

**O PAPEL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS DEMOCRACIAS REPRESENTATIVAS
MAJORITÁRIAS**
THE ROLE OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN REPRESENTATIVE MAJORITARIAN DEMOCRACIES

Luis Fernando Sgrabossa¹
Gesiela Iensue²

Sumário: Considerações iniciais. 1 A democracia moderna, a representação e os problemas de *agency*. 2 A regra da unanimidade e o problema do *hold out*. A adoção da regra da maioria e suas consequências. 3 Direitos fundamentais e proteção das minorias vencidas. 4 A irredutibilidade do conceito de democracia ao conceito de maioria. Considerações finais. Referências.

Resumo: O presente artigo visa investigar o papel desempenhado pelos direitos fundamentais no contexto das democracias representativas majoritárias contemporâneas, problematizando o conceito de democracia e propondo, ao final, o conceito de *democracia constitucional*. Inicialmente, o artigo investiga as características das democracias modernas, com ênfase nos aspectos da representação e da regra da maioria como técnica de representação e como regra de tomada da decisão. Busca-se, nesse contexto, compreender melhor o papel desempenhado pelos direitos fundamentais, especialmente protegidos pelas constituições rígidas, como instrumentos de proteção dos indivíduos e das minorias vencidas nas democracias representativas majoritárias.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Proteção das minorias. Democracia constitucional.

Abstract: This article aims to investigate the role played by fundamental rights in the context of contemporary representative majoritarian democracies, questioning the concept of democracy and proposing, at the end, the concept of Constitutional Democracy. Initially, the paper investigates the characteristics of modern democracies, with emphasis on representations and the rule of the majority as a technique of representation and as a rule of decision-making. It is searched in this context to better understand the role played by fundamental rights especially protected by rigid constitutions as instruments of protections of individuals and minorities won majorities in majoritarian representative democracies.

Keywords: Fundamental rights. Protection of minorities. Constitutional democracy.

Considerações iniciais

A democracia constitui um dos valores políticos fundamentais da atualidade. Com efeito, após as revoluções liberais e com o fim das monarquias absolutistas assiste-se à difusão da democracia ao redor do planeta, sobretudo no ocidente, de modo que hoje poder-se-ia afirmar consistir no principal ideal de organização política (BOBBIO, 2000, p. 375).

Nada obstante, a transição de outros regimes para a democracia, a criação das instituições democráticas e a operacionalização da democracia evidentemente não constituem tarefas fáceis ou simples.

Pelo contrário, a trajetória da democracia ao longo da história denota avanços e retrocessos, em um processo dialético complicado. Parece razoável afirmar que uma das principais tarefas da democracia – a de conseguir fazer com que o Estado atue em conformidade com a vontade popular – constitui uma tarefa complexa e difícil, razão provável das vicissitudes enfrentadas pela democracia ao longo do tempo.

Como é sabido, a democracia contemporânea não se confunde com a democracia da Antiguidade (BOBBIO, 2000, p. 373). Entre inúmeras diferenças marcantes que refogem ao âmbito do presente

¹ Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Mestre em Direitos Humanos e Democracia pela mesma Instituição. É especialista em Direito Constitucional pela Unibrasil (Curitiba – PR) e bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa – UEPG. É professor de graduação da Faculdade Santa Amélia – SECAL, pós-graduação e da Escola da Magistratura do Paraná. Advogado. E-mail: sgrabossa@ufpr.br, lfsgrabossa@uol.com.br

² Doutoranda em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Mestre em Ciências Sociais Aplicadas pela Universidade Estadual de Ponta Grossa – UEPG. Professora Universitária da Faculdade Santa Amélia – SECAL. Coordenadora Adjunta do Curso de Direito das Faculdades SECAL (Ponta Grossa – PR). E-mail: gesiela.iensue@terra.com.br

estudo, seria interessante sublinhar uma distinção fundamental, qual seja, a presença do instituto da representação política (BONAVIDES, 2009, p. 229).

