

CONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA E ESTADO DE DIREITO: UMA DISCUSSÃO FILOSÓFICA SOBRE O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

CONSTITUTIONALISM, DEMOCRACY AND THE RULE OF LAW: A PHILOSOPHICAL DISCUSSION ON THE DEMOCRATIC RULE OF LAW IN THE 1988 FEDERAL CONSTITUTION

MARCOS ROHLING

Instituto Federal de Educação, Ciência
e Tecnologia Catarinense, Brasil
marcos_roh@yahoo.com.br

MARILU POHLENZ

Instituto Federal de Educação,
Ciência e Tecnologia Catarinense,
Brasil
marilu.pohlenz@ifc.edu.br

Received: 30 Mar 2024

Accepted: 05 May 2024

Published: 15 May 2024

Corresponding author:

marcos_roh@yahoo.com.br



Resumo: Este artigo tem por finalidade discutir os fundamentos políticos do estado democrático de direito e, através dele, o constitucionalismo e a democracia como presentes no texto constitucional. Para tanto, ancorado numa análise bibliográfica e documental, o texto é arvorado em três partes, a saber: i) a primeira parte é dedicada à exploração histórica do constitucionalismo e das suas diferentes versões na direção da limitação do poder político (o constitucionalismo clássico, o constitucionalismo social e o constitucionalismo democrático), bem como ao constitucionalismo presente no texto constitucional; ii) na segunda parte, discute-se a democracia na Constituição, de modo a se defender que, ainda que seja uma democracia com elementos sociais, ela se apresenta mais bem como uma versão da democracia deliberativa; finalmente, iii) na terceira parte, perquire-se propriamente a concepção de estado democrático de direito na Constituição de 1988, de modo a se evidenciar a originalidade da relação entre constitucionalismo e democracia na Lei Maior.

Palavras-chave: Constitucionalismo. Democracia. Estado Democrático de Direito. Ordem Jurídica. Constituição Federal de 1988.

Abstract: This article aims to discuss the political foundations of the democratic rule of law and, through it, constitutionalism and democracy as present in the constitutional text. Therefore, anchored in a bibliographic and documentary analysis, the text is displayed in three parts, a knowledge: i) the first part is dedicated to the historical exploration of constitutionalism and its different variations in the direction of limiting political power (classic constitutionalism), social constitutionalism and democratic constitutionalism), as well as the constitutionalism present in the constitutional text; ii) in the second part, to discuss a democracy in the Constitution, so that it is an advocate that, even though it is a democracy with social elements, it presents better as a version of deliberative democracy; finally, iii) in the third part, to acquire properly a democratic rule of law in the 1988 Constitution, in order to highlight the originality of the relationship between constitutionalism and democracy in the Major Law.

Keywords: Constitutionalism. Democracy. Democratic Rule of Law. Legal Order. Federal Constitution of 1988.

1. INTRODUÇÃO: A TENSÃO ENTRE CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA

O argumento central deste trabalho consiste na afirmação de que o estado democrático de direito afiançado pela Constituição de 1988 se porta como garante da tensão que historicamente se observa entre o constitucionalismo e a democracia – tensão esta que se mostra, de um lado, na busca incansável da limitação do poder político desde os tempos imemoriais e que, assim, está na própria origem do estado de direito, e, de outro lado, na compreensão que se forma a respeito da extensão da vontade democrática. Esse é o sentido da discussão de Michelman:

The paradox assumes various guises [...]. “Democracy” appears to mean something like this: Popular political self-government — the people of a country deciding for themselves the contents [...] of the laws that organize and regulate their political association. “Constitutionalism” appears to mean something like this: The containment of popular political decision-making by a basic law, the Constitution — a “law of lawmaking,” we shall sometimes call it — designed to control which further laws can be made, by whom, and by what procedures. It is, of course, an essential part of the notion of constitutionalism that the basic law must be untouchable by the majoritarian politics it is meant to contain. (If ordinary political majorities could fiddle with it, it wouldn't be doing its job of containment.) (MICHELMAN, 1999, p. 05-06).

Com efeito, essa tensão se estabelece (paradoxo, nos termos de Michelman) porque o constitucionalismo moderno não nasceu democrático, mas liberal – e essa é a razão da proximidade teórica e histórica do constitucionalismo e das diferentes concepções de estado de direito, a saber, o freio ao poder político do governante diante dos direitos e das liberdades individuais, inclusive, do direito de propriedade, mediante a força e a superioridade da Constituição. A democracia, por sua vez, *in contrario sensu*, como autogoverno de muitos, apontava para a transformação que a constância de uma constituição parece negar, uma vez que depende da vontade democrática para a construção do caminho a ser trilhado, inclusive, no reconhecimento ou não de direitos e liberdades fundamentais.

O problema é mais claramente percebido quando se em mente que uma constituição precisa, a um só tempo, ser rígida e ter limites formais e materiais para sua alteração e, também, não ser perene e imutável, de forma a impedir as mudanças que surgem da vontade de uma sociedade democrática. Dentro desse contexto, é certo que

[...] considerando democracia como representativa e majoritária, e constituição como limite e garantia de um núcleo duro imutável, contramajoritário, que protege os direitos fundamentais das minorias provisórias, é possível afirmar que essa tensão permanente entre constitucionalismo e democracia é necessária

para manter o equilíbrio essencial do constitucionalismo moderno no Estado democrático de direito (VIANNA, 2015, p. 11).

Ora, não é difícil associar que as diferentes teorias da constituição, contemporâneas inclusive, foram formuladas levando essa tensão em conta: assegurar elementos que chancelam a estabilidade diante da necessidade de sensibilidade democrática a uma sociedade em transformação.

O encontro dessas duas grandes tradições de pensamento permitiu florescer o estado democrático de direito – o problema dessa pesquisa. De fato, ao longo do século XX, tendo passado pelas formas liberal e social dessa categoria jurídica, o estado de direito adotou um desenho democrático, de tal modo que o seu conteúdo ultrapasse a mera concretização de uma vida digna, passando a agir como fomentados da “participação pública no processo de construção e reconstrução de um projeto de sociedade, apropriando-se do caráter incerto da democracia para veicular uma perspectiva de futuro voltada à produção de uma nova sociedade” (STRECK & MORAIS, 2014). Nesse particular, o estado democrático de direito concilia o estado democrático e o estado de direito, não apenas reunindo elementos formais desses dois tipos de Estado, mas inaugurando um novo modo de se compreender o *modus operandi* do estado de direito, notadamente, calcado na democracia. Assim, em razão da importância da temática para a democracia brasileira e para a ordem jurídica que inaugura, busca-se responder a questão sobre qual a relação que há entre o estado de direito, a democracia e constitucionalismo na Constituição 1988. Nesse sentido, a hipótese que orienta esse trabalho é a de que a relação estabelecida entre esses elementos no texto constitucional pode ser mais bem determinada em torno do instituto do estado democrático de direito.

Assim sendo, partindo-se da abordagem bibliográfica e documental, que é uma forma de pesquisa qualitativa (LUDKE E ANDRÉ, 1986), o trabalho adota, em termos estruturais, a seguinte divisão: (i) inicialmente, explora-se o constitucionalismo e as diferentes versões na direção da limitação do poder político, vale dizer, o constitucionalismo clássico, o constitucionalismo social e o constitucionalismo democrático – para dar mais completude, explorou-se alguns elementos do constitucionalismo presente no texto constitucional; (ii) na segunda seção, discutiu-se a democracia na Constituição advogando que, ainda que seja uma democracia com elementos sociais, ela se apresenta mais bem como uma versão da democracia deliberativa; e, (iii) finalmente, na terceira parte, a atenção foi voltada para o estado democrático de direito, afirmando-se que ele é o baluarte e a garantia institucional da democracia constitucional brasileira. Espera-se que, ao

cabo dessas seções, a relação entre constitucionalismo e democracia, vista como original a partir do estado democrático de direito, seja evidenciada.

