



## DIREITOS FUNDAMENTAIS E PRÉ-CONDIÇÕES DA DEMOCRACIA

**Gustavo Ferreira Santos**

Professor Adjunto da Universidade Federal de Pernambuco (Direito Constitucional na Graduação e Dimensões de Eficácia dos Direitos Fundamentais no Mestrado e Doutorado) e da Universidade Católica de Pernambuco (Direito Constitucional na Graduação e Tutela Jurisdicional dos Direitos Fundamentais no Mestrado).

A noção atual de democracia não a considera simplesmente o governo da maioria, mas exige que estejam estabelecidas condições para a manifestação autônoma dos indivíduos, sendo, portanto, necessária a proteção de determinadas posições mesmo diante da decisão majoritária. Exemplo desse tipo de concepção é a adotada por Robert Dahl<sup>231</sup>, para quem há determinadas instituições que compõem em todos os modelos atuais de democracia, exigindo uma democracia em larga escala (i) funcionários eleitos, (ii) eleições livres, justas e freqüentes, (iii) liberdade de expressão, (iv) fontes de informação diversificadas, (v) autonomia para associações e (vi) cidadania inclusiva. O conceito de democracia do referido autor, que vai além da mera exigência da adoção da regra da maioria como método de decisão, cabe apenas a um “sistema político que tenha, como uma de suas características, a qualidade de ser inteiramente, ou quase inteiramente, responsivo a todos os seus cidadãos”<sup>232</sup>.

231 *Sobre a democracia*, p. 99.

232 *Poliarquia*, p. 26.

Os direitos fundamentais estão contidos em uma espécie de “terreno proibido”<sup>233</sup>, que não é objeto da política cotidiana, restando garantidos frente ao princípio da maioria. Para Dworkin, os direitos individuais são trunfos que protegem o indivíduo contra a maioria. Para ele,

os indivíduos têm direitos quando, por alguma razão, um objetivo comum não configura uma justificativa suficiente para negar-lhes aquilo que, enquanto indivíduos, desejam ter ou fazer, ou quando não há uma justificativa suficiente para lhes impor alguma perda ou dano.<sup>234</sup>

Há uma fixação prévia de direitos na Constituição, essenciais à própria democracia, já que os diversos grupos que disputam posições estarão submetidos aos seus conteúdos. Funcionam os direitos fundamentais como limites aos poderes constituídos e, até mesmo, ao poder de reforma.

Para Michelangelo Bovero<sup>235</sup> alguns direitos fundamentais são condições (internas) para a democracia, enquanto outros direitos fundamentais são pré-condições (externas). Seriam condições para a democracia os direitos políticos, direitos de participação, que realizam a igualdade e a liberdade democráticas. Já dentre as pré-condições estão algumas liberdades consagradas por posições liberais e alguns direitos sociais, como educação e subsistência.

Os direitos fundamentais dividem-se em “direitos fundamentais” em sentido estrito e “garantias”. Os primeiros são definidos em normas declaratórias, que dizem pertencer a um indivíduo, a um grupo ou à sociedade um determinado bem jurídico. Incluem-se nessa categoria as normas que declaram o direito à vida, o direito à intimidade e o direito à educação, por exemplo. Na Constituição, esses direitos se manifestam sob a forma de princípios. Já as garantias são normas assecuratórias. Com elas, não são declarados determinados bens a indivíduos, a grupos ou à sociedade, mas estabelecidos meios de proteger aqueles bens já declarados em normas de direitos fundamentais em sentido estrito. Estão nesta categoria a vedação da pena de morte, como garantia do direito à vida, a inviolabilidade do domicílio como garantia do direito à intimidade e a regra que fixa percentuais mínimos de investimento na área educacional como garantia do direito à educação, apenas para ficarmos com exemplos relativos aos mesmos exemplos indicados quando falamos dos direitos fundamentais em sentido estrito. A sua estrutura, porém, não é principiológica, mas sim de regras<sup>236</sup>.

233 No debate espanhol, o termo “coto vedado” foi introduzido por Garzón Valdes, no artigo intitulado “derecho y representación”, no qual ele afirma que se trata de um núcleo não negociável pelas maiorias parlamentares cotidianas, p. 162.