Com efeito, não são poucos os autores que evidenciam que razões pragmáticas levam à impossibilidade de se pretender implementar, na modernidade, uma democracia direta (MIRANDA, 2004, p. 368). A democracia direta típica da *polis* não seria realizável nos modernos Estados-nação, dadas as condições enormemente diversas em vários aspectos, como o espacial, populacional, entre outros. (BONAVIDES, 2009, p. 293)³

Surge, então, como nota distintiva da democracia moderna, o instituto da representação, segundo o qual o eleitor elege representantes que agirão nos órgãos eletivos do Poder Legislativo e do Poder Executivo em seu nome (BONAVIDES, 2009, p. 293 ss).⁴

1 A democracia moderna, a representação e os problemas de *agency*

É possível afirmar que a representação é o instituto central das democracias modernas – não por acaso denominadas representativas –, na medida em que possibilita e viabiliza a operação concreta da democracia nos Estados-nação modernos.

Por outro lado, a representação política, como de resto qualquer outra, engendra seus próprios problemas e suas próprias complexidades (MIRANDA, 2004, p. 364-366). Um dos principais problemas correlatos a qualquer tipo de representação consiste naquele denominado de *agency* pelos economistas.

O problema em referência diz respeito, especificamente, à dificuldade em se conseguir fazer com que qualquer estrutura que represente interesses alheios ou que tenha a função de por eles velar, que atue efetivamente em prol dos interesses do constituinte-representado, e que não se desvie de tal finalidade, passando a utilizar-se de suas prerrogativas ou autoridade auferida do constituinte ou representada em benefício próprio.⁵

Com efeito, esse parece ter sido um problema fundamental da democracia moderna ao longo de toda sua trajetória até a atualidade.⁶

Inicialmente, no período da democracia denominada indireta (BONAVIDES, 2009, p. 293), democracia típica do século XIX, a expectativa era a de que a existência de eleições periódicas constituiria a principal garantia em prol da atuação do representante-eleito em conformidade com a vontade do eleitor-representado, o que, como é sabido, acabou por se frustrar.⁷

Da mesma forma, no período da democracia semidireta, típica das primeiras décadas do século XX, buscou-se combater o problema da desconformidade da atuação dos representantes para com a vontade concreta dos representados, através da criação de institutos ou mecanismos que simultaneamente aumentavam o controle dos últimos sobre os primeiros e permitiam ao eleitor decidir determinadas questões diretamente (BONAVIDES, 2009, p. 295 ss).

³ Passar-se-á ao largo, aqui, igualmente das considerações acerca do caráter aristocrático das democracias da antiguidade, por refugirem ao escopo da análise aqui levada a cabo. Observe-se, igualmente, que se tem consciência de que a rejeição da ideia de uma democracia direta na modernidade não repousa tão somente em razões de factibilidade, mas que existe igualmente um ideário elitista a dar-lhe sustentação.

⁴ Note-se que a representação constitui uma *ficção* que faz considerar-se presente aquele que, de fato, encontra-se ausente. No campo político, a representação faz com que se pretenda considerar a vontade do representante-eleito *como se* fosse a vontade do eleitor-representado, o que, não raro, empiricamente não corresponde à realidade.

⁵ Assim, em uma empresa privada, por exemplo, a solução para eventuais problemas trazidos por condutas contrárias ao proprietário pode ser resolvida, em princípio, pela instituição de uma estrutura verticalizada ou hierarquizada de chefia ou fiscalização. Nada obstante, esta mesma estrutura é de difícil fiscalização, podendo ser desvirtuada e atuar em desconformidade para com os interesses do proprietário. Como observa o professor canadense Ejan Mackaay, este problema é aplicável a um sem-número de situações, inclusive à representação política ou ao estabelecimento de um governo responsável pela gestão do poder em nome e, supostamente, no interesse do povo. BONAVIDES, P. op. cit. p. 230-231.

⁶ Jorge Miranda assevera que “com a democracia representativa, a eleição torna-se a peça essencial do sistema, torna-se a via de assegurar a coincidência da vontade dos governantes com a vontade do povo e a prossecução do interesse colectivo de harmonia com o titular deste, o povo.” MIRANDA, 2004, p. 372.

⁷ A ideia basililar singela é que o desvio na conduta do representante eleito redundaria em sua não reeleição, o que constituiria um fator suficientemente inibidor de eventuais desvios de conduta. Observe-se com Jorge Miranda que “é a tese do governo representativo, e não de governo comissarial, que vingou com as grandes revoluções do século XVIII e XIX ou que, sem revolução, é adotada em alguns países onde se consegue fazer a experiência de reforma ou transições pacíficas.” MIRANDA, J. idem, p. 366. O mandato representativo livre e a ausência de responsabilidade política serão, s.m.j., algumas das principais causas da crise da democracia liberal ou indireta.