2. O CONSTITUCIONALISMO E A LIMITAÇÃO DO PODER POLÍTICO

A doutrina constitucionalista é marcada por uma longa história – desde a antiguidade até os dias atuais. Em regra, apesar da polissemia terminológica, o constitucionalismo pode ser entendido como a doutrina segundo a qual se perquire “[...] a teorização e prática em torno à limitação da arbitrariedade estatal como instrumento para a proteção e salvaguarda dos direitos do ser humano” (ALARCÓN, 2017, s/n). Por isso, Manteucci informar que “seria assim função do Constitucionalismo traçar os princípios ideológicos, que são a base de toda a Constituição e da sua organização interna” (MATEUCCI, 1998, p. 247).¹

De fato, é possível dizer que as marcas que estruturam a limitação do poder, como reflexos nas constituições hodiernas, são elementos que pertencem, de forma basilar, ao pensamento moderno, mas não são exclusivos desse período. E isso porque, consoante o que argumenta Fioravante (2011, 25-30), já na Grécia, no século IV antes da era Cristã, e na Roma de Cícero, encontra-se presenta a construção de uma esfera política que tinha por finalidade a conservação da ordem e resolução dos conflitos – mesmo que sem os elementos que caracterizam o constitucionalismo moderno, a saber, a soberania e o Estado. De fato, é esse o sentido da expressão denominada por Aristóteles de *governo das leis*, isto é, a supremacia das leis em oposição ao governo dos homens, pois “[...] não pode haver regime constitucional onde a lei não detém a autoridade. A lei deve estar acima de tudo [...]” (ARISTÓTELES, 1999, IV 1892a 33-34). E que, guardando o mesmo sentido, aparecerá no *Corpus Iuris Civilis*, no qual Ulpiano afirmar: “Ubi homo ibi societas; ubi societas, ibi jus”, isto é, um governo das leis. É verdade que escapa aos antigos a noção elementar da superioridade da Constituição, pois:

No ya, como es obvio, de la Constitución que existió efectivamente, sino de aquella constitución que continuamente es invocada por los antiguos como *politeia* o como *res publica*, es decir, como criterio de orden y medida de las arduas relaciones políticas y a separar sociales de su tempo. En este sentido, y sobre este plano, no hay duda de que existió una constitución de los antiguos. Tal constitución obviamente no tiene relación alguna con la constitución de los modernos. Los antiguos no tenían ninguna soberanía que limitar ni, sobre todo,

¹ Waluchow explica que o constitucionalismo “[...] é a ideia, frequentemente associada às teorias políticas de John Locke e dos fundadores da república americana, de que o governo pode e deve ser legalmente limitado em seus poderes, e que sua autoridade ou legitimidade depende de observar tais limitações. Essa ideia traz consigo uma série de questões irritantes de interesse, não apenas para os juristas, mas para qualquer pessoa intentada em explorar os fundamentos jurídicos e filosóficos do Estado” (WALUCHOW, 2018, s/n).

habían pensado jamás en constitución como norma, la norma que en el tempo moderno sería llamada a separar los poderes y garantizar los derechos. Ellos pensaban más bien en la constitución como en una exigencia a satisfacer, como en un ideal – al mismo tiempo ético y político – a perseguir, que se hacía todavía más flerte – como hemos visto – en las fases de crisis más intensa, de más clara separación política y social, como en el caso de la decadencia de la polis griega o de la misma república romana (FIORAVANTE, 2011, p. 29-30).

Essa forma de ver a Constituição ganhará eco na Idade Média, por exemplo, em Tomás de Aquino, que defenderá a ideia de um governo limitado, matizado por uma Constituição Mista, que, de acordo com Sigmund, “[...] combina monarquia, aristocracia [...] e democracia, envolvendo um elemento de participação popular [...]” (SIGMUND, 2019, p. 253).² De fato, em vista da compreensão do *status* de centralidade que a constituição adquirirá no mundo contemporâneo, bem como dos traços que vão configurar cada etapa do constitucionalismo até se chegar à *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 1988 (doravante, CRFB/88), urge, mesmo que brevemente, passar por cada uma das etapas do constitucionalismo moderno – até se chegar no constitucionalismo da CRFB/88. Para tanto, adotar-se-á a classificação estabelecida por Horta, que se constituirá no guia teórico nesta tarefa porque leva em conta diretamente a própria história do Estado de Direito.

2.1. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONSTITUCIONALISMO MODERNO E CONTEMPORÂNEO

Como se disse, o constitucionalismo nasce como instrumento de limitação do poder político.³ Nesse sentido, historicamente, vê-se que o surgimento do constitucionalismo moderno, ao longo das experiências políticas do século XVI e XVII, estabeleceu-se particularmente mediante as relações oriundas das disputas medievais para obtenção de território e comando sobre grupos humanos. As muitas discussões a respeito da natureza dessas questões levaram ao reconhecimento de uma Constituição, que, ao longo dos séculos seguintes, será tomada como base para a organização social, dos direitos individuais e do poder político, marcando, no interior da Estado, a limitação do exercício do poder soberano. Importa, brevemente, observar as principais características do constitucionalismo

² É conveniente ter em conta que, também, na Inglaterra, essa concepção, presente em muitos autores de Constituição Mista, deu mote ao que, atualmente, observa-se como o parlamento, o qual é concebido como representante da comunidade política, como forma de se promover um equilíbrio entre as vontades da monarquia e aquelas do parlamento.

³ Apenas para salientar, há diferentes teorias constitucionalistas. Apenas para exemplificar, é esse o sentido que está presente em autores tão diversos, como Tomás de Aquino e Locke: no primeiro como estabelecendo

moderno em suas subdivisões: constitucionalismo clássico, constitucionalismo social e constitucionalismo democrático.

2.1.1. Constitucionalismo Clássico

Conforme explica Horta, o constitucionalismo que se convencionou nominar de *clássico* está associado historicamente ao Estado Liberal de Direito, que é a formação originária do Estado de Direito (HORTA, 2010, p. 98). Em relação ao tempo, deve-se dizer que se estende do final do século XVIII – constituído especialmente pelas obras de autores bastante diversos, como Locke, Hobbes, Jefferson, Kant e Montesquieu, por exemplo – até o início do século XX, no final da Primeira Guerra Mundial, bem como está vinculado a algumas das mais importantes revoluções da experiência do mundo ocidental (Revolução Gloriosa, Independência Americana e Revolução Francesa).

Nesse sentido, atendo-se aos elementos nucleares, Baracho aponta que o elenco dos temas essenciais desse conjunto de ideias é uma constante preocupação e que o seu desenvolvimento está ligado à racionalização do Estado e à despersonalização do Poder. Em vista disso, podem-se apontar os seguintes elementos como caracterizando essa forma teórica, a saber:

- a) uma Constituição, normalmente, codificada, isto é, escrita em um código sistemático e único;
- b) uma Constituição cuja reforma torna-se difícil, isto é, depende de procedimentos especiais, uma Constituição rígida;
- c) uma parte dessa Constituição dedicada a transcrever a Declaração de uma série de direitos individuais (parte dogmática ou *direito constitucional da liberdade*);
- d) uma parte dedicada a organizar o poder, seus órgãos, suas funções, suas relações, tendo como princípio fundamental a divisão de poderes ou de funções (parte orgânica ou *direito constitucional do poder*) (BARACHO, 1986, p. 29).

que a melhor forma de governo é aquele de um governo limitado através de uma Constituição mista; e o segundo statuindo um limite à autoridade do Soberano, em razão da proteção dos direitos naturais.

Esse mesmo Baracho explicita que o constitucionalismo clássico está ligado à realização da *democracia governada*, inseparável do meio social, econômico, espiritual e político decorrente do Estado liberal. No entanto, essa democracia governada é concebida como todo um conjunto, um instrumento do Estado Liberal no sentido, de um lado, de proclamar e proteger, através da Constituição, os direitos dos cidadãos e, de outro lado, de organizar o poder do Estado, limitando-o de tal forma que aqueles possam ser usufruídos (HORTA, 2010, p. 98-101).

Sobre isso, deve-se ter em conta duas grandes experiências constitucionais decisivas para a teoria e o direito constitucional, a saber: a promulgação da Constituição Federal Estadonidense, em 1787 – uma constituição escrita, rígida, formal e dotada de supremacia em relação às demais normas legais⁴ – e a promulgação da Constituição Francesa, de 1789 – que consagrou a doutrina da separação dos poderes formulada por Montesquieu e a garantia de direitos frente ao Estado. Daí Bonavides asseverar que:

[...] o lema revolucionário do século XVIII, esculpido pelo gênio político francês, exprimiu em três princípios cardeais todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais, profetizando até mesmo a seqüência histórica de sua gradativa institucionalização: liberdade, igualdade e fraternidade. Com efeito, descoberta a fórmula de generalização e universalização, restava doravante seguir os caminhos que consentissem inserir na ordem jurídica positiva de cada ordenamento político os direitos e conteúdos materiais referentes àqueles postulados. Os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem sem dúvida um processo cumulativo e qualitativo, o qual, segundo tudo faz prever, tem por bússola uma nova universalidade: a universalidade material e concreta, em substituição da universalidade abstrata e, de certo modo metafísica daqueles direitos, contida no jusnaturalismo do século XVIII (BONAVIDES, 2008, p. 562-3).