234 *Levando os direitos à sério*, p. XV.

235 *Democracia y derechos fundamentales*, p. 37.

236 Essa nossa visão, que toma as garantias como regras e não princípios, produz em nós uma preocupação com teses que buscam relativizar garantias. Ora, a relativização que o princípio da proporcionalidade permite

A natureza de regras facilita a aplicação das garantias, colocando, ao intérprete/aplicador, problemas menores quanto à sua aplicação. Não podemos dizer o mesmo quanto à normas principiológicas que consagram direitos fundamentais em sentido estrito.

Os princípios, na nova hermenêutica, têm uma natureza normativa e realizam uma abertura axiológica do sistema. A pluralidade de interesses refletida na Constituição produz determinadas colisões de direitos, exigindo do intérprete/aplicador uma postura conciliatória. Princípios têm, por sua própria natureza, uma convivência conflitual no texto.

Um bom exemplo quanto à dificuldade de apontar soluções em casos difíceis envolvendo normas principiológicas é a polêmica sobre os procedimentos que deveriam ser tomados, na Espanha, diante da greve de fome de membros de um grupo terrorista, quando estava em jogo dimensionar as conseqüências da adoção constitucional do direito à vida<sup>237</sup>. Os debates sobre aborto e eutanásia também mostram a profundidade da divergência sobre o conteúdo do direito à vida.

Essa abertura dos direitos fundamentais aumenta a responsabilidade do intérprete/aplicador, colocando o problema da relação entre interpretação da Constituição e regra majoritária. O desacordo existente na sociedade quanto ao conteúdo dos direitos não pode ser desprezado. Tal desacordo sobre o conteúdo de diversas cláusulas gerais faz com que a idéia de que existem limites materiais ao legislador não seja pacificamente reconhecida e aceita.

Um dos maiores críticos na atualidade é Jeremy Waldron<sup>238</sup>. Para ele, a Constituição quando trata da política cotidiana não fixa um procedimento com limitações materiais, mas sim um procedimento, de deliberação coletiva, limitado por outro procedimento, o dos tribunais. Segundo ele, o procedimento da maioria teria melhores características intrínsecas, pois garantiria o direito do cidadão à igual participação na decisão – principal preocupação de sua visão sobre a legitimidade - o que não ocorre quando há a determinação de um conteúdo por um tribunal.

O direito de participação, para ele, é o direito dos direitos, profundamente conectado com os valores da autonomia e da responsabilidade. Assim, “o direito de participação democrática é o direito de participar em condições de igualdade nas decisões sociais sobre as questões mais importantes

---

atinge princípios, que têm uma indeterminação maior e precisam, para a aplicação aos casos concretos, relacionar-se com outros princípios constitucionais. As regras têm já todos os elementos para a sua aplicação, não sendo possível, com o recurso ao princípio da proporcionalidade, relativizá-las.

237 Cf. Manuel ATIENZA, *Tras la justicia*, p. 89.

238 *The Core of the Case Against Judicial Review*.

de princípio e não só das questões intersticiais da política social e econômica”<sup>239</sup>. A vantagem da decisão por maioria está no fato de que os destinatários da decisão são considerados igualmente, diante do princípio “um homem um voto”.

Não vê Waldron como importante a necessidade de trabalharmos com o consenso como uma finalidade do processo político<sup>240</sup>. Nesse sentido, a decisão majoritária seria ao mesmo tempo eficaz e respeitosa, uma vez que “não requer que a posição de ninguém seja menosprezada ou silenciada por causa da importância imaginada do consenso”<sup>241</sup>

Segundo Waldron, a constatação da complexidade sob vários ângulos das questões sobre os direitos básicos faz com que reconheçamos a maioria como titular do poder decisório. Ficamos, nas suas palavras,

mais preparados para ocuparmo-nos da pergunta institucional: quem decidirá que direitos temos quando estamos em desacordo? E seremos então capazes de focar a questão de se devemos atribuir as questões controversas sobre os direitos aos tribunais ou ao Parlamento – a uma elite de homens sábios ou aos representantes do povo que será afetado pela decisão – a partir de uma estrutura mental filosoficamente mais modesta, juridicamente menos arrogante e politicamente menos aterrorizadora da atual mentalidade da constitucionalização<sup>242</sup>

