³¹² Nesse sentido, a opinião pública³¹³ exerce um importante papel de legitimação democrática. Por ela se produz algo além da simples aceitação do domínio, mas um princípio de orientação, como demonstra ZIPPELIUS:

... enquanto nos mantivermos firmes à legitimação democrática do poder do Estado, é legítimo, pelo menos sob este ponto de vista democrático, que os órgãos do Estado, em especial o Governo e o Parlamento, se orientem segundo a opinião pública.³¹⁴

A dimensão democrática da representação corresponde à orientação segundo

³¹¹ BÖCKENFÖRDE, op. cit. p. 136 e sgs.

³¹² Idem.

³¹³ Sobre a importância da opinião pública na formação da vontade política do povo, transcrevemos a lição de ZIPPELIUS, segundo a qual “A formação da opinião pública surge, neste contexto, praticamente como “pré-configuração da formação da vontade política do povo”, se bem que ela própria ainda não seja vontade dos órgãos do Estado. Quando aqui se fala, de forma sintética, de “opinião pública”, não se deve perder de vista o facto de não existir numa comunidade uma opinião pública uniforme e objectivamente indiferenciada, mas apenas opiniões diferentes, estruturadas (articuladas) por temas, que encontram um apoio por vezes maior e por vezes menor. A opinião pública, entendida neste sentido, não ganha relevância política apenas nas eleições. Já pelo simples facto de determinadas concepções serem projectadas para temas de discussão comum, o processo da formação da opinião possui uma importante função integradora. Os valores e objectivos predominantes, bem como os esquemas interpretativos com que procuramos compreender o mundo, servem como meios de orientação para a acção. Algumas destas concepções condensam-se na expressão de uma opinião pública predominante da comunidade e influem na acção dos órgãos estatais, em especial nas democracias sensíveis à opinião pública. Por estas vias, até os “produtores de símbolos e cosmovisões” alcançam uma influência verdadeiramente real e importante sobre o acontecer social”. Op. cit., p. 346.

³¹⁴ Idem, p.347.

a opinião pública. Existe uma diferença estrutural entre democracia direta e democracia representativa, porquanto a democracia representativa tem na democracia direta um de seus elementos, agregando um elemento de estabilização do sistema. O sistema representativo deve ser capaz de identificar concepções políticas que se elevem acima de precipitações momentâneas da opinião pública, funcionando como um elemento estabilizador da democracia. Conclui-se que, como forma de Estado, a democracia deve adotar o princípio representativo, e que permanece a democracia direta como um elemento de legitimação que se manifesta por meio da opinião pública e que a legitimidade democrática segundo este modelo de Estado em muito difere de uma “simples relação de execução perante a opinião pública”.³¹⁵

3.5 Democracia e representação

A relação de responsabilidade estabelecida com os mencionados atos de legitimação e com o nexo de imputação não poderia derivar numa delegação de vontade de certo modo em branco, sem que dela se possa inferir qualquer pretensão de fazer valer e representar a vontade real do povo. Por esse motivo é fundamental a pergunta a respeito do significado real da representação para a democracia, entendida essa como um domínio que exerce realmente o povo.³¹⁶

Pela análise do método reducionista de formação das maiorias parlamentares fica evidente a necessidade de complementação da legitimação decorrente do princípio formal representativo por critérios materiais de legitimação. A representação funciona como um grande limitador da liberdade, transformando os direitos políticos de participação, ou seja, a liberdade, reduzindo-a ao direito ao voto³¹⁷. De acordo com MONCADA, não basta a garantia formal de um processo discursivo de formação da vontade política, se não houver em complemento uma

³¹⁵ Idem, p. 347-348.

³¹⁶ BÖCKENFÖRDE, op. cit. p. 144-145.

³¹⁷ KELSEN, ob.cit., p. 43.

orientação do processo segundo um sistema valorativo que lhe dê limites e direção. Não é que o procedimento não preste, por meio da argumentação racional e da possibilidade de manifestação das diferentes opiniões, uma certa legitimidade à decisão política. É que persiste a necessidade de se agregar um *plus* de legitimação, que consiste numa referência a valores encontráveis no sistema jurídico de modo a alterar as condições sociais de formação da vontade política:

É bem sabido que os métodos de trabalho parlamentares, abertos à crítica da oposição e da opinião pública, em geral, são unicamente por si, capazes de emprestar certo cabedal de legitimidade à decisão legislativa. O procedimento parlamentar é discursivo, o que quer dizer que facilita a troca de argumentos em ordem à obtenção de soluções consensuais. Institucionaliza a feita das leis como racionalidade discursiva e prática pois que subentende o reconhecimento recíproco dos pontos de vista e interesses mais comuns na sociedade civil. Sucede é que a legitimidade normativa não se esgota na correção dos métodos de trabalho parlamentar, por muito apurados que sejam. Colocam-se-lhe problemas de justificação das soluções encontradas que transcendem obviamente, como, se viu, o resultado processual.³¹⁸

Em sentido formal, a representação refere-se à autorização que os órgãos de direção obtêm do povo, designa o nexo de imputação que existe entre a atuação dos órgãos de direção e o povo. Atuam de forma representativa, em nome do povo e como se fosse o povo e justamente por isso sua ação tem força de obrigar o povo.³¹⁹ Em sentido material, significa que a ação legitimada e autorizada pelo povo se refere

³¹⁸ MONCADA, Luís S. Cabral De. Estudos de Direito Público, Coimbra Editora, 2001, p. 334.

³¹⁹ Entre nós, FERREIRA FILHO faz uma interessante análise do sistema representativo democrático que transcrevemos a seguir: “O representante não tem contas a prestar a seus constituintes, nem explicações a lhes dar. E, se tudo isso não bastasse, o representante não está sujeito pelos eleitores à destituição. É exato, portanto, dizer com Burdeau que a representação, à moda da Revolução Francesa, é menos um processo pelo qual se exprime o poder do povo do que o modo de ser desse poder. A idéia de Nação é das mais nebulosas. Não se confunde com o povo, segundo Vedel: “Não se poderia dizê-lo, já que, precisamente, é invisível. Poeticamente, sustentou-se que ela compreendia além dos vivos, os mortos e os que estão por nascer”. A Nação não pode por si exercer o poder, necessita de representantes que exprimam a sua vontade. Desta forma, os detentores do poder são representantes só desta, escolhidos pelo povo, o qual não exerce direito próprio, mas delegado pela Nação. Se o representante é representante da nação e não dos seus eleitores, os quais, ao escolhê-los, exercem uma função para a Nação, compreende-se porque a representação é geral. O mais difícil de demonstrar, entretanto, é que a vontade dos representantes se confunde com a da nação. Ninguém o explica. É um dogma, um artigo de fé. A soberania nacional significa na prática a soberania parlamentar, o que vem a significar em teoria a supremacia da razão, como a razão é universal e atemporal, a Nação há de querer sempre o que a razão quer. A supremacia da lei deveria ser, de acordo com o esquema clássico, a supremacia da razão sobre o arbítrio dos governantes. Deveria exprimir a vontade geral, que nunca erra, por ser razão humana despida dos interesses que a descaminham, e, jamais, o predomínio de qualquer grupo, de qualquer vontade particular. Para estabelecer essa supremacia e impedir rigorosamente aquele arbítrio, o Constitucionalismo confiava em duas coisas, num instrumento de identificação entre a vontade particular dos órgãos governamentais e a Nação - a *representação* - e num equilíbrio de forças, resultante da divisão do poder e estruturado na *separação de poderes*. A questão da representação é, por isso, crucial. Particularmente porque se coloca no ponto de união e de passagem da política para o direito”. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, Do Processo Legislativo, Saraiva, 1995, p. 66 e sgs.

sempre ao conteúdo da vontade deste. O povo deve poder se reconhecer nessa ação, tanto nas suas diferentes concepções como naquilo que entende como correto em comum. Manifesta-se na capacidade de gerar decisões que inspirem a aceitação espontânea, além da capacidade de impor a decisão. A representação é um processo político-espiritual que não se dá como manifestação de um ser autônomo, que existe por si mesmo. Não se dá prevalência a um dos aspectos da representação, pois ambos devem sempre estar presentes na democracia, ambas as formas de representação são necessárias para uma democracia real: na representação formal a democracia encontra a forma jurídica necessária para estabelecer uma relação de autorização, legitimação e imputação, ela confere à estrutura democrática do Estado a sua forma exterior, mas nada mais que sua forma; somente a representação material proporciona as condições para que a democracia, estando presente sua representação formal, não degenera em domínio individual, ou de grupos por delegação, ou em um absolutismo cambiante da maioria. Somente a representação material faz com que a democracia seja a realização do domínio do povo e da participação política dos indivíduos. Nesse sentido, também na democracia por meio da representação formal se constitui um domínio, mas somente a representação material serve para limitar e vincular esse domínio aos conteúdos da vontade do povo.³²⁰

A representação não é um fim em si mesmo, pelo contrário, embora se revele um elemento necessário à formação da vontade democrática do Estado nos complexos estados modernos, deve ser interpretada restritivamente, exigindo sempre que possível a recondução da decisão majoritária representativa ao consenso expresso na opinião pública e aos valores fundamentais culturais da sociedade. De acordo com ZIPPELIUS:

Se a mediatização da formação da vontade comum através de órgãos representativos se revela inevitável, pelo menos o sistema representativo não deveria desgastar mais do que o necessário à democracia, para o estabelecimento de uma comunidade funcional e dotada de controlos do Estado de Direito. O princípio da democracia – garantir ao maior número a máxima participação na decisão possível – deverá, por conseguinte, transparecer através das estruturas do sistema representativo, adquirindo relevância nem que seja só indirecta:

³²⁰ BÖCKENFÖRDE, op. cit., loc. cit.

designadamente pelo facto de os órgãos estatais orientarem a sua actuação pelas concepções políticas e ético-sociais dominantes na comunidade. Os actos do poder político devem ocorrer “como se tivessem podido resultar da vontade colectiva de todo um povo”. – Neste sentido designou-se, e com razão, a opinião pública como “a forma moderna da aclamação” (C. Schmitt VL, 246), reconhecendo-se nela um elemento de democracia directa. Sob este aspecto as “relações públicas” do governo apresentam-se como um modo de solicitar a aprovação e, conseqüentemente, a legitimação democrática.³²¹

O conceito de cargo é extremamente importante para a democracia representativa. A partir do mesmo, obtemos um ponto de partida adequado. No conceito de cargo está contida a idéia de sua utilidade para outros, sua orientação segundo tarefas e responsabilidades, distintos dos próprios interesses, a que corresponde à idéia de um fideicomisso (trusteeship). O determinante não é a vontade própria do titular do cargo, mas a vontade pública, própria de um cargo e orientada às exigências de uma generalidade. Seu ponto de referência não corresponde à vontade natural e aos interesses naturais, fazendo real o sentido de dever e obrigação, contidos nele.³²²

3.6 Democracia e república

A república é um conceito político que importa para a democracia principalmente a partir da sua perspectiva material. Etimologicamente, a *res publica*, se opõe ao Estado patrimonial, significando a coisa pública, ou seja, refere-se à titularidade do poder do Estado bem como se refere a um conceito de patrimônio e interesse público que afasta a idéia de apropriação do poder e dos bens públicos por quem quer que seja, pois ambos pertencem à coletividade.³²³

O conceito formal de república se define negativamente, por oposição à

³²¹ HAURIU, Maurice. *Principios de derecho público y constitucional*. Tradução por Carlos Ruiz Del Castillo. 2.ed. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1927, p. 347.

³²² BÖCKENFÖRDE, ob.cit., p. 147 e sgs.

³²³ Nesse sentido pode-se compreender a afirmação feita por HAURIU: “*que el poder soberano del pueblo, que se llama también soberanía nacional, no se confunde con el poder de gobierno; no es en si otra cosa que la propiedad de este poder*”. HAURIU, Maurice. *Principios de derecho público y constitucional*. Tradução por Carlos Ruiz Del Castillo. 2.ed. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1927, pg. 213.

monarquia. Essa definição tem origem em MAQUIAVEL que, ao introduzir esse conceito como conceito político de Direito do Estado se refere ao titular do poder do Estado e ao chefe do Estado:

Todos os Estados e todos os governos que exerceram ou exercem certo poder sobre a vida dos homens foram ou são repúblicas ou principados. Um principado, ou é hereditário quando é longeva a soberana linhagem de seu senhor, ou é nascente³²⁴.

O conteúdo desse conceito se restringiu com a evolução da monarquia até a democracia. De acordo com essa concepção formal, a decisão em favor da república significa apenas uma chefia não monárquica do Estado. O princípio democrático não se vê reforçado nem afetado por isso, pois a República poderia configurar-se como uma aristocracia.³²⁵ Entretanto se reconhece que há uma aproximação entre democracia e república, e aristocracia e monarquia. Nesse sentido afirma HAURIUO:

*La organización aristocrática o democrática de un pueblo es, en si, independiente de la forma de gobierno. Han existido en la historia repúblicas aristocráticas y repúblicas democráticas. Há habido también monarquías aristocráticas y monarquías democráticas; estas últimas toman más bien el nombre de impérios...*³²⁶

E em seguida reconhece o autor que:

*... la aristocracia tiene más afinidades con la forma monárquica, y la democracia con la forma republicana. Tiene la Monarquía afinidades naturales con la aristocracia, en el sentido de que una nobleza es el apoyo natural del trono; una Monarquía que no se apoye en una aristocracia es excepción del tipo histórico, pues constituye más bien un gobierno imperial que se apoya en el ejército o en el pueblo, y que no difiere mucho de una República autoritaria. La República tiene afinidades naturales con la democracia en el sentido de que se muestra conforme con su tipo, apoyándose en el pueblo.*³²⁷

³²⁴ MAQUIAVEL, Nicolau, *O príncipe*. Tradução de Antonio Caruccio-Caporale, L&PM, Porto Alegre, 1998, p.3. Sobre a República, o autor discorre na sua obra intitulada Discursos sobre a primeira década de Tito Lívio, onde defende a república romana como um modelo de sociedade a ser seguido, e vê na república a melhor forma de governo para preservar as liberdades que se afirmariam de forma segura por meio de leis e ordenações bilaterais, que se alcancem “tanto o poder do príncipe quanto a segurança de todos. E, sempre que assim se fizer, se o povo vir que, por nenhum acontecimento, tais leis serão violadas, o príncipe em breve começará a viver seguro e contente”. Discursos sobre a primeira década de Tito Lívio. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 68.

³²⁵ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*. Editorial Trotta. Madrid, 2000, pgs. 126 e sgs.

³²⁶ HAURIUO, Maurice. *Principios de derecho público y constitucional*. Tradução por Carlos Ruiz Del Castillo. 2.ed. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1927, pgs. 211 e 212.

³²⁷ Idem.

Especificamente sob esse aspecto formal, o princípio republicano e a democracia não se entrelaçam, atingindo pontos distintos. Situação distinta ocorre na discussão pública recente, onde a república se utiliza e se define em sentido material. A chave de sua definição defendida por Cícero, e mais tarde por Maquiavel, é a idéia de que o Estado é uma comunidade pública (*res publica*) e que o domínio do Estado deve ser exercido em benefício da comunidade, nunca segundo os interesses de determinados indivíduos ou grupo.³²⁸ Há que verificar que a república no sentido material tem origem comum com a democracia, e que da adoção do sufrágio universal decorre necessariamente a adoção do interesse público como princípio de governo.

Esse sentido material republicano opera uma profunda transformação no Estado, alterando seu modo de ser concebido, inaugurando uma nova espécie de Estado, que se aproxima da democracia e que afasta a possibilidade de apropriação do domínio, tendo no conceito de cargo a nota de sua transitoriedade. Nessa esteira, afirma BOCKENFÖRDE que a constituição do Estado se compreende como uma ordenação de cargos públicos por meio da lei, sobre a base da liberdade e da igualdade dos cidadãos, com tarefas e competências especificamente circunscritas, de forma que não se exerce um domínio pessoal, mas se exercem tarefas de ordem da liberdade na vida em comum, com base em uma decisão pública. Implica que os cidadãos entendam o Estado como *res publica*, de maneira que a república aparece não como forma de Estado, mas como nova espécie de Estado. O conceito oposto não é a monarquia, mas o despotismo de um indivíduo ou grupo. Refere-se à própria razão de ser do domínio do Estado, formatando seu conteúdo e sua configuração concreta de acordo com esse princípio. Nesse conceito estão contidos elementos do Estado de Direito, mas vai mais além, pois tem a função de estabelecer verdadeira orientação normativa à atividade do Estado. Essa orientação normativa guarda conexão com a democracia.³²⁹

³²⁸ BÖCKENFÖRDE, op. cit., p. 126 e sgs.

³²⁹ Op. cit., loc.cit.

3.7 Democracia e Estado social

De acordo com os ideais da Revolução francesa, liberdade, igualdade e fraternidade (ou solidariedade), seriam os valores fundamentais da sociedade. A doutrina correntemente dedica muitas páginas à liberdade e à igualdade, valores que correspondem ao Estado de Direito e à democracia respectivamente.³³⁰ Para KARL DOEHRING esses valores se encontram em contradição ao concluir que a aplicação da igualdade resulta necessariamente em uma limitação da liberdade, já que restringe as possibilidades de manifestação da individualidade, por dela resultar o necessário respeito à manifestação alheia. De outro lado, a proteção da personalidade por meio da liberdade conduz à desigualdade. Assim, o autor acentua que a idéia de solidariedade surge como uma forma idônea a fomentar uma certa medida de renúncia à liberdade a favor da liberdade igual alheia, bem como à renúncia a uma igualdade desmedida. O Estado social, que corresponde a esse valor de solidariedade, por ser equívoco, arrisca falsear esse fundamental problema do Estado constitucional democrático – a compatibilização da liberdade com a igualdade – caso seja tomado o termo social como algo evidente, sem necessidade de definição. Nessa esteira, poderia ser pensado de forma simplista como tanta liberdade quanto fosse socialmente suportável e possível, e tanta igualdade quanto socialmente suportável e exigido, de modo a escamotear a pergunta a respeito da definição do social. O autor propõe que o Estado social seja interpretado em conjunto com o Estado de Direito, de modo a orientarem-se no sentido da garantia da liberdade do indivíduo, e não apenas como um princípio destinado a impor a igualdade desmedida, de modo a proteger os mais fracos. Desse modo, o princípio seria a síntese entre o Estado de Direito e a democracia, sendo sua função colocar o

³³⁰ O mesmo tratamento não é dado à solidariedade, focando-se a doutrina majoritariamente nos direitos, deixando a questão dos deveres em segundo plano. FORSTHOFF lembra que a questão de se outorgar um suporte constitucional à fraternité, ao lado da *liberte e egalité*, alcançam as origens do Estado de Direito e, com base no fato de que a Constituição francesa de 1793 o fazia de forma programática, e que disto não resultou qualquer consequência prática, deixando tudo a cargo do legislador e da administração, considera que a fraternidade não joga um papel significativo na história constitucional posterior ao século XIX, e que a mesma coisa ocorre em relação à doutrina. Cita que o fato de NÉZARD ter dedicado uma parte de sua obra *Elements de Droit Public* à definição da fraternidade como um dever social, se deve mais como uma reverência à famosa tríada da Revolução Francesa que a exposição de um elemento essencial da constituição democrática. ABENDROTH, Wolfgang; FORSTHOFF, Ernst; DOEHRING, Karl. *El estado social*. Centro de estudios constitucionales. Madrid, 1986, p. 75.

indivíduo em uma situação na qual possa exercer sua liberdade (tanto política quanto individual). Como a igualdade na dependência é contraditória com o princípio fundamental da democracia, segundo o qual o poder do Estado tem origem nos cidadãos livres que constituem o povo (soberania do povo), conclui pelo princípio da subsidiariedade, segundo o qual o Estado nunca pode ou deve eludir a responsabilidade que emerge da atividade social na liberdade dos indivíduos ou grupos.³³¹

Segundo BÖCKENFÖRDE, o Estado social não se refere a elementos estruturais de tipo institucional ou legitimador nem compreende garantias delimitadoras, como as que estão presentes no Estado de Direito. Mostra-se como um fim do Estado e como uma orientação, como um mandado de ação para os órgãos do Estado. Orienta-se para a diminuição da desigualdade, dos antagonismos sociais, bem como para assegurar a todos os pressupostos sociais materiais imprescindíveis à realização da liberdade. Por esse ângulo, o integram o equilíbrio e a redistribuição social, bem como a garantia de um mínimo na participação dos bens necessários à vida. A relação da democracia com o Estado social se determina a partir desse conteúdo.³³²

Essa garantia de um mínimo na participação dos bens necessários à vida foi teorizada como mínimo existencial. A discussão a respeito vem sendo conduzida entre nós por RICARDO LOBO TORRES. Segundo o autor "... deve-se procurá-lo na idéia de liberdade, nos princípios constitucionais da igualdade, do devido processo legal e da livre iniciativa, nos direitos humanos e nas imunidades e privilégios dos cidadãos."³³³

³³¹ Segundo o autor citado: "*Puesto que el Estado social - juntamente com el Estado de Derecho y los derechos fundamentales - tiene como fin el mantenimiento de la libertad del ciudadano, o su implantación, no se puede reducir su función esencial a imponer la igualdad protegiendo a los más débiles en el ámbito de la reestructuración social, u otorgando protección. Más bien su función está en colocar al individuo en disposición para que ejercite su libertad. Por consiguiente lo < social > no es aquí una apoyatura para el establecimiento de la igualdad (ésta en la democracia es simplemente una ficción política) sino para la implantación de la libertad. El establecimiento de la igualdad política, necesario para la democracia, que encuentra su expresión máxima en la igualdad del derecho de elección, solamente tiene sentido si posibilita la libertad en la forma de una libre configuración de la personalidad. Igualdad en la dependencia sería una contradicción con el principio fundamental de las democracias occidentales según el cual el poder del Estado tiene su origen en los ciudadanos libres que constituyen el pueblo*". ABENDROTH, Wolfgang; FORSTHOFF, Ernst; DOEHRING, Karl. *El estado social*. Centro de estudios constitucionales. Madrid, 1986, p. 128-129.

³³² Op. cit., p. 128-129.

³³³ TORRES, RICARDO Lobo, *Os Direitos Humanos e a Tributação*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 127-128.

Trata-se de imunidade pré-constitucional fundada na ética e não se confunde com os direitos econômicos e sociais. Fundamenta-se nas condições para o exercício da liberdade, na idéia de felicidade, nos direitos humanos e no princípio da igualdade.³³⁴ Procura garantir uma esfera material intangível para o poder tributário do Estado, onde se manifesta sob o aspecto negativo, e de outro lado se manifesta como garantia positiva, de modo a ensejar prestações positivas por parte do Estado. Enquanto condição para o exercício da liberdade revela-se essencial para a democracia, criando condições materiais para a possibilidade de exercício da participação política.

A democracia e o Estado social não se equilibram ou se delimitam reciprocamente, o que existe é uma relação unilateral de impulso e apoio que parte da democracia. Na democracia a formação da vontade política se embasa na igualdade política dos cidadãos e no direito igual e geral ao sufrágio, assim como uma competição contínua e aberta pela liderança política. Nessa esteira fica aberta a possibilidade de que os problemas e interesses sociais se convertam em questões políticas e passem a integrar os temas sobre os quais se foca o confronto político. Essa possibilidade é maior onde a desigualdade social é relevante, onde os afetados pela desigualdade constituem parte significativa para a formação da maioria. Aqui o Estado social aparece como uma consequência política que deriva da lógica objetiva da democracia. A atividade do Estado passa de meramente repressiva a preventiva ou positiva, orienta-se segundo fins positivos. Ao término dessa tendência há o risco de levar-se ao “Estado quantitativamente total surgido da debilidade” enunciado por Carl Schmitt, o qual assume de forma crescente tarefas sociais porque não tem força política para rechaçá-las como tarefas do Estado. Surge, com a ampliação das tarefas do Estado, a dependência do Estado de uma economia expansiva, sendo necessária uma dotação crescente de recursos, o que conduz a uma identificação parcial entre o Estado e a economia, transformando as posições econômico-sociais em poder indireto de decisão política.³³⁵

O princípio democrático abre politicamente a porta para a realização do Estado social. O Estado social de outro lado se faz necessário ao exercício efetivo

³³⁴ Idem.

³³⁵ Idem.

das liberdades individuais e da democracia no que se refere às condições materiais mínimas de exercício da liberdade democrática (mínimo existencial). Entretanto, não contém nenhuma disposição legitimadora ou institucional que indique sua limitação. Tal limitação só pode produzir-se a partir do necessário consenso político democrático. Esse consenso tem a tendência a ampliar os fins e a buscar os meios para a ação orientada ao Estado social, mediante recursos progressivamente arrebatadores do produto social ou mediante intervenções redistributivas na partilha de bens da sociedade.³³⁶

Assim para resolver a questão do equilíbrio e dos limites das atividades e fins do Estado social somente se pode contar com as garantias do Estado de Direito, na medida em que as mesmas delimitam o poder de decisão do poder político democraticamente legitimado. Junto ao critério da proporcionalidade em relação às limitações das liberdades jurídico-fundamentais, é decisiva a garantia da propriedade tal e como reconhecida no Estado de Direito. O conteúdo e os limites dessa garantia determinam ao mesmo tempo as possibilidades e os limites da ação do Estado social, que se orienta para a redistribuição e para o equilíbrio social na sociedade. A maneira e o alcance da coexistência entre Estado de Direito e Estado social depende da medida em que o Estado de Direito permita uma intervenção apropriadora sobre o produto social a cargo de prestações econômicas públicas de fim redistributivo. O Estado social pode realizar-se por meio do Estado fiscal, utilizando-o como instrumento para a redistribuição social.³³⁷

FORSTHOFF pontua que o Estado de Direito é o limite e a base a partir da qual se vai identificar o sentido e o conteúdo do Estado social, a partir de sua compatibilidade com o primeiro. Para o autor se deve tomar o Estado de Direito em seu mais estrito sentido a fim de verificar até que ponto e em que medida é compatível com os conteúdos e exigências do Estado social, o que deve ser feito tomando por base o sistema conceitual, as formas e as instituições do Estado de Direito, fazendo-se uma opção em favor do Estado de Direito como ponto de partida, evitando-se uma simples solução de compromisso nessa questão.³³⁸ Afirma que a

³³⁶ *Ibidem.*

³³⁷ *Idem*, p.131.