De fato, esses elementos se fazem presentes, como herança política, não apenas nas teorias políticas contemporâneas, mas sobretudo, nas Constituições democráticas especialmente dos Estados ocidentais. No entanto, estes elementos sofreram uma quebra de paradigma diante dos eventos históricos do início do século XX, que conduziram para a inclusão de outros elementos.

2.1.2. O Constitucionalismo Social

⁴ No caso *Marbury versus Madison*, de 1803, dando origem à teoria do controle de constitucionalidade, a Suprema Corte Americana posicionou-se endossando a convicção de que as leis infraconstitucionais estavam, em termos hierárquicos, submissas à Constituição, ou seja, o julgamento tomou, para fins decisórios, a Constituição como lei fundamental (VOLPATO DUTRA, 2008, p. 147).

O Constitucionalismo social surge com o fim da Primeira Guerra Mundial e se estende, como força inspiradora, até o final da Segunda Guerra Mundial. De forma muito breve, resulta das profundas transformações operadas na estrutura dos direitos fundamentais e do Estado de direito, vinculados a um novo modelo de Constituição. Conforme Horta:

O legado dos grandes pensadores do constitucionalismo social, enfim, aponta para uma maior complexificação das constituições; ao lado da *Constituição do Poder* e da *Constituição da Liberdade*, integradas na clássica *Constituição Política*, ganha vulto, na nova *Constituição Social*, a chamada *Constituição Econômica*: “A Constituição política se completa na Constituição social. O Estado Liberal de Direito transfigura-se no Estado Social de Direito” (HORTA, 2010, p. 155).

De fato, observa-se que, do ponto de vista da experiência histórica, nota-se que houve um agravamento das desigualdades sociais, especialmente ao longo do século XIX e que, em razão disso, verificou-se turbulências sociais externadas nas grandes revoltas e revoluções com ideário social – tal é o caso por exemplo das Revoluções Russa e Mexicana. De fato, os menos favorecidos, que se encontravam abandonados socialmente, passaram a exigir dos poderes públicos e autoridades políticas não mais o reconhecimento das liberdades individuais, mas também a garantia de direitos que, nesse sentido, significariam a sua efetividade material, posto que são voltados às relações de trabalho, à educação e à assistência aos hipossuficientes – implicando na passagem de um constitucionalismo de tipo político para um de tipo social (NOVELINO, 2016, p. 50). Em razão dessa passagem, observa-se que essa forma de constitucionalismo impõe a constitucionalização de setores da ordem econômica, promovendo o Estado de Bem-Estar social e configurando aquilo que Canotilho afirmará como *Constituição Dirigente* (CANOTILHO, 2001).⁵ De fato, seguindo Baracho,

As constituições que vieram após a Primeira Guerra Mundial refletem as novas exigências, não ficam apenas preocupadas com a estrutura política do Estado, mas salientam o direito e dever do Estado em reconhecer e garantir a nova estrutura exigida pela sociedade. Aos direitos absolutos da declaração de 1789 contrapõem-se limitações, decorrentes das superiores exigências da coletividade. Aos princípios que consagram a atitude abstencionista do Estado impõe-se o do art. 151 da Constituição de Weimar: A vida econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça, objetivando garantir a todos uma existência digna” (BARACHO, 1986, p. 62).

Por isso, o constitucionalismo social se caracteriza não mais à ordenação dos poderes e ao reenvio da lei para garantir os direitos (aqueles de liberdade política), mas, antes de

⁵ A ideia de *Constituição Dirigente* traduz-se na noção de efetividade material, isto é, torna-se “[...] uma ‘lei material’ a preordenar fins, objetivos, até meios, num sentido rigidamente estabelecido. Não uma ‘lei processual’, um ‘instrument of government’ a definir competências, regular processos, estabelecer limites” (FERREIRA FILHO, 2007, p. 93).

tudo, significará a existência de princípios fundamentais que o exercício do poder soberano constituinte do povo colocou na base da convivência civil, o que conduzirá à busca dos instrumentos institucionais necessários para a tutela e realização dos princípios fundamentais – em larga medida, associa-se ao constitucionalismo social o aparecimento do princípio da igualdade, que estabelecerá o acesso aos bens fundamentais da convivência civil, colocando no centro da discussão a garantia e a realização dos direitos sociais (FIORAVANTI, 2001, p. 150).⁶

2.1.3. O Constitucionalismo Democrático

O constitucionalismo democrático, que está presente em grande parte dos países ocidentais hodiernamente, é aquele que surge após a Segunda Guerra Mundial e é marcado pela mudança de paradigma quanto à interpretação dos direitos. Seguindo a orientação de Horta, importa dizer que a característica central dessa forma de constitucionalismo é o estado de democrático de direito o qual implica a primazia dos princípios como vetor central na interpretação da Constituição (HORTA, 2010, p. 217-8). Desse ponto de vista, os princípios constitucionais operam como fundamentos da ordem jurídica e, nesse sentido, estabelecem o horizonte e a direção em que a Constituição deverá ser interpretada. E isso porque são consagração normativa dos valores que dão estrutura política e jurídica a ela, a Constituição.

Nomeando os elementos que caracterizam essa forma de constitucionalismo, Horta aponta que o constitucionalismo, de um lado, não se afasta dos marcos do Estado de Direito, pois que estabelece a limitação do poder e o respeito aos direitos, e, de outro lado, reclama para a sociedade uma inesquecível efetividade constitucional, posto que “[...] alimenta-se ainda da *Topica* de Theodor Vieweg, da *metódica estruturante* de Friedrich Muller, da *sociedade aberta dos interpretes da constituição* de Peter Habermas e da *força normativa* de Konrad Hesse” (HORTA, 2010, p. 219).

De fato, esses aspectos enfatizados por Horta se mostram presentes na configuração que Novellino faz do constitucionalismo democrático – que ele nomina de constitucionalismo contemporâneo. Do seu interior, é possível destacar, pois, os seguintes elementos: a) consagração da dignidade humana como fundamento da Constituição e,

⁶ À guisa de completude, importa dizer que as duas constituições que mais bem expressam o constitucionalismo social são a Constituição de Weimar, de 1919, e a Constituição Mexicana de 1917. Elas são marcos na consagração dos direitos sociais como direitos fundamentais.

portanto, núcleo do constitucionalismo contemporâneo, dos direitos fundamentais e do Estado constitucional democrático; b) com a finalidade da promoção da dignidade humana, tem-se a consagração de novos direitos – os direitos de terceira (fraternidade), quarta (democracia, informação e pluralismo) e quinta (paz) gerações; c) a rematerialização constitucional, que se espalha para a imposição de diretrizes, de opções políticas e de amplas esferas de regulação jurídicas; d) transbordamento da constituição dentro do sistema normativo; e) reconhecimento definitivo da força normativa da constituição; e f) a compreensão de que os direitos e garantias fundamentais sejam também critérios de solução aplicáveis às relações particulares, independentemente de intermediação legislativa – fazendo surgir, como forma de consolidação e superação dos Estados liberal e social, o estado democrático de direito (estado constitucional democrático), que se alicerça, em sua visão, no princípio da soberania popular e na efetividade dos direitos fundamentais (NOVELINO, 2016, p. 51-4).

2.2. O CONSTITUCIONALISMO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

José Afonso da Silva, em obra dedicada à evolução institucional do constitucionalismo brasileiro, alerta que este se desenvolveu em duas fases bem demarcadas, a saber: a *fase monárquica*, que se inicia com a chegada de D. João VI ao Brasil, em 1808, e é representada elevadamente na Constituição Política do Império do Brasil, de 1824; e a *fase republicana*, que irrompe definitivamente em 1889, quando os federalistas, presentes desde a Constituinte de 1823, em fim, venceram as forças monárquicas (SILVA, 2011, p. 27). De fato, com esta fase, dá-se início, desde o princípio, ao federalismo brasileiro e, passando pela constitucionalização do novo regime, através da convocação de um Congresso Constituinte, que elabora a primeira Constituição republicana: a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891, consolidando a República e a Federação, e instituindo o Presidencialismo. Desde então, o Brasil teve Constituições de 1934, de 1937, de 1954, de 1967 e de 1988.