São exemplos as consultas populares – plebiscitos e referendos –, a iniciativa popular de lei, o veto popular e o direito de revogação traduzido em institutos como o *recall*, que permitiam a revogação de mandatos representativos (BONAVIDES, 2009, p. 302 ss).

Nada obstante, a democracia semidireta mostrou-se incapaz de superar os problemas da representação política, dando lugar à denominada democracia de partidos, após a década de 1930 (COSTA, 2010, p. 194). Nesta, como é sabido, o elemento central é a figura do partido político (BONAVIDES, 2009, p. 298 ss).

Esse passa a ser compreendido como um elemento fundamental da organização política, como um canal condutor capaz de, ao mesmo tempo, traduzir a vontade do eleitor em atuação estatal e garantir a conformidade da atuação dos representantes para com os desejos dos representados.

Ao programa do partido, caberia, segundo tal concepção, evidenciar ao eleitor as diversas opções políticas possíveis, eis que este escolheria o partido político e seus candidatos com base nos valores e ideais inscritos no programa. Por outro lado, o partido político exerceria o controle da conduta dos eleitos, através da fidelidade e da disciplina partidárias.

Também esse modelo, em função de diversos fatores, mostrou-se ineficaz em solucionar significativamente o problema da representação (MIRANDA, 2004, p. 369),⁸ posto que, de fato, empiricamente, não raro a vontade do eleito autonomiza-se e impõe-se contra e acima da vontade do eleito.⁹

De se recordar, quanto ao particular, às antagônicas teorias da soberania na visão de Rousseau e Sieyès. A teoria da soberania popular, sustentada por Rousseau, postulava que cada cidadão seria detentor de uma pequena parcela da soberania, e que a representação política seria admissível apenas se o eleitor-representado tivesse meios de fazer imperar sua vontade sobre os representantes-eleitos (CANOTILHO, 2003, p. 113).¹⁰

A denominada teoria da soberania nacional, por sua vez, rechaçava a ideia de pertencer a soberania ao povo-eleitor, afirmando que esta seria titularizada, de fato, pela Nação (CANOTILHO, 2003, p. 113). Esta, sendo uma ficção,¹¹ acabava por reduzir o eleitor a um órgão a serviço da nação (e não mais titular da soberania), cuja função se tinha por perfeita e acabada com a eleição dos representantes, estes sim aptos a manifestarem a vontade da ficta Nação (BONAVIDES, 2009, p. 140 ss).

Tinha como consequência a recusa de qualquer valor à vontade do eleitor, a ideia de que a vontade da nação somente poderia ser captada e manifestada pelos representantes eleitos,¹² órgãos da Nação soberana, o que, por sua vez, trazia consigo o mandato livre (CANOTILHO, 2003, p. 113) – exercido livremente, de acordo com a convicção do eleito e sem prestar contas ao eleitor – e a ausência de responsabilidade política – irrevogabilidade dos mandatos (BOBBIO, 2000, p. 372).¹³

Conclusivamente, pode-se afirmar que concretamente resta bastante clara a possibilidade (não raro traduzida em ato) de que a atuação dos representantes-eleitos revele-se até mesmo frontalmente contrária à vontade ou expectativas dos eleitores-representados.¹⁴

Donde se conclui que os problemas de *agency* inerentes à representação política trazem consigo riscos plausíveis para os eleitores-representados, que podem ter seus interesses pesadamente afetados pela

⁸ Esta implica, necessariamente, como observa Jorge Miranda com base em Carl Schmitt, inidentidade entre os titulares do poder e os governantes, o que traz a consequência dos problemas de *agency*.

⁹ Hoje parece ser plausível concluir estar-se diante de uma democracia que ostenta alguns elementos de cada uma destas fases, mas ainda buscando solver o problema que a assola desde suas origens, qual seja, a representação. As novas propostas e tentativas de reformulação da democracia, como a denominada *democracia participativa*, estão a demonstrá-lo.

¹⁰ Propunha-se, assim, a adoção de mecanismos como o *mandato imperativo* e o *direito de revogação*, buscando-se reduzir os representantes ao papel de meros comissários, como sustentava Rousseau, ao contrário de Montersquieu e Sieyès.