As críticas de Jeremy Waldron apontam para uma necessidade de amadurecimento de nossas reflexões sobre o papel do procedimento majoritário, mas temos algumas resistências à aceitação de suas idéias. Qualquer membro da comunidade concordará com a natureza aberta e problemática da interpretação da Constituição. Concordamos, também, com a idéia segundo a qual o controle pelo Judiciário da constitucionalidade é um procedimento limitador de outro procedimento. No entanto, não vemos como comparar, em grau de arbitrariedade, as decisões tomadas no procedimento de controle judicial da constitucionalidade com a decisão que é possível ser tomada nas disputas parlamentares.

A interpretação da Constituição circunscreve-se em um campo mais delimitado de argumentos. As normas declaratórias de direitos não são coleções

239 *Derecho y desacuerdos*, p. 254.

240 *Law and disagreement*, p. 255.

241 *A dignidade da legislação*, p.192.

242 *Law and disagreement*, p. 274.

de palavras soltas, pois contém expressões que designam certos “conteúdos”, pois carregados de história.

Cristina Queiroz identifica essa realidade, ao dizer que “o juiz ao decidir o caso que tem perante si fá-lo utilizando os ‘materiais jurídicos relevantes’ para essa decisão”. Há diferenças evidentes nas funções entre juiz e legislador: “este último é livre de ignorar a solução a que conduzem esses mesmos materiais jurídicos, se julga que a sua opção é a melhor”<sup>243</sup>

A decisão do tribunal não pode, assim, ser comparada em arbítrio à decisão das maiorias. Apesar da indeterminação quanto ao conteúdo dos direitos fundamentais, as possibilidades de decisão são mais restritas que aquelas existentes em um processo político aberto e ilimitado.

Não é justificável, por outro lado, a desconsideração do papel que os procedimentos majoritários têm em nossos Estados. O Tribunal que faz controle de constitucionalidade deve evitar expandir em demasia os conteúdos das cláusulas limitadoras do poder de decisão da maioria. Há uma responsabilidade do juiz, aferível na fundamentação de sua decisão. Confrontando uma discricionariedade do legislador a uma discricionariedade judicial, Luis Prieto Sanchis afirma que a discricionariedade do legislador sempre foi uma discricionariedade imotivada, enquanto a do juiz pretende vir dominada por uma depurada argumentação racional<sup>244</sup>.

Uma conhecida defesa da supremacia da Constituição e de sua garantia pelo Poder Judiciário é a tese da democracia dualista de Bruce Ackerman<sup>245</sup>, segundo a qual há uma diferença fundamental entre a decisão tomada no momento constituinte e a decisão política do dia a dia parlamentar. Quando se produz a Constituição, a legitimidade da decisão é mais evidente, existindo um acompanhamento direto, com mais atenção e mobilização, da sociedade<sup>246</sup>. O Judiciário assume o papel de garante da primeira decisão, original e de legitimidade reforçada, contra arroubos do legislador ordinário, sendo, portanto, essencial à própria democracia.

A principal crítica a essa tese diz inexistirem garantias de que o momento constituinte tenha sido um momento de maior participação da sociedade, podendo a decisão constituinte maquiara interesses escusos<sup>247</sup>.

243 *Direitos fundamentais*, p. 291.

244 *Tribunal constitucional y positivismo jurídico*, p. 173.

245 *The new separation of powers*, p. 664.

246 “The higher law track should be specially designed to identify those rare occasions when a political movement has earned the right to speak for a mobilized and decisive majority on a matter of central political importance. The normal track should instead be designed for use in the more typical case in which such a deep popular mandate does not exist.” *The new separation of powers*, p. 664.

247 Antonio Manuel Peña Freire, *Constitucionalismo garantista y democracia*, p. 44.

Mas o que a tese da democracia dualista quer estabelecer é uma espécie de ficção legitimadora. É a afirmação de que é possível identificar uma diferença qualitativa, independentemente das experiências concretas das sociedades, entre a decisão constituinte e a decisão parlamentar cotidiana. O que ele chama de “política normal” seria tolerado, mas democraticamente inferior aos momentos de criação da Constituição<sup>248</sup>.