Com efeito, a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988 é, de muitos modos, singular em relação às Constituições pátrias anteriores. E essa visão se estabelece se se observa que incorpora os elementos do constitucionalismo democrático – ainda que a constituição de 1934 também tenha expressado alguma inovação. Há diferentes

interpretações, no âmbito das teorias filosóficas e constitucionais, sobre o traço característico da CRFB/88. A esse respeito, sugerem-se pelo menos três tipos de constitucionalismos presentes Constituição: um constitucionalismo liberal, um constitucionalismo republicano e um constitucionalismo comunitarista. De fato, entre eles, levando-se em conta o que escreve Cittadino, pode-se dizer que a dimensão comunitária se sobressai na CRFB/88 e está dada nos termos da

[...] definição do fundamento ético da ordem jurídica, amplo sistema de direitos fundamentais, acompanhado dos institutos processuais que visam controlar a omissão do poder público e Corte Suprema como órgão de caráter político. Dessa feita, a CRFB/88 se coloca entre o constitucionalismo europeu (adota um completo e exaustivo sistema de direitos, prevendo a sua efetividade) e o constitucionalismo estadunidense, que atribui ao Supremo Tribunal Federal o papel de *guardião da constituição* (CITTADINO, 2009, p. 43-4).⁷

Seja como for, quaisquer dessas perspectivas são democráticas. De fato, seguindo Barroso (2018, p. 22-3), cabe salientar que a CRFB/88, quanto ao constitucionalismo, tem uma mudança de paradigma no seguinte sentido: (i) superação do formalismo jurídico; (ii) advento de uma cultura jurídica pós-positivista/atenuação do positivismo jurídico; e (iii) ascensão do direito público e centralidade da Constituição. Esses aspectos vão repercutir na CRFB/88 da seguinte forma: a) consagração cada vez maior de normas de outros ramos do Direito no texto constitucional; b) interpretação das normas de outros ramos do Direito à luz da Constituição; c) eficácia horizontal dos direitos fundamentais; d) limitação do legislador (BARROSO, 2005). Para os propósitos dessa pesquisa, todos esses elementos teóricos estarão presentes na configuração do Estado Democrático de Direito que a CRFB/88 inaugurará.

3. A DEMOCRACIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Antes de se falar da democracia na CRFB/88, é preciso fazer uma discussão preliminar que é apontada por Bobbio, qual seja, a de que a teoria contemporânea da democracia resulta da confluência de três grandes tradições do pensamento político:

[...] a) a teoria clássica, divulgada como teoria aristotélica, das três formas de Governo, segundo a qual a Democracia, como Governo do povo, de todos os cidadãos, ou seja, de todos aqueles que gozam dos direitos de cidadania, se distingue da monarquia, como Governo de um só, e da aristocracia, como Governo de poucos; b) a teoria medieval, de origem “romana, apoiada na soberania popular, na base da qual há a contraposição de uma concepção ascendente a uma concepção descendente da soberania conforme o poder

⁷ No mesmo sentido, à título de discussão, acompanha Rohling (2018) a tese desenvolvida por Cittadino e Volpato Dutra (2017) explora a tensão entre o constitucionalismo liberal e comunitarista.

supremo deriva do povo e se torna representativo ou deriva do príncipe e se transmite por delegação do superior para o inferior; d) a teoria moderna, conhecida como teoria de Maquiavel, nascida com o Estado moderno na forma das grandes monarquias, segundo a qual as formas históricas de Governo são essencialmente duas: a monarquia e a república, e a antiga Democracia nada mais é que uma forma de república (a outra é a aristocracia), onde se origina o intercâmbio característico do período pré-revolucionário entre ideais democráticos e ideais republicanos e o Governo genuinamente popular é chamado, em vez de Democracia, de república (BOBBIO, 1998, p. 319-20).

Com isso, Bobbio pretende apontar que o problema da democracia é tão antigo quanto a reflexão sobre a política e que, por características próprias, é reformulado em todas as épocas. Ora, se esse é o caso, é possível inclusive fazer uma arqueologia da política através do conceito de democracia, da antiguidade até os nossos dias. Assim, quando se pensa na democracia brasileira, que é o propósito dessa seção, faz-se tendo em conta toda a tradição de reflexão sobre a democracia.

No entanto, importa ter claro que a reflexão teórica anima a reflexão jurídica, mas que, quando o termo democracia é incorporado à CRFB/88 e às diferentes normas do ordenamento jurídico pátrio, ele se torna um tipo legal e, nesse aspecto, deve ser tomado como conceito jurídico e interpretado como *lege artis* – na expressão que Barzotto toma de empréstimo de Müller. Mais ainda:

A democracia, ao se fazer presente no texto constitucional, torna-se um conceito jurídico, tendo o seu sentido determinado a partir do texto constitucional. A filosofia do direito [e poderia se acrescentar, a teria da democracia e a filosofia política] deve[m] propor modelos de interpretação que, partindo do postulado hermenêutico de que o texto constitucional forma uma unidade de sentido, explicita o conceito de democracia de um modo coerente com os fundamentos do constitucionalismo contemporâneo, como, por exemplo, as noções de Estado de Direito, direitos fundamentais e bem comum (BARZOTTO, 2005, p. 9).⁸

À luz dessas considerações, pode-se avançar na direção do modo como a democracia aparece na CRFB/88. Não resta dúvidas de que a democracia estrutura o exercício do poder político bem como legitima as formas do direito. Com efeito, é possível adentrar à discussão partindo-se daquilo que Landau (2014, p. 241-3) fez, ao problematizar a

⁸ Com o fito de precisar o sentido, deve-se dizer que Barzotto tem em mente aqui a diferenciação que Dworkin (201, p. 86-8) faz entre conceito e concepção: o primeiro pode ser interpretado de muitos modos, posto que o seu conteúdo é determinado a partir de uma certa concepção. Ou seja, se se tomar o direito por exemplo, pode-se dizer que, no conceito de direito, repousa uma ou várias concepções do que seja o direito, de modo que para se chegar a conceito de direito, necessariamente, deve-se levar em conta uma concepção de direito. Como se sabe, Dworkin se ampara na distinção que Rawls opera entre conceito e concepção de justiça. E Rawls, por sua vez, como deixa evidente, (2009, p. 5-6) parte da caracterização formulada por Hart (2001, p. 155-6). Dessa forma, para Rawls, o conceito de justiça pode ser obtido a partir daqueles elementos que estão presentes em todas as concepções de justiça – o que será elementar para a formulação dos princípios de justiça na posição original através do equilíbrio reflexivo. Sobre isso, segue-se Rohling (2020, p. 34-6).

democracia e o Estado na Alemanha, que é distinguir três tipos ideais, ao modo de Weber, da democracia. O autor divisa: i) um *modelo minimalista* de democracia, como é o caso daquela presente nos Estados Unidos da América, na qual há eleições livres, iguais, universais e secretas, bem como a garantia da liberdade de informação e opinião, especialmente com a inexistência de censura; ii) um *modelo maximalista* de democracia, características de países da América latina, da África e do Sul da Europa, que contempla um Estado baseado em eleições universais, livres, iguais, liberdade de informação e opinião e, sobretudo, princípios de justiça social, de modo que afiança o bem-estar econômico, as garantias do Estado Social e a justiça distributiva atinentemente a bens primários;⁹ e iii) um *modelo intermediário* de democracia, que é o caso da concepção de estado de direito democrático e social da Alemanha, cujas características são, de um lado, o ceticismo quanto às reivindicações de igualdade de resultados socioeconômicos, e de outro lado, estabelecesse as esferas do Estado de direito e o estrito equilíbrio horizontal de poderes às áreas minimalistas centrais da democracia, tais quais os direitos humanos, fundamentais e dos cidadãos fazem parte do princípio de eleições livres e iguais. De fato, nesse modelo, como interpreta, “[...] existe uma união indissolúvel entre democracia e Estado de Direito” e:

Sus elementos básicos son la libertad general de acción, la libertad de opinión, la libertad de información, la libertad de asociación, el derecho a la propiedad y la libertad industrial, el derecho de fundar partidos políticos, la participación en el debate público, la libertad de reunión y el derecho a manifestarse, así como la participación activa en las elecciones libres. La garantía de los derechos fundamentales une la democracia y el Estado de derecho en el sentido de la libertad y la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos (LANDAU, 2014, p. 242).