³³⁸ *Op. cit.*, p. 80.

constituição democrática possibilita o Estado social de forma efetiva, por meio de instrumentos específicos para o seu desenvolvimento, pertinentes à soberania tributária do Estado, o que permite que este desempenhe através suas atividades uma importante parte de suas missões sociais, de uma maneira que o Estado social se oriente em um sentido congruente com o Estado de Direito, e é desse modo que se explica a modificação do Sistema Estatal Tributário, ocorrida a partir da Primeira Guerra Mundial. Complementando seu pensamento, conclui que o Estado de Direito enquanto Estado de tributos se funda em um pressuposto que decorre da constituição democrática: a necessária proteção à propriedade, por meio da distinção estrita entre soberania impositiva (instrumento do Estado de tributos) e da proteção da propriedade, garantida como um direito fundamental. Sem essa distinção, desapareceria todo o fundamento do atual Estado social, tornando o processo imprevisível, já que se abandonaria uma das características essenciais das constituições democráticas.³³⁹ A própria lógica das coisas resultou que a constituição democrática possibilitou a inclusão da reserva social na garantia da liberdade e da propriedade dos direitos fundamentais. Segundo o Estado de Direito, a via a ser utilizada é a via indireta por meio do poder tributário do Estado, podendo-se por meio dos instrumentos jurídicos democráticos do Estado de Direito levar a cabo invasões ao patrimônio e à renda, preservando a propriedade em sentido amplo.³⁴⁰ Haveria uma relação recíproca de complementariedade, do que decorre uma tensão benéfica entre os dois princípios, que devem permanecer em equilíbrio:

El Estado social y el Estado de Derecho se encuentran en una recíproca relación de complementariedad a la que no falta el momento de tensión, y esto es bueno. Si el Estado de Derecho es utilizado con abuso como castillo roquero de los beati possidentes, se renuncia a su misión social y con ello se le coloca en situación de peligro. Una radical tendencia social en el Estado terminará necesariamente en un Estado de Administración que no puede ser ya Estado de Derecho. Esta es la situación en la que se encuentra la República Federal de Alemania; no es situación de crisis, sino de tensión fecunda que necesita constantemente la compensación. La obtención de este equilibrio es tarea de los políticos, pero también de los juristas tanto en la especulación científica como en la aplicación práctica. La misión excelsa de los tribunales es vigilar para que el Estado de Derecho y el Estado social reciban su congrua parte.³⁴¹

³³⁹ Op. cit., p. 104-105.

³⁴⁰ Idem, p. 105-106.

³⁴¹ Op. cit., p. 106.

CLÁUDIO NETO propõe os direitos sociais como normas garantidoras da própria democracia. Por esse ângulo, a questão estaria fora do dissenso próprio do procedimento de formação da vontade política, sendo uma garantia mesma do processo. Usando a linguagem de RAWLS, situa os direitos sociais garantidores do procedimento democrático no campo da neutralidade política, de modo que são compatilhados por qualquer doutrina abrangente razoável.³⁴²

HABERMAS desenvolve a questão a partir da oposição entre o que denomina por modelo liberal e de outro lado por modelo republicano de democracia. Segundo o modelo liberal o processo democrático tem por objetivo direcionar o Estado ao interesse da coletividade e a formação da vontade política resulta na imposição de interesses em particular, modelo este fundado na separação público-privado, ou Estado-economia. Para o modelo republicano, esse processo não teria uma função mediadora entre o Estado e a comunidade civil, mas constitutiva do processo democrático como um todo. É formada uma vontade política horizontal voltada ao reconhecimento mútuo ou ao consenso, o que ocorre por meio da via comunicativa. A solidariedade surge como uma importante força reguladora, ao lado o Estado e do mercado. Nessa visão, o *status* de cidadão é determinado por direitos positivos de participação e comunicação política, e não pelos direitos de defesa liberais. O Estado não se justifica pela defesa de direitos subjetivos, mas pela garantia do processo de formação de opinião e da vontade política.³⁴³ O autor propõe uma terceira via, a da democracia deliberativa, que busca a conciliação da autonomia privada com a autonomia pública com base numa validação da decisão democrática

³⁴² Segundo o autor: “As normas que têm em vista garantir as condições procedimentais da democracia deliberativa são justamente os direitos (materialmente) fundamentais, os quais podem, por isso, ser aceitos pelas mais diversas doutrinas abrangentes razoáveis.” SOUZA NETO, Cláudio Pereira, BERCOVICI, Gilberto, FILHO, José filomeno de Moraes e política no Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 36-37.

³⁴³ HABERMAS, Jürgen, *A Inclusão do Outro, estudos de teoria política*, Ed. Loyola, 2007, p.277-284. A posição republicana peca por deixar em aberto a questão da garantia face à usurpação do poder político por meio de minorias politicamente ativas, falseando a questão do domínio político. Representa uma erosão da segurança adquirida ao longo de séculos de experiência política da humanidade. As vantagens e desvantagens do modelo republicano de democracia são assim consideradas por HABERMAS: “Vejo como vantagem o fato de ele se afirmar no sentido radicalmente democrático de uma auto-organização da sociedade pelos cidadãos em acordo mútuo por via comunicativa e não remeter os fins coletivos tão somente a um “deal” [uma negociação] entre interesses particulares opostos. Como “desvantagem”, entendo o fato de ele ser bastante idealista, e tornar o processo democrático dependente das virtudes de cidadãos voltados ao bem comum. Pois a política não se constitui apenas – e nem sequer em primeira linha – de questões relativas ao acordo mútuo de caráter ético. O erro reside em uma condução estritamente ética do discurso político.”, op. cit., p. 284.

institucional por meio da via comunicativa, que corresponde à interação da formação institucional da vontade política com as opiniões públicas situadas e mobilizadas por meio da sociedade civil organizada³⁴⁴ de forma independente do Estado e da economia. Segundo o autor:

A proposta de uma interpretação dos direitos fundamentais à luz da teoria do discurso deve servir para esclarecer o nexos interno entre direitos humanos e soberania do povo, como também solucionar o paradoxo da legitimidade que surge da legalidade.³⁴⁵

A referência para ele seria a democracia deliberativa, de modo que a autonomia não seria definida pela via moral de pessoas individuais, mas de modo mais geral e neutro, por meio do princípio do discurso, indiferente à moral e ao direito, e que se afirma pela via jurídica e institucional como um princípio da democracia, a qual legitima.³⁴⁶ Para a garantia dessa via democrática deliberativa, propugna a exclusão de direitos fundamentais (inclusive sociais) do âmbito deliberativo.³⁴⁷ Esses direitos fundamentais sociais tem uma relação direta com a democracia e constituem “Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances...” dos demais direitos fundamentais que o autor propõe, com base na própria democracia deliberativa.³⁴⁸

³⁴⁴ Segundo o autor: “A política deliberativa, realizada ou em conformidade com os procedimentos convencionais da formação institucionalizada da opinião e da vontade, ou informalmente, nas redes da opinião pública, mantém uma relação interna com os contextos de um universo de vida cooperativo e racionalizado. Justamente os processos comunicativos de cunho político que passam pelo filtro deliberativo dependem de recursos do universo vital – da cultura política libertadora, de uma socialização política esclarecida, e sobretudo das iniciativas de associações formadoras de opinião - recursos que se formam de maneira espontânea ou que, em todo o caso, só podem ser atingidos com grande dificuldade, caso o caminho escolhido para se tentar alcançá-los seja o do direcionamento político”. *A Inclusão do Outro, estudos de teoria política*, Ed. Loyola, 2007, 292.

³⁴⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia, entre faticidade e validade*, v. I, Tempo Brasileiro, 1997, p.160.

³⁴⁶ Idem, p.158.

³⁴⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira. op. cit., p.42.

³⁴⁸ Para HABERMAS os direitos fundamentais formulados *in abstractu* com base na democracia deliberativa seriam: “1) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação; 2) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do status de *um membro* numa associação voluntária de parceiros do direito; 3) Direitos fundamentais que resultam imediatamente da *possibilidade de postulação judicial* de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual; 4) Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua *autonomia política* e através dos quais eles criam direito legítimo; 5) Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) até (4).” HABERMAS, Jürgen, *Direito e Democracia, entre faticidade e validade*, vol. I, Tempo Brasileiro, 1997, p. 159-160.

3.8 A democracia formal e aberta

A democracia, enquanto princípio formal, tem sido interpretada como um método ou um conjunto de regras que orienta a constituição de um governo assim denominado democrático, pelo preenchimento das regras que permitem que as decisões políticas tenham na sua origem uma abrangência comunitária. Tratam-se de regras do jogo, que nada dizem respeito ao conteúdo da decisão. BOBBIO explica que essas regras “estabelecem como se deve chegar à decisão política, e não o que se deve decidir”.³⁴⁹

Na teoria contemporânea, especialmente nos países democráticos ocidentais de tradição liberal, tem-se estabelecido procedimentos democráticos de forma mais ou menos ampla, dentre os quais exemplificamos:³⁵⁰

- a) a eleição direta ou indireta dos membros do órgão legislativo máximo;
- b) a existência de outro órgão de origem eletiva junto ao legislativo;
- c) o igual direito de sufrágio;
- d) o sufrágio universal;
- e) a liberdade partidária;
- f) a liberdade de opinião política e a possibilidade de sua manifestação nas urnas;
- g) a pluralidade partidária;
- h) o princípio majoritário ou proporcional;
- i) a proteção procedimental das minorias, em especial de sua possibilidade de tornar-se majoritária;
- j) o comando do governo deve ter a confiança do parlamento ou ser eleito pelo povo.

Como acentua BÖCKENFÖRDE, o procedimento de decisão política legislativa deve ser capaz de incorporar e canalizar as diversas correntes de opinião pública, de maneira que a decisão resulte de um compromisso ou do consenso, ou ainda da afirmação da maioria. Sob a forma representativa a que corresponde o

³⁴⁹ BOBBIO, 326.

³⁵⁰ Idem, 326-327.

domínio democrático os conteúdos das decisões correspondem ao que os cidadãos livres e seus representantes decidam incorporar, enquanto houver consenso a respeito. Essa vontade que integra os conteúdos das decisões livres é incorporada pelos representantes e se forma no processo de discussão institucionalizada, manifestando-se por meio dos órgãos representativos. A faculdade de disposição a respeito da ordem normativa corresponde à liberdade coletiva de participação política, e nesse sentido, não se encontra vinculada a conteúdos pré-estabelecidos, pois seu conteúdo se estabelece por meio de um processo livre e aberto de formação da vontade política e das decisões governamentais. Por essa via, a liberdade individual se comunica com a liberdade em sociedade, transporta-se à liberdade política e se apresenta como autodeterminação coletiva.³⁵¹

Há que se ter em mente que uma democracia formal e aberta não se realiza diretamente, mas na maioria esmagadora das vezes a vontade que integra os conteúdos das decisões livres se expressa por meio de representantes. O conceito de representação é parte integrante da democracia na perspectiva formal e aberta, ao menos na forma que foi positivada no mundo ocidental e que persiste sendo o modelo da pós-modernidade, considerada única alternativa possível nos grandes e complexos Estados democráticos que se formaram. Como demonstra JELLINEK, a representação se define como uma relação de uma pessoa com outra (ou outras), de modo que a vontade da primeira pessoa (representante) atribui-se a outra pessoa (representado), resultando em uma única vontade jurídica. Há uma aceção mais ampla da idéia de representação que inclui os órgãos do Estado, no que se assemelha à concepção orgânica do Estado. O termo se liga nessa concepção à faculdade de representação do Estado e outras corporações, especialmente nas relações exteriores. Já em sentido estrito, corresponde à relação que se estabelece entre um órgão e os membros de uma corporação, de maneira que representa a vontade dos membros dentro da corporação. Os órgãos representativos expressam sempre a vontade alheia, dos representados, expressam uma vontade de segunda mão, e por esse motivo se qualificam como órgãos secundários. Já o órgão primário tem sua vontade manifestada por meio dos órgãos secundários, ficando dependente

³⁵¹ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*. Editorial Trotta. Madrid, 2000, p.80.

pelo esquema tradicional, da manifestação do órgão secundário para alcançar a expressão da sua vontade. Sua expressão direta corresponde às competências de manifestação direta previstas na Constituição, como o voto, o plebiscito, a iniciativa de lei e o *referendum*.³⁵²

De acordo com MONCADA, o parlamento é o órgão colegial ou assembléia que numa democracia representa o povo primário ou inicial, com a missão de definir a “vontade geral”, a vontade do Estado sob a forma legislativa, de acordo com o princípio majoritário. Essa afirmação fundamental para a democracia pressupõe que há uma vontade geral do povo e que o parlamento representa a vontade do povo.³⁵³

Esse processo aberto de formação da vontade política a que corresponde à democracia formal se traduz em uma perspectiva política de lei que se liga à soberania do povo. CARL SCHMITT,³⁵⁴ usando o conceito absolutista de soberania do povo, conceitua a Constituição como decisão soberana e ilimitada do povo. Assim, o autor dá ênfase absoluta ao aspecto formal e aberto da democracia, afastando qualquer conteúdo material, seja como limitação externa seja como conteúdo do princípio democrático. Democracia como decisão política da soberania absoluta do povo vai contra o Estado Constitucional, que seria ilegítimo para ele, de maneira que para o autor o Estado de Direito se afasta do conceito político de lei, substituindo a soberania real e concreta pela soberania da lei, deixando um vácuo na necessária resposta à questão da soberania, condicionando a manifestação da vontade política a um ordenamento positivo. A manifestação da vontade política, de acordo com esse pensamento, deve ser livre e incondicionada, o existencial detém supremacia sobre a normatividade. No sentido político, a lei é referida à vontade e mandato concretos. Ela é considerada sob a perspectiva de um ato de soberania. Num Estado monárquico, portanto, a lei corresponde à vontade do Rei. Numa

³⁵² Op. cit., p. 429.

³⁵³ MONCADA, Luís S. Cabral de. *Estudos de filosofia do Direito e do Estado*. Vol. 1. Lisboa: Imprensa nacional – Casa da Moeda, 2004, p.165-166.

³⁵⁴ SCHMITT conceitua o Estado como a unidade política de um povo vivendo em determinado território. A teoria constitucional de Weimar buscou a idéia de povo como unidade política. Na visão de Schmitt, a questão fundamental, mais que a unidade lógica do ordenamento, era a questão da unidade política e da homogeneidade. O núcleo central do Estado é a auto-afirmação da unidade política, que deve ser garantida a todo custo. Schmitt pensa o Estado em função do político pré-existente a ele e cria sua própria ordem política. SCHMITT, Carl. *El concepto de lo político*. Madrid: Alianza Editorial, 1999 e Gilberto Bercovici. *Constituição e Estado de Exceção Permanente – Atualidade de Weimar*. P. 68-69.

democracia a lei será a vontade do povo "*lex et quod populus jussit*".³⁵⁵

3.9 Democracia material e constituição rígida

O conceito de democracia sob a égide de uma constituição rígida é um conceito jurídico no sentido de que traz como pressuposto uma limitação por regras de sede constitucional. A democracia ocidental, da forma que veio sendo institucionalizada a partir da Revolução Americana, orienta-se no sentido de um princípio político de participação e afirmação da soberania do povo segundo regras pré-estabelecidas e com o necessário respeito a conteúdos materiais que já vinham sendo integrados ao processo político de oposição ao arbítrio absolutista, desde o início dos movimentos pactuais políticos ingleses, e mais amplamente a partir da *Glorious Revolution*. A democracia material orienta-se à realização de determinados conteúdos que lhe formam a moldura institucional. Com a evolução da cultura política a partir da democracia grega, o princípio democrático recebeu influências diversas da evolução filosófica ao longo do seu percurso até a atualidade e, especialmente a partir do desenvolvimento do conceito de pessoa e de sua transformação posterior em um baluarte da liberdade individual garantida pela propriedade, hoje não é entendido como a participação igualitária e a autonomia pura e simples, mas pressupõe a garantia das liberdades que formam sua estrutura material. Essa garantia surge em parte como uma exigência interna da democracia, onde ela se encontra com a rigidez constitucional, ou onde a rigidez constitucional lhe constitui uma garantia de continuidade.

O conceito de rigidez constitucional relaciona-se com o procedimento de aprovação das propostas legislativas modificadoras da constituição. O exercício democrático também sofre limitações de natureza material, constitucionalmente estabelecidas, ou seja, a democracia que é constitucionalmente concebida é constituída dentro de uma moldura formada por uma série de conteúdos

³⁵⁵ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. 5ªed. Madrid: Alianza editorial, p. 122-155.

materiais³⁵⁶. Essa idéia opõe-se à idéia de democracia absoluta, formal e aberta, defendida por CARL SCHMITT. O autor ataca frontalmente o conceito tradicional de Constituição rígida:³⁵⁷

*No es admisible disolver primero la Constitución en una pluralidad de leyes constitucionales concretas y después determinar la ley constitucional por algunas características externas o acaso por el procedimiento de su reforma.*³⁵⁸

Ocorre que a racionalização do poder político por meio do poder constituinte do povo é justamente a característica determinante de um Estado Constitucional democrático. Desse modo, o povo mesmo estaria se autolimitando por um conjunto de regras que têm por objetivo essa racionalização do poder político, transformando a soberania absoluta do povo em soberania dos órgãos políticos representativos de acordo com os cargos e com as competências determinados previamente pelo povo soberano na Constituição. Nesse sentido, afirma GARCIA DE ENTERRÍA que:

³⁵⁶ BÖCKENFÖRDE, op. cit., loc. cit.

³⁵⁷ O Estado constitucional democrático atingiu o *status* cultural de consenso entre os Estados ocidentais. Esse modelo político é fruto de uma evolução filosófica ao longo de mais de dois mil anos, e de uma ampla e terrível experiência humana e política que lhe precedeu. É fruto da maturação da cultura diante dos horrores e das perseguições do absolutismo e do neoabsolutismo democrático pós-moderno, nomeadamente a experiência nazista e facista que sacudiu a Europa no século passado. A atualidade de pensadores como MAQUIAVEL e SCHMITT pode ser compreendida enquanto formadora de uma consciência crítica no sentido do aperfeiçoamento das instituições democráticas constitucionais. Entretanto, suas teorias representam a negação dos valores e da experiência adquiridos culturalmente à custa de muitas vidas humanas. As conquistas do liberalismo não devem ser simplesmente abandonadas, nem representam uma imposição histórica, mas devem ser adaptadas e aperfeiçoadas, sem que se percam de vista os marcos teóricos e político-institucionais que lhe formam a espinha dorsal. O Estado constitucional democrático se revelou historicamente a única resposta plausível para a questão da conciliação e garantia da paz da liberdade e da justiça que historicamente atormenta a humanidade. Assim nos lembra KRIELLE que: *“Es importante entonces darse cuenta del hecho de que el Estado constitucional democrático puede a pesar de sus debilidades solucionar a la larga los problemas esenciales mejor que cualquier otro tipo de Estado y del porqué de este hecho, a saber, porque crea las condiciones reales relativamente más favorables para la paz, la libertad y la justicia. Decir que paz, libertad y justicia son bases de la legitimidad del Estado constitucional democrático, puede parecer abstracto a primera vista. En efecto, estos conceptos son rótulos para situaciones muy complejas. Pera ellos reciben su contenido y vida de las muy concretas situaciones de guerra civil, de terror y de injusticias, que han significado un desafío a la razón humana, y el desarrollo del Estado constitucional democrático ha sido la respuesta a esas situaciones. La guerra civil religiosa del siglo XVI despertó el anhelo de la paz interna. Sólo el Estado moderno apoyado en el principio de la soberanía pudo acabar con la guerra civil. Pero en su variante absolutista trajo, al mismo tiempo, el peligro del terror religioso y espiritual y despertó así el anhelo de la libertad que sólo pudo ser satisfecho com la limitación del Estado por el Estado constitucional. Sin embargo, el Estado constitucional resultó en su forma originaria compatible con la esclavitud, la división en clases y la miseria social. El anhelo de mayor justicia sólo pudo ser satisfecho mediante el desarrollo progresivo hacia el Estado constitucional democrático y social”*. Ob. cit, pg.3.

³⁵⁸ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. 5ªed. Madrid: Alianza editorial, 2006, p.45. Na passagem acima, o influente autor nega o conceito material e formal de Constituição, tomando como pressuposto para suas afirmações o conceito de Constituição como conjunto da decisão política que defende em sua inovadora obra. Assim resulta que para o autor o conceito de Constituição não deve ser limitado a normas, consubstanciando antes uma decisão política. Defende a democracia ilimitada e considera ilegítima qualquer limitação do princípio democrático, portanto, contrário ao conceito de Constituição rígida.

*La Constitución, por una parte, configura y ordena los poderes del Estado por ella contruídos; por otra, establece los límites del ejercicio del poder y el ámbito de libertades y derechos fundamentales, así como los objetivos positivos y las prestaciones que el poder debe de cumplir en beneficio de la comunidad. En todos esos contenidos la Constitución se presenta como un sistema preceptivo que emana del pueblo como titular de la soberanía, en su formación constituyente, preceptos dirigidos tanto a los diversos órganos del poder por la propia Constitución establecidos como a los ciudadanos.*³⁵⁹

Temos então dois elementos distintos: a autolimitação do povo pelas normas que ele mesmo se dá, e a partir dessa perspectiva a Constituição se afirma como uma lei autoreferencial; e a limitação dos órgãos do Estado que são constituídos e recebe suas competências, origem formal de legitimidade do exercício dos poderes públicos. A constituição rígida é o meio, o instrumento da democracia material, funcionando como técnica limitadora da ditadura da maioria, impediendo da tirania em nome do povo e da autofagia democrática.³⁶⁰ A rigidez afasta a possibilidade de deformação das características essenciais do ordenamento jurídico, preservando o elemento consensual de maior relevância, dotado de relativa perenidade, diante das maiorias ocasionais, por muitas vezes decorrentes de manobras políticas. A democracia se vê obrigada a determinados conteúdos, obrigada ao respeito à dignidade humana e aos princípios do Estado de Direito e do Estado Social.³⁶¹

Pergunta-se se as limitações materiais não que ser consideradas como conteúdo do princípio democrático ou se tal conteúdo se identifica da correlação entre princípios formais que se equilibram reciprocamente.

Para o Tribunal Constitucional Alemão, a ordem fundamental da democracia livre, situada no artigo 21.2 da Constituição alemã se trata de “uma ordenação do domínio própria do Estado de Direito e sobre a base de autodeterminação do povo através da vontade da correspondente maioria, da liberdade e da igualdade”.³⁶² Há, portanto, uma combinação de elementos democráticos e do Estado de Direito. A

³⁵⁹ ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. *La constitucion como norma y el tribunal constitucional*. Editorial Civitas, S. A. Madrid. 3.ed. 1983, p. 49.

³⁶⁰ Impede-se que a democracia se autodestrúa, devore a si própria, eliminando seu conteúdo material constitutivo por meio de decisões que sigam os procedimentos formais democráticos. Nesse aspecto sobressai à evidência a perspectiva material da democracia: não se trata a democracia apenas de um *modus* majoritário de decidir, pois desse modo se permitiria a destruição das possibilidades materiais e formais da democracia de forma estritamente democrática.

³⁶¹ BÖCKENFÖRDE, op. cit., p. 79 e sgs.

³⁶² BverfGE, 2 (12 s.)

vontade da maioria se equilibra com um sistema jurídico formal e material de ordenação da estrutura política. Esse sistema **afirma uma democracia com garantia da liberdade**, no sentido de uma democracia limitada pela liberdade civil e pela dignidade do homem, pela proibição da coisificação humana; e **não uma livre democracia** onde a vontade da maioria pode converter-se num rolo compressor das liberdades e dos seus canais procedimentais de efetivação, e desconhecer a dimensão humana como aspecto de primazia na sociedade. A democracia constitucional há de ser visualizada nessa correlação com o Estado de Direito. Só desse contato podemos identificar seu desenho constitucional, sua forma, seus limites e sua amplitude.

As **cláusulas de intangibilidade**, não são um reflexo da liberdade democrática, mas limitações substantivas a esta, **situando-se além das condições constitutivas da formação democrática da vontade**. Têm a pretensão de impedir uma revolução legal, ou seja, impedem a erosão legislativa contra os fundamentos da ordem política e jurídica, vinculando as gerações futuras.³⁶³

3.10 Condições procedimentais da formação democrática da vontade política

O princípio da liberdade, em uma democracia, concretiza-se em conteúdos determinantes às condições procedimentais de formação da vontade política. Desta forma, **orienta-se em direção a um determinado método na tomada de decisões, assegurado por garantias materiais, formais e procedimentais: a liberdade de participação democrática dos cidadãos na formação da vontade política e as garantias complementares da liberdade de imprensa, de opinião, de informação, de reunião e de associação, garantindo uma abertura duradoura do processo político**. Esse procedimento permite a revisão das decisões tomadas e sua modificação ou confirmação.³⁶⁴

A necessidade de proteção do processo aberto de formação da vontade política fica evidente quando se visualiza a importância que a livre formação da

³⁶³ Idem.