¹¹ Recorde-se que os estados modernos, embora supostamente erigidos de acordo com o princípio das nacionalidades, o foram de maneira ficcional. De fato, a maioria dos Estados modernos nunca representaram nações no sentido sociológico ou antropológico do termo, caracterizando-se, antes, como Estados plurinacionais, em que diversas nações eram reunidas sob um poder político central de forma artificial e autoritária.

¹² Ocultava-se, assim, o conflito de interesses empírico existente entre eleitores e eleitos.

¹³ Esposa-se aqui o entendimento no sentido de que instituições arcaicas como o *impeachment* não traduzem responsabilidade estritamente política, haja vista a tipicidade dos crimes de responsabilidade e suas características judicialiformes. Como observa Norberto Bobbio, na democracia representativa moderna o voto expressa o direito dos governados de eleger, mas não de decidir.

¹⁴ Apenas para ilustrar com um exemplo banal recordem-se os constantes aumentos do número de vereadores em inúmeros municípios, mesmo à revelia das manifestações populares. Complementarmente, basta lembrar inúmeros outros problemas que assolam a representação, como os intermediários, os grupos de pressão, a burocracia, o fenômeno do *lobby*, entre outros, aptos a causarem distorções na representação. Os problemas da representação são severos a ponto de se falar em crise de representação. COSTA, 2010, p. 203 e ss.

conduta dos representantes eleitos, o que constitui um primeiro fator a ser levado em conta na avaliação do papel desempenhado pelos direitos fundamentais em uma democracia representativa (COSTA, 2010, p. 171 ss).

Revela-se primordial, neste passo, analisar-se outro aspecto fundamental da democracia, qual seja, o seu caráter majoritário, e as consequências dele decorrentes, o que se fará na seção seguinte.

2 A regra da unanimidade e o problema do *hold out*. A adoção da regra da maioria e suas consequências.

Outro aspecto basilar na análise da democracia consiste em seu caráter majoritário. Com efeito, as decisões na democracia são tomadas com base em uma maioria – maioria como técnica de tomada de decisão –, e a representação, por vezes, é majoritária – maioria como técnica de representação (CAETANO, 2009, p. 248 ss).

Primeiramente, deve-se observar que, hipoteticamente, a regra ideal de tomada de decisão seria a regra da unanimidade (BOBBIO, 2000, p. 432 ss). Ao que parece, seria a regra que melhor contemplaria todos os interesses, e não apenas os de uma parcela – ainda que majoritária – da sociedade. Além disso, ela poderia proporcionar, por si só, uma garantia aos indivíduos, posto que as decisões coletivas devendo ser tomadas pela unanimidade, nenhum risco poderia esperar, diante de seu poder de veto sobre as mesmas (BUCHANAN; TULLOCK, 1965, 3.6.13).

Ocorre que, de fato, a regra da unanimidade obstará a operação da democracia e, além disso, traria consigo problemas significativos. Primeiramente, observe-se que por vezes revela-se difícil atingir um mínimo de consenso para atingir uma maioria qualquer de votos em prol de uma proposta ou candidato. Portanto, pode-se facilmente intuir sobre a grande possibilidade de impasse e indecisão em um sistema que exigisse a unanimidade para a tomada de decisões ou a eleição de um representante.

Parece intuitivo entender que a adoção da regra unanimidade não seria factível na prática. Além disso, a regra da unanimidade traria consigo o problema do *hold out*. Este seria o indivíduo recalcitrante ou resistente em conferir sua concordância para a formação do consenso unânime, de maneira oportunista ou estratégica (BUCHANAN; TULLOCK, 1965, 3.5.42). Com efeito, os últimos ou o último indivíduo de cujo assentimento dependesse a tomada de uma decisão coletiva importante estaria em condições de barganha muito favoráveis, podendo exigir benefícios extremamente onerosos ou até mesmo extorsivos da coletividade em troca de sua concordância.¹⁵

Do mesmo modo que a democracia direta não se revela factível na contemporaneidade, a regra da unanimidade não se revela praticável, podendo conduzir à impossibilidade de tomada de uma decisão, e problemas correlatos. Assim, do mesmo modo que as sociedades se afastam de uma democracia direta, admitindo-a em sua forma representativa, a regra da unanimidade é posta de lado, e em seu lugar surge a regra da maioria (BOBBIO, 2000, p. 434 ss).