Ora, se se considerar tais modelos como pontos de partida, poder-se-ia advogar que a democracia brasileira estaria entre os modelos maximalistas e intermediários, uma vez que do ponto de vista constitucional, comporta os elementos desta última, mas em razão da instabilidade política e da voracidade econômica daquilo que o sociólogo e jurista brasileiro Jessé de Souza (2019) definiu como a “elite do atraso”, os direitos sociais se mostraram, ainda que se tenha avançado enormemente, como direitos a precisarem sempre serem defendidos. No entanto, é verdade que a democracia brasileira, particularmente por

⁹ Landau explica, a respeito desse modelo, que ele é baseado na igualdade como princípio político imprescindível, através do qual se assegura o direito ao trabalho, à segurança social, à vida saudável e aos bens materiais, entre outros. Segundo o autor, “[...] se os direitos fundamentais não são interpretados prioritariamente como direitos defensivos contra o Estado, mas como direitos positivos de participação, isto é, se a normalização dos direitos fundamentais não se limita ao *status negativus* e se estende ao *status positivus*, as expectativas dos cidadãos podem ver-se frustradas, tendo em vista que a estabilidade do estado constitucional possa ser comprometida a longo prazo. Precisamente, a baixa produtividade da economia impediu que as ditaduras do antigo bloco oriental cumprissem essas promessas” (LANDAU, 2014, p. 241, tradução minha).

amparar-se sobre o estado democrático de direito (art. 1º, CRFB/88), que é uma visão substancial do estado de direito, estabelece que o poder público está sujeito à lei, dele fazendo parte a validade material do direito e da justiça. De fato, um sistema com tais características funcionará se uma administração eficiente, apropriada para a democracia, operar num contexto de estabilidade institucional, se o estado de direito “[...] es defendido por jueces independientes; si la jurisdicción constitucional vela por la implementación sin concesiones de las normas constitucionales; y si al mismo tiempo ese Estado aspira de manera creíble a ser un Estado social, justo y equilibrador” (LANDAU, 2014, p. 242), uma vez que o Estado Democrático brasileiro tem fins estabelecidos pela própria CRFB/88, dados nos termos do art. 3º.

Com efeito, pode-se dizer que a democracia brasileira, que é constitucional, é vinculada a um modelo de estado de direito que seja democrático e social. Mas, de fato, como essa democracia pode ser compreendida? Abraham Lincoln é famoso pela fórmula de que a democracia é o “governo do povo, pelo povo e para o povo”. Se se tomar essa fórmula como guia, e amparando-se em Barzotto (2005, p. 13; 175), pode-se mais claramente, observando-se as diferentes concepções atinentes presentes, definir o conceito de democracia que repousa no texto constitucional, a qual, para esse autor, é entendida como uma democracia deliberativa nos seguintes termos: o sujeito da democracia é o povo entendido como comunidade, o funcionamento é regido por uma concepção institucionalista de Estado de Direito e a finalidade é o bem comum como o bem de todos.¹⁰

¹⁰ Barzotto tem em conta uma formulação aristotélica da democracia deliberativa, uma vez que, segundo ele, tem os elementos para pensar a democracia brasileira: o povo como uma comunidade política, a ideia do império do direito como o império da justiça, a noção de vida boa para o homem como o *telos* do Estado e, de forma especial, a concepção da atividade política como uma atividade que é guiada pela razão prática em termos de *phronesis* (BARZOTTO, 2005, p. 175). Seja como for, há outros ideólogos da democracia deliberativa, contemporâneos, inclusive, como Habermas, Gutmann e Rawls. No caso deste último, a democracia deliberativa se sustenta nos seguintes pontos: de acordo com Bercuson, amparando-se em Joshua Cohen, a justiça como equidade é uma teoria para uma comunidade política democrática de três maneiras importantes: (i) a teoria de Rawls descreve um regime democrático, pois exige arranjos institucionais que garantam e protejam o conjunto padrão de direitos democráticos, incluindo os direitos iguais dos cidadãos à participação e associação, à liberdade de consciência e de expressão; (ii) a teoria de Rawls descreve uma sociedade democrática, animada por um *ethos* igualitário, pelo reconhecimento público de todos os seus membros como co-autores livres e iguais da estrutura básica da sociedade; e (iii) a teoria de Rawls descreve uma democracia deliberativa, isto é, uma sociedade de pessoas conscientes da razão, cada qual comprometido com estratégias de justificação que respeitam a liberdade e a igualdade de todos. Em razão disso, pode-se sumarizar que, para Rawls, uma sociedade totalmente justa é aquela em que (1) todo cidadão está em posse segura do mesmo conjunto de direitos políticos (o argumento institucional); (2) a estrutura básica garante o valor justo das liberdades políticas para cada cidadão, há uma justa igualdade de oportunidades para empregos e cargos de autoridade, e quaisquer desigualdades estruturais na riqueza esperada e incomea são limitadas pelo princípio da diferença (argumento do *ethos*); e (3) cada cidadão deve ser tratado por outros de maneira a respeitar seu status como livre e igual (argumento interpessoal-deliberativo) (BERCUSON, 2014, p. 190-1).

3.1. O SUJEITO DA DEMOCRACIA: O GOVERNO DO POVO

O sujeito da democracia brasileira pode ser encontrado no texto constitucional quando se observa algumas expressões que o legislador constituinte pretendeu para a República Federativa do Brasil. O parágrafo único do artigo 1º estabelece que “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Em vista disso, deve-se indagar: quem é o povo? As seguintes expressões indicam e apontam para a resposta: “sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos” (Preâmbulo) e “sociedade livre, justa e solidária” (art. 3º, inc. I). Dessa feita, não há que se duvidar que a concepção de povo que está presente na CFRB/88, de alguma forma, é uma comunidade de pessoas humanas.

Levando-se em conta a arguta argumentação de Barzotto, compreende-se que a comunidade, também, como comunidade política, constitui-se em vista de algum bem, e o bem aqui em mente é o bem enquanto tal, isto é, o bem para o ser humano, como membro da comunidade. Com efeito, este bem se impõe como finalidade para a sociedade e o Estado é o “bem comum” estabelecido constitucionalmente, dado nestes termos:

[...] instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias (BRASIL, Preâmbulo, 1988).

E também:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
II - garantir o desenvolvimento nacional;
III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 1988).

Dessa feita, não há como se objetar: a democracia descrita na CRFB/88 tem um *telos*, isto é, tem bens a realizar. Por isso, “é a comunhão na busca dos objetivos e finalidades constitucionais, que tornam o povo brasileiro uma comunidade, isto é, uma associação humana fundada na busca de um bem que é comum a todos os seus membros” (BARZOTTO, 2005, p. 177). Ora, considerando que as relações devem ser de “fraternidade” (preâmbulo) e “solidariedade” (art. 3º, inc. I), e que em vista destes objetivos comuns ninguém possa ser usado como meio para que outro alcance os seus fins por serem

peças (seres de relação), ou seja, por serem dotados de dignidade, o povo é concebido, de modo incontestado, como uma comunidade de pessoas humanas. O que isso quer dizer? Quer dizer que o povo é o sujeito da democracia, e que, como uma comunidade de pessoas humanas, é comprometido com ideários comuns no quadro de uma democracia constitucional. Por isso, é uma democracia deliberativa, posto que:

[...] somente um regime baseado na deliberação, na razão prática, está em conformidade com a concepção de povo como comunidade de pessoas humanas. A pessoa humana, por sua dignidade de ser racional, deve participar nas decisões que afetem sua vida, ela exige justificativas racionais para todo ato de poder no interior da comunidade e se recusa a obedecer leis, comandos e ordens que não podem se justificar argumentativamente. Por fim, não deve ser esquecida a lição de Aristóteles: a razão prático-política é essencialmente dialógica. A exigência de um “império da razão” no âmbito público, que seja em conformidade com a dignidade da pessoa humana, exige a existência de um âmbito de discussão e deliberação (BARZOTTO, 2005, p. 181).

Com isso, vê-se que o sujeito da democracia é o próprio povo, uma comunidade de pessoas humanas ligadas por propósitos comuns que, nos termos da CRFB/88, estabelecem o bem comum.

3.2. O FUNCIONAMENTO DA DEMOCRACIA: O GOVERNO PELO POVO

Consoante o que sugere Barzotto, o funcionamento da democracia, isto é, o governo pelo povo, somente é possível através da conformação jurídica do poder, o que indica que ela só pode funcionar através de um Estado organizado juridicamente nos termos de um Estado de Direito.¹¹ A democracia deliberativa implica uma concepção de direito que, por sua natureza, deve estar vinculada à razão prática e à justiça, uma vez que a justiça, nos termos de uma sociedade justa, como posto no *Preâmbulo*, é o *valor supremo* da República Federativa do Brasil. Objetivamente, essa concepção da ordem constitucional brasileira é uma concepção institucionalista de direito, expressa no Estado de Direito, que se pretende

¹¹ Este é o tema da próxima seção. Por isso, apontar-se-ão elementos aqui apenas com o fito de explicar, brevemente, o funcionamento da democracia enquanto observância da lei democraticamente formulada pelas autoridades e pelo poder público.

a realizar o rol de valores (agora, jurídicos) constantes nesse *Preâmbulo* (e em todo o texto constitucional).¹²

Com efeito, na tradição aristotélico-tomista, que parece ser a concepção de justiça de fundo da CRFB/88 – pelo menos, a que permite uma boa, senão, a melhor interpretação –, a relação entre a pessoa e a sociedade pressupõe deveres mútuos:

[...] a sociedade e o Estado *devem* algo à pessoa, para que esta alcance o seu bem, e a pessoa humana *deve* algo à sociedade e ao Estado, para seja possível o bem comum. Ou seja: as relações entre as pessoas, a sociedade e o Estado passam a ser pensadas em termos de justiça [...] (BARZOTTO, 2005, p. 182).