³⁶⁴ BÖCKENFÖRDE, op. cit., p. 81-82.

opinião pública tem no direcionamento das decisões políticas dentro do Estado constitucional democrático. Isto vale para o poder da mídia e da imprensa, quando fundidos com o poder econômico. A manipulação da informação e o controle dos canais midiáticos de expressão e influência da opinião pública devem ser controlados por um sistema de limites que permita o acesso de outros grupos aos meios e que preserve o processo aberto de formação da opinião pública, que se revela um patrimônio irrenunciável da democracia. Para a formação livre e aberta da opinião pública, faz-se necessária a garantia contra a extrema concentração e manipulação dos meios de comunicação, que deve orientar a interpretação da garantia da liberdade de imprensa, conjuntamente com a liberdade de expressão, de opinião e de informação que lhe dão fundamento, garantindo o acesso aos meios, a fidelidade da informação e a mais ampla publicidade dos atos dos entes, órgãos e agentes públicos, ou que envolvam o patrimônio público, de modo a permitir que o controle democrático se possa exercer de forma efetiva durante o mandato e nas próximas eleições. O princípio da publicidade é por esse motivo de importância central para a democracia. De acordo com BÖCKENFÖRDE:

De ello se sigue que para asegurar la democracia y la libertad democrática hay que proteger el proceso de la formación de la opinión y la voluntad políticas frente a excesos de poder y monopolios que pongan en cuestión su carácter de proceso libre y abierto. Y esto vale tanto cara al poder de los media, al poder de la prensa y de la información, que no pocas veces se encuentra fundido con el poder económico, como cara al poder de los partidos políticos. Pero la vía para lograrlo no puede ser la de suprimir en este ámbito, o en general, toda formación de poder pues este es a menudo una expresión de una actividad más intensa y comprometida con la libertad, sino estableciendo límites para el ejercicio del poder allí donde se impida seriamente, o se excluya, la posibilidad del acceso y de la participación de otros.³⁶⁵

No mesmo sentido afirma KARL LOEWENSTEIN:

En la democracia constitucional, basada en el circuito abierto de poder, se supone, por otra parte, que el acceso a los medios de comunicación de masas es igual para todas las ideologías rivales, y para los grupos pluralistas que las promueven. Una sociedad libre requiere no sólo el derecho de libre expresión de la opinión, sino también el medio para su realización: libertad de propaganda, una prensa libre, una radio y televisión.³⁶⁶

³⁶⁵ Idem.

³⁶⁶ Op. cit., p. 418-419. A importante questão da liberdade de imprensa e televisão numa sociedade de massas é central para a democracia constitucional. Questiona-se a respeito do risco que representa para a democracia a concentração da mídia nas mãos do poder econômico, e de outro lado os benefícios e malefícios que resultam de sua limitação. Segundo o autor, a democracia não pode prescindir de uma imprensa livre de intervenção, mas de outro lado há que assegurar livre acesso em igual medida para as diversas correntes de opinião, o que se revela melindroso diante do modelo econômico em que se montou a distribuição dos canais midiáticos, possibilitando a sua concentração nas mãos do poderio econômico. Após ressaltar a visão norte-americana segundo a qual a mídia é um poder puro e simplesmente privado, do que decorre uma porta aberta para a manipulação da informação, demonstra com base na experiência da

A tarefa de garantia das condições procedimentais da formação democrática da vontade política consiste em impor limites sem suprimir o poder, garantindo sua abertura e continuidade. Por esse aspecto, a democracia não pode ser cancelada pela possibilidade de tomarem-se decisões injustas, mas apenas quando se ponha em risco seu próprio fundamento. Essa tarefa orienta-se à manutenção da liberdade igual, no sentido de que a liberdade de um seja compatível com a liberdade igual do outro. Assim também que **o procedimento democrático deve ser defendido da própria democracia**, de modo que a liberdade manifestada por uma maioria ocasional não possa encontrar meios para fechar a possibilidade de ascensão das minorias ao *status* de maioria política. São garantidas as condições procedimentais de formação da vontade democrática não apenas no presente, mas também para o futuro. Dessa constatação decorre a ineludível necessidade de limitação da soberania do povo, por meio de garantias materiais, formais e procedimentais. **É que a democracia deve ser entendida não apenas e exclusivamente na perspectiva presente da manifestação da maioria. A essa perspectiva soma-se a sua dinâmica ao longo do tempo, sua abertura para intercâmbio entre concepções e ideologias, entre maiorias e minorias, sua preservação para o futuro. Dessa necessidade de preservação das condições procedimentais da formação democrática da vontade política decorre a limitação da democracia em prol de sua própria longevidade. Já essas condições procedimentais democráticas requerem para sua existência a garantia de direitos materiais. Há**

Checoslováquia, antes do comunismo, a possibilidade de controle não direcionado ao conteúdo da produção midiática, mas à titularidade da mídia, limitando a possibilidade de concentração, privilegiando grupos sociais a indivíduos, distribuindo seu controle social e evitando assim a censura de conteúdo, que seria de todo prejudicial. Acrescenta a respeito da concentração da mídia e da necessidade de transformação dessa situação: *“¿Se puede cambiar en algo esta situación? La pregunta afecta a un tema profundo e importante, que sólo podrá ser aquí apuntado, prescindiéndose de todos los detalles. Es evidente que la prensa no puede ser reglamentada en un orden social libre. Aun la prensa más libre es siempre mejor que aquella que está controlada por el Estado.”* *“Pero ningún órgano de prensa puede sobrevivir tan sólo con las suscripciones, sino que depende de los anunciantes. Éstos, generalmente, apoyarán un sistema político y económico que proteja la empresa privada, así como a aquellos partidos políticos que la defiendan frente a los partidos que quieran reformar el sistema político y económico. Sin acabar con la libertad de prensa, esta situación puede ser difícilmente cambiada. Lo que sí se podría hacer es que las propagandas políticas rivales tuviesen, por lo menos, un grado semejante de acceso a los medios de telecomunicación”*. Entre nós, a questão foi equacionada mediante a proibição de propaganda eleitoral antecipada na forma do art. 45, §1º da Lei n. 9.504/97. A introdução do instituto da reeleição no ordenamento pátrio tem suscitado problemas no que se refere à necessária paridade nas condições de acesso aos canais de exposição pública, tendo em vista que o candidato à reeleição via de regra obtém uma exposição muito mais ampla que seus opositores políticos, questão esta que ainda está por ser equacionada no ordenamento pátrio.

aqui um importante elemento de ligação da democracia com os direitos fundamentais.

Há, portanto, a necessidade de abertura com relação às idéias e ideologias mais distintas, e a necessidade da garantia de instrumentos institucionais que possibilitem a conversão do pluralismo em acordo ou compromisso,³⁶⁷ em oposição à idéia de um interesse público apriorístico, decorrente de um Estado previamente vinculado a idéias ou dogmas específicos, em detrimento das demais possibilidades e soluções políticas fundadas em concepções diversas, que seriam previamente rechaçadas. De acordo com KRÜGER, aquele que procura a identificação estatal com determinadas idéias, na verdade, espera em segredo que o estado opte por suas idéias com exclusividade. De outro lado, no extremo oposto, o Estado que não se identifica com nada, se revela do ponto de vista do cidadão e de seus ideais a melhor solução prática possível, pois lhe garante a segurança de que o Estado não usará a força para impor-lhe exclusivamente idéias contrárias às suas, ainda que não assuma as suas idéias contra os demais.³⁶⁸

Segundo LOEWENSTEIN, a possibilidade de participação dos mais diferentes grupos e das mais diversas correntes de opinião por meio dessa abertura constitui mesmo a essência da democracia constitucional, e o direito de livre associação assegura constitucionalmente a participação no processo político de decisão, dos grupos que representam as diversas correntes de opinião, garantindo o pluralismo na democracia constitucional e a possibilidade de competição das distintas opiniões num circuito aberto de valores.³⁶⁹

Para ZIPPELIUS, a abertura do processo político corresponde à oportunidade de inserção do pluralismo nesse mesmo processo, abarcando fatores éticos, econômicos, ideológicos e religiosos como fatores constitutivos do Estado. Essa abertura do Estado corresponde à não identificação *a priori* com interesses e opiniões específicos, bem como a vedação de recusa de plano dos demais interesses e opiniões.³⁷⁰

³⁶⁷ ZIPPELIUS, op. cit., p. 298 e sgs.

³⁶⁸ KRÜGER, 184, *apud* ZIPPELIUS, op. cit., p. 302-303.

³⁶⁹ Op. cit., p. 424.

³⁷⁰ Op. cit., p. 302.

Entretanto, a disposição para a abertura do processo político não é ilimitada, devendo ser orientada por uma ordem fundamental política e por princípios fundamentais políticos que são determinados previamente e que têm a função de interação da comunidade, de acordo com um prévio consenso fundamental, dentro do qual o dissenso pode se converter em consenso de forma ordenada e segura. Conclui ZIPPELIUS:

... a admissibilidade de divergências pode apenas ocorrer no quadro de um consenso fundamental de convivência daí resultante. A primeira e fundamental “regra do jogo” de uma sociedade aberta é, porém, a do respeito e salvaguarda permanentes da competência de participação por igual direito e da dignidade de cada indivíduo. Este é, pois, o pressuposto em que se apóia, no fundo, a legitimidade da sociedade aberta: que cada indivíduo disponha, na formação da opinião pública e no processo político em geral, de uma competência de participação que, por princípio, deve ser respeitada de modo igual. Em síntese, a sociedade aberta não legitima a eliminação de suas próprias premissas.³⁷¹

Afirma KONRAD HESSE, referindo-se à Constituição alemã que garantir **uma** essa liberdade e abertura do processo político é: “**das mais importantes funções democráticas dos direitos fundamentais.**”³⁷² O autor demonstra que há uma relação de apoio e fundamentação mútuos dos direitos fundamentais em relação à democracia. Seguindo a esteira da jurisprudência constitucional alemã, defende a existência de um direito fundamental de manifestação de opinião livre, constitutivo para a democracia. Assim que para o Tribunal Constitucional alemão a livre formação e difusão de opiniões políticas, a discussão espiritual permanente, a luta de opiniões possibilita o direito fundamental da manifestação de opinião livre, que é “**para uma ordem estatal liberal democrática... simplesmente constituinte**”.³⁷³

Arrola como pressupostos de formação preliminar da vontade política o direito de fazer propaganda para concepções políticas e de formar grupos para fazê-las valer, assim como a liberdade de opinião e a liberdade de reunião e associação para partidos políticos e a proteção das minorias, concluindo que “... **é este lado da ordem constitucional que deixa aparecer, em clareza especial, a unidade**

³⁷¹ Idem, grifo nosso.

³⁷² HESSE, Konrad. *Elementos de Direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Heck, Luís Afonso. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999, p. 138.

³⁷³ BVerfGE 7, 198 (208).

estreita entre direitos fundamentais e democracia”.³⁷⁴

3.11 Igualdade dos direitos políticos de participação e liberdade

Há uma vinculação estreita entre democracia e igualdade. Visto que a democracia se funda na liberdade e na autodeterminação, deve-se tratar de liberdade e autodeterminação iguais para todos. Por esse fundamento, **impõe-se a igualdade na possibilidade de exercício do domínio político bem como na participação de sua legitimação**, devendo essa possibilidade pertencer a todos e não apenas a poucos. A igualdade dos direitos políticos é imprescindível à democracia, pois como afirma BÖCKENFÖRDE:

*... si la democracia se funda en la libertad y en la autodeterminación, tiene que tratarse en ella de una libertad igual, y de una autodeterminación para todos; democracia significa también, aquí y siempre, igualdad en la libertad.*³⁷⁵

KONRAD HESSE esclarece que a democracia constitui-se também pela livre legitimação do domínio político pela maioria do povo, a qual requer como pressuposto a liberdade do procedimento de legitimação, proporcionando igual oportunidade de participação na formação da vontade política e exercício do domínio político – o que inclui não só a possibilidade de manifestação de consentimento, mas também a possibilidade de acesso aos cargos públicos e de acesso aos canais de transformação da opinião em maioria política – e afirma que “... a condução política necessária por alguns não deve ser domínio partida, senão continuamente e, por isso, deve a legitimação em intervalos regulares ser renovada”.³⁷⁶

A democracia se realiza como forma de Estado e de Governo, como um direito igual de autodeterminação e autogoverno conferido a cada um e realizado na coletividade, contendo na idéia de liberdade política a justificação da atuação pública

³⁷⁴ HESSE, Konrad, op. cit., loc. cit.

³⁷⁵ BÖCKENFÖRDE, op. cit., p. 82-83.

³⁷⁶ HESSE, Konrad, op. cit., p. 133.

de forma a evitar que a mesma se dê por meio de uma simples ponderação de fins aprioristicamente estabelecidos. **O moderno conceito de liberdade subjetiva como autonomia individual é o ponto de referência da relação da democracia com a liberdade individual. A liberdade democrática é entendida como liberdade frente a qualquer determinação heterônoma** e o indivíduo senhor de si haverá de ser seu próprio legislador. Exclui-se que um poder alheio, heterônomo, estabeleça limites ao indivíduo. **A norma de convivência há de ter a sua participação, de onde resulta uma autonomia que concilia a perspectiva individual e existencial da liberdade com a liberdade igual em sociedade.** Dessa maneira, a ordem política e social encontra seu fundamento naqueles que vivem dentro dela, consubstanciando uma ordem autoreferencial. A democracia tem função de intermediação entre a necessidade de permanência do domínio político e o princípio da liberdade individual e da autoderminação.³⁷⁷

3.11.1 Especificidade da igualdade democrática: distinção entre igualdade democrática, igualdade geral e igualdade social

Para efeito de identificação e conceituação da igualdade democrática como uma igualdade dotada de força jurídica e aplicação específica, mostra-se de grande utilidade a definição de seu objeto, o que pode ser feito por meio de sua diferenciação da igualdade geral, mais ampla e abrangente, e da igualdade social, que assim como a igualdade democrática, se aplica a um campo específico e diferenciado.

3.11.1.1 Distinção entre igualdade democrática e igualdade social

³⁷⁷ BÖCKENFÖRDE, op. cit., p. 82.

A igualdade democrática não se confunde com a igualdade social, podendo conviver com estratificações sociais e diferenças entre ricos e pobres. Mas embora não se assemelhe à igualdade social, pode com ela ter relação.³⁷⁸ A igualdade nos direitos políticos de participação exclui os possíveis obstáculos a se opor à realização da igualdade social. Seu efeito é que diferentes aspectos da vida, incluída a realização da igualdade social, convertam-se em conteúdo a cargo da política, a ser determinado pelo consenso dos eleitores. Isto conduz ao que LUHMANN denominou como estado de bem estar autoreferencial.³⁷⁹ A democracia e o Estado social não se equilibram ou se delimitam reciprocamente. Há uma relação de apoio e fomento por parte da democracia, de maneira que o Estado social dela resulta como consequência natural da adoção da igualdade democrática como princípio de decisão política. Na democracia, a formação da vontade política se embasa na igualdade política dos cidadãos e no direito igual e geral ao sufrágio, assim como uma competição contínua e aberta pela liderança política. Há a possibilidade de que os problemas e interesses sociais convertam-se em questões políticas, sendo os temas sobre os quais se foca o confronto político. Essa possibilidade é maior onde a desigualdade social é relevante, onde os afetados pela desigualdade constituem parte significativa para a formação da maioria. **Aqui o Estado social aparece como uma consequência política que deriva da lógica objetiva da democracia.**³⁸⁰

3.11.1.2 Distinção entre igualdade democrática e igualdade geral

Distingue-se a igualdade democrática da igualdade geral que constitui a base

³⁷⁸ O Estado social não se refere a elementos estruturais de tipo institucional ou legitimador nem compreende garantias delimitadoras, como as que estão presentes no Estado de Direito. Mostra-se como um fim do Estado e como uma orientação, como um mandato de ação para os órgãos do Estado. Orienta-se para a diminuição dos antagonismos sociais bem como para assegurar a todos os pressupostos sociais materiais imprescindíveis à realização da liberdade. Por esse ângulo, o integram o equilíbrio e a redistribuição social, bem como a garantia de um mínimo na participação dos bens necessários à vida. A relação da democracia com o Estado social se determina a partir desse conteúdo. Veja-se BÖCKENFÖRDE, ob.cit., p. 128 e sgs.

³⁷⁹ LUHMANN, Nicolas, *Politische Theorie in Wohlfahrtsstaat*, 1981, p. 7-41, apud. BÖCKENFÖRDE, op. cit., p. 83 e sgs.

³⁸⁰ Idem, p.128 e sgs.

dos direitos humanos, mas não a base dos direitos políticos. A igualdade democrática corresponde à igualdade política, específica. Tem nos direitos políticos de participação seu objeto e como princípio fundamental assegurar a igualdade de oportunidades para o exercício do poder político. Essa igualdade política específica aplica-se de duas maneiras: igualdade de acesso ao poder político (igual oportunidade de acesso aos cargos públicos); e igualdade de exercício do poder político (direito de sufrágio e acesso aos canais sociais e institucionais de formação das maiorias). Deve haver igual oportunidade de alcançar e de manter-se no exercício do poder político atinente aos órgãos e aos cargos públicos, e igual acesso e proteção aos direitos garantia da liberdade democrática, como base para uma liberdade democrática de participação em igualdade. **Estabelece uma igualdade jurídica, que se aplica no campo específico da formação da vontade geral por meio dos canais institucionais e também informais, bem como no campo do exercício do domínio político.**³⁸¹ Há uma clara distinção entre a igualdade democrática específica e a igualdade geral justamente por estar aquela, restrita ao âmbito do político, excluindo sua aplicação nas esferas eminentemente existenciais do homem, nomeadamente no âmbito da família, e nas relações interpessoais de caráter eminentemente privado. Não se confunde com igualdade jurídica, sendo **mais restrita, impondo igualdade para determinada área em termos jurídicos** (direitos de participação e acesso). A igualdade geral busca sua afirmação jurídica por meio do Estado de Direito, da garantia da dignidade igual, proibição de tratamento discriminatório por motivo de cor, raça, sexo, criminalização do racismo, entre outros dispositivos, tendo ampla eficácia jurídica por meio da sua garantia tipicamente judicial. Há entre a igualdade democrática e a igualdade geral uma relação de delimitação por parte desta em relação àquela, e de conexão parcial.³⁸²

3.11.2 Componentes da igualdade democrática

³⁸¹ Idem, p. 83.

³⁸² Idem.

a) Igualdade democrática formal

A igualdade democrática, considerada sob seu aspecto estritamente formal, se refere ao *status activus civitatis*, apoia-se exclusivamente no pertencimento à comunidade política. Essa igualdade não admite ponderação. Não admite graduação ou diferenciação sob critérios pré ou pós-determinados, como dignidade, mérito, experiência, formação ou rendimento. Trata-se de uma igualdade estrita, esquemática, específica, formal, que se refere apenas à participação, não ao resultado.³⁸³ Como ensina JACOBS “*En esto consiste el rasgo igualitario de la democracia: en tanto afecta a la toma de decisiones vinculantes, no puede ni quiere ponderar a los ciudadanos o sus votos, sino solo contarlos*”.³⁸⁴

O exercício dos direitos políticos de participação pressupõe o pertencimento ao povo. Para tanto é necessária a condição jurídica de cidadão. A cidadania constitui o povo político em seu conjunto, o qual se apresenta externamente como uma unidade frente a outros homens ou grupos de homens, se organiza internamente no Estado e se autogoverna através dos direitos políticos de participação. Quanto aos afetados pela decisão democrática, se focássemos exclusivamente no aspecto formal da igualdade democrática, não haveria contradição com a democracia, quando se tem em mente que aqueles que não possuem o status jurídico de cidadão sujeitam-se à decisão democrática sem qualquer participação ou representação. Eles encontram-se despidos de direitos políticos. Isto, tomando como ponto de referência, apenas o pertencimento ao povo e não a condição de afetado.³⁸⁵

b) Igualdade democrática substancial como substrato-base onde se ergue a igualdade democrática formal

³⁸³ *Ibidem*, p. 84.

³⁸⁴ Apud BÖCKENFÖRDE, op. cit., p. 84.

³⁸⁵ *Idem*, p. 87-88.

A idéia de autogoverno decorrente da liberdade corresponde a uma **igualdade material, substancial, pré-jurídica, e é o fundamento sobre o qual se constrói a igualdade formal.**³⁸⁶

Essa idéia acompanha a democracia moderna desde suas origens, fundada no direito natural e pré-jurídico que embasou as teorias do contratualismo moderno. A Revolução Americana, e posteriormente a Francesa, a tomaram como pressuposta, concluindo que a democracia é a única forma de Estado que corresponde à natureza do homem, havendo um direito geral de participação decorrente dessa natureza que deve ser atribuído a todo indivíduo que vive no Estado e que, como ensina JELLINEK, está implícita em todas as democracias que se sucederam. Segundo o autor, a democracia traz consigo a idéia de que é a única forma de Estado compatível com a natureza humana, retomando seu curso na história da humanidade a partir do direito natural, pressuposto da democracia moderna. De acordo com essa idéia, o poder do Estado deriva necessariamente da soberania do povo, enquanto representa a passagem do indivíduo do estado de natureza para o estado político. O direito político de participação liga-se diretamente à natureza humana, deriva dessa natureza de modo que deve ser atribuído a todos que integram a associação estatal, sem exceção, elevando-se o indivíduo à categoria de cidadão. Ainda de acordo com o renomado mestre de Heidelberg, esse é o ponto que permite distinguir a democracia moderna da democracia arcaica, que desconhecia a ligação da liberdade com a natureza humana. Entretanto, a história da democracia moderna demonstra que essa consequência só foi extraída ao longo do tempo, e de maneira paulatina e não uniforme: a igualdade entre o homem e a mulher só viria a se positivar muito posteriormente. Os próprios partidos constroem o Estado segundo exigências da igualdade individual abstratamente considerada, tida como um caráter universal. É essa a origem da idéia de igualdade absoluta e esquemática na participação política, embora essa igualdade não tenha se transmitido completamente à realidade institucional das repúblicas democráticas.³⁸⁷

³⁸⁶ Idem, p. 87-88.

³⁸⁷ Op. cit., p. 545-546: *“La Idea de que es la única forma de Estado que corresponde a la naturaleza del hombre, está implícita en todas las repúblicas democráticas que han nacido o se han transformado en tales a partir de aquel entonces... La democracia moderna vuelve a tomar su punto de partida en el Derecho Político del moderno Derecho Natural, o sea en el principio de que el poder del Estado deriva originariamente de la voluntad soberana, pura, de los hombres que han pasado del estado de naturaleza al estado político. Por esto el derecho político de participar en el poder del Estado, es un derecho general que nace de la misma naturaleza humana y que necesita ser atribuído a todo individuo que vive en la asociación estatista, quien por este hecho es elevado a la categoría de ciudadano. Este es el punto esencial en que se distingue de la*

Dessa idéia decorre um relativismo democrático, pois ninguém pode pretender ter a opinião melhor do que a de outrem, ou conhecer a solução absolutamente correta, ou ainda ter a chave para a compreensão de uma verdade absoluta que se deva impor no processo de decisão política, afastando a fixação de ideologias em caráter de verdades absolutas e garantindo a permanente abertura do processo político. A abertura do processo político de outro lado se dá dentro de certos parâmetros em respeito à essa mesma igualdade material, substancial e pré-jurídica, pois o autogoverno tem origem nessa liberdade igual que detém uma perspectiva coletiva de compatibilização com a liberdade alheia, que não pode entretanto e justamente por esse mesmo fundamento, aniquilar a liberdade individual de quem quer que seja, mas apenas restringi-la o mínimo de forma proporcional e atendendo ao princípio da máxima efetividade das liberdades fundamentais³⁸⁸ de modo que cada indivíduo seja tratado como uma instância merecedora de igual respeito e consideração. Verifica-se que essa liberdade reconhecida em igualdade, tem uma dupla função: de um lado, fundamenta a abertura política em respeito à igualdade de consideração que é merecedora cada opinião; e de outro, fundamenta que essa abertura se dê dentro de certos parâmetros, a fim de assegurar a efetividade da liberdade e autonomia que lhe fundamenta e que é sua razão de existência. Portanto, as convicções de cada um devem ter peso igual e as condições de sua manifestação devem ser preservadas.³⁸⁹ De acordo com ZIPPELIUS:

antigua democracia, la cual distaba mucho de declarar la libertad inseparable de la naturaleza humana limitándose a discutir teóricamente acerca de la esclavitud y a atenuar, a causa de esto, la dureza del Derecho Positivo, pero dejando sin tocar la institución misma. En la historia de las democracias modernas, sin embargo, no se han sacado estas consecuencias inmediatamente ni en todas partes, e indican más bien la dirección de las consecuencias necesarias que en un breve espacio de tiempo habrán de generalizarse apesar de la oposición de los poderes políticos. El último corolario habrá de ser completa igualdad de la mujer con el hombre; pero esto sólo excepcionalmente se encuentra reconocido. Que los principios conducen a las consecuencias apuntadas, lo muestran las exigencias de los partidos contemporáneos, los cuales construyen el Estado sobre la concepción del derecho natural del individuo abstracto, y le dan a sus consecuencias un valor universal. De estos principios nace para la democracia moderna la Idea de la absoluta igualdad política de los individuos; pero esta Idea no se ha desenvuelto de un modo consecuente en las instituciones. De una parte la elección y de otra las innumerables cualidades que la ley o la costumbre exige para el ejercicio de las funciones en las repúblicas democráticas, descansan por igual en un principio que contradice la democracia, pues significa cualificar y valorar individualmente.”

³⁸⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, 1997, p. 169.

³⁸⁹ ZIPPELIUS, op. cit., p. 340-341.