Assim, em nome da factibilidade e da possibilidade de tomada das decisões, assume-se a regra da maioria nas democracias (BUCHANAN; TULLOCK, 1965, 3.6.13). Com efeito, em diferentes sistemas políticos e em diferentes matérias, assume-se alguma das diversas variantes da regra majoritária para operacionalizar a tomada de decisões, a eleição de representantes e mesmo para estruturar os sistemas eleitorais.¹⁶

No entanto, embora viabilize a tomada de decisão e minimize o problema dos *hold outs*, a adoção da regra da maioria também traz consigo alguns problemas e inconvenientes. Senão vejamos.

Enquanto técnica de representação, a maioria faz com que parcela dos votos seja perdida, não tenha eficácia concreta, e tem como resultado, também, manter parte do eleitorado privada de representação (BONAVIDES, 2009, p. 267).

¹⁵ Aqui a regra da unanimidade exhibe sua fragilidade, pois no extremo a vontade de um indivíduo sobrepõe-se à de todos os demais.

¹⁶ Com efeito, a técnica majoritária possibilita tanto a tomada de decisão (em um órgão colegiado ou em uma consulta popular, p. ex.), quanto a eleição. Além disso, ao redor dela estruturam-se sistemas de representação, como o sistema majoritário e suas variantes (anglo-americana ou de turno único; franco-alemã ou de dois turnos). BONAVIDES, 2009, p. 265 e ss. Mesmo o sistema de representação proporcional necessita do conceito de maioria, pois partidos e coligações mais votados têm maior representação. Ainda, os sistemas distritais puro e misto representam, indubitavelmente, uma criação tipicamente majoritária. Por fim, o parlamentarismo é um sistema que dá vazão ao princípio majoritário de uma forma muito pronunciada, ao fazer com que da maioria parlamentar dependa a continuidade do governo ou seu fim.

Com efeito, em uma eleição com dois candidatos, A e B, por exemplo, se o candidato A vencer a eleição obtendo uma maioria absoluta de votos (50% + 1), uma parcela nada negligenciável do eleitorado (até 50% - 1) ficará sem representação durante o mandato do candidato A (BONAVIDES, 2009, p. 268 ss).¹⁷

O problema torna-se ainda mais grave conforme o sistema eleitoral adotado, pois em sistemas de maioria relativa (menor do que 50%) com um único turno, é possível mesmo que o candidato menos votado (considerando-se o total de votos) seja eleito, p. ex.

Imagine-se, ilustrativamente, uma eleição entre os candidatos A, B e C, em que A receba 30% dos votos, B receba outros 30% dos votos, e C receba 40% dos votos. C será eleito com 40% de votos (mais do que a votação isolada de A e de B), mas se observando mais apuradamente se perceberá que foi eleito contra os votos de 60% do eleitorado. (BONAVIDES, 2009, p. 265-266)¹⁸ Esta constitui, evidentemente, uma grave distorção possibilitada pela eleição calcada na maioria simples.¹⁹

Em função de tais limitações surgiram propostas corretivas, como a instituição da representação proporcional, com vistas a possibilitar a representação das minorias políticas nos órgãos colegiados (BONAVIDES, 2009, p. 268-270), e o sistema majoritário de dois turnos (variante franco-alemã) (BONAVIDES, 2009, p. 265-266).

Nada obstante, esses não são os únicos inconvenientes consecutórios à adoção da regra da maioria. Enquanto técnica de tomada de decisão, a regra majoritária igualmente tem limitações bastante agudas, cujas consequências podem ser significativas e graves.

Com efeito, como visto, a técnica da maioria contorna problemas que poderiam conduzir à indecibilidade acerca de questões de importância vital para a sociedade. Nada obstante, o faz, em boa medida, às custas da segurança de indivíduos e das minorias vencidas.

O afastamento da regra da unanimidade consiste em um afastamento no poder de veto individual sobre decisões coletivas. Portanto, traz como consequências possíveis a tomada de decisões à revelia de indivíduos e minorias vencidas no processo decisório majoritário.

Qualquer processo de tomada de decisão coletiva regido pelo princípio majoritário, qualquer que seja a regra da maioria escolhida, traz consigo potenciais riscos para as minorias vencidas nestes processos decisórios.²⁰

Com efeito, seus votos contrários de nada valerão, uma vez que a decisão tomada majoritariamente lhes poderá ser imposta, a despeito de sua discordância. E, não raro, poderão ser decisões graves, cujas repercussões poderão potencialmente atingir bens valiosos, como a liberdade, o patrimônio, a integridade física e até mesmo a vida.