Para realizar a justiça, o direito não pode ser concebido como norma, como em Kelsen, ou decisão, como propuseram Hobbes e Schmitt, mas como instituição. Desde essa perspectiva, o direito é entendido como [...] um conjunto de relações de justiça que configura uma ordem concreta de coexistência. A expressão mais precisa dessa ordem encontra-se na constituição. O Estado de Direito, para a constituição brasileira, é um Estado de Justiça” (BARZOTTO, 2005, p. 189). Ora, concebendo que a constituição é um complexo também de relações de justiça, que são expressas num texto normativo, e que ela também estabelece “[...] como finalidade o bem comum como o conjunto de condições que permite a cada um realizar-se plenamente como pessoa [...]” (BARZOTTO, 2005, p. 190), tem-se que o Estado de Direito a ser efetivado é constituído por relações de justiça e pressupõe o exercício constante da razão prática.¹³

3.3. A FINALIDADE DA DEMOCRACIA: O GOVERNO PARA O POVO

Não há como negar que CRFB/88 estabelece propósitos para serem realizados pela sociedade e pelo Estado federado. Como explica Barzotto, ela determina certos bens como finalidades, a saber, “[...] o bem da pessoa humana e como condição deste, o bem comum” (BARZOTTO, 2005, p. 193). Se é o caso, parece evidente postular que a Constituição não é neutra e, nesse sentido, liberal no sentido de preconizar a neutralidade como característica determinante do poder público. Essa afirmação não é o equivalente teórico do entendimento de que não haja elementos liberais no seu interior, mas que estes não são

¹² Vale dizer: a liberdade, a segurança, o bem-estar, a igualdade, a justiça, a justiça social, a solidariedade, o desenvolvimento, a função social da propriedade, entre outros.

¹³ A este respeito, Barzotto acrescenta: “Essa razão prática é teleológica. Em função de uma discussão publicamente conduzida acerca do que, em cada momento histórico, e exigido para que a pessoa alcance o seu bem (dignidade da pessoa humana) e a sociedade alcance o seu (bem comum), é que podem ser determinados os concretos deveres de justiça presentes na vida social” (BARZOTTO, 2005, p. 190-1).

determinantes para a configuração das suas diretrizes. Com efeito, a CRFB/88 esposou uma determinada concepção de vida boa, 'pois indica o que é a vida boa para o ser humano. Conforme Barzotto,

Para o constituinte brasileiro, o ser humano é pessoa, "pessoa humana" (art 1º, inciso III, *caput*; 34, inciso VII, b; 226, par.7). Dentro da tradição ocidental, como vimos, assumir que o ser humano é pessoa significa assumir que seus traços constitutivos são: concretude/historicidade, individualidade, racionalidade, sociabilidade. Essas dimensões da pessoa estabelecem alguns bens como necessários para o pleno desenvolvimento ou para a vida boa do ser humano (liberdade, saúde, segurança, educação etc.). A expressão "dignidade da pessoa humana" (art 1º, inciso III) é a tradução jurídico-constitucional do conceito de vida boa da Ética clássica. Os bens que compõem a vida boa passam a ser considerados, do ponto de vista do direito, como algo devido a cada pessoa humana (BARZOTTO, 2005, p. 193-4).

De fato, reconhecer a dignidade humana, como faz o texto constitucional, significa reconhecer que o ser humano não apenas deve ter, mas é merecedor de certos bens para alcançar o desenvolvimento pleno como pessoa, de forma que a busca de tais bens "[...] estabelece deveres de justiça para o Estado, para a sociedade e para a própria pessoa, na medida em que o direito não reconhece a disponibilidade de alguns desses bens (ex.: liberdade" (BARZOTTO, 2005, p. 194). Esses bens, com efeito, desde a perspectiva das diferentes comunidades, são os valores, os quais integram o bem comum. Como tal, formam o conteúdo dos deveres de justiça social. Não obstante, como dever de justiça devido às pessoas, esses mesmos bens são chamados de direitos, isto é, o direito é um bem devido a uma pessoa humana.

Dessa feita, concebe-se que a realização dos valores prognosticados no Preâmbulo e indicados no artigo 3º da CRFB/88 são condições para a realização dos direitos individuais e sociais, que são a finalidade última da democracia através da forma de Estado de Direito que adotou. Desde essa perspectiva, ainda de acordo com Barzotto, o princípio jurídico constitui a expressão normativa de um bem, ou seja, o princípio indica a expressão, na ordem normativa, de um bem que é, por sua vez, a versão de um valor (BARZOTTO, 2005, p. 194). O valor presente num artigo da CRFB/88, por exemplo, a liberdade, é um bem devido a uma pessoa, como direito, ou uma meta coletiva a ser realizada como tal. Assim, a finalidade da democracia, prevista no texto constitucional, é o bem comum que se estabelece como o bem para as pessoas em razão de sua dignidade humana.

Deveras, depois das discussões pretéritas, pode-se dizer do conceito de democracia: o conceito de democracia presente da CRFB/88, como uma versão *intermediária* da democracia (é democrática e social) pode ser determinado como se segue: é uma democracia *constitucional*, que adota a maneira *deliberativa*, uma vez que, apesar de estabelecer

a forma *representativa*, funda-se no fato de que, todos, como cidadãos, têm a racionalidade prática necessária, o que permite dizer que também é *semi-representativa*, para deliberar acerca dos bens a serem perseguidos em nome do bem comum. Assim, o sujeito da democracia é o povo como comunidade de todos os cidadãos; o funcionamento, por sua vez, é determinado pelo Estado Democrático de Direito (que será mais explorado na sequência), fundado sobre uma concepção institucionalista; e a despeito da finalidade da democracia, isto é, os objetivos que a corporificam, é o bem comum entendido como o bem de todos.

4. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

No quadro mais amplo da teoria constitucional brasileira, especialmente, daquela voltada à interpretação da CRFB/88, há uma relação bastante próxima entre democracia, constitucionalismo e estado de direito. Mais do que isso, poder-se-ia dizer que, *in verbis*:

Não há democracia sem constitucionalismo. Um povo democrático e plural não está imune aos compromissos constitucionais que assume perante si mesmo, sob pena de autodissolução. Isso a história política dos últimos duzentos anos é implacável em Direito somente é democrático na medida em que corresponda nos mostrar (STRECK & MORAES, 2014).

A ordem constitucional inaugurada em 1988 busca assegurar que as conquistas sociais dos modelos de estado liberal e estado social sejam efetivadas pelo estado democrático de direito. Em consequência disso, há uma nova configuração para o princípio da legalidade, de acordo com a qual, para além da definição inicial de submissão do poder público à lei, que marca as concepções de estado de direito, tem-se, também, a submissão de todo o poder do estado ao direito estabelecido democraticamente e submetido a uma constituição. De fato, há que se observar que o legislador constituinte, com a legitimidade da representação da sociedade brasileira, valendo-se dos recursos do constitucionalismo, quis instituir, para a democracia brasileira, um estado democrático de direito (BRASIL, *Preâmbulo*, 1988).

4.1. A CARACTERIZAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Considerando que a democracia brasileira pode ser interpretada adequadamente como um modelo deliberativo por predicar certa necessidade de dialocidade por parte do cidadão, isto é, de capacidade deliberativa, é possível tecer o entendimento de que a

Constituição goza de legitimidade por decorrer da representatividade democraticamente configurada, mas especialmente porque o legislador constituinte estabeleceu, deixou às claras, os valores políticos que animaram a sua elaboração. Como bem interpreta Silveira Neto, a CRFB/88 “[...] tem uma teleologia ou conteúdo finalístico. [...]. Além disso, o constituinte caminhou no sentido de aprimorar a representatividade política, com os institutos da democracia semidireta, tais como o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular” (SILVEIRA NETO, 1991, p. 29). De fato, como posto no *Preâmbulo*, tem-se:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias [...] (BRASIL, 1988).