Este constitui, se se quiser, o aspecto político daquilo que Kant viria a precisar mais tarde como “idéia da autonomia”. O abandono da idéia de que existem normas “heterônomas” de validade geral para o direito e a política, chama os indivíduos a terem responsabilidade pessoal e participação na decisão, numa livre concorrência das convicções. Isto conduz ao princípio da formação liberal-democrática da opinião e da decisão.³⁹⁰

É essa igualdade material e pré-jurídica, fundada na liberdade e na autonomia pressupostas, que apóia a igualdade relativa – única maneira de se constituir uma organização democrática do Estado – a partir da igualdade estrita dos direitos políticos de participação. Cidadãos que se sabem iguais consideram a experiência e vivência de seus concidadãos não como algo estranho, **estando dispostos sobre essa base, pressupondo essa base, a compromissos e a aceitação das decisões da maioria.**³⁹¹ Numa democracia moderna, nos moldes originados pela revolução norte americana funda-se no pertencimento ao povo³⁹², e nos moldes da originada pela revolução francesa, tal homogeneidade **funda-se na**

³⁹⁰ Idem, p. 341. Em outra passagem, o autor deixa evidente a ligação que há entre esse aspecto material da igualdade democrática e a dignidade humana. Mais uma vez recorrendo a KANT, demonstra a importância do humanismo para a democracia. O antropocentrismo que substituiu o teologismo anterior resultou de forma conseqüente na centralidade do homem para o Estado, e na vedação de sua instrumentalização pelo poder político. Diante da necessidade de continuidade do domínio político para a vida em sociedade, se mostra necessário que a autonomia coletiva (democrática) seja limitada pelo Estado de direito, justamente em homenagem à autonomia individual que lhe constitui o fundamento, e que de outro lado está sujeita à limitação decorrente da sua necessidade de compatibilização com a autonomia individual alheia. É a partir desta perspectiva que se afirma que a igualdade democrática formal se constrói sobre a base pressuposta da igualdade democrática substancial e que o Estado de Direito – garantidor da igualdade democrática substancial – limita a democracia face a essa necessidade de garantia da igualdade material que lhe é a base pressuposta e a razão mesma de sua expressão formal como método de decisão política. Segundo o autor, há outros que também podem ser destacados.

³⁹¹ Veja-se ZIPPELIUS, op. cit., p.174 e KRIELLE, ob.cit., p.14 e sgs.

³⁹² O termo é equívoco e tem dado azo a inúmeras controvérsias. Por esse motivo, tem se orientado a uma interpretação funcional do conceito de povo, de modo que possa seguir servindo como elemento útil à teoria constitucional. Especialmente a partir da redescoberta moderna da democratização, com a atribuição do supremo poder (soberano) do Estado ao povo, se faz necessária a interpretação do conceito de maneira a evitar a usurpação do poder e desvirtuação do regime democrático. Nesse sentido COMPARATO, afirma que “Na teoria política e constitucional, *povo* não é um conceito descritivo, mas claramente operacional. Não se trata de designar, com esse termo, uma realidade definida e inconfundível da vida social, para efeito de classificação sociológica, por exemplo, mas sim de encontrar, no universo jurídico-político, um sujeito para a atribuição de certas prerrogativas e responsabilidades coletivas. A noção de povo, como se sabe, já era conhecida e utilizada na antiguidade clássica em matéria de teoria política e de direito público. Mas não tinha a importância decisiva que adquiriu na era moderna, com o ressurgimento da idéia democrática. A partir do século XVIII, já não se pode eludir a questão fundamental, ligada à própria essência desse regime político: se o poder supremo em uma democracia, como a própria etimologia nos indica, pertence ao povo, como definir este conceito de modo a torná-lo o mais operacional possível e evitar as usurpações de soberania? Essa indagação central, na verdade, pode ser desdobrada em duas outras: a definição de povo, como sujeito da soberania democrática, diz respeito ao titular ou ao exercente dela? A soberania popular é um poder absoluto?” Fábio Konder Comparato, in: MÜLLER, Friederich, *Quem é o povo?* Tradução de Peter Naumann, São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 13-14.

homogeneidade nacional e a pressupõe. ³⁹³ Entretanto, pode ser formada por religião, linguagem, cultura ou convicção política comuns. Segundo o conceito político de nação dos franceses, a nação se embasa na iniciativa comum de querer (vontade) viver sob uma configuração política determinada de Estado, opondo-se ao conceito étnico-cultural dos alemães e dos povos da Europa central e oriental, fundado na linguagem, história e cultura comuns. Na nação política se pode entrar, na étnico-cultural se nasce. ³⁹⁴

3.11.3 Consequências da igualdade democrática formal e substancial sobre o princípio de governo e sobre o exercício do domínio

A igualdade dos direitos políticos de participação condiciona a forma de exercício do domínio, tendo esse um caráter funcional, sendo o princípio de governo o “liderazgo”.

a) O caráter funcional do domínio

Da igualdade dos direitos políticos de participação resulta uma forma de domínio específica, de maneira que o exercício do poder político é compreendido na medida da competência. O conceito de cargo se revela essencial para a definição do caráter funcional do domínio político. Não se compreende como algo próprio o exercício do domínio, mas sim como algo que se exerce a partir da cidadania e para os cidadãos iguais. Entre governantes e governados não há diferença qualitativa. Quem hoje governa, amanhã pode ser governado. Ambas as posições encontram-se sob o marco da igualdade política democrática. A competência para o exercício

³⁹³ Também o conceito de nação é equivoco, permitindo que sob seu pálio se ergam governos que nada têm de democráticos. Nesse sentido, afirma COMPARATO que “A ironia da história é patente. Para afastar a ambiguidade do termo *povo*, os revolucionários franceses acabaram entronizando, em lugar do rei, um dos mais notáveis ícones políticos dos tempos modernos: a nação, a cuja sombra, têm se abrigado comodamente, desde então, os mais variados regimes antidemocráticos”. Fábio Konder Comparato, in: MÜLLER, Friederich, op. cit., p. 19.

³⁹⁴ BÖCKENFÖRDE, op. cit., p. 88.

do domínio não deriva do próprio ser, mas do reconhecimento e do assentimento dos dominados. Nesse sentido, de acordo com BÖCKENFÖRDE, é correta a amplamente criticada expressão de CARL SCHMITT “identidade entre domínio e dominados, entre governantes e governados”.³⁹⁵

Aqui não se nega a diferença entre governar e ser governado, nem tampouco a diferenciação entre governantes e governados, o que se expressa é que não há diferença qualitativa, os governantes permanecem segundo sua própria substância na igualdade e na homogeneidade democráticas. A consequência jurídica é a temporalidade dos cargos políticos, bem como as eleições ou procedimento análogo. Há também a necessidade da possibilidade de os titulares dos cargos públicos serem relevados de suas posições. Impede-se por esse meio a consolidação da posição de domínio alcançada, confirmando sua natureza de **domínio temporal revogável**.³⁹⁶ É nesse aspecto que a democracia constitucional proporciona a possibilidade de continuidade e estabilidade do domínio político de modo suprapessoal, pois o processo político democrático é concebido para a coletividade, para o todo, não para uma determinada pessoa ou grupo, e a continuidade do domínio não tem qualquer relação com pessoas individuais determinadas.³⁹⁷ Como afirma KONRAD HESSE:

No quadro da ordem democrática da Lei Fundamental, por conseguinte, domínio de homens sobre outros homens é fundamentado e exercido. Mas não se trata de um domínio por direito próprio. O domínio político do parlamento e governo é domínio confiado pela maioria do povo, responsável, limitado temporal e objetivamente, que está sujeito à crítica e ao controle e que é modificado e complementado pela

³⁹⁵ *Verfassungslehre, cit., pp231 e sgs. Apud. BÖCKENFÖRDE, ob. cit., pg.89, tradução livre; explica o autor que: “En este sentido es correcto afirmar que la democracia se caracteriza por la identidad entre gobernantes y gobernados. La definición de Carl Schmitt, ampliamente criticada, de que la democracia es la identidad entre dominio y dominados, entre gobernantes y gobernados, solo expresa esta idea y nada más. En ella no se niega que exista una diferencia entre gobernar y ser gobernado, cosa que está dada inevitablemente con el ejercicio del dominio del Estado, ni tampoco la existencia de una distinción y una diferenciación entre gobernantes y gobernados. Sólo se afirma, y se mantiene, que gobernar y ser gobernado no expresa ni da lugar a la existencia de una diferencia cualitativa, que los gobernantes permanecen según su propia sustancia en la igualdad y la homogeneidad democráticas, y que, con ello, pueden diferenciarse respecto de los gobernados pero solo dentro de la permanente homogeneidad del pueblo”.* Ob cit., p. 89-90.

³⁹⁶ Idem.

³⁹⁷ HESSE, Konrad, op. cit., p. 122: “Democracia possibilita, na estrutura constitucional da Lei Fundamental, produção de continuidade suprapessoal. No Estado democrático, o poder estatal não está vinculado a uma determinada pessoa e a ordem da colaboração no processo político não está concebida para uma determinada pessoa. Por isso, a continuidade da ordem política não é uma questão de pessoas individuais”.

participação do povo na formação da vontade política.³⁹⁸

Como a participação do povo na formação da vontade política não se restringe à maioria – assim porque a minoria política também nele está contida – deve ser dada oportunidade para a minoria controlar o exercício do domínio legitimado majoritariamente como uma forma complementar de legitimação, de modo que esta também participe efetivamente da formação da vontade política. A democracia não se contenta apenas com o domínio da maioria. Nesse sentido, não basta a sustentação pela maioria; a legitimação do domínio pressupõe a possibilidade de manifestação livre das minorias por meio de um processo político livre e aberto, de modo que não se restrinja à fundamentação do domínio limitado e temporal objetivamente, pela maioria do povo. Mas, devem ser possibilitadas de forma simultânea iniciativas e alternativas pluralistas, a crítica do domínio e a alteridade de ideologia e propostas como forma de participação e de controle.³⁹⁹

b) O *liderazgo* como princípio de governo:

Diante da ausência de um domínio continuado, o exercício da competência se mantém e se embasa no reconhecimento livre dos seguidores, como uma competência continuada que se manifesta no processo aberto de formação da vontade política, traço essencial da democracia. Um governo democrático só o é enquanto mantenha um apoio político institucionalizado, bem como o apoio dos cidadãos. A igualdade política funciona como princípio de organização e legitimação, do que decorre que a democracia vive continuamente no presente, o decisivo, é o consenso atual em cada caso.⁴⁰⁰

A necessidade de participação de diferentes forças no processo político legitima e de outro lado constitui um importante fator de legitimação, porquanto exclui que a decisão política retrate pura e simplesmente uma ditadura de número

³⁹⁸ Op. cit., p.121.

³⁹⁹ Idem.

⁴⁰⁰ BÖCKENFÖRDE, op. cit., p.

da maioria. A democracia se revela um princípio limitador do poder do Estado, e essa necessidade de apoio político é um de seus aspectos que, juntamente com o domínio a prazo fixo, consubstancia um sistema que contribui sensivelmente para coibir o abuso do poder.⁴⁰¹

Essa característica do regime democrático, enquanto situada como conseqüência da aplicação da igualdade democrática na formação do domínio, não afasta a possibilidade de ordenação constitucional e legal do domínio, criando regras que permitam que o pluralismo político se dê da forma mais ampla e ordenada. Além das limitações formais, o *liderazgo* político deve estar sempre vinculado aos valores predominantes e deve nesse sentido ser uma extensão da opinião pública, que lhe confere legitimação.⁴⁰²

A intenção de submeter à regras fixas constitucionais o processo pluralista é sempre limitada e complexa, como afirma LOEWENSTEIN:

*... el intento de someter a normas constitucionales el interjuego de los partidos en el Estado pluralista se enfrenta con dificultades de tipo técnico-normativo casi insuperables. Aun la formulación más feliz no estaría en situación de captar las realidades del toma y da acá de los partidos, y la preponderancia del liderazgo del partido en la formación del gobierno y en la fijación de los principios y directrices políticas.*⁴⁰³

Um Estado constitucional democrático que adota o *liderazgo* como princípio de governo não pode abrir mão de normas de direito garantido que lhe garantam a ordenação e a orientação das estruturas de condutas por um sentido, conjuntamente com normas sociais, padrões e concepções ideológicas.⁴⁰⁴ A opinião pública exerce um importante papel de legitimação no Estado constitucional democrático, de modo

⁴⁰¹ HESSE, Konrad, op. cit., p.123: "Democracia é, na estrutura constitucional da Lei Fundamental, finalmente, forma de *limitação do poder estatal*. As faculdades de domínio, que ela fundamenta, já são de antemão limitadas, somente confiadas a prazo, e mesmo o povo, do qual emana todo poder estatal, está vinculado pela Constituição. A participação de forças políticas diferentes no processo político contribui para isto, assegurar a observância desses limites; porque ela conduz a uma certa autolegalidade de controle e limitação recíproco e é, por conseguinte, adequada para impedir abuso de poder".

⁴⁰² Nesse sentido ZIPPELIUS, op. cit., p. 334 e sgs.

⁴⁰³ LOEWENSTEIN, Karl, ob.cit, p. 445. Para o autor, *liderazgo* representa um risco para o regime constitucional, que deve ser ordenado por regras do jogo, o quanto possível.

⁴⁰⁴ ZIPPELIUS, op. cit., p. 345.

que possui um conteúdo político relevante, de legitimação do domínio, que deve não apenas ser aceito em termos fáticos mas também justificado, não se restringindo ao momento de formação do corpo político, mas se estendendo ao seu exercício, de modo que as decisões políticas devem ser continuamente por ela legitimadas.⁴⁰⁵

3.12 Democracia como sistema de decisão majoritária

A decisão da maioria se compatibiliza com a democracia de forma estrutural, sua fundamentação e seus limites derivam dos princípios fundamentais da ordem democrática. A democracia não se embasa no princípio da decisão da maioria como se esse fosse um último recurso. Não se trata de uma mera solução técnica necessária por não se poder chegar de outra forma a uma decisão.⁴⁰⁶ Há, com base no exposto, uma contradição estrutural entre a democracia como método de decisão política e como forma de governo, e sua base material de liberdade igual. É que na metamorfose da liberdade individual e, portanto, da autonomia individual, para a liberdade em igualdade, ou autonomia no âmbito social, há uma necessária restrição da liberdade, de modo que a decisão resultante do processo não necessariamente resulta na vontade autônoma daquele que participa do processo político.⁴⁰⁷

A liberdade enquanto postulado da razão individual, resulta na resistência

⁴⁰⁵ Idem, p. 347.

⁴⁰⁶ BÖCKENFÖRDE, op. cit., p. 92.

⁴⁰⁷ KELSEN, Hans. *A democracia*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 28-29 “A liberdade concebida como autodeterminação política do cidadão, como participação do próprio cidadão na formação da vontade diretiva do Estado, em suma, à antiga idéia de liberdade costuma-se contrapor a liberdade dos germanos, para os quais liberdade queria dizer ausência de qualquer domínio, de qualquer Estado. Não se trata, a bem da verdade, de uma distinção histórico-etnográfica. A passagem da forma germânica à chamada forma antiga do problema de liberdade é apenas o primeiro estágio do inevitável processo de transformação, da desnaturação à qual acaba por se sobrepor o instinto originário de liberdade, no caminho que leva a consciência humana do estado de natureza ao estado de ordem social. Essa transformação semântica na noção de liberdade é característica do mecanismo do nosso pensamento social. A importância realmente enorme da idéia de liberdade na ideologia política seria inexplicável se ela não proviesse das profundezas da alma humana, de onde provém também o instinto primitivo antiestatal que impele o indivíduo contra a sociedade. No entanto, por uma ilusão quase incompreensível, essa idéia de liberdade acaba por exprimir apenas uma determinada posição do indivíduo na sociedade. Da liberdade da anarquia forma-se a liberdade da democracia”.

contra a heteronomia, contra a coerção decorrente do estado de sociedade. Essa resistência contra a heteronomia corresponde a uma resistência contra a vontade alheia.

A democracia não se revela o instrumento isoladamente suficiente para a realização e garantia da liberdade, mas é um meio de compatibilização desta em sociedade, pelo qual, opera sua metamorfose reducionista em diversos níveis. A idéia de ordem social representa uma potencial oposição à autonomia individual, pois aquela ordem é dotada de objetividade, vale independente do assentimento individual,⁴⁰⁸ bastando que tenha sido aprovada pela maioria segundo um procedimento reducionista. A maioria não se confunde com o consenso, de onde se extrai uma inevitável medida de heteronomia. De acordo com KELSEN:

Neste ponto aparece com clareza o conflito insolúvel que opõe a idéia de liberdade individual à idéia de ordem social; esta, em sua essência mais profunda, deve valer objetivamente, ou seja, em última análise deve independe da vontade daqueles que se lhe submetem.⁴⁰⁹

A objetividade da ordem jurídica se opõe à subjetividade da liberdade, de modo que ao transladar-se para o âmbito social a liberdade tem de objetivar-se por meio da norma. Não há apenas uma restrição da liberdade, há uma redução decorrente da necessária divisão do trabalho que, por meio da representação, opera sua transformação da qual resulta algo sensivelmente distinto. A partir da objetividade da norma que resulta desse processo, o sentido de autonomia se transforma, e a autonomia enquanto feitura da própria norma de conduta se dilui numa idéia indireta de participação.

No Estado constitucional democrático de grande densidade populacional e complexidade, faz-se necessário que uma grande parte das decisões fique a cargo de órgãos representativos, pois a possibilidade de participação direta do povo nos mais diversos assuntos do Estado é tão menor quanto maior for o organismo-estatal, quanto mais complexas forem suas relações sociais e econômicas, e por conta disso, quanto menos uniforme sua ordem jurídica. A representação revela-se imprescindível às comunidades complexas, refletindo a necessidade de divisão do

⁴⁰⁸ KELSEN, op. cit., p. 28 e sgs.

⁴⁰⁹ Idem, p. 30.

trabalho que as acompanha, e alcança o campo da política, inclusive. Isso contribui de um lado para o aperfeiçoamento cultural da formação da vontade do Estado, para a obtenção de uma maior capacidade de ação, de racionalidade e controlabilidade das decisões, que não deve ser sobreestimado, diante da larga possibilidade de que o processo representativo resulte numa “vontade individual”, que é capaz de se afastar freqüentemente até mesmo do “mais largo consenso possível de todos”.⁴¹⁰ A questão é assim posta por ZIPPELIUS:

O que resta, na realidade constitucional de hoje, da idéia democrática numa moderna democracia representativa, centralmente governada e administrada? É indiscutível que o ideal de autodeterminação plena de cada indivíduo não se pode concretizar completamente na convivência com outros, em particular na comunidade política.⁴¹¹

O conhecimento dessa distinção entre a liberdade individual pressuposta e a semântica de sua realização em sociedade é fundamental para a interpretação da democracia, e funciona como importante elemento justificador de sua necessária perspectiva jurídica e constitucional a partir da constatação de que o princípio segundo o qual a maioria decide situa-se no plano da democracia ideal, ou seja, deve entender-se como um objetivo dogmático para a democracia, um sentido de sua evolução, mas deve-se ter em mente que essa idéia se encontra a uma longa distância da democracia real.

3.12.1 A justificação da decisão majoritária

A decisão majoritária como necessidade interna para a democracia resulta do princípio da liberdade e autodeterminação, como do princípio da igualdade democrática. Se a liberdade democrática de participação vale para todos, é necessário o consentimento da maioria para que se estabeleça um conteúdo do ordenamento vigente. Se exige menos, prejudica-se àqueles que se opõem ao

⁴¹⁰ ZIPPELIUS, op. cit., p. 172 e sgs.

⁴¹¹ Op. cit., p. 172.

conteúdo; se exige mais, prejudica-se os que o apoiam.⁴¹² É que sob o prisma da igualdade, toda opinião política tem que ser pesada como igual. Portanto, os votos devem ser contados, não ponderados, e a maioria é tão necessária como suficiente.

Majorias qualificadas servem para proteger as minorias. Para se assegurar a permanência de certas matérias, subtraídas das majorias instáveis. Sob a perspectiva do Estado de Direito isso pode ser considerado como natural, a fim de limitar o poder democrático em determinados campos e âmbitos da vida, especialmente os direitos da liberdade. **Da perspectiva do princípio democrático, as limitações justificam-se onde possa estar em risco a própria democracia, em especial os direitos da liberdade democrática, decorrentes da igualdade democrática. Nesse ponto, verificamos uma importante aproximação entre a democracia e o Estado de Direito.** Sob a perspectiva da homogeneidade prejurídica, faz sentido a proteção das minorias, sendo essa, o pressuposto material da igualdade democrática. Por esse fundamento é aceitável o estabelecimento de âmbitos de autonomia e um recorte limitado do âmbito democrático nessas matérias.

413

As decisões democráticas surgem a partir de um processo aberto e público de formação da vontade política e da busca parlamentar de uma decisão, processo assegurado e configurado mediante um procedimento, estando presentes impulsos favoráveis ao acordo e ao compromisso por meio de uma influência recíproca entre maioria e minoria. Esse consenso nem sempre ocorre, na maioria das vezes não ocorre, entretanto se chega a uma decisão majoritária assim mesmo. Ao fim desse processo há a necessidade e o direito a se chegar a uma decisão, podendo se aproximar do consenso ou não. **A sujeição a essa decisão é uma consequência necessária decorrente da igualdade democrática de participação dos cidadãos ou de seus representantes.** A habilidade a se chegar a uma decisão consensual é uma faculdade a ser exercida pela maioria, dependendo da cultura política de cada época e região, mas não é uma obrigação.⁴¹⁴

⁴¹² BÖCKENFÖRDE, op. cit. p. 92 e sgs.

⁴¹³ Idem.

⁴¹⁴ *Ibidem*.

3.12.2 Os limites da decisão majoritária

A democracia não se compadece com o absolutismo ou a dominação da maioria. A liberdade e a igualdade dão fundamento e de outro lado conferem limites à democracia.⁴¹⁵ Somente se entendemos essa característica essencial da democracia – a de que ela se funda na igualdade e na liberdade individuais que lhe são pressupostas – podemos chegar ao entendimento de uma democracia condizente com suas origens e verificar que ela se concretizou na modernidade a partir de uma perspectiva coerente e racional. A decisão majoritária já se constitui limitada pelo Estado de Direito constitucional, o que é legítimo do ponto de vista da necessidade de proteção da liberdade para todos e para cada um, de forma igual, que é o fundamento e a razão de ser da democracia. A possibilidade de conciliar a liberdade individual com a liberdade alheia se dá a partir do reconhecimento da autonomia racional e de uma perspectiva epistemológica da realidade, afastando concepções de caráter absoluto. É justamente essa autonomia racional pressuposta que deve ser preservada. Se de um lado ela conduz, a partir da citada perspectiva epistemológica, a um relativismo e pluralismo democrático, e à decisão majoritária, de outro – o que frequentemente se tende a esquecer – conduz a manutenção dessa liberdade que é o fundamento mesmo do processo, seu pressuposto, sua razão de existência e seu limite. A idéia de democracia quando ganha vida própria e se autonomiza de sua origem (liberdade) desvirtua em totalitarismo. MONCADA denuncia os excessos de um deducionismo moderno exagerado, fundado numa concepção geométrica, matemática e sistemática das ciências humanas ao modo cartesiano. O formalismo democrático resulta no absolutismo da decisão majoritária, assimilando a democracia ao absolutismo político e conferindo-lhe uma

⁴¹⁵ KELSEN, Democracia, p. 27 e sgs.

interpretação de sinal trocado.⁴¹⁶ A soberania absoluta do Estado é o oposto da idéia de liberdade no Estado, e essa idéia de liberdade que é a raiz da democracia também é seu ponto de conexão com o constitucionalismo liberal. A idéia de liberdade do indivíduo diante do Estado absoluto é um ponto de comunhão entre a democracia e o constitucionalismo. O importante é sempre ter em mente a limitação pelo direito e pela liberdade igual. Essa é a bússola do Estado constitucional democrático, que reconcilia a democracia com a liberdade garantida, diante da evidência lógica e histórica de que sem liberdade garantida frente ao Estado não há liberdade no Estado.

a) Limites externos da decisão majoritária

O direito da maioria, de tomar decisões vinculantes, utilizando-se da legalidade estatal, deriva justamente do fato da mesma se encontrar continuamente na disputa pela liderança política com a minoria. Toda convicção política há de ser respeitada como juridicamente igual, havendo uma liberdade política de participação igual ente os cidadãos. Por isso, **não pode a maioria dominante fechar atrás de si a porta pela qual a mesma entrou, não pode impor-se como se correspondesse ao todo, devendo deixar aberta a porta para a manifestação da minoria; há de haver as mesmas oportunidades para sua conversão em maioria para que lhe seja garantida efetivamente a igualdade na participação política. Tratam-se das condições para que a minoria possa seguir sendo uma maioria em potencial. Os direitos da liberdade democrática e a igualdade dos direitos políticos de cooperação fazem parte desse núcleo indisponível para a decisão democrática**

⁴¹⁶ Segundo MONCADA: “Por isso repetimos: o vício da dialética do democratismo nas suas deduções não está em adoptar também o *a priori* e o método dedutivo – sem os quais seriam também impossíveis as ciências morais – mas sim no abuso que faz deles e em fazer da sua dedução *imaginativa* de <meios> uma dedução *construtiva* de <fins> valiosos, criadora de verdades e valores tão absolutos e universais como os das matemáticas. Por outros termos: enquanto que nestas, assim como na lógica formal, existem deduções de valor absoluto e universal, nas ciências morais e políticas *normativas* neste ponto mais próximas das ciências da natureza, há, sem dúvida, também verdades e axiomas de valor absoluto e universal, mas não um processo dedutivo capaz de conduzir, por virtude própria, só por si, necessariamente, dialectamente, à posse de verdades e valores tão absolutos como os primeiros que a consciência apreende por si mesma. E, contudo, o pensamento democrático não se liberta das representações de <contrato social>, de <vontade geral>, de <soberania do povo> e de <parlamentarismo>, como se estes conceitos, deduzidos dos fins éticos que inicialmente se propôs, tivessem o mesmo valor *a priori* das verdades teóricas ou o desses fins-últimos da consciência de que se partiu”. *Estudos de filosofia do Direito e do Estado*. Vol. 1. Lisboa: Imprensa nacional – Casa da Moeda, 2004, p. 184.

majoritária, especialmente a igualdade de oportunidades que há de materializar-se no direito eleitoral e dos partidos políticos. Se não houver essa limitação, a maioria pode converter-se em minoria e continuar criando regras de conduta as quais não serão mais majoritárias.⁴¹⁷

b) Limites internos da decisão majoritária

Os limites internos da decisão da maioria aparecem como condição de eficácia dos limites externos. Impõe-se a recusa a que se considere a opinião política majoritária de validade indiscutível e objetiva, excluindo a discussão e o compromisso. De outro modo, se negaria a liberdade e igualdade políticas de quem pensa de forma distinta e não o reconheceria como sujeito do processo político. Pode-se afirmar dessa maneira que a democracia está atrelada a um relativismo que não afeta a concepção do mundo, mas que se refere a uma dimensão político-pragmática. Assim, o Tribunal Constitucional alemão⁴¹⁸ entendeu que o partido político que atribui à sua concepção política validade absoluta é incompatível com o princípio democrático da liberdade e da igualdade.⁴¹⁹

3.13 A relação da democracia com o estado de direito

O Estado constitucional democrático é amplamente adotado nos países ocidentais. Esse modelo de Estado decorre da evolução cultural da humanidade que há longo tempo veio desenvolvendo a perspectiva da humanização, por meio da formação do conceito de pessoa, e paralelamente veio desenvolvendo o princípio da origem popular do poder do Estado como um fundamento e inicialmente como um limite a esse poder. Entretanto, quando o poder passa teoricamente às mãos do povo, ou seja, quando o princípio democrático deixa de se opor a um poder do

⁴¹⁷ BÖCKENFÖRDE, op. cit., p. 95.