Pense-se, por exemplo, em uma votação (plebiscitária ou parlamentar) acerca da adoção da pena de morte em um Estado que atualmente não a adote. A aprovação pela maioria absoluta ou mesmo qualificada significará a possibilidade de se atingir a vida de qualquer dos membros daquela comunidade política, mesmo daqueles que tenham votado contrariamente à proposição.

O mesmo vale, por exemplo, para uma votação para decidir pelo socialismo ou comunismo, relativamente à propriedade privada em uma sociedade atualmente capitalista, ou uma votação para decidir acerca da adoção da pena de prisão perpétua ou penas cruéis em um sistema jurídico que atualmente não as admita, incidindo gravemente sobre a liberdade individual e sobre a integridade física e psicológica.

Uma maioria qualquer em um Estado qualquer poderia, por exemplo, vencer uma minoria em um processo decisório regido pela regra majoritária e impor a esta minoria danos muito graves, tais como

¹⁷ Foi em função deste inconveniente que se adotou o sistema de representação proporcional ou belga, diminuindo-se (mas não se eliminando) o fenômeno dos “votos perdidos”. Observa Paulo Bonavides que tal sistema erige-se sobre um princípio de justiça, pois tenta favorecer um contexto no qual todo voto tenha alguma eficácia. O problema dos restos e das sobras, no entanto, evidencia os limites do sistema proporcional, bem como este tem alguns efeitos perniciosos na estabilidade do governo, embora tenha o louvável mérito de viabilizar a representação das minorias. BONAVIDES, 2009, 268 e ss.

¹⁸ Foi em razão deste grave inconveniente que surgiu o sistema franco-alemão de representação majoritária, ou de dois turnos, no qual não atingindo nenhum dos candidatos a maioria absoluta (50% + 1 dos votos), realiza-se um novo turno de votação, desta feita com apenas os dois candidatos mais votados.

¹⁹ Como observa Miranda, os diferentes sistemas de representação (majoritário ou proporcional) podem ser, conforme o caso, mais ou menos integrador da unidade política. MIRANDA, 2004, p. 371.

²⁰ No presente contexto, o conceito de minoria não precisa, necessariamente, ser dotado da conotação convencional, sociológicas, com o qual normalmente vem impregnado. A minoria aqui pode ser compreendida, singelamente, como o grupo derrotado em um processo de decisão majoritário.

trabalhos forçados, o confinamento em campos de concentração ou mesmo destiná-la a campos de extermínio. As referências a fatos históricos concretos são explícitas.

Portanto, a adoção da regra da maioria faz-se por imperativos pragmáticos ou de factibilidade, mas seu preço consiste em boa parcela de segurança individual relativamente àqueles vencidos nos processos decisórios (ou eletivos) majoritários.²¹

Parece evidente, por outro lado, que a adoção de diferenciados níveis de consenso para a tomada de diferentes decisões tem o condão de reduzir ou minimizar tais riscos, embora seja igualmente evidente que não os exclua totalmente.²²

De todo modo, convém sempre lembrar que por mais exigente que seja a regra da maioria adotada, sempre haverá uma minoria passível de sofrer as consequências das decisões da maioria, o que poderá ter alcances extremamente gravosos. A existência de uma minoria vencida é um efeito intrínseco e inseparável da operação da regra da maioria com técnica de tomada de decisão.

Portanto, até este ponto, restaram evidenciados dois traços de fundamental importância para a compreensão das complexidades que permeiam democracia contemporânea.

A característica da representatividade (e seus problemas de *agency*) aliada à característica majoritária fazem com que os riscos de a minoria vencida ser afetada negativamente, às vezes de maneira severa, em questões importantes sejam muito plausíveis. Em tal sistema, é extremamente provável que isto ocorra. Colocadas tais premissas, pode-se agora investigar um pouco mais o papel desempenhado pelos direitos fundamentais em democracias representativas majoritárias.