A combinação entre garantia dos direitos fundamentais e respeito ao espaço da decisão majoritária exige, ao nosso ver, a adoção de um constitucionalismo modesto. A estabilidade das regras é uma exigência da vida em sociedade, o que justifica a própria supremacia da Constituição. Alguns conteúdos imprescindíveis à própria deliberação já estão, como garantias, bem definidos na Constituição, restando uma disputa interpretativa sobre o conteúdo e o alcance de certas cláusulas gerais que apontam outras limitações ao processo majoritário.

Vedar totalmente às maiorias que decidam sobre tais conteúdos parece reduzir o princípio democrático a uma posição de inferioridade frente a outros princípios constitucionais. É recomendável que as instituições sejam redesenhadas para permitir que as questões de conteúdo sobre direitos fundamentais sejam levadas à deliberação. Exemplo de arranjo que tenta enfrentar esse problema é a chamada cláusula “não obstante”, adotada em 1982 pelo Canadá, que permite ao Parlamento reafirmar a validade de uma norma julgada inconstitucional pelo Judiciário. A norma valerá, quando ratificada, por cinco anos, podendo ser ratificada novamente a cada cinco anos. Nesse período, o Parlamento se renovará e ao povo será oportunizada a sua renovação ou não.

Parece-nos que a crítica de Waldron ao constitucionalismo, realmente densa, não corrói por completo os fundamentos do constitucionalismo e, portanto, da supremacia da Constituição e do papel que os direitos fundamentais exercem. Nesse sentido, concordamos com Juan José Moreso<sup>249</sup> que afirma serem os argumentos de Waldron adequados a combater as Constituições que proíbem a reforma, como na Lei Fundamental de Bonn e na Constituição brasileira, que congelam algumas cláusulas.

## Referências Bibliográficas

- ACKERMAN, Bruce. ¿Un neofederalismo? In: ELSTER, Jon. Constitucionalismo y democracia. Trad. Mónica Utrilla de Neira. México: Fondo de Cultura Económica.
- \_\_\_\_\_. The new separation of powers. *Harvard Law Review*. Vol 113, Janeiro 2000, n. 3, pp. 632-727.

248 ¿Un neofederalismo?, p. 186.

249 *Derechos y justicia procesal imperfecta*. p. 43.

- ATIENZA, Manuel. *Tras la justicia*. Barcelona: Ariel, 1993.
- BOVERO, Michelangelo. Democracia y derechos fundamentales. *Isonomia. Revista de Filosofía y Teoría del Derecho*, Alicante, n. 16, abril, 2002.
- DAHL, Robert. *Sobre a democracia*. Trad. Beatriz Sidou. Brasília: UnB, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Poliarquia. Participação e oposição*. 1ª. Reimp. Trad. Celso Mauro Paciornik. Brasília: UnB, 2005.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- GARZÓN VLDÉS, Ernesto. Representación y democracia. *Doxa*, Alicante, n. 6, p 143-161, 1989.
- PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. Constitucionalismo garantista y democracia. *Revista Crítica Jurídica*. Curitiba, n. 22, jul/dez 2003.
- QUEIROZ, Cristina. Constituição, constitucionalismo e democracia. In: MIRANDA, Jorge (org.). *Perspectivas constitucionais. Nos 20 anos da Constituição de 1976*. Vol. I. Coimbra: Coimbra, 1996.
- MORESO, Juan Jose. Derechos y justicia procesal imperfecta. *Discusiones*, n. 1, Bahía Blanca, 2000, pp. 15-51.
- SANCHÍS, Luis Prieto. Tribunal constitucional y positivismo jurídico. *Doxa*, Alicante, n. 23, p 161-195, 2000.
- TUSHNET, Mark. Non-judicial review. *Harvard Journal Legislation*, n. 40, n. 2, 2003, pp. 453-492.
- WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Express, 1999.
- \_\_\_\_\_. *A dignidade da legislação*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- \_\_\_\_\_. *The Core of the Case Against Judicial Review*. Paper apresentado no “Colloquium in Legal and Social Philosophy”, da University of College, Londres, em março de 2005. Disponível em <<http://www.ucl.ac.uk/spp/download/seminars/0405/Waldron-Judicial.pdf>> . Acesso em 10/05/2005.