⁴¹⁸ *BverfGE*, 5, 85 (198-200, 224-227).

⁴¹⁹ BÖCKENFÖRDE, op. cit., p. 96.

Estado monárquico, estranho, com quem divide o poder, e passa a assumir a totalidade do poder do Estado, por meio do princípio representativo, há que ter muito cuidado com a tendência a transformação desse poder numa Soberania absoluta, ou seja, na tirania da maioria. Nesse ponto, o Estado de Direito é fundamental, pois o procedimento de formação da vontade do “povo” envolve um sistema de elites que exercem efetivamente o poder político, e ainda que se tenha na opinião pública um parâmetro para a aferição de legitimidade do exercício desse poder delegado, o princípio representativo, da forma em que vem sendo adotado como princípio da superioridade do legislativo, deixa muito a desejar em termos de controle das decisões, muitas vezes semanticamente democráticas. Desmistificado esse processo, permite-se buscar outras formas de legitimação das decisões políticas, a serem buscadas principalmente nos valores imanentes do Estado de Direito, que adquiriram notável grau de consenso social, e ainda nos direitos materiais constitutivos da democracia, único modo de evitar uma previsível usurpação da “voz do povo”. O Judiciário assume um papel relevante nesse processo, sendo essencial sua independência e igual dignidade com os demais poderes, a fim de fortalecer a democracia constitucional. Deixa de ser a “boca da lei” e passa a exercer, por meio do controle de constitucionalidade, uma importante função de controle e de recondução das decisões políticas aos valores básicos da sociedade, dotados de amplo consenso social. O princípio da superioridade do parlamento, que o considera o único “porta voz” da democracia, se sustenta numa concepção de democracia retrógrada, ultrapassada, e incompatível com o Estado de Direito Constitucional democrático, que concilia a democracia com a garantia de direitos humanos e com a garantia das condições materiais constitutivas da democracia. Nesse sentido é que KRIELLE afirma que no Estado Constitucional não pode haver um soberano. **Somente com a ausência de um soberano há liberdade segura baseada nos direitos humanos, e não mera tolerância. Somente onde há liberdade baseada em direitos humanos pode haver democracia.** A autodeterminação política pressupõe a dignidade humana a qual possibilita a participação autêntica, não viciada, sem coação psicológica. Quem deve, movido pelo medo, submeter-se à vontade do governante, não é ele mesmo um governante. Assim, a democracia

pressupõe um Estado constitucional onde não haja soberano.⁴²⁰

Historicamente, devemos observar que, num primeiro momento, conquistou-se a segurança⁴²¹ e a paz, por meio da afirmação da soberania do Estado, que adotou a forma de Estado absoluto. Esse é um modelo oposto ao Estado de Direito.⁴²² É a antítese que sintetiza as características opostas ao Estado de Direito, e ao mesmo tempo a base sobre a qual irá construir-se o edifício teórico do Estado de direito. Assim, em seguida buscou-se a liberdade diante do Estado, após a constatação da incapacidade do modelo de soberania absoluta para assegurar a paz social. Limitou-se juridicamente o Estado, a fim de garantir uma esfera inalienável de liberdade ao indivíduo, que adquiriu dignidade diante do Estado. Esta lógica liberal conduziu naturalmente à democracia, que encontrou essa base pronta, e se firmou como uma democracia constitucional, limitada pelos direitos humanos, superada a

⁴²⁰ Op. cit., p. 314.

⁴²¹ Lembra ODETE MEDAUAR que a segurança jurídica é vista como um dos elementos constitutivos essenciais do Estado de Direito, de estatura constitucional, portanto. Vem relacionada em geral ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido, e referida sob a expressão “segurança e certeza das relações jurídicas”. ODETE MEDAUAR, *Segurança Jurídica e Confiança Legítima*, in *Fundamentos do Estado de Direito, Estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva*, Humberto Ávila org., Malheiros, 2005, p. 114.

⁴²² Para SUNDFELD, Carlos Ari, A noção de Estado de direito é fundamental ao conhecimento das características essenciais do direito público. O Estado de Direito é aquele que se sujeita às normas jurídicas que dele próprio emanam, regulando sua ação. O Estado Polícia submetia os indivíduos ao Direito, mas não se sujeitava a ele. O Estado de Direito assim concebido, corresponde ao nascimento do Direito Público moderno. Embora existissem normas de direito administrativo desde o início do Estado, tais normas se enquadravam anteriormente no *jus civile*. O direito público, como categoria à parte, nasce entre fins do século XVIII e início do século XIX. As normas de direito público, de início, eram esparsas, não dotadas de sistematização, de princípios e institutos específicos que lhes conferissem autonomia. Posteriormente, com o Constitucionalismo moderno, o Estado de Direito se transforma no elemento jurídico constitutivo do Estado, sua base jurídico-existencial: “A Constituição não é feita pelo Estado. Ao contrário, o Estado é fruto da Constituição. O Estado, em consequência, é pessoa jurídica, criada e regida pelo direito constitucional, que o precede. Por isso, todo seu funcionamento há de atender ao direito constitucional”. *Fundamentos de Direito Público*, 4.ed. Malheiros, p. 37.

idéia de soberania absoluta, seja do povo, seja do monarca.⁴²³ Enquanto o Estado de Direito é oposto à idéia de Estado absoluto, a democracia não é oposta ao Estado de Direito, tendo sido na sua forma moderna construída sobre sua base teórica, mas tomando as instituições jurídicas do Estado como pressuposto necessário, e não algo a ser superado, mas sim aperfeiçoado e reinterpretado segundo essa relação com a democracia. Estado de Direito e democracia são dois princípios que, no Estado constitucional democrático não operam em sentido coincidente ou contraposto. Destinam-se a finalidades diferentes, encontrando-se em uma relação que apresenta pontos em comum e elementos que se opõem.⁴²⁴ A seguir, estudamos essas relações.

3.13.1 O Estado de direito interpretado pela lente democrática: a separação de poderes e o princípio democrático

O princípio da separação de poderes tem desempenhado um papel fundamental para traçar o desenho do Estado que se formou a partir da Revolução Inglesa, e posteriormente da Revolução Americana e da Revolução Francesa, a

⁴²³ Referimo-nos à linha ideológica que orientou a formação do movimento constitucionalista moderno, vindo desde os grandes pactos constitucionais na Inglaterra, e resultando no movimento revolucionário norte americano e francês. Esses movimentos, guardadas suas diferenças, tiveram em comum serem o marco de inauguração do moderno Estado constitucional, e a base para a futura afirmação da democracia moderna. A democracia moderna é assim fruto do movimento liberal e da sua lógica de liberdade, que se levada adiante de maneira consequente resulta na igualdade democrática, com respeito aos direitos humanos. Essa conjugação traz uma espécie de democracia muito distinta da democracia grega: uma democracia com respeito à dignidade igual de cada indivíduo. Essa perspectiva da humanidade e da individualidade tem como ideal a conciliação da autonomia existencial, individual, com a autonomia em sociedade. Ainda que na prática institucional haja uma redução necessária, a democracia ideal, nesse sentido exposto, deve sempre funcionar como uma meta a ser alcançada, como um norte para a democracia moderna, como um fim orientador do procedimento legitimador. Deve-se assegurar o máximo de liberdade individual possível, esse o norte da democracia, a maior conciliação possível, pois a liberdade individual (de todos) é também seu fundamento. Toda restrição da liberdade deve decorrer da necessidade de conciliação das liberdades, de forma proporcional. A democracia moderna, constitucional, é uma democracia construída sobre a base do Estado de Direito, é uma evolução desse sistema e que encontra nele seus limites, e sua justificação na afirmação dos direitos humanos. O Estado não se legitima apenas pela democracia, mas também por ela. Democracia sem afirmação de direitos da liberdade, nesse conceito moderno, não é democracia. A democracia que vivemos é uma espécie muito distinta da democracia arcaica, pois pressupõe essa evolução que lhe integra o conceito. Não se confunde com a tirania da maioria, e para que não o seja, deve conciliar-se e equilibrar-se com o Estado de Direito constitucional. Afirmar a soberania absoluta da maioria é retroceder dois mil anos na cultura da humanidade.

⁴²⁴ BÖCKENFÖRDE, op. cit. p. 119.

partir do que se propagou amplamente para o mundo ocidental. O princípio constitui uma das principais características do Estado Constitucional contemporâneo, sendo uma questão de tratamento obrigatório para as principais questões atuais do Direito Público.⁴²⁵

A relativização do poder⁴²⁶ do Estado a que tende o Estado de Direito por meio da forma que articula os poderes (separação de poderes) encontra os seus limites no princípio democrático, o qual exige uma legitimação democrática para o exercício do poder do Estado o qual deve remeter-se ao povo.⁴²⁷ A separação de poderes perdeu o fim que teve em sua origem, tal como posta por Montesquieu e até mesmo no século XIX, quando buscava estabelecer uma distribuição política do poder entre as distintas forças político-sociais.⁴²⁸ Por esse motivo a separação de poderes há de ser interpretada como uma distribuição de funções se quiser se adaptar a uma realidade tão distinta da que foi contemporânea a sua teorização original. Hoje o Executivo é dotado de legitimação democrática, sendo eleito para implantar um determinado programa político que passa pelo crivo da participação democrática. De outro lado, o Judiciário está sujeito à regra do concurso público, imbuído da igualdade democrática de acesso direto aos cargos de poder, e nas instâncias superiores é legitimado indiretamente por meio de procedimentos e controles dos demais poderes, sendo a indicação para sua cúpula, via-de-regra nos países ocidentais, ato de confiança do chefe do Executivo, controlado pelo

⁴²⁵ PIÇARRA, Nuno, *A separação de poderes como doutrina e princípio constitucional, um contributo para o estudo de suas origens e evolução*, Coimbra, 1989, p.11.

⁴²⁶ Para MAURICE DUVERGER: "Há poder, somente, se o seu titular é considerado como tendo o direito de requerer obediência, de dar directivas, de ordenar. A existência de um poder supõe que o sistema cultural dum colectividade estabelece, assim, relações não-igualitárias oficiais, dando a certas pessoas (qualificadas de autoridades) o direito de dirigir as outras e impondo a estas últimas, a obrigação de obedecer às primeiras". DUVERGER, Maurice. *Sociologia da política. Elementos de ciência política*. Livraria Almedina, 1983, p.155.

⁴²⁷ BÖCKENFÖRDE, op. cit. p. 123.

⁴²⁸ Segundo RAUL MACHADO HORTA: "A formulação da lei pelo Poder Legislativo é uma conquista histórica, que exprime a culminância de milenar processo político, a superação do poder individualizado do monarca absolutista pela Constituição e a implantação do Estado de Direito." Para FERREIRA FILHO, a revolução inglesa de 1689 igualou a autoridade real e do parlamento, obrigando-a a um compromisso: a divisão do poder, reservando ao monarca certas funções, ao parlamento outras e partindo-se para a independência dos juizes. A Separação de Poderes consiste em distinguir as 3 funções estatais, a administrativa, a jurisdicional e a legislativa, atribuindo-as a 3 órgãos ou grupo de órgãos, não necessariamente com exclusividade. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Curso de Direito Constitucional*, 17.ed., 1989, Saraiva, p. 117.

Legislativo (ambos representantes do povo atualmente). A supremacia do Legislativo, tal como posta pelo regime oitocentista, já não se justifica na realidade político-institucional atual.⁴²⁹ O princípio da separação de poderes não aparece como algo oposto ao princípio democrático, pelo contrário, seus efeitos só podem ser produzidos propriamente dentro de um ambiente democrático. Somente o povo exerce o poder do Estado através dos órgãos específicos que atuam como seus órgãos. Não há critérios de legitimação concorrentes entre o princípio democrático e a separação de poderes. A separação de poderes deve tomar o princípio democrático como base de sua existência. Sem que se esqueça o sentido de limitação e moderação que representa a separação de poderes, o princípio tem que imbricar-se na estrutura da Constituição democrática ao invés de se fazer valer contra ela.⁴³⁰

Para FORSTHOFF a separação de poderes se revela uma forma técnica constitucional. Segundo ele, por meio da tecnificação,⁴³¹ se demonstrou que as instituições do Estado poderiam ser separadas da realidade social em que foram criadas, aperfeiçoando-se e transformando-se, mantendo dessa forma seu valor para os tempos vindouros. Assim, a tecnicidade das instituições jurídicas do Estado foi que possibilitou sua transposição no tempo, característica das modernas democracias de massas, cuja tendência igualitária é contrária ao reconhecimento de centros de poder independentes. Assim, originalmente concebida como um instrumento de limitação e de compensação, a separação de poderes perdeu a sua função omnicomprensiva, transformando-se num instrumento técnico de

⁴²⁹ De acordo com LOEWENSTEIN: *"Es necesario tener bien claro que el principio de la necesaria separación de las funciones estatales según sus diversos elementos substanciales y su distribución entre diferentes detentadores, ni es esencial para el ejercicio del poder político, ni presenta una verdad evidente y válida para todo tiempo"*. Karl, op. cit., p. 56.

⁴³⁰ BÖCKENFÖRDE, op. cit. p. 123.

⁴³¹ A respeito da tecnificação, é sensível a influência transformadora que teve o advento da técnica no Estado de Direito, influenciando a transformação do princípio da separação de poderes, especificamente quanto à possibilidade de atividade normativa da administração, como comenta MOREIRA NETO: "Como, em princípio, não se fazia necessária e nítida diferença entre as matérias que exigem escolhas político-administrativas e as matérias que devam prevalecer às escolhas técnicas, a competência legislativa dos parlamentos, que tradicionalmente sempre foi privativa, na linha do postulado da Separação dos Poderes, se exerceu, de início, integral e indiferenciadamente sobre ambas. Somente com o tempo e o reconhecimento da necessidade de fazer a distinção, até mesmo para evitar que decisões técnicas ficassem cristalizadas em lei e se tornassem rapidamente obsoletas, é que se desenvolveu a técnica das delegações legislativas." MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*, Rio de Janeiro; Renovar, 2000, p. 162.

organização do poder do Estado, e dessa maneira funcionando como instrumento de limitação a favor da liberdade do indivíduo. Esse sistema constitucional técnico é capaz de se manter além das mudanças ambientais sociais, e de ser aplicado de forma ampla.⁴³²

Essas mudanças de fato se precipitaram sobre o Estado de Direito.⁴³³ A profusão normativa do Executivo, principalmente em função de novas atividades de intervenção indireta na economia que o Estado assumiu,⁴³⁴ a criação de novos entes da administração autônoma, tudo isso leva a uma nova visão da teoria da separação de poderes, como uma técnica de distribuição do poder do Estado. Hoje o Estado é dotado de um imenso poder em relação aos indivíduos, não existe mais a homogeneidade de cidadãos, iguais e livres da ação estatal, a cuidar de seus próprios negócios, assim, para CLÉMERTON CLÉVE, o princípio da separação de poderes, embora quando adotado como um princípio rígido e dogmático não seja funcional “... como idéia racionalizadora do aparato estatal, ou como técnica de organização do poder para a garantia das liberdades, não pode ser esquecido, nem se encontra superado”.⁴³⁵

Essa nova perspectiva é apontada entre nós por ALEXANDRE ARAGÃO, para quem, referindo-se à atividade normativa desses novos entes autônomos:

... não existe “uma separação de poderes”, mas muitas, variáveis segundo cada direito positivo e momento histórico diante do qual nos colocamos. Se tirarmos o caráter dogmático e sacramental impingido ao princípio da separação dos poderes, ele poderá, sem perder a vitalidade, ser colocado em seus devidos termos, que o configuram como mera divisão das atribuições do Estado entre órgãos distintos, ensejando geralmente perigosa, concentração das funções estatais.⁴³⁶

Essa necessária adaptação das instituições demonstra que o estudo de suas origens históricas serve, muitas vezes, mais para elucidar a fundamentação de sua

⁴³² Op. cit., p. 101-102.

⁴³³ Confira-se a respeito SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. *Direito público e sociedade técnica*. Atlântida Editora, S. A. R. L. Coimbra, 1969.

⁴³⁴ CLÉVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo*. 2.ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2000, p. 38 e sgs.

⁴³⁵ Idem, p. 44.

⁴³⁶ ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Forense, 2002, p. 371.

transformação e aperfeiçoamento que para formar um positivismo de origem historicista, apegado ao passado. De outra maneira, as principais instituições do Estado ficariam defasadas e obsoletas. A adaptabilidade, não deve perder de vista a verdadeira função das instituições, este sim o ponto a ser mantido, e pesquisado na história: para que foram criadas? Somente assim pode-se evitar que se autonomizem em relação aos fins para que foram criadas, subvertendo o sistema.

O formato clássico de separação de poderes confere proeminência ao Legislativo. Esse modelo teve importante função na afirmação histórica do conteúdo democrático do Poder. Portanto, seu conteúdo não é apenas instrumental. Mas o modelo não atende as necessidades atuais e deve ser reformulado. Permanece a utilidade do sentido essencial do princípio, a vedação à concentração de poder,⁴³⁷ a fim de evitar o capricho e a arbitrariedade, desviando-o do interesse público e ameaçando os direitos individuais. O poder concentrado é controlado por meio da divisão do seu exercício. O princípio não é um fim em si mesmo. Decorre da percepção histórica de que a concentração de poderes prejudica seu controle, havendo uma tendência a que o poder seja exercido de forma abusiva, arbitrária e caprichosa, em detrimento daqueles que a ele estão sujeitos. Trata-se de princípio de desconcentração, com o fim de preservar direitos individuais civis, o que por si impõe uma visão flexibilizadora do princípio, permitindo a substituição da especialização estanque nas respectivas funções (distribuição-desconcentração qualitativa) por uma distribuição quantitativa e controlada.⁴³⁸

Nessa esteira, a divisão de funções, a especialização e a tecnificação devem ser interpretados como instrumentos democráticos, como instrumentos de desconcentração do poder político por meio da desconcentração qualitativa das funções do Estado. A desconcentração do poder garantida pelas atribuições

⁴³⁷ Confira-se LOEWENSTEIN a respeito da essencialidade do controle do poder político para evitar um perigo imaneente, sempre presente em todo poder político, tendente à arbitrariedade, ao capricho e ao abuso por partes dos detentores do poder. LOEWENSTEIN, Karl, op. cit., p. 27-29. Essa característica nega a democracia, enquanto o representante venha a exercer suas funções como se lhe pertencessem, como algo que lhe é próprio. O conceito de cargo é essencial para a definição das funções públicas, juntamente com o princípio democrático que mantém a titularidade do domínio no povo, sendo as funções públicas exercidas em caráter delegado, de confiança, sempre no interesse da coletividade. O princípio republicano reforça essa característica funcional do exercício das atribuições públicas, e a separação de poderes se revela um instrumento de controle do poder político, evitando sua concentração.

⁴³⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. *O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 209 e sgs.

constitucionais de cada órgão serve para evitar o exercício do poder em nome próprio, e nesse ponto o princípio se revela funcional para a democracia. Ele se efetiva modernamente por meio da distribuição de funções públicas entre órgãos distintos, dotados de autonomia constitucional, e instrumentos de controle recíproco.

A democracia tem sido assimilada a uma forma de organização do poder político que se opõe à autocracia por estar relacionada ao exercício do poder de forma desconcentrada, enquanto a autocracia se refere ao exercício do poder por um único detentor. Há numerosas variantes de cada tipo, sendo necessária a análise no caso concreto a fim de identificar sua configuração real, independente do título que determinado Estado venha a adotar. Nesse sentido, consulte-se a lição de LOEWENSTEIN:

*Esta tesis es la clave del análisis del proceso del poder intentado en este libro, y por lo tanto el fundamento e la teoría de la constitución que en él se ensaya. Este único detentador del poder puede ser una persona individual (el dictador), una asamblea, un comité, una junta, o un partido. En el caso de una detentación comunitaria y de una distribución en el ejercicio del poder político, el sistema político será calificado, según sea su fundamento, como constitucional o constitucional democrático; históricamente, estos dos tipos no son idénticos. En el caso de una concentración del poder político en las manos de un único detentador del poder, el sistema político se califica como autocrático. Existen, desde luego, numerosas variantes de cada uno de estos tipos de conformación del poder, siendo frecuente entre ellos la mutua y fructífera influencia, de tal manera que en cada caso concreto se impone un análisis del acontecer real del proceso del poder.*⁴³⁹

Lembra BÖCKENFÖRDE, que a divisão de poderes foi concebida como articulação de funções e não existe nenhum título jurídico que libere qualquer âmbito do poder do estado da necessidade de legitimação democrática. Seu objetivo não é organizar ou estabelecer contrapesos a um tipo qualquer de estado, mas a um Estado constituído e legitimado democraticamente, estabelecendo freios e contrapesos sobre a base do princípio democrático, funcionando como marco e molde de concreção da democracia, não separado dela como elemento do Estado de Direito. A orientação funcional da divisão de poderes exclui que o titular do poder político o exerça em nome próprio, autônomo, à margem da legitimação e da responsabilidade democrática, este para ele é o seu significado prático. Isso é importante para a questão da incorporação de pessoas ao Poder Judiciário. Pois de

⁴³⁹ Op. cit., p. 33. Confira-se a respeito ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. *Democracia, jueces y control de la administracion*. Editorial Civitas, S. A. Madrid. 3.ed. 1997, p. 67.

outra forma as competências para decisão que residem em funções separadas se fariam independentes como âmbitos autônomos em mãos de determinados grupos ou extratos. A relação da divisão de poderes com o princípio democrático exclui que as forças sociais e os grupos de poder politicamente relevantes se convertam por si em partícipes diretos do poder de decisão do Estado. Com isso se perderia a unidade do Estado em favor de um neocorporativismo político.⁴⁴⁰

3.13.2 A atuação da jurisdição constitucional como elemento essencial para a democracia moderna

A democracia norte-americana foi pioneira na afirmação da jurisdição constitucional. Já em 1803, o caso Marbury X Madison viria afirmar de forma ontológica a supremacia da Constituição americana. A competência para o controle decorreu de um raciocínio lógico: é função judicial aplicar e interpretar as leis. A Constituição é uma lei superior às demais leis, sendo função judicial aplicá-la. Desse raciocínio extrai-se a competência judicial para invalidar as leis contrárias à Constituição, que lhe são inferiores. Essa competência implícita para os americanos, entre nós foi adotada explicitamente desde a Primeira República.⁴⁴¹

De acordo com ENTERRÍA, a Constituição não é apenas uma norma, mas é a norma das normas, dotada de força vinculante bilateral, vinculando tanto as autoridades públicas quanto os cidadãos. A Constituição configura, ordena os poderes do Estado que ela mesma constitui juridicamente, ao mesmo tempo em que os limita. É o desenho e o limite das instituições públicas, e os direitos fundamentais nela consagrados são o fundamento e a direção de sua atuação. Define o sistema de fontes formais do Direito, e é a expressão de uma intensão fundacional, configurando a atuação de todos os entes por ela criados juridicamente, com pretensão à perenidade. Estabelece um quadro de valores e limitações para o

⁴⁴⁰ Op. cit., p. 119 e sgs.