Ora, a instituição do Estado Democrático pretendido pelo constituinte é assegurada pelo estado democrático de direito. De acordo com o texto constitucional, o estado democrático de direito encontra-se caracterizado e amparado sobre os seguintes fundamentos, dispostos no art. 1º da CRFB/88 – onde se lê:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição (BRASIL, 1988).

Assim, são os fundamentos políticos do estado democrático de direito a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político, os quais determinam o conteúdo a ser realizado pela democracia brasileira e que, portanto, estabelecem o conteúdo substancial do Estado de Direito previsto pela CRFB/88.¹⁴ O estado democrático de direito pode ser definido, de forma simples, como aquele que se distingue “[...] pelo respeito às liberdades individuais e aos

¹⁴ Há que se notar que, no *caput* do art. 1º, estão presentes alguns princípios significativos da ordem constitucional brasileira: (i) o *princípio federativo*, que estabelece que o Brasil é uma federação em relação a qual se proíbe a secessão (art. 40, §4º, Inc. 1), tendo-se em vista a união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal; (ii) o *princípio republicano*, que se refere à forma de governo adotada na ordem constitucional iniciada em 1988 e que foi ratificada em 1993, ao estabelecer a República como sendo governada por um Chefe de Estado o que é escolhido, de tempos em tempos, para mandatos, de modo que o governo seja transitório; e (iii) o *princípio democrático*, que estabelece a Democracia como regime político adotado e que é visto por parte da doutrina como o próprio estado democrático de direito.

direitos e garantias individuais e sociais, garantidos constitucionalmente, ficando o Estado adstrito à observância desses preceitos constitucionais. É o Estado onde a vontade da lei prepondera sobre a vontade das pessoas” (PIMENTA, 2007, p. 129). Nesse cenário teórico, a lei se apresenta como um instrumento que é posto a serviço dos valores sociais com o propósito de transformar e organizar as relações desenvolvidas em seu interior. Ora, concebendo-se assim, como expressão dos elementos democráticos, a Constituição passa a proteger os interesses da maioria. Daí afirma-se que a CRFB/88 se apresenta como uma constituição que é robusta e:

[...] com *status* de referencial hermenêutico, capacidade de concretizar utopias [...] e, ligada a uma substancial democracia com a potencialidade de promoção de direitos sociais de um lado e, de outro, de controle dos atos de Poder emanados do Estado, (des) legitimando-os, estabelecendo um rol de garantias individuais e um núcleo de proteção a essas garantias [...] (LIMA E SILVA, 2015, p. 110, grifo do autor).

Os efeitos desse tipo de entendimento, fundamentalmente democrática do papel da Constituição, conduzem às indagações a respeito do papel da lei. A validade das leis, desse ponto de vista, não depende somente dos requisitos formais para a sua produção e edição. Com a ênfase dada à democracia, as leis produzidas devem ser, doravante, compatíveis em seu conteúdo com as normas constitucionais. Assim, fazendo valer um dos principais postulados do constitucionalismo moderno, vale dizer, aquele da supremacia da Constituição sobre todas as demais leis, a Constituição não somente estabelece limites ao legislador e ao administrador, mas, especialmente, determina deveres para a sua atuação, de tal modo a caracterizar-se, no âmbito da CRFB/88, uma relação íntima entre democracia, constitucionalismo e Estado Democrático de Direito: a democracia estabelece a legitimidade e a validade do Estado de Direito que, por sua vez, é orientado pelos preceitos mais relevantes do constitucionalismo, entre os quais se destaca aquele da supremacia da Constituição.

Com efeito, ao longo do século XX, tendo passado pelas formas liberal e social dessa categoria jurídica, o Estado de Direito adotou um desenho democrático, de tal modo que o seu conteúdo ultrapasse a mera concretização de uma vida digna, passando a agir como fomentados da “participação pública no processo de construção e reconstrução de um projeto de sociedade, apropriando-se do caráter incerto da democracia para veicular uma perspectiva de futuro voltada à produção de uma nova sociedade” (STRECK & MORAIS, 2014). Nesse particular, o estado democrático de direito concilia o Estado Democrático e o estado de direito, não apenas reunindo elementos formais desses dois tipos de Estado, mas

inaugurando um novo modo de se compreender o *modus operandi* do estado de direito, notadamente, calcado na democracia.

4.2. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO COMO GARANTIA DA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

Tem-se por certo que o constitucionalismo do pós-guerra, estabelecendo limites ao poder político, tem por finalidade assegurar a plenitude da pessoa humana através do consenso nos valores. Do mesmo modo, parte-se da perspectiva de acordo com a qual a democracia é o sistema político que traduz a soberania popular. Nesse cenário, o estado de direito estatuído para CRFB/88 oferece, a um só tempo, as bases da democracia, estabelecendo a sua estabilidade, e se configura como na expressão mais forte do constitucionalismo.

De fato, entende-se que o estado democrático de direito é a base da democracia constitucional, consoante o art. 1º da CRFB/88, pois, como expressa Boeira, a “[...] democracia, enquanto sistema político assentado por nossa Constituição [...], encontra no Estado de Direito a base sobre a qual repousarão os seus mecanismos de controle e exercício do poder” (BOEIRA, 2011, p. 84). É, assim, incontestável que o estado de direito, especialmente, a forma adotada pela CRFB/88, o estado democrático de direito, é o fundamento da democracia, uma vez que as suas relações são profundas. A este respeito, Canotilho assevera que:

O Estado constitucional é, assim, e em primeiro lugar, o Estado com uma *constituição* limitadora do poder através do império do direito. As ideias do “governo de leis e não de homens”, de “Estado submetido ao direito”, de “constituição como vinculação jurídica do poder”, foram, como vimos, tendencialmente realizadas por institutos como os de *rule of law*, *due process of law*, *Rechtsstaat*, *principe de la légalité*. No entanto, alguma faltava ao Estado de direito constitucional – a *legitimação democrática do poder*. (CANOTILHO, 2000, p. 98).

A afirmação de Canotilho parece não deixar margem para dúvidas quanto ao fato de que o estado democrático de direito se apresenta como a garantia da democracia constitucional, que é deliberativa, pois que a democracia contemporânea pressupõe o estado de direito e as suas instituições. Importa recordar que o estado de direito surge no contexto do constitucionalismo como forma de limitar o poder político e, nesse particular, oferece estruturas que não apenas, por estatuir a observância da lei para o poder público, mas para a própria produção do direito, significam a contenção da tomada de decisão popular através de uma norma fundamental e dos limites impostos pelo estado de direito.

De fato, pode-se dizer que o estado democrático de direito se apresenta “[...] como gênese da existência material das instituições político-jurídicas, com base no sistema político brasileiro” (BOEIRA, 2011, p. 85).

Sendo esse o caso, o estado democrático de direito se apresenta como garantia institucional da democracia brasileira, isto é, “[...] expressa a estrutura jurídico-política de uma comunidade que, sob um Estado de Justiça, delibera sobre o conteúdo da vida boa e do bem comum” (BARZOTTO, 2005, p. 207). Desde essa perspectiva, a soberania, a cidadania, a dignidade humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político, sob a égide da soberania popular, todos esses valores, convertem-se nos pilares normativos e políticos da ordem constitucional de 1988.

Deveras, é o encontro dessas duas grandes tradições do pensamento filosófico e jurídico do mundo ocidental que permitiu o aparecimento do estado democrático de direito, o qual, na CRFBB/88, de um lado, retira sua legitimidade da democracia e, de outro, estabelece o exercício do poder político.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho, pretendeu-se discutir o estado democrático de direito e sua relação com a democracia e com o constitucionalismo, considerando que se trata de uma temática fundamental para a existência de uma ordem jurídica que se funda não apenas na demarcação formal do respeito à lei, mas fundamentalmente, na afirmação do conteúdo normativo mediante o qual se estabelece a sua validade associada à sua legitimidade, com base em parâmetros mais elevados de justiça. De posse disso, buscou-se desenvolver neste texto algumas ideias basilares na evolução histórica do constitucionalismo, bem como explorar o conceito de democracia na CRFB/88 para, então, estabelecer a vinculação com o estado democrático de direito.