⁴⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 3 e sgs.

poder, e no plano formal a superlegalidade material garante a superlegalidade formal ou rigidez da Constituição, encontrando todo o ordenamento jurídico nela o seu fundamento de validade.⁴⁴²

Para *BINENBOJM*, por meio da supremacia da Constituição e do exercício da jurisdição constitucional – que garante efetividade a essa supremacia – direitos e princípios que são considerados como inalienáveis pelo poder constituinte originário são retirados da esfera democrática majoritária de decisão política. Conclui pelo caráter contramajoritário da jurisdição constitucional, tendo em vista que esta potencialmente anula atos formados sob o pálio da decisão majoritária democrática, por meio de representantes eleitos pelo povo, que estariam por esse motivo, de acordo com o conceito de representação, expressando a soberania do povo. Entretanto pondera o autor que:

... entende-se, hodiernamente, que os princípios e direitos fundamentais constitucionalmente assegurados são, em verdade, condições estruturantes e essenciais ao bom funcionamento do regime democrático; assim quando a justiça constitucional anula leis ofensivas a tais princípios ou direitos, sua intervenção se dá a favor, e não contra a democracia. Esta a maior fonte de legitimidade da justiça constitucional⁴⁴³.

A justiça constitucional é essencial para a garantia da perenidade da democracia. Esta, a partir do advento do constitucionalismo moderno, não é mais a democracia puramente formal, uma simples forma política de decidir participativamente. Ela agrega essas condições materiais em sua estrutura, e é nesse ponto que a jurisdição constitucional exerce um papel essencial em defesa da democracia, paradoxalmente contramajoritário e democrático. A democracia se

⁴⁴² ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. *La constitucion como norma y el tribunal constitucional*. Editorial Civitas, S. A. Madrid. 3.ed. 1983, p. 49 e 50.

⁴⁴³ BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira – Legitimidade democrática e instrumentos de realização*. – 2.ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 246-247. O autor complementa seu ponto de vista, com o qual comungamos, agregando a necessidade de um fundamento maior à legitimidade da jurisdição constitucional, que deve buscar nas concepções da sociedade o parâmetro para suas decisões: “Por outro lado, para que a Corte Constitucional não se torne uma instância autoritária de poder – comendo um *governo de juizes* - que dita, de forma monolítica, as interpretações *oficiais* a serem dadas aos diversos dispositivos da Constituição, é mister fomentar a idéia de cidadania constitucional, de forma a criar uma sociedade *aberta de intérpretes da Constituição*. Todos têm o direito de participar ativamente do processo de *revelação e definição* da interpretação constitucional prevalecente, cabendo ao Tribunal Constitucional funcionar como instância última - mas não única – de tal processo. A maior ou menor autoridade da Corte Constitucional depende, necessariamente, de sua capacidade de estabelecer este diálogo com a sociedade e de gerar consenso, intelectual e moral, em torno de suas decisões.”

defende de sua ambiguidade, e o princípio democrático de liberdade como participação, incompleto, deficitário, se complementa por meio da revelação de seu fundamento material: a liberdade e homogeneidade pré-jurídica.⁴⁴⁴ Para CLÁUDIO NETO:

*Os direitos fundamentais são condições procedimentais da democracia e devem, por isso, ser mantidos dentro de uma esfera de intangibilidade, a ser protegida pelo judiciário contra os arroubos das majorias eventuais. Ainda que limitando o princípio majoritário, em favor de direitos fundamentais, o Judiciário estará, assim, exercendo a função de guardião da democracia e se atendo ao campo da neutralidade política, em que se situa o consenso procedimental.*⁴⁴⁵

Para o autor, enquanto condições procedimentais da democracia, os direitos sociais incluem-se entre os direitos fundamentais que legitimam democraticamente a atuação da jurisdição constitucional, legitimando sua atuação concretizadora e contramajoritária.⁴⁴⁶

Os direitos sociais que constituem as condições materiais mínimas de exercício das liberdades fundamentais se situam dentro desse âmbito de legitimação democrática da jurisdição constitucional. Ocorre que a mesma liberdade que fundamenta os direitos sociais fundamenta também a democracia e, como não se pode realizar um Estado democrático sem liberdade garantida, não se realiza uma democracia sem a garantia das condições materiais mínimas para o exercício da liberdade.

A jurisdição constitucional tem sido objeto de severas críticas quanto a sua

⁴⁴⁴ SOUZA NETO, Cláudio Pereira considera que há um certo consenso no que diz respeito à atuação da jurisdição constitucional em defesa dos direitos de primeira geração, pois “...entendidos como elementos nucleares do patrimônio jurídico individual, tais direitos fornecem pautas normativas para que o poder judiciário controle ou modere a ação invasiva do Estado.” O autor se dedica a uma tarefa mais ousada, a de justificar a prerrogativa judicial de suprir as omissões legislativas na concretização de direitos sociais prestacionais. SOUZA NETO, Cláudio Pereira, BERCOVICI, Gilberto, FILHO, José filomeno de Moraes e política no Direito Constitucional. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2003, p.1. Confira-se a respeito do tema a obra de GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

⁴⁴⁵ SOUZA NETO, Cláudio Pereira, BERCOVICI, Gilberto, FILHO, José filomeno de Moraes e política no Direito Constitucional. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2003, p. 42. O autor como citamos, defende a inclusão dos direitos sociais dentro da legitimação democrática, em decorrência da adoção da teoria deliberativa da democracia, seguindo a esteira de HABERMAS.

⁴⁴⁶ Idem, p.3. O autor traz em seu trabalho a perspectiva da democracia deliberativa, corrente que: “situa os direitos sociais (seja em sua dimensão individual-subjetiva, seja em sua dimensão coletiva) não como objetivos da democracia, mas como requisitos e condições. Com isso, torna-os passíveis de concretização direta pelo poder judiciário em caso de omissão estatal. Nesse viés, o ativismo judicial no campo dos direitos sociais não representa uma usurpação da soberania popular, mas um incremento das condições para sua efetiva manifestação.”, op. cit., loc. cit.

legitimidade democrática. A crítica parte da idéia de democracia arcaica, como um procedimento formal de decisão que garante à maioria o direito de impor sua decisão. Vimos que a democracia moderna não se satisfaz com essa igualdade estrita de participação, numérica, devendo respeito às minorias e agregando a si liberdades que lhe são constitutivas. A democracia moderna se funda na liberdade e autodeterminação moral do indivíduo. Essa idéia lhe é um pressuposto inafastável, agregado à cultura humana a partir do desenvolvimento da perspectiva individual da liberdade, e dos direitos assegurados em torno do conceito de pessoa. Aos antigos gregos faltava essa perspectiva. Modernamente, essa evolução cultural se agrega ao conceito de democracia, desenhando-o de uma maneira muito distinta daquela antiga. Assim, se a democracia se funda na liberdade e na autodeterminação, essa liberdade e autodeterminação devem ser realizadas de forma igual, para todos.⁴⁴⁷ Dessa maneira, a democracia se orienta em direção a um método específico de tomada de decisão, e numa democracia constitucional o princípio da liberdade concretiza-se em conteúdos determinantes às condições procedimentais de formação da vontade política. A democracia constitui um método assegurado por garantias materiais, formais e procedimentais, formadas pela liberdade de participação democrática dos cidadãos na formação da vontade política e as garantias complementares da liberdade de imprensa, de opinião, de informação, de reunião e de associação, garantindo uma abertura duradoura do processo político e assegurando a possibilidade de revisão das decisões tomadas e sua modificação ou confirmação. Dessa forma, é exercida a liberdade democrática, de forma segura e duradoura.⁴⁴⁸

A evolução das técnicas de interpretação constitucional e a superação do paradigma positivista conduzem a uma nova perplexidade. Diante da possibilidade de construção judicial na interpretação e aplicação da norma constitucional, tem se ponderado a necessidade de desenvolvimento de um método adequado de decisão que afaste a possibilidade do Tribunal Constitucional se transformar no oráculo da Constituição, monopolizando sua interpretação de modo a conduzir a um governo de

⁴⁴⁷ BÖCKENFÖRDE, op. cit., p. 82-83.

⁴⁴⁸ Para uma perspectiva neoconstitucional da democracia confira-se MOREIRA, Eduardo Ribeiro, Neoconstitucionalismo, A Invasão da Constituição, Método, 2008, p.221 e sgs.

juízes capaz de comprometer o equilíbrio constitucional dos poderes. BOCKENFÖRDE ⁴⁴⁹ propõe em um texto específico sobre o tema, que a função de controlar a constitucionalidade das leis seja considerada específica para a Corte Constitucional, tanto em relação ao legislador e ao executivo quanto em relação aos demais tribunais. Essa função de controle possui a propriedade de, dentro do sistema de freios e contrapesos propostos pela constituição, não se organizar como um contrapoder político, de modo a confrontar os demais poderes do Estado. Essa função também se configura como uma função constitucional, ou seja, está sujeita aos rigores procedimentais de um controle exercido por um tribunal. A partir desse ponto seria possível o resgate de uma definição e delimitação dos quadros e atividades da justiça constitucional, que poderia dessa forma avançar em sua tarefa com maior segurança e se estabelecer melhor no plano dogmático, do que apenas a invocação do *judicial self-restraint*. As formas de interpretação constitucional que devem ser aceitas devem excluir de toda a extensão da função de controle da Corte Constitucional a competência de modificar e completar a Constituição, que seriam duas maneiras distintas de revisão constitucional. Assim, segundo o princípio de organização democrática do Estado, não seria permitido que um órgão estabelecido constitucionalmente, portanto constituído, com a função delimitada para a garantia da Constituição em vigor, se torne um órgão de poder constituinte, o “mestre” da Constituição. Daí surge a exigência de que a norma constitucional seja consignada a um estrito quadro de interpretação, que seja obrigatoriamente inteligível e aceitável no plano intersubjetivo. ⁴⁵⁰

3.13.3 O estado de direito como limite e pressuposto da democracia

A limitação do poder político como uma superação histórica da soberania

⁴⁴⁹ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Le Droit, L'État et La Constitution Démocratique*, Bruylant, L.G.D.J., 2000.

⁴⁵⁰ Idem, p. 257.

absoluta⁴⁵¹ é o núcleo do constitucionalismo moderno,⁴⁵² que estabeleceu um Estado de Direito constitucional como instrumento de limitação do poder com base em regras fixas, formuladas em um documento formal ou profundamente enraizadas no costume, e que obrigam tanto os detentores como os destinatários do poder. Esse instrumento, como afirma LOEWENSTEIN “... *se ha mostrado como el mejor medio para dominar y evitar el abuso del poder político por parte de sus detentadores*”.⁴⁵³

O Estado de Direito é a base sobre a qual foi construída a democracia moderna. Esta se positivou no ocidente como Estado constitucional democrático, pressupondo um poder limitado juridicamente por normas fundamentais, de onde se extraem as garantias judiciais dos cidadãos. Como pressuposto histórico, o Estado de Direito foi o modelo de afirmação da liberdade que precedeu a possibilidade de realização da democracia de forma segura, representando um movimento de afirmação das liberdades civis diante do poder político, principalmente a partir dos pactos constitucionais, e se revela o primeiro degrau de reconhecimento da soberania do povo, quando as primeiras constituições modernas vieram a reconhecer o princípio democrático como fundamento da organização jurídica do Estado, o que mais tarde possibilitaria o avanço do princípio democrático por meio da ampliação do sufrágio.⁴⁵⁴ A democracia já encontrou essa base pronta, sem a qual ela não poderia perdurar no tempo ou sequer existir considerada a complexa realidade social que lhe é subjacente. Essa realidade exige do Estado um princípio de organização, de estruturação e unificação das diversas atribuições, que se dá por meio da definição jurídica das competências. A soberania do povo é redescoberta a

⁴⁵¹ Isto vale tanto para a soberania absoluta do monarca, quanto para soberania absoluta do povo. Na prática o que se quer evitar é a opressão do ser humano, ao ser instrumentalizado pelo poder do Estado. Essa opressão ocorre tanto no arbítrio do monarca quanto no arbítrio da maioria, ou o que é pior, dos representantes da maioria, embora aqui o risco seja menor.

⁴⁵² LOEWENSTEIN, op. cit., p. 29

⁴⁵³ Idem.

⁴⁵⁴ Para TEIXEIRA, J. H. Meirelles. O elemento democrático é justamente a base de diferenciação entre o período dos pactos constitucionais e as primeiras constituições modernas. O Estado de Direito caminha junto com o princípio democrático na perspectiva histórica, recebendo sua influência desde as origens do Direito Público moderno. *Curso de Direito Constitucional*; texto revisto e atualizado por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 81. confira-se também nosso cap. 1.

partir da antiguidade, transmitida por meio da escolástica e das teorias que sobreviveram aos absolutismos, é a base ideológica a influenciar o movimento constitucionalista moderno⁴⁵⁵ e se afirma para a modernidade como uma soberania jurídica, limitada pelo Estado de Direito desde sua origem, até porque modernamente não se poderia pensá-la de outra forma, diante da vasta experiência política da humanidade. De outro lado, sendo a base da liberdade o fundamento material comum entre a democracia e o Estado de Direito, somente com a prévia garantia da liberdade individual⁴⁵⁶ se faz possível a realização de uma democracia real. **O Estado de Direito lhe é um pressuposto e um limite, cumprindo uma dupla função.**

De acordo com GIERKE, enquanto o Estado nasce da vontade geral, orientando-se à realização de fins comuns, podendo se resumir na expressão fato político, o Direito nasce da consciência geral, e a ele cumpre traçar a esfera de ação das consciências obrigadas.⁴⁵⁷ Entretanto, um necessita do outro, pois de acordo com JELLINEK todo Estado funda seu poder no Direito, de onde nascem os deveres jurídicos do Estado. De outro lado o Direito necessita da estrutura do Estado para lograr seus fins plenamente.⁴⁵⁸ O Estado Constitucional democrático pressupõe

⁴⁵⁵ JELLINEK, op. cit. p. 545. Segundo o autor, na América surge a doutrina segundo a qual a república democrática representa um produto da natureza do homem, e por consequência seria a única forma de Estado conforme o direito, produzindo uma grande impressão na França, onde a república não aparece como um Estado entre muitos, mas como a única forma de Estado conforme a razão. A influência dessa doutrina se estenderia ao ocidente, de maneira que, como afirma o autor, *“La Idea de que es la única forma de Estado que corresponde a la naturaleza del hombre, está implícita en todas las repúblicas democráticas que han nacido o se han transformado en tales a partir de aquel entonces”*.

⁴⁵⁶ Em sua origem, a democracia moderna se afirma a partir do Direito Político do moderno Direito Natural, partindo do pressuposto que o poder do Estado deriva originariamente de uma vontade soberana dos homens que seriam dotados dessa característica nata (autonomia individual), passando do estado de natureza ao estado político, onde surge a necessidade do domínio democrático para a conciliação das autonomias, e da limitação desse domínio para a garantia de que este não venha a destruir as autonomias individuais a serem conciliadas. Veja-se nesse sentido JELLINEK para quem : *“La democracia moderna vuelve a tomar su punto de partida en el Derecho Político del moderno Derecho Natural, o sea en el principio de que el poder del Estado deriva originariamente de la voluntad soberana, pura de los hombres que han pasado del estado de naturaleza al estado político. Por eso el derecho político de participar en el poder del Estado, es un derecho general que nace de la misma naturaleza humana y que necesita ser atribuido a todo individuo que vive en la asociación estatista, quien por este hecho es elevado a la categoría de ciudadano. Este es el punto esencial en que se distingue de la antigua democracia, la cual distaba mucho de declarar la libertad inseparable de la naturaleza humana, limitándose a discutir teóricamente acerca de la esclavitud y a atenuar, a causa de esto, la dureza del Derecho Positivo, pero desejando sin tocar la institución misma”*. Op. cit. p. 545-546.

⁴⁵⁷ *Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien in Zeitschrift für Staatswissenschaft, 1874*, p. 314 apud. JELLINEK, op. cit., prólogo, XXI.

⁴⁵⁸ Op. cit., XXI.

essa base estrutural historicamente. Como nos lembra KRIELLE, se de um lado na Inglaterra e nos Estados Unidos o alvorecer da democracia moderna estava ligado ao *rule of law*, a democracia que se iniciou na Europa continental com a Revolução Francesa também fundou o Estado constitucional alicerçado sobre a base dos direitos humanos. A tradição jusnaturalista da idéia democrática a orienta a tomar o Estado de Direito como seu pressuposto, pois desde os estóicos, até a Ilustração considerava-se a democracia como uma idéia indissolavelmente unida à liberdade e à dignidade humana. Conclui o autor que se a democracia significa governo do povo, o povo não pode, ao mesmo tempo, governar e viver com medo do governo, de onde se extrai a necessidade da existência de direitos garantidos face ao Estado, e não apenas tolerados.⁴⁵⁹

Segundo BÖCKENFORDE, as garantias do Estado de Direito têm sido reconhecidas como garantias do tipo material e processual e configuram de modo mais preciso o poder de decisão do Estado legitimado democraticamente, ajustam-no a uma ordem e o dão forma, bem como o vinculam e o limitam quanto ao seu conteúdo e alcance. As vinculações e limitações são válidas também para o legislador, podendo ser exigidas judicialmente por meio do controle judicial de constitucionalidade das normas. Assim, a democracia se converte numa democracia moderada, limitada e equilibrada pelo Estado de Direito. **As vinculações e limitações da democracia constitucional são parcialmente internas, ou seja, estão contidas em parte no próprio princípio democrático, tendo em vista que os direitos da liberdade e igualdade democrática são condições constitutivas da democracia mesma.** Além disso, esses direitos representam limitações ao próprio poder político que exerce o domínio constituído democraticamente. Isso vale para os direitos fundamentais e para as garantias análogas aos mesmos, que se aplicam primariamente, com significado de direitos de defesa e função delimitadora face ao poder do Estado. **A liberdade dos cidadãos vê-se afiançada em uma dupla direção.** Por um lado, **todas as decisões do poder político estatal têm que ser reconduzidas à liberdade de participação democrática** que corresponde aos cidadãos como membros da comunidade estatal, e tem que legitimar-se a partir dela. Por outro lado, **toda decisão estatal tem que estar**

⁴⁵⁹ Op. cit., p. 326-327.

sujeita a limitações em favor da liberdade dos indivíduos, com independência de sua organização democrática. Se não se respeitam essas limitações apelando ao caráter democrático da decisão do Estado, essa liberdade se reduz a mera liberdade de participação democrática. **Nesse caso, existiria como liberdade no processo de participação democrática, mas não como liberdade frente a esse processo, e o indivíduo se converteria em bem do coletivo democrático, instrumentalizado pelo Estado.** ⁴⁶⁰

3.13.4 Os pontos distintos entre a democracia e o estado de direito

A democracia é tida em sua concepção grega originária como o governo do povo, onde *demos* = povo e *kratein* = governo, sendo sua idéia essencial a participação dos governados no governo, a liberdade como participação política, do que resulta a autodeterminação política, a autonomia, por meio da participação na formação da norma de conduta social.⁴⁶¹ A democracia é um princípio configurador orgânico formal que responde à pergunta sobre quem é o titular do poder que exerce o domínio estatal, não qual seu conteúdo, e refere-se à formação, legitimação e ao controle dos órgãos que exercem o poder institucionalizado do Estado.⁴⁶² Refere-se a uma forma de organização do poder político que tem por objetivo conduzir as decisões do Estado à vontade da coletividade dos cidadãos. É um instrumento conciliador da liberdade individual com a liberdade em sociedade. Corresponde à união da liberdade com a igualdade,⁴⁶³ e deve responder à questão de como, diante da oposição de vontades particulares distintas, essas podem ser conciliadas em

⁴⁶⁰ BÖCKENFÖRDE, op. cit., p. 125.

⁴⁶¹ KELSEN, op. cit., p. 140.

⁴⁶² BÖCKENFÖRDE, op. cit., p. 120 e sgs.

⁴⁶³ A respeito da democracia como síntese entre a liberdade e a igualdade veja-se KELSEN, Hans, ob.cit., pg.27: “Da idéia de que somos – idealmente – iguais, pode-se deduzir que ninguém deve mandar em ninguém. Mas a experiência ensina que, se quisermos ser realmente todos iguais, deveremos deixar-nos comandar. Por isso a ideologia política não renuncia a unir liberdade com igualdade. A síntese desses dois princípios é justamente a característica da democracia”.

sociedade, formando uma decisão obrigatória para todos.⁴⁶⁴

O Estado de Direito é um princípio configurador de natureza material e procedimental que, ao contrário, responde à questão do conteúdo, do âmbito e da forma de proceder da atividade estatal.⁴⁶⁵ Insere um elemento estabilizador da ordem Estatal, consolida a unidade política, associando ao processo político ordens relativamente firmes e duradouras, além de órgãos constantes. Dá uma estrutura ao Estado que este não poderia adquirir apenas na dinâmica político-participativa de formação da vontade pública. É um elemento de organização e estabilização da estrutura do Estado, trazendo relativa continuidade, independente da alternância de grupos políticos no poder, que se converte em condição prévia de validade da mudança política. É uma forma de racionalização da política, fundamentando e coordenando as competências de regulação, dando moldagem, visibilidade, inteligibilidade, calculabilidade, clareza e certeza jurídica ao processo político, de modo a possibilitar uma participação mais responsável, ativa e consciente nos assuntos públicos.⁴⁶⁶ Tende a limitar o poder do Estado a fim de garantir a liberdade individual e social, por meio do reconhecimento de direitos fundamentais, da legalidade da administração e pela existência de tribunais independentes que trazem proteção jurídica. **O Estado Democrático de Direito surge somente da conexão entre os dois princípios. Há que admitir pontos em comum, portanto.** O Estado de Direito prescinde da Democracia para sua realização. Pode estar presente em outras formas de Estado (monarquias constitucionais). De outro lado, nem toda democracia é uma democracia constitucional, uma democracia com Estado de Direito. O conceito moderno de democracia segundo o molde norte americano se impôs com o intuito de garantir direitos individuais tidos como naturais, liberdade e propriedade, até então invadidos pela metrópole inglesa, embasado na doutrina de Locke. Já na Europa, a democracia deu-se dentro de um contexto de lutas internas e da necessidade de impor uma reforma social frente à classe privilegiada. Por esse motivo logrou êxito a doutrina do Estado soberano a impor sua vontade, fato que

⁴⁶⁴ HESSE, Konrad, op. cit., p. 123.

⁴⁶⁵ BÖCKENFÖRDE, op. cit., p.120 e sgs.

⁴⁶⁶ HESSE, Konrad, op. cit., p.160-161.

não ocorreu nos Estados Unidos. Assim trata-se de idéias distintas de democracia.⁴⁶⁷

3.13.5 Pontos em comum entre a democracia e o estado de direito

Os direitos da liberdade democrática têm caráter unitário, isto é, não se modificam de acordo com o fim a que atendam (liberdade geral ou liberdade democrática específica), mas cumprem uma dupla função. Ambos os princípios se referem à liberdade dos cidadãos, com finalidades diferentes. **Os direitos da liberdade democrática são o nexó entre os dois princípios. Esses direitos constituem o suporte material imprescindível para a democracia.** De outro lado, são esses mesmos direitos, parte integrante do fim e conteúdo do Estado de Direito, que não se resume apenas a esses direitos, tendo conteúdo material mais abrangente: não se refere à liberdade de participação democrática, mais específica, mas à liberdade geral.⁴⁶⁸

3.14 Três modelos normativos de democracia⁴⁶⁹

Existem dois modelos tradicionais de democracia que dominam o debate público nos Estados Unidos, e que representam cada qual uma das duas principais correntes de pensamento a respeito da doutrina democrática, denominadas

⁴⁶⁷ BÖCKENFÖRDE, op. cit., p.120 e sgs.

⁴⁶⁸ Idem.

⁴⁶⁹ HABERMAS, JÜRGEN, *A Inclusão do Outro*, Loyola, 2007.

comunitarismo (que se liga ao republicanismo) e liberalismo político.⁴⁷⁰

De acordo com HABERMASS, o liberalismo concebe o papel do processo democrático com a função de moldar o Estado em direção aos interesses da sociedade. O Estado é visto como o aparato da administração pública e a sociedade como um sistema de circulação de pessoas estruturado segundo leis de mercado. A tarefa da política seria a de definir, de congregar os interesses da comunidade e de impô-los perante o aparato estatal especializado. Já o republicanismo concebe a política não com função mediadora, mas constitutiva do “processo de coletivização social como um todo”.⁴⁷¹ Esse pensamento tem na solidariedade o princípio de integração social, e a política corresponde a uma reflexão sobre um determinado contexto de vida ético, o meio pelo qual as comunidades solidárias, surgidas de forma natural, conscientizam-se de sua interdependência e, enquanto cidadãos transformam suas relações de maneira voluntária e consciente em uma “associação de jurisconsortes livres e iguais”.⁴⁷² A solidariedade surge como uma instância de regulação ao lado do Estado e do mercado.⁴⁷³

Para os liberais, o *status civitatis* se determina na medida dos direitos individuais garantidos que os cidadãos dispõem diante do Estado e dos demais cidadãos. Os direitos políticos adotam a mesma estrutura subjetiva negativa. Já para os republicanos, o *status civitatis* não se determina por liberdades negativas, a serem reivindicadas como indivíduos, na tradicional estrutura subjetiva dos direitos. Para eles, os direitos de participação e comunicação política são direitos positivos. Não garantem uma esfera de intangibilidade face ao poder público, mas a participação numa práxis comum. Dessa maneira, os cidadãos se tornam sujeitos

⁴⁷⁰ A perspectiva da democracia aqui adotada é simplificada para fins didáticos, seguindo a linha de raciocínio do emblemático texto de Habermass acima citado, que embasou o presente tópico. Os modelos de democracia apresentados podem ser subdivididos em diversas vertentes. A respeito de uma perspectiva mais ampla e detalhada a respeito dos modelos de democracia existentes no plano teórico, confira-se HELD, David, *Models of Democracy*, Third Edition, Stanford University Press, 2006. O autor elenca os seguintes modelos e subdivisões: I) Classical Democracy; IIa) Protective Republicanism; IIb) Developmental Republicanism; IIIa) Protective Democracy; IIIb) Developmental Democracy; IV) Direct Democracy and the end of politics; e em seguida apresenta suas variantes pertinentes ao século 20: V) Competitive Elitism Democracy; VI) Pluralism; VII) Legal Democracy; VIII) Participatory Democracy; IX) Deliberative Democracy. Propõe ainda os seguintes modelos: Xa) Democratic Autonomy; Xb) Cosmopolitan Democracy.

⁴⁷¹ HABERMASS, op. cit., p. 278.

⁴⁷² Idem.

⁴⁷³ A respeito do pensamento republicano confira-se MICHELMAN, *Political Truth and The Rule of Law*, Tel Aviv, Univ. Studies in Law, n.8, 1988, apud, HABERMASS, op. cit., loc. cit.

responsáveis politicamente, integrantes de uma comunidade constituída por pessoas livres e iguais. O poder democrático não é uma força originária. Este se origina da interação das liberdades preexistentes, antecessoras da própria política, de modo a adquirir uma autonomia preexistente. Enquanto para os liberais a ordem jurídica deve possibilitar a constatação de quais direitos individuais são cabíveis a cada indivíduo, e que após essa constatação seja possível invocar o aparato do Estado para garantir o cumprimento desses direitos, na perspectiva republicana, esses direitos derivam de uma ordem jurídica objetiva, que tem por objeto a garantia de um convívio equitativo, autônomo e fundamentado no mútuo respeito entre os cidadãos. Enquanto lá se dá primazia aos direitos subjetivos, sobre os quais se constrói a sociedade, aqui se prioriza o teor jurídico objetivo desses direitos.^{474 475}

Como observa HABERMASS, a concepção republicana pressupõe uma predisposição à cooperação e que as relações políticas se dêem estritamente com base em critérios éticos, em função do bem comum. Como observa HABERMASS, a concepção republicana pressupõe uma predisposição à cooperação e que as relações políticas se dêem estritamente com base em critérios éticos, em função do bem comum, o que não corresponde à práxis do processo de formação da vontade política. Embora considere a importância dos discursos de entendimento mútuo na formação da política, pondera que diante do pluralismo cultural e social é freqüente que hajam por trás do discurso politicamente relevante interesses e orientações de valor que se mantêm em conflito e sem perspectiva de consenso. Há, portanto, a necessidade de compensação de interesses no processo político, a realizar-se por meio de negociações de partidos, apoiando-se sobre potencialidades de poder e sanções. Essas negociações devem observar regras do jogo estabelecidas anteriormente, pressupondo uma disposição à cooperação. Essas regras do jogo devem ser aceitáveis para todos os partidos, e o acordo não ocorre na forma de um discurso racional, neutralizador de estratégias. Desse modo a justiça do acordo se

⁴⁷⁴ HABERMASS, op. cit., p. 281.

⁴⁷⁵ De acordo com MICHELMAN: “A deliberação refere-se a certa atitude voltada para a cooperação social, ou seja, a essa abertura à persuasão mediante razões relativas às pretensões dos outros como às nossas próprias. O meio deliberativo é uma troca bem-intencionada de visões – incluindo os relatos dos participantes sobre sua própria compreensão de seus respectivos interesses vitais - ... em que um voto, se for efetuado, represente um conjunto de juízos”. F.I.Michelman, *Pornograph*, 1989; 293, *apud*, HABERMASS, op. cit., loc. cit.

mede pelo procedimento, havendo necessidade de uma justificação racional e normativa a respeito de sua justiça. Desse modo, o direito firmado politicamente deve atender a premissas constituídas por princípios morais capazes de ser validados além de uma comunidade jurídica concreta.

O autor propõe um modelo deliberativo de política, que ganha relevo a partir da constatação da diversidade de modos pelos quais se forma a vontade política no espaço público de discussão, formada não apenas por um auto-entendimento mútuo de caráter ético, ao modo republicano, mas também e principalmente pela busca de equilíbrio entre interesses divergentes e pelo estabelecimento de acordos, onde há uma checagem de sua coerência jurídica e a escolha racional dos meios, voltada a um fim específico e dotada de uma fundamentação moral.⁴⁷⁶

Esse tipo político corresponderia a uma mútua influência entre os dois tipos anteriormente propostos: o liberal e o republicano, de modo a formar a democracia deliberativa um tipo político que decorre de sua mútua impregnação e complementação. Sugere um terceiro modelo de democracia que para ele "... baseia-se nas condições de comunicação sob as quais o processo político supõe-se capaz de alcançar resultados racionais, justamente por cumprir-se, e todo seu alcance, de modo deliberativo."⁴⁷⁷

Como anota CLÁUDIO NETO,⁴⁷⁸ a teoria deliberativa de democracia proposta por HABERMAS tem caráter procedimentalista⁴⁷⁹ e, portanto, normativo. A validade dos conteúdos normativos oriundos do processo político de caráter dialógico está sujeita à possibilidade de serem defendidos argumentativamente no espaço público. Cita-se a razoabilidade e a reciprocidade, como critérios normativos racionais aos quais estão sujeitos os procedimentos formadores da vontade política democrática para sua validação.⁴⁸⁰

⁴⁷⁶ HABERMAS, op. cit., p. 284 e sgs.

⁴⁷⁷ HABERMAS, op. cit., p. 286.

⁴⁷⁸ Para a visualização de modelos alternativos de deliberação confira-se BOHMAN, James, O que é a deliberação pública? Uma abordagem dialógica, in *A Deliberação Pública, e suas dimensões sociais, políticas e comunicativas*, textos fundamentais, tradução de Angela Cristina Salgueiro Marques, Autêntica, Belo Horizonte, 2009, p. 58.

⁴⁷⁹ NETO, Cláudio Pereira de Souza, op. cit., p. 34.

⁴⁸⁰ Idem.

Para RAWLS, distingue-se a racionalidade da razoabilidade, pois a racionalidade se refere a uma concepção individual a respeito do bem, e a uma doutrina abrangente em particular, enquanto a razoabilidade deve levar em consideração a perspectiva das demais doutrinas abrangentes acerca do bem, ou seja, a perspectiva dos outros membros da comunidade política. O razoável funciona como princípio normativo do discurso público, somente validando as doutrinas abrangentes que se sustentem argumentativamente perante a consideração das demais, dentro de um contexto de pluralismo democrático. Segundo esse princípio normativo, nenhuma doutrina pode ter a pretensão de monopolizar a concepção do bem.⁴⁸¹

Para COHEN, a democracia deliberativa é realizada segundo um ideal intuitivo de uma associação democrática, onde a justificação dos seus termos e de suas condições de associação ocorre por meio da argumentação pública da troca de razões entre cidadãos iguais.⁴⁸²

Para SEYLA BENHABID, o modelo deliberativo de democracia se coloca normativamente em relação ao processo político, condicionando seu procedimento como objetivo de se atingir a legitimidade e racionalidade da qual resulte que a decisão política derive de processos de deliberação coletiva conduzidos racionalmente e de modo justo entre indivíduos livres e iguais. De acordo com seu pensamento, quanto maior for a aproximação desse modelo, maior a legitimidade e racionalidade presumidas no processo político de tomada de decisão. Tal ocorre porque o processo deve trazer a pressuposição de que suas decisões representam um ponto de vista parcial e hipoteticamente igualitário em relação ao interesse da coletividade. Para que essa pressuposição seja possível, busca-se um

⁴⁸¹ Segundo RAWLS “As pessoas são razoáveis em um aspecto básico quando, entre iguais, por exemplo, estão dispostas a propor princípios e critérios como termos equitativos de cooperação e a submeter-se voluntariamente a eles, dada a garantia de que outros farão o mesmo. Entendem que essas normas são razoáveis a todos, e por isso, as consideram justificáveis para todos, dispondo-se a discutir os termos equitativos que outros propuserem. O razoável é um elemento da idéia de sociedade como um sistema de cooperação equitativa, e, que seus termos equitativos sejam razoáveis à aceitação de todos, faz parte da idéia de reciprocidade. Como já disse, a idéia de reciprocidade encontra-se entre a idéia de imparcialidade, que é altruísta (o bem geral constitui a motivação), e a idéia de benefício mútuo, compreendido como benefício geral com respeito à situação presente ou futura, sendo as coisas como são.” RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. 2.ed. São Paulo: Edistora Ática, 2000, p. 93.

⁴⁸² COHEN, Joshua, *Deliberação e Legitimidade Democrática*, in: *A Deliberação Pública, e suas dimensões sociais, políticas e comunicativas*. Textos fundamentais. Tradução de Angela Cristina Salgueiro Marques. Belo Horizonte: Autêntica, 2009, p. 90.

procedimentalismo democrático no qual sejam garantidos processos públicos de deliberação entre cidadãos livres e iguais. A autora propõe um modelo de validação do procedimento democrático, que estabelece os princípios mais gerais e as instituições morais de validação do discurso. Esse procedimento deve-se dar segundo as seguintes normas de validação:

- “1) A participação nessa deliberação é governada pelas normas de igualdade e simetria; todos têm as mesmas chances de iniciar atos de fala, de questionar, de interrogar e de instaurar um debate;
- 2) todos têm o direito de questionar os tópicos designados para a conversação;
- 3) todos possuem o direito de produzir argumentos reflexivos sobre as regras do procedimento discursivo e sobre o modo como são aplicadas ou empregadas.”⁴⁸³

De acordo com essa linha de pensamento, seriam essas normas garantidoras das condições procedimentais de exercício da democracia deliberativa que detém a materialidade fundamental capaz de lhes assegurar a acietação pelas diferentes doutrinas abrangentes. Seriam dotados de neutralidade política (RAWLS), autorizando a intervenção judicial corretiva caso o procedimento democrático deliberativo venha a atingir esses direitos.⁴⁸⁴

⁴⁸³ BENHABID, Seyla, Rumo a um modelo deliberativo de legitimidade democrática, in *A Deliberação Pública, e suas dimensões sociais, políticas e comunicativas*. Textos fundamentais. Tradução de Angela Cristina Salgueiro Marques. Belo Horizonte: Autêntica, 2009, p.112 e sgs.

⁴⁸⁴ NETO, Cláudio Pereira de Souza, op. cit., p. 35 e sgs. Confira-se também HABERMAS, *Direito e Democracia, entre faticidade e validade*, cit., p. 297 e sgs.

CONCLUSÃO

A questão proposta na presente dissertação girou em torno da conceituação da democracia como norma constitucional, dotada de um conteúdo material que lhe é constitutivo. Para responder a essa questão fomos buscar na origem e nos precedentes históricos do constitucionalismo moderno um ponto em comum com o princípio democrático e estudamos a maneira que este veio se transmitindo durante o longo período que intermediou o alvorecer da democracia na Grécia e a fundação do constitucionalismo moderno.

Inicialmente, verificamos a proximidade da democracia e do constitucionalismo, situada aquela, como algo que orientou o movimento político e teórico que se desenvolveu ao longo de um movimento de oposição ao absolutismo, influenciando a formação das teorias liberais da liberdade. O constitucionalismo igualmente se formou a partir de um movimento de libertação diante do poder absoluto e arbitrário, o qual procurou limitar juridicamente por meio da garantia de direitos materiais e procedimentos formais.

Vimos que na origem do conceito de soberania, a formação do conceito grego de autarquia lhe influenciou as raízes ideológicas. A idéia de comunidade perfeita, apta a atingir a *eudemonia*, põe a instituição política como único meio apto a atingir a felicidade comum, sendo esta melhor que a felicidade individual. Essa concepção já faz derivar uma idéia de supremacia do interesse comum, a qual viria a trançar laços estreitos com a democracia.

Estudamos que foi justamente a adoção do interesse público como princípio de governo, que determinou a ascensão do princípio democrático na Grécia. Entretanto, seu futuro era incerto, pois a democracia grega realizava um Estado total, onde somente se atingia a liberdade por meio da participação política. Não se limitava o poder do Estado, que avançava amplamente sobre a esfera da individualidade, e por isso somente se atingia o *status libertatis* por meio do *status activus civitatis*. Entretanto, esse *status* era reservado a um pequeno grupo de cidadãos privilegiados, dotados de servos e escravos. A escravidão era compatível com a democracia grega, justamente por não se conceber os direitos da pessoa como fundamento do Estado.

Afirmamos, há pouco, que a autarquia grega viria influenciar as raízes filosóficas do conceito de soberania: a concepção de Estado como comunidade perfeita viria originar o interesse público como princípio de governo – com base na idéia de felicidade de muitos – como uma máxima a ser atingida pela *communitas perfecta*. Esse ideal resultou na democracia. Estudamos que a substituição do princípio teológico pelo interesse público como razão de Estado na Grécia, no período pós Drácon, quando se constituiu o governo de Sólon, deu origem à primeira democracia. Assim, verificamos que as idéias vão se entrelaçando, se influenciando mutuamente. O conceito de democracia arcaica reforçava essa idéia de identidade entre Estado e comunidade. O próprio conceito de constituição grego inicialmente nada mais era que o modo de ser dessa comunidade que constituía o Estado. Assim também para os Romanos. Esses conceitos vão se sedimentando e se transmitindo ao longo do tempo.

A soberania, em sua origem, recebe a influência dessa idéia de identidade. É por meio dela que chega a formular a identificação do Estado com o príncipe, que resultaria no Estado patrimonialista e na soberania absoluta do monarca. A idéia absoluta de soberania resulta dessa identificação, que tem origem em concepções arcaicas, decorrentes da ausência da formulação do conceito de pessoa, que só viria a se formar na Idade Média.

Já pelo aspecto político, na época em que a monarquia lutava pela independência do Estado o monarca era comumente visto como a figura que representava o Estado. Nesse período, o império e a igreja não permitiam que se concebesse um Estado capaz de se autodeterminar de forma independente externamente. A luta do monarca contra o poderio da igreja católica representava a luta do poder terreno contra o poder divino. Esse esforço rumo à secularização do poder foi crucial para o posterior desenvolvimento do Estado soberano, e para que a humanidade assumisse o seu destino em suas próprias mãos. Também a guerra civil e o caos em que submergiu a humanidade fizeram com que a soberania fosse formulada como um conceito absoluto e, o Estado surgisse como único poder capaz de trazer a paz, sem a qual qualquer outro direito seria improvável. A lógica da formulação do conceito de soberania por BODIN era a lógica da precedência da paz, como um valor mais básico, e por isso mais fundamental. A humanidade correu o risco da tirania, por não vislumbrar outra forma de sair do caos da guerra civil.

De fato, a tirania se instalou no poder na França, como sói acontecer com todo poder sem controle, o que a experiência política da humanidade foi abundante em oferecer provas. O monarca absoluto se virou contra uma parcela dos contendores pacificados, revogando o Édito de Nantes e restabelecendo a intolerância religiosa, a perseguição pública e a barbárie. Esse fato não foi isolado e tampouco se deve à monarquia. Se verificarmos as origens da democracia, também ela pode facilmente degenerar em tirania da maioria politicamente ativa. Também a democracia sob o pálio da legalidade, degenera em tirania, usurpação, genocídio e perseguição. Como evitá-lo? Primeiramente, rejeitando um modelo de soberania absolutista, seja do monarca, seja aristocrático, seja do povo. Segundo, salvaguardando os direitos da liberdade. A democracia sem liberdade garantida pode facilmente desvirtuar em algo oposto ao fim para o qual foi criada.

A democracia em sua idéia originária é dotada dessa ambigüidade que lhe é característica. Enquanto governo do povo, visa conciliar a liberdade individual, que lhe é pressuposto, a autonomia de cada um, com a liberdade igual, a autonomia em sociedade. Entretanto, como quando a democracia foi formulada inicialmente não se conhecia a perspectiva individual da liberdade – porque ainda não se haviam formulado o conceito e os direitos da pessoa – ela, embora tenha nascido com o intuito de realizar a liberdade, se formulou incompleta. A liberdade coletiva sem liberdade individual não existe. Essa concepção incompleta, deficitária da liberdade, que formularam os gregos, é a origem de muitas confusões e interpretações de sinal trocado que se prestaram à democracia.

Entretanto, quanto aos gregos, o erro era justificável, pois como vimos desconheciam a perspectiva individual da liberdade. Após a sua formulação, após a evolução do conceito de pessoa e a formulação da autonomia moral por KANT, esse erro já não se justifica. ROUSSEAU demonstrou de forma exemplar essa falha, tendo sido paradoxalmente um dos filósofos que mais influenciou a formação do conceito moderno de democracia. Transportou a concepção arcaica para a modernidade, desenvolvendo-a e transformando-a numa idéia abstrata de vontade geral infalível, que expressa uma soberania total. Esse mito muito influenciou a modernidade e o legalismo de origem francesa. O positivismo resulta dessa concepção abstracionista e dedutivista extrema, que transforma a vontade geral, a lei, em um fim autônomo, e o Estado num neototalitarismo racional legalista, expressando a soberania absoluta por meio da lei.

Ocorre que a origem da democracia moderna é impregnada da influência de direitos humanos, direitos que formam o círculo jurídico do conceito de pessoa, fundado nessa idéia de autonomia moral, de liberdade e de autodeterminação. A conciliação desses direitos individuais por meio da igualdade em sociedade é o fim e o pressuposto de legitimidade da democracia, que é um regime de todos sem deixar de ser de cada um. A redução inevitável da vontade individual, o princípio da maioria inserido na democracia, como algo estrutural, a democracia enquanto processo aberto de formação da decisão política e a validade objetiva dessa decisão são aspectos a serem afirmados pressupondo esses direitos indisponíveis para a decisão majoritária.

Assim, a idéia de democracia como democracia direta não pode ser a essência da democracia. A democracia moderna recebe no princípio representativo um modelo de moderação, é concebida como uma democracia com separação de poderes, orientada no sentido da desconcentração do poder para garantia da liberdade. Em decorrência desse aspecto requer a complementação pela sintonia com a opinião pública de um lado e, de outro, pelo o balizamento dos direitos humanos, tidos como a moldura onde ela se movimenta.

A democracia moderna se positivou como um modelo de democracia constitucional, onde a liberdade de participação busca seu complemento na liberdade individual, sem o que ela seria perigosa e deficitária. O constitucionalismo representa um movimento de oposição ao absolutismo de qualquer matiz. E a democracia – que se revela um princípio ambíguo enquanto não completada pela perspectiva individual da liberdade – se prestou tanto para a formação de um conceito de soberania total, como foi o maior elemento ideológico de resistência ao absolutismo, movimentando-se pela escolástica quando a monarquia absoluta era uma realidade política. Quanto mais forte se tornava a monarquia, mais se afirmava a origem popular do poder político. Essa idéia foi minando lentamente as forças da monarquia, até chegar à divisão da soberania na Inglaterra, por meio dos primeiros pactos constitucionais, que seriam a base para a posterior afirmação do princípio democrático como fundamento do poder do Estado, como titular único da soberania.

Se o advento da democracia na modernidade foi exitoso, isso se deveu à sua formulação inteiramente nova, muito distante da democracia grega. A democracia moderna nasce junto com o constitucionalismo. É, portanto, uma democracia constitucional. Adotar uma soberania democrática absoluta seria como que

retroceder culturalmente dois mil anos, ignorando a importância que a formação do conceito de pessoa teve para a evolução da liberdade em sociedade, expondo toda essa conquista ao infortúnio decorrente de um poder descontrolado e sem limite, totalitário. A soberania democrática, atualmente, é muito distinta. É uma soberania limitada, que concilia a participação livre com a liberdade básica, fundamental, de cada um. **O domínio democrático só se justifica pela necessidade de compatibilização da liberdade de cada um em sociedade. Esse é o substrato, o pressuposto sobre o qual se construiu a democracia formal, como princípio de governo e método de decisão política.**

Abordamos a questão quando fizemos a distinção entre igualdade democrática formal e igualdade democrática material. A igualdade democrática formal se refere à participação política, apóia-se no pertencimento à comunidade política, pressupões o *status* jurídico de cidadão: é estrita, esquemática, específica, se refere apenas à participação, não ao resultado. Em seu conjunto constitui a cidadania, internamente se manifesta como autogoverno e externamente se apresenta como unidade autônoma frente a outros grupos. Mas qual a base para essa construção? Qual seu substrato, seu pressuposto onde vai buscar sua origem e sua razão de existir? **A igualdade democrática material ou substancial é a resposta para essa questão, pois a idéia de autogoverno decorre da liberdade e corresponde a uma igualdade material, substancial, pré-jurídica. Este é o fundamento sobre o qual se constrói a igualdade formal. Sem ele ela não faz sentido, ele deve sempre orientar sua interpretação, de modo a fundamentá-la e de outro lado limitá-la.**

Essa idéia revela ainda, uma certa ambiguidade, pois de outro lado conduz a uma relatividade que acompanha a democracia enquanto princípio formal de decisão, fundado na igualdade de participação política. É que se há uma igualdade substancial e pré-jurídica, e se essa igualdade se funda numa liberdade e numa autonomia moral igual, toda opinião, toda concepção de vida merece igual consideração no processo de tomada de decisão. Afasta-se a possibilidade de concepções e valores *a priori*, tomados como valores absolutos, pré-concebidos como verdades ou dogmas a se impor no procedimento de decisão política.

Nesse ponto estaríamos retornando, num outro nível racional, ao signo de insegurança e ambigüidade que acompanha a democracia desde suas origens gregas. Aqui, se faz necessário lembrar, que a nova democracia, a democracia

moderna, agrega a si os valores da humanidade, e que essa liberdade em sociedade que se quer realizar não pode ignorar a liberdade de cada um. Haveria uma contradição lógica em termos. A partir de descoberta da perspectiva individual da liberdade, já não se admite mais a reincidência no erro de conceber a democracia como um fim em si mesmo, como um processo autônomo que, por meio de abstracionismos racionalistas se autonomiza da liberdade individual. Existe aqui um ponto seguro. Uma limitação interna a partir do próprio princípio democrático.

Para exercer a liberdade em sociedade é preciso primeiro ser livre individualmente. Como aquele que não é livre pode conciliar sua liberdade com a liberdade alheia?

Parece um tanto abstrato o que afirmamos, mas basta um pouco de imaginação para transformarmos essa afirmação em algo muito próximo de nossa realidade. Imaginemos por exemplo um cidadão que vive em meio a ameaça de prisão, fuzilamento, perda da cidadania, apenas por manifestar sua opinião política. Imaginemos uma mídia controlada pelo Estado, de modo que esse cidadão não tenha conhecimento do que se passa na coisa pública, que seu voto seja aberto e por ele possa estar sujeito a posterior perseguição, que sua família também sofra e que possa ser a qualquer momento despojado pelo Estado de todos os seus bens, sem acesso a um sistema judicial de garantia ou reclamação, e que tudo isso seja decidido “democraticamente” pela maioria da população, que possa ainda a qualquer momento decidir eliminar sua etnia (com a sua participação, embora minoritária), que se tornou inconveniente para a nação, ou para o povo.

A partir dessas observações, salta aos olhos a necessidade de complementação da idéia arcaica de democracia como participação, com o conceito de pessoa, protegida por direitos humanos a assegurados contramajoritariamente. **É que esse relativismo que acompanha a democracia deve se formar dentro dessa moldura, que é o seu pressuposto, única forma de se realizar uma democracia segura, longa, e que respeite o ser humano, evitando sua instrumentalização pelo Estado por meio de decisões majoritárias.**

Dessa igualdade nos direitos políticos de participação, também decorre o caráter funcional do domínio político. O domínio não se exerce como algo próprio, mas a partir da cidadania e para cidadãos iguais, de modo que quem hoje governa amanhã será governado: em ambas as posições encontram-se sob o pálio da igualdade democrática. Esse domínio se formula com base no conceito de cargo

público, o qual se exerce nos limites de sua competência jurídica, que não deriva do próprio ser, mas da lei, a qual expressa o reconhecimento e assentimento dos dominados. Esse sistema, no Estado constitucional democrático oriundo do constitucionalismo, inclui a limitação do domínio por meio de uma moldura jurídica que lhe constitui os cargos e estabelece as competências, e também estabelece os direitos humanos como um limite e um objetivo de sua atuação. Aqui não há diferença qualitativa entre governantes e governados, na perspectiva de que todos permanecem na substância da igualdade democrática. Disso decorre a temporalidade dos cargos políticos e a igualdade de acesso aos cargos de domínio, por meio de eleições, concursos ou procedimento análogo. É vedada a consolidação da posição de domínio alcançada, sendo o domínio político temporal e revogável. Dessa maneira a democracia constitucional permite a continuidade e estabilidade do domínio político de modo suprapessoal, pois o processo político democrático é concebido para a coletividade, para o todo, não para uma determinada pessoa ou grupo, e a continuidade do domínio não tem qualquer relação com pessoas individuais determinadas.

A decisão majoritária se imbrica na estrutura da democracia, e nesse ponto há uma contradição estrutural entre a democracia como método de decisão política e como forma de governo, e sua base material de liberdade igual. Considerada sob o aspecto estritamente formal não haveria a contradição, mas sob o aspecto material, sob a condição de afetado, a decisão majoritária é contraditória, e se justifica apenas pela influência da minoria e pela necessidade de se chegar a uma decisão. A formação da vontade política não se limita à maioria. A minoria também está contida nesse processo de formação, podendo muitas vezes influenciá-la, conduzindo a um acordo, a um compromisso, ou orientando a escolha dentre várias possíveis, ainda quando vencida. A decisão majoritária é limitada externamente pela necessidade de deixar livres os canais de acesso às minorias, de modo que elas tenham possibilidades de se converter em maioria. Deve haver igualdade de oportunidades no processo político, de maneira que a maioria siga sendo maioria potencial, evitando que se converta em minoria dominante. A maioria não pode fechar atrás de si a porta por onde entrou. Internamente, a maioria se limita por meio da vedação de que considere sua opinião indiscutível e objetiva, excluindo a discussão e o compromisso, negando a liberdade e igualdade políticas de quem pensa de forma distinta e excluindo-o do processo político.