Assim, na primeira parte, foram apresentadas algumas das principais ideias da história do constitucionalismo ocidental, entendido como uma limitação à força volitiva humana nos termos de um governo de leis. Com esse intuito, passou-se pelos constitucionalismos clássico, social e democrático, apresentando suas principais características – reforçando que o constitucionalismo da CRFBB/88 está afeto à proteção de valores mais elevados, no centro do qual está a dignidade humana. Na segunda parte, tratou-se da democracia na CRFB/88, entendida como uma democracia deliberativa, buscando compreender qual o

seu sujeito (o povo), o seu funcionamento (o estado de direito) e a sua finalidade (o bem comum). Na terceira parte, caracterizou-se, de um lado, o que é o estado democrático de direito, bem como quais os seus fundamentos, e, de outro lado, a razão de ele constituir um elo entre democracia e constitucionalismo.

De posse disso, pode-se retomar algumas questões levantadas no início do texto e consideradas no desenvolvimento do texto. Assim, à indagação sobre como pode ser estabelecida a relação entre estado de direito, democracia e constitucionalismo na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, deve-se dizer que o estado democrático de direito estabelece uma legitimação democrática do poder que é estruturado pelo constitucionalismo. No mesmo sentido, entende-se que o constitucionalismo presente na CRFB/88 é de teor democrático, vinculando-se, inclusive, à proteção da pessoa humana. Apesar das origens entre constitucionalismo e estado de direito, fica claro que, no intuito de se limitar o poder político (da monarquia absoluta, especialmente), o estado de direito aparece como impondo fronteiras e demarcando, através da lei, contornos de ação. Sobre o conceito de democracia constitucional presente na CRFB/88, eviesou-se de modo a deixar preciso que ela é mais bem definida como uma democracia deliberativa, tendo-se em vista pressupor racionalidade deliberativa aos cidadãos, inclusive, para justificar as escolhas políticas em vista de uma sociedade mais justa e igualitária, isto é, o bem comum definido constitucionalmente. E, finalmente, sobre quais os fundamentos filosóficos e políticos do estado de direito na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, deve-se dizer que são aqueles enunciados pelo próprio texto constitucional (a soberania, a cidadania, a dignidade humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político, sob a égide da soberania popular), matizados pelo próprio bem comum, que aparece como finalidade da existência de uma ordem constitucional.

À luz disso, a hipótese que orientou esse trabalho, vale dizer, a de que a relação estabelecida entre estado de direito, democracia e constitucionalismo no texto constitucional pode ser mais bem determinada em torno dos fundamentos filosóficos e políticos do estado de direito na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, restou confirmada, pois que são esses pilares que evidenciam os termos da legitimação democrática que estabelece o elo entre estes elementos e institutos jurídicos.

Por fim, cabe dizer que esse assunto é demasiadamente mais amplo e mais complexo do que se indicou aqui neste trabalho – obviamente, por razões de limites formais de um trabalho de conclusão de curso. Com efeito, a sua problematização é, incontestavelmente,

uma contribuição de valorização da democracia e das suas instituições. Foi esse, ao cabo de toda a indagação, a grande propósito da sua realização.

REFERÊNCIAS

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. Constitucionalismo. In: CAMPILONGO, Celso; FREIRA, Andre Luiz; GONZAGA, Alvaro de Azevedo (Org.). **Enciclopedia Jurídica da PUCSP**. 1ed.São Paulo: Editora da PUC/SP, 2017, v. 2, p. 3-45. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/98/edicao-1/constitucionalismo>. Acessado em 28/05/20.

ARISTÓTELES. **Política**. Trad. Mário da Gama Kury. Brasília: UnB, 1985.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier. Direitos Fundamentais - Comentários aos arts. 1 a 4 da Constituição Federal de 1988. In: Janczeski, Célio Armando. (Org.). **Constituição Federal Comentada**. Curitiba: Juruá, 2010.

BARACHO, Jose Alfredo de Oliveira. Teoria geral das constituicoes escritas. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, n. 60-1, p. 25-98, jan.-jul. 1985.

_____. Teoria geral do constitucionalismo. **Revista de Informacao Legislativa**, Brasilia, Senado Federal, a. 23, n. 91, p. 5-62, jul.-set. 1986.

BARROSO, Luís R. O Constitucionalismo Democrático ou Neoconstitucionalismo como ideologia vitoriosa do século XX. **Revista Publicum Rio de Janeiro**, v. 4, Edição Comemorativa, 2018, p. 14-36.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**. v. 240, p. 1-42, 2005.

BARZOTTO, L. F. **A Democracia na Constituição**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005.

BERCUSON, Jeffrey. Democracy. In: MANDLE, Jon & REIDY, David (Org.). **The Cambridge Rawls Lexicon**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 190-4.

BOBBIO, N. Democracia. In: BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, N., & PASQUINO, G. **Dicionário de Política**. 11ª ed. Brasília: Editora UnB, 1998.

BOEIRA, Marcus P. B. **A Natureza da Democracia Constitucional**: um estudo sobre as cinco causas da democracia na CRFB/88. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acessado em: 17/01/18.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito**. Lisboa: Gradiva, 2000.

_____. **Constituição Dirigente e Vinculacao do Legislador**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de Direito e Constituição**. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución: de la antigüedad a nuestros días**. Madrid: Trotta, 2011,

HORTA, José Luiz B.. História do Estado de Direito. São Paulo: Alameda, 2011.

LANDAU, Herbert. La Democracia, el Estado de Derecho y los Derechos de Participación Ciudadana em Atención a la Realización de Proyectos a Gran Escala. **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano (Bogotá)**, Año XX, p. 237-250, 2014

LIMA E SILVA, R. Evolução Histórica e Desafios dos Modelos de Estado de Direito. **Revista de Teorias e Filosofias do Estado** (Minas Gerais), Vol. 1, n. 2, p. 103-124, 2015.

LUDKE, Menga; ANDRÉ, Marli. **Pesquisa em Educação: abordagens qualitativas**. São Paulo: EPU, 1986.

MATTEUCCI, N. Constitucionalismo. In: BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, N., & PASQUINO, G. **Dicionário de Política**. 11ª ed. Brasília: Editora UnB, 1998.

MICHELMAN, Frank. **Brennan and Democracy**. Nova Jersey: Princenton University Press, 1999.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª Ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

PIMENTA, Marcelo V. A. **Teoria da Constituição**. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2007.

REIS, C. A. “Todo poder emana do povo”: o exercício da soberania popular e a Constituição de 1988. In: Bruno Dantas; Eliane Cruxên; Fernando Santos; Gustavo Ponce de Leon Lago. (Org.). **Constituição de 1988: O Brasil 20 anos depois**. Brasília: Senado Federal, 2008, v. 1, p. 255-273.

ROHLING, Marcos. O Governo da Educação e a Justiça Educacional. Uma Análise das Bases da Legislação Educacional Brasileira à Luz da Controvérsia Liberal-Comunitarista. **Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro Ciências da Educação, Programa de Pós-graduação em Educação, Florianópolis**, 2018, p. 388.

_____. **Rawls e o Direito**. O Sistema Jurídico e a Justificação Moral da Obediência ao Direito em “Uma Teoria da Justiça”. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2020. p. 1-248 (no prelo).

SIGMUND, Paul E. Direito e Política. In: KRETZMANN, N. & STUMP. E. (Org.). **Tomás de Aquino**. São Paulo: Ideias & Letras, 2019.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

_____. **O Constitucionalismo Brasileiro. Evolução Institucional.** São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVEIRA NETO, Honório. Fundamentos do Estado Democrático de Direito. **Revista da Faculdade de Direito (UFMG)**, n. 33, p. 29-37, 1991.

SOUZA, Jessé de. **A Elite do Atraso: da Escravidão à Bolsonaro.** Estação Brasil/Sextante, Rio de Janeiro: 2019.

STRECK, Lenio Luiz & MORAIS, José Luis Bolzan. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

VIANNA, Geraldo Luiz. Constitucionalismo e Democracia: O Estado Constitucional e a Permanente tensão entre Poder e Direitos. **Revista Direito em Foco**, v. 7, p. 1-14, 2015.

VOLPATO DUTRA, Delamar J. A Legalidade como Forma do Estado de Direito. **Kriterion (UFMG. Impresso)**, Belo Horizonte, v. 104, n.109, p. 57-80, 2004.

_____. **Manual de Filosofia do Direito.** Caxias do Sul – Rio Grande do Sul: Educus, 2008.

_____. Constitucionalismos na Constituição da República Federativa do Brasil. In: Jovino Pizzi; Maria das Graças Pinto de Britto. (Org.). **Constitucionalismos, democracias e educação: o presente e o futuro da América Latina.** 1ed. Pelotas: Editora UFPEL, 2017, v. 1, p. 57-66.

WALUCHOW, Wil. Constitutionalism. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy** (Spring 2018 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2018/entries/constitutionalism/>>. Acesso em 28/05/20.