Fica evidente que a democracia não é um instrumento isoladamente suficiente para a realização e garantia da liberdade, mas é um meio de compatibilização desta em sociedade, pelo qual, opera sua metamorfose reducionista em diversos níveis. A objetividade da ordem jurídica se opõe à subjetividade da liberdade, de modo que ao transladar-se para o âmbito social a liberdade tem de objetivar-se por meio da norma. A partir da objetividade da norma que resulta desse processo, o sentido de autonomia se transforma, diluindo-se numa idéia indireta de participação.

Os direitos sociais se orientam como um mandado de ação para os órgãos do Estado, orientando-se para a diminuição da desigualdade e do antagonismo social. Com a teorização do mínimo existencial, identifica-se uma parcela desses direitos que se situa como um instrumento de garantia dos pressupostos materiais imprescindíveis à realização da liberdade. Encontram fundamento nos direitos humanos, na liberdade, na igualdade pré-jurídica do ser humano e na própria democracia. A paz social, de acordo com BODIN e com o pensamento dos *politiqués* franceses, teorizadores da soberania, foi adotada não como um valor superior, mas como um valor mais básico e, nesse sentido, mais fundamental. Foi a base material sobre a qual se afirmou a liberdade. Sendo a liberdade geral em igualdade o objetivo maior da democracia, sua própria razão de ser, a citada parcela dos direitos sociais que constitui o mínimo existencial encontra fundamento tanto na liberdade quanto na democracia. O mínimo existencial e a liberdade geral se situam como pressupostos sobre os quais se constrói a democracia, como seu alicerce, sua base de existência. Já a democracia tem um conteúdo material específico, que extrai da liberdade geral e no qual encontra um âmbito de conexão com esta. Esses valores não são absolutos como o foi a paz social para a soberania moderna, devendo ser aplicados em equilíbrio. Não há uma alienação da liberdade para a afirmação do mínimo existencial, e sequer para a afirmação da democracia. A liberdade permanece sendo o *telos*, o norte para onde se orienta a bússola do intérprete constitucional. O mínimo existencial pode ser concretizado judicialmente sem que lhe seja oposto o déficit democrático, pois a democracia pressupõe a liberdade, e a liberdade pressupõe um mínimo social. Embora o mínimo existencial seja uma condição básica para a realização da liberdade, não é ele que fundamenta a liberdade, mas a liberdade que o fundamenta. O mesmo ocorre com relação à democracia, que existe para a

liberdade igual em sociedade. Afasta-se a instrumentalização da liberdade e do âmbito existencial da pessoa humana.

Essa constatação abre a perspectiva da concretização judicial dos direitos sociais pressupostos da liberdade de um lado, e da limitação jurídica das decisões majoritárias de outro. **Do ponto de vista da homogeneidade pré-jurídica, sendo ela o pressuposto material da igualdade democrática, justifica-se a limitação por meio do Estado de Direito constitucional, de modo a proteger as minorias. Já do ponto de vista do princípio democrático, as limitações se justificam onde possa se encontrar em risco a própria democracia. Nesse ponto se revela um importante ponto de conexão entre o Estado de Direito e a democracia, por meio da identificação de direitos materiais constitutivos para a democracia, de modo a justificar, por esse fundamento, o estabelecimento de âmbitos de autonomia e um recorte limitado do âmbito democrático nessas matérias.**

O Estado de Direito foi construído sobre o edifício do Estado moderno que lhe precedeu. A modernidade historicamente inicia com a conquista da paz, por meio da formação do Estado, dotado de soberania absoluta. Entretanto, esse modelo é oposto ao Estado de Direito. Num momento posterior busca-se a liberdade por meio do Estado de Direito, e a liberdade igual, para todos, por meio da democracia constitucional. A democracia não é um princípio oposto ao Estado de direito. A limitação jurídica do Estado a fim de garantir a liberdade diante dele, conduziu-o para a democracia. A democracia moderna formula-se como uma democracia constitucional, pressupondo o respeito aos direitos humanos. Desde sua constituição, foi construída sobre a experiência negativa da soberania absoluta, que se revelou um modelo deficiente para assegurar a paz social e garantir a liberdade. Estado de Direito e democracia são dois princípios que, no Estado constitucional democrático não operam em sentido coincidente ou contraposto. Destinam-se a finalidades diferentes, encontrando-se em uma relação que apresenta pontos em comum e elementos que se opõem. O Estado de Direito constitui um conjunto de garantias formais, processuais e materiais, que condicionam o exercício do poder político democrático e o dão forma, estabelecendo uma moldura, vinculando e delimitando seu conteúdo e alcance.

Essas limitações e vinculações aplicam-se à decisão legislativa democrática, podendo efetivar-se por meio do processo de controle de constitucionalidade das normas, constituindo uma garantia jurídica vinculante de todos os poderes públicos,

cogente, sindicável, judicialmente. A democracia efetivou-se sobre a base do Estado de Direito dotado de separação de poderes. A atuação do Judiciário é essencial para a realização do Estado democrático de Direito, pois sem a efetividade da garantia dos direitos humanos por meio do processo, fica ela no campo da semântica. A democracia constitucional é complementada por essa segurança jurídica, como uma norma cogente para todos os poderes públicos e particulares. O Judiciário assume nesse contexto uma função de dignidade igual aos demais poderes, estabelecendo um equilíbrio e um controle mútuo. Não é apenas a boca da lei, mas uma garantia contramajoritária dos direitos humanos e da democracia.

A democracia, por esse instrumento, se realiza como uma democracia moderada, equilibrada pelo Estado de Direito. Há ainda um reforço a essas limitações que decorre da lógica interna da democracia. É que modernamente, a democracia é concebida não apenas como um método de tomada de decisão, mas materialmente e normativamente. Por esse aspecto, como norma constitucional, a democracia é dotada de limitações e vinculações internas, que estão contidas no próprio princípio democrático, tendo em vista que os direitos da liberdade e igualdade democrática são condições constitutivas da própria democracia. A liberdade dos cidadãos se vê afiançada em uma dupla direção. **Por um lado, todas as decisões do poder político estatal têm que ser reconduzidas à liberdade de participação democrática que corresponde aos cidadãos como membros da comunidade estatal, e tem que legitimar-se a partir dela. Por outro lado, toda decisão estatal tem que estar sujeita a limitações em favor da liberdade dos indivíduos, com independência de sua organização democrática. A democracia não serve de fundamento para a supressão das liberdades, pois estas mesmas constituem seu fundamento material.** Se, não se respeitam essas limitações, apelando ao caráter democrático da decisão do Estado, essa liberdade se reduz a mera liberdade de participação democrática, incompleta e deficitária. Se isso ocorresse, a liberdade existiria como liberdade no processo de participação democrática, mas não como liberdade frente a esse processo, e o indivíduo se converteria em bem do coletivo democrático, instrumentalizado pelo Estado.

Esses direitos da liberdade democrática constituem um fundamento de legitimidade da Jurisdição constitucional: por meio de sua defesa ela se legitima democraticamente. É que entendida a democracia como algo maior que a mera participação, como algo mais que um princípio formal para se chegar a uma decisão

política participativa de conteúdo qualquer, podemos vislumbrar seu fundamento material na liberdade igual pré-jurídica. Dessa forma, evidencia-se a necessidade de proteção da liberdade e, especificamente no que se refere aos direitos que integram o conteúdo material da democracia, a atuação da jurisdição constitucional se demonstra como a única maneira de defesa da democracia face à decisão da maioria, para a realização de uma democracia estável e duradoura com respeito à sua estrutura institucional. A decisão majoritária não é o único meio de realização da democracia, realiza uma parte desta, onde ela está marcada pelo relativismo e abertura, extraindo a ordem da anarquia e do pluralismo de interesses e opiniões. Mas esse processo se realiza como um processo constituído, e a democracia como norma exige o respeito ao seu conteúdo material, que se exclui do âmbito da decisão majoritária, constituindo uma limitação interna para o princípio democrático, a ser efetivada pela via judicial contramajoritária.

Esses direitos que integram o conteúdo material da democracia constitucional têm caráter unitário, não se modificando quando se aplicam à liberdade geral ou à liberdade especificamente democrática, cumprindo uma dupla função, simultaneamente. Referem-se à liberdade dos cidadãos com finalidades distintas, são parcialmente garantidores da liberdade geral – que é mais ampla e inclui também outros direitos materiais – e da liberdade democrática, que é mais específica. Esses direitos são o nexo entre o princípio do Estado de Direito e o democrático. Num Estado democrático de Direito, há que haver pontos em comum. Constituem um elemento de pacificação, de conciliação social e garantia da longevidade dessa liberdade democrática específica. Eles são o suporte material imprescindível para a democracia, ao mesmo tempo em que integram o Estado de Direito, que é mais amplo e tem um conteúdo abrangente de outros direitos. Esses direitos gerais da liberdade são, junto com as condições mínimas existenciais, a base segura para a realização da democracia. Já, seu conteúdo material específico, como vimos ao longo do trabalho, é constituído pelos seguintes direitos: liberdade de expressão, liberdade de imprensa, liberdade de reunião, liberdade de informação e liberdade de participação.

REFERÊNCIAS

ABENDROTH, Wolfgang; FORSTHOFF, Ernst; DOEHRING, Karl. *El estado social*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1986.

ACKERMAN, Bruce. *We the people foundations*. London, England: Harvard University Press, 1993.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Bontempo, 2004 Estado de sítio.

ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*. Tradução de Ernesto Valdés. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1997.

AMARAL, Roberto. A democracia representativa está morta viva a democracia participativa! In: *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho (Orgs.): Malheiros Editores, 2003.

ANDRADE, José Carlos Vieira de Andrade. *O dever da fundamentação expressa de actos administrativos*: Coimbra, 1992.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*: Forense, 2002.

_____. *A autonomia universitária no Estado contemporâneo e no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

_____. *A dimensão e o papel dos serviços públicos no Estado contemporâneo*. (tese de doutorado): USP, São Paulo, 2005.

_____. Direito da regulação. *Revista de Direito da associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro*. v. XI. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. Companhia das Letras, 2006.

ARISTÓTELES. *Política*. Texto integral. Tradução de Torrieri Guimarães. Martin Claret, 2005.

_____. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Pietro Nassetti: Martin Claret, 2004.

ARNAUD, André-jean; JUNQUEIRA, Eliane Botelho (Org.) *Dicionário da globalização: direito ciência política*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ARNAUD, André-Jean (Org.). *Globalização e Direito I: impactos nacionais regionais e transnacionais*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. *Las piezas del derecho: teoria de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Editorial Ariel, S. A., 1996.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Tradução de José Manuel M. Cardoso da Costa. Livraria Almedina, 1994.

BARBOSA, Denis Borges. *A eficácia do decreto autônomo e outros estudos de Direito Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *O Direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 7.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Temas de Direito Constitucional*. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. (Org). *A nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Econômico*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2004.

BETTI, Emilio. *Teoria generale della interpretazione*. Edizione corretta e ampliata a cura di Giuliano Crifò. Milano: Dott. A. Giufrè Editore, 1990.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. (Coord.). *Agências reguladoras e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *Thomas Hobbes*. Rio de Janeiro: Campus, 1991.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*. Madrid: Editorial Trotta, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13.ed. Malheiros, 2003.

CAMPILONGO, Celso (Org.). *A democracia global em construção*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 6.ed. Coimbra: Almedina, 2002.

_____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2.ed. Coimbra, 2001.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra, 1991.

CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*: Editorial Trotta, Madrid, 2003.

CARVALHO, Amilton Bueno de. *Direito alternativo em movimento*. 6.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CHATELET, F. *Dicionário das Obras Políticas*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1993.

CHAUÍ, Marilena. O Retorno do Teológico-Político. In: CONFERÊNCIA PROFERIDA NA ABERTURA DO XX ENCONTRO DE FILOSOFIA, *A Filosofia na Era da Globalização*, Auditório da Reitoria da Universidade de Coimbra, 23 e 24 fev. 2006. Disponível em:
<http://www.apfilosofia.org/documentos/pdf/MarilenaChaui_Retorno_do_teologico.pdf>. Acesso em: 5 maio 2009.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CYRINO, André Rodrigues. *O poder regulamentar autônomo do Presidente da República: a espécie regulamentar criada pela EC nº 32/2001*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no Direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Reimpressão da edição de 1987. Coimbra: Almedina, 2003.

COHEN, Joshua. Deliberação e Legitimidade Democrática. In: *A Deliberação Pública, e suas dimensões sociais, políticas e comunicativas*. Textos fundamentais. Tradução de Angela Cristina Salgueiro Marques. Belo Horizonte: Autêntica, 2009.

COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. Tradução de Fernando de Aguiar. 5.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Estado de Direito e cidadania. In: *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho (Org.). Malheiros Editores, 2003.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do Direito*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

DONNELLY, Jack. *Universal human rights in theory e practice*. New York: Cornell Paperbacks, 1989.

DUVERGER, Maurice. *Sociologia da política: elementos de ciência política*. Livraria Almedina, 1983.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. *Democracia, jueces y control de la administración*. 3.ed. Madrid: Editorial Civitas, S. A., 1997.

_____. *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*. 3.ed. Madrid: Editorial Civitas, S. A., 1977.

_____. *La constitucion como norma y el tribunal constitucional*. 3.ed. Madrid: Editorial Civitas, S. A., 1983.

FARIAS, José Fernandes de Castro. *Crítica à noção tradicional de poder constituinte*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1988.

_____. *A teoria do Estado no fim do século XIX e no início do século XX: os enunciados de Léo Duguit e de Maurice Hauriou*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

FAVOREU, Louis. *As cortes constitucionais*. Tradução Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy Editora, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo: uma discussão sobre derecho y democracia*. tradução de Andréa Greppi. Madrid: Editorial Trotta, 2006.

_____. *A Soberania no Mundo Moderno*. Tradução de Carlo Coccioli. Martins Fontes, São Paulo, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Estudos de filosofia do Direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o Direito*. São Paulo: Atlas, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 3.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 17.ed. Saraiva, 1989.

FISS, Owen M. *Liberalism divided: freedom of speech and many uses of state power*. Oxford: Westview Press, 1996.

FORTESCUE, William. *Revolução e contra-revolução na França*. Tradução de Álvaro Cabral. Martins fontes, 1992.

GADAMER, Hans-George. *Hermenéutica de la modernidad: conversaciones con Silvio Vietta*: Mínima Trotta, 2004.

GARCIA, Maria. *Autonomia universitária e os centros universitários: inconstitucionalidades da nova Lei de Diretrizes e Bases da Educação*. *Revista dos Tribunais*, cadernos de direito constitucional e ciência política. ano 7, n. 29, out./nov. 1999.

GASPARINI, Diógenes. *Poder Regulamentar*. 2.ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1982.

GHETTI, Pablo Sanches. *Direito e democracia sob os espectros de Schmitt: contribuição à crítica da filosofia do direito de Jürgen Habermas*. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2006.

GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 4.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

GOYARD-FABRE, Simone. *O que é Democracia?: a genealogia filosófica de uma grande aventura humana*. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *O Direito posto e o Direito pressuposto*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Ensaio e discurso sobre a interpretação: aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

_____. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 9.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Constituição e serviço público*. In: *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. Malheiros Editores, 2003.

GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implemetação dos direitos prestacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GROPPALI, Alexandre. *Doutrina do Estado*. Tradução de Paulo Edmur de Souza Queroz. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1968.

GUERRA, Sérgio. *Controle judicial*. 6.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984.

HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución: estudios de teoría constitucional de Augusto Maliska e Elizete Antoniuk*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. *Estado constitucional cooperativo*. Tradução de Marcos Augusto Maliska e Elizete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução de George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

_____. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HAURIOU, Maurice. *Principios de derecho público y constitucional*. Tradução de Carlos Ruiz Del Castillo. 2.ed. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1927.

HELD, David. *Models of Democracy*. 3.ed. Stanford University Presss, 2006.

HELLER, Herman. *Teoría Del Estado*. Granada: Editorial Comares, 2004.

_____. *La Soberanía: contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*. México: Fondo de Cultura Económica, 1995.

HESSE, Konrad; HÄBERLE, Peter. Um retorno aos fatores reais de poder: Inocência Mártires Coelho. In: *Revista dos Tribunais*, cadernos de direito.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Heck, Luís Afonso. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999.

HOBBS, Thomas. O Leviatã. In: MONTEIRO, João Paulo. *Hobbes: vida e obra, (Os Pensadores)*. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

HOBBS, Thomas de Malmesbury. *Do Cidadão*. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

HORTA, Raul Machado. *Estudos de Direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

HORKHEIMER, Max. *Sociedad, razón y libertad*. Madrid: Trotta, 2000.

JELLINEK, George. *Teoria General Del Estado*. Trad. Fernando de Los Rios. 2.ed. Buenos Aires: Albatros, 1973.

_____. *Reforma y mutación de la constitución*. Tradução de Christian Förster. Centro de studios constitucionales. Madrid, 1991.

JHERING, Rudolf Von. *A evolução do Direito*. 2.ed. Bahia: Livraria Progresso Editora, 1956.

_____. *A luta pelo Direito*. Introdução de Roberto de Bastos Lellis. Rio de Janeiro: Líber Júris, 1987.

KELSEN, Hans. *A democracia*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Teoria Pura do Direito*. 5.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

KRIELE, MARTIN. *Introducción a la teoría del Estado: fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*. Buenos Aires: Depalma, 1980.

LASSALLE, Fernand. *A essência da Constituição*. 6.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LEAL, Roger Stiefelmann. *A judicialização da política*. *Revista dos Tribunais*, cadernos de direito constitucional e ciência política. ano 7, n. 29, out./nov. 1999.

LIMA, Ruy Cirne. *Sistema de direito administrativo brasileiro*. Porto Alegre: Gráfica Editora Santa Maria, 1953.

_____. *Princípios de direito brasileiro: parte geral e especial*. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1939.

LOEWENSTEIN, Karl. *Political power and the Governmental Process*. Chicago: The University of Chicago Press, 1962.

_____. *Teoría de la constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1975.

LOCKE, John. *Segundo Tratado Sobre o Governo*. Tradução de Alex Marins. Martin Claret, 2004.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Córte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

MALBERG, R. Carre de. *Teoria general del Estado: fondo de cultura económica*. México: 1969.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. Tradução de Antonio Caruccio-Caporale. Porto Alegre: L&PM, 1998.

_____. *Discursos sobre a primeira década de Tito Lívio*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Independência e autonomia da Agência Nacional de Telecomunicações: imperativo legal e constitucional. In: *Revista dos Tribunais*, cadernos de direito constitucional e ciência política. ano 7, n. 28, jul./set. 1999.

MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán: parte general*. Tomo I. Buenos Aires: Depalma, 1949.

MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em evolução*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Segurança Jurídica e Confiança Legítima. In: *Fundamentos do Estado de Direito, Estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva*. Humberto Ávila (Org.). Malheiros, 2005.

MEIRELLES, Helly Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 18.ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestro Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira. *Princípios gerais de Direito Administrativo*. II. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

_____. *A teoria das Constituições Rígidas*. São Paulo: Empreza Graphica da Revista dos Tribunais, 1934.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato no Brasil e na Alemanha*. 4.ed. Saraiva, 2004.

MERKL, Adolfo. *Teoría general del derecho administrativo*. Editorial Comares, S. L.: 2004.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais*. 3.ed. Coimbra Editora, 2000.

MONCADA, Luís S. Cabral de. *Lei e regulamento*. Coimbra Editora, 2002.

_____. *Estudos de filosofia do Direito e do Estado*. Lisboa: Imprensa nacional, Casa da Moeda, 2004. v. 1 e 2.

_____. *Estudos de Direito Público*. Coimbra Editora, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Direito regulatório: a alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no Estado democrático*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. *Quem é o povo?* Tradução de Peter Naumann. Revisão de Paulo Bonavides. São Paulo: Max Limonad, 2003.

NEVES, Castanheira. *O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*. Coimbra: 1983.

NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares. *Abuso do poder de legislar: controle judicial da legislação de urgência no Brasil e na Itália*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra Editora, 2004.

_____. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2006.

OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à jurisdição*. Coimbra: Almedina, 2003.

PELAYO, Garcia. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Revista del Occidente, S. A., 1961.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes (Org.) *Sociedade e Estado em transformação*. São Paulo: Editora UNESP, 1999.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das relações aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito civil*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINTO, Ricardo Leite. *O “momento maquiavélico” na teoria constitucional norte-americana: republicanismo, história, teoria política e constituição*. Lisboa: Edições da universidade Lusiana, 1998.

PIÇARRA, Nuno. *A separação de poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo de suas origens e evolução*. Coimbra: 1989.

QUINTANA, Segundo V. Linares. *Derecho Constitucional e instituciones políticas*. 2.ed. Buenos Aires: 1978.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. 2.ed. São Paulo: Editora Ática, 2000.

REALE, Miguel. *Teoria do Direito e do Estado*. 3.ed. São Paulo: Martins, 1970.

_____. *Fundamentos do Direito*. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

REDOR, Marie-Joëlle. *De l'état legal à l'état de droit: l'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française 1879 – 1914*. Paris: Ed. Economica, 1992.

ROCA, Javier García. *Separación de poderes y disposiciones del ejecutivo con rango de ley: mayoría, minorías, controles*. Revista dos Tribunais, cadernos de direito constitucional e ciência política. ano7, n. 27, abr./jun. 1999.

ROMANO, Santi. *El ordenamiento jurídico*. Tradução de Sebastian Martin Retortillo e Martin-Retortillo. Madrid: Instituto de estudios políticos, 1963.

ROTTECK; WELCKFIZER; PFIZER; MOHL. *Liberlismo alemán en el siglo XIX (1815 – 1848)*. Trad. Joaquín Abellan e Gabriela Ossenbach. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1987.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2006.

_____. *Considerações sobre o governo da Polônia e sua reforma projetada*. Tradução de Luiz Roberto Salinas Fortes. Brasiliense, 1982.

RUFFIA, Paolo Biscaretti. *Direito constitucional: instituições de Direito Público*. Tradução de Maria Helena Diniz. Revisão de Ricardo Olivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2001.

_____. *A eficácia dos Direitos fundamentais*. 3.ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *A constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SANTOS, Gustavo Ferreira. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SATO, Priscila Kei; PIOVESAN, Luciana; PIOVESAN, Flávia. Implementação do direito à igualdade. In: *Revista dos tribunais*, cadernos de direito constitucional e ciência política. ano 7, n. 28, jul./set. 1999.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. 5.ed. Madrid: Alianza editorial, 2006.

_____. *La Dictadura*. Madrid: Revista de Occidente S.A., 1968.

_____. *Teología Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. *El concepto de lo político*. Madrid: Alianza Editorial, 1999.

SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. *Princípio constitucional da igualdade*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SCHONBERG, Soren J. *Legitimate expectations in administrative law*. Oxford, 2003.

SIÉYES, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa. (Qui est-ce que le tiers Etat)*. Organização e introdução de Aurélio Wander Bastos. Tradução de Norma Azeredo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Processo constitucional formação das leis*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Roberto de Abreu. *A falta contra a legalidade constitucional*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. *Interesse público, legalidade e mérito*. Coimbra: MCMLV, 2005.

_____. *Direito público e sociedade técnica*. Coimbra: Atlântida Editora, S. A. R. L., 1969.

SOUTO, Marcos Juruena Villela; OSÓRIO, Fábio Medina (Coord.). *Direito Administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira; BERCOVICI, Gilberto; FILHO, José Filomeno de Moraes. *Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

STERN, Klauss. O juiz e a aplicação do Direito. In: *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho (Org.). Malheiros Editores, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4.ed. Malheiros.

SUORDEM, Fernando Paulo da Silva. *O princípio da separação de poderes e os novos movimentos sociais: (a administração pública no Estado moderno: entre as exigências de liberdade e organização)*. Coimbra: Livraria Almedina, 1995.

TÁCITO, Caio. *Temas de Direito Público (estudos e pareceres)*. v. I. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

TAVARES, André Ramos. A superação da doutrina tripartite dos “poderes” do Estado. *Revista dos Tribunais*, cadernos de direito constitucional e ciência política. ano 7, n. 29, out./nov. 1999.

TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. Revisto e atualizado por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América: leis e costumes*. Livro 1. 5.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

TORRES, RICARDO Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. (Org.) *Teoria dos Direitos fundamentais*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. *Normas de interpretação do direito tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

_____. *Os Direitos Humanos e a Tributação*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

VECCHIO, Giorgio Del. *Lições de filosofia do direito*. Tradução de Antônio José Brandão. 5.ed. Coimbra: Armênio Amado – Editor, sucessor –, 1979.

_____. *Teoria do Estado*. Tradução de Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Edição Saraiva, 1957.

WALD, Arnold. O relativismo no Direito administrativo. *Revista dos Tribunais*, cadernos de direito constitucional e ciência política. ano 7, n. 29, out./nov. 1999.

YNES JUNIOR, Faissal. O controle do ato administrativo e o Estado de Direito: *Revista dos Tribunais*, cadernos de direito constitucional e ciência política. ano 7, n. 29, out./nov. 1999.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Tradução de Marina Gascón. Editorial Trotta, 1999.

_____. *Historia y constitución*. Traducción y prólogo de Miguel Carbonell. Madrid: Minima Trotta, 2005.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

ZOLLINGER, Márcia Brandão. *Proteção processual aos direitos fundamentais*. Salvador: JusPODIVM, 2006.