3 Direitos fundamentais e proteção das minorias vencidas

De tudo quanto foi visto aqui resta evidenciado que as instituições da democracia moderna não podem ter a aspiração de constituir algo perfeito, não devendo, tampouco, ser idealizadas demasiadamente. Embora se deva reconhecer todas as virtudes da democracia em comparação com outros regimes, é forçoso observar que ainda se trata aqui de poder (*demos kratos*) (CAETANO, 2009, p. 331),²³ fenômeno que, em uma ótica constitucionalista, deve ser contido e limitado na medida do necessário em determinados contextos e circunstâncias.²⁴

Entre constituição e democracia desenvolvem-se relações intensas, profundas e complexas, e o sistema de direitos fundamentais encontra-se no cerne destas relações. Basta recordar questões como as cláusulas pétreas²⁵ e a relevante discussão acerca do caráter contramajoritário da jurisdição constitucional²⁶ para se ter uma dimensão das complexidades que envolvem a temática (COSTA, 2010, p. 235 ss).

Mais de um autor ressalta a importância primordial da constituição, de sua rigidez ou imodificabilidade relativa e, acima de tudo, dos direitos fundamentais, como trunfos, como uma proteção

²¹ John Stuart Mill observara: “A vontade do povo significa praticamente a vontade da *parte* mais numerosa ou mais activa do povo; a maioria são os mais bem sucedidos no esforço de se fazerem aceitar como parte dos seus membros, donde resulta a necessidade de precauções contra este como contra qualquer outro abuso do poder.” John Stuart Mill *apud* CAETANO, 2009, p. 333. Mecanismos majoritários, tais como as consultas populares (referendos e plebiscitos), por sua vez, são ineficazes em proteger as minorias vencidas, obviamente. Recorde-se o papel desempenhado por tais mecanismos no contexto da ascensão do nacional-socialismo e, mais recentemente, em diversos regimes populistas na América Latina.

²² Assim, parece ser perfeitamente racional pensar na adoção de maiorias qualificadas elevadas e exigentes para a tomada de determinadas decisões mais gravosas, na adoção de maioria absoluta para um espectro amplo de decisões e, por fim, em maiorias relativas para decisões de menor relevância. Neste sentido, CANOTILHO, 2003, p. 329.

²³ Não se ignora que a democracia consistiu em uma tentativa de limitação do poder político, como evidencia Marcello Caetano. No entanto, é inegável constituir ela mesma uma forma de poder, passível, por sua vez, de limitação em prol de determinados valores, como dos direitos fundamentais. Sobre o campo de tensão entre o “poder do *demos*” e os direitos subjetivos veja-se COSTA, 2010, p. 239 e ss.

²⁴ Assume-se aqui a definição de constitucionalismo como um movimento em prol da limitação do poder através de constituições e da constituição como uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos, nos termos da definição de Mateucci.

²⁵ Com efeito, as denominadas “cláusulas pétreas” da Constituição da República de 1988 (art. 60, § 4º) constituem, sem dúvida, uma restrição bastante severa ao princípio democrático, excluindo certas deliberações do âmbito do constitucionalmente possível. Por outro lado, entre as próprias cláusulas imodificáveis encontram-se aspectos fundamentais da democracia (voto direto, secreto e universal, p. ex.). Assim, a Constituição, ao mesmo tempo, restringe e protege a democracia, o que revela parte da complexidade dessas relações. Pietro Costa fala dos “princípios indecíveis” como defesa da constituição em face da democracia. COSTA, 2010, p. 257 e ss. Sobre a defesa da democracia em face dos poderes, COSTA, 2010, p. 265 e ss.

²⁶ A célebre discussão acerca da legitimidade da atribuição do controle de constitucionalidade das leis, em uma democracia, a uma elite de magistrados não eleitos, embora sustentemos a visão de que o problema é, em larga medida, falacioso.

de indivíduos e grupos minoritários ou vencidos em face das maiorias vencedoras (MIRANDA, 2004, p. 70 ss).

Com efeito, as características ora estudadas da democracia evidenciam com nitidez a possibilidade do poder, ainda que supostamente popular e ainda que supostamente representando a vontade da maioria, constituir uma efetiva ameaça a indivíduos e minorias vencidas.

Parece ser evidente que a representação permite que uma elite de fato de parlamentares, p. ex., haja em nome da maioria dos eleitores,²⁷ e os problemas de *agency*, sobretudo consistentes em atuação parlamentar e legislativa em desconformidade com a vontade popular presumida ou expressa evidenciam o risco de toda a população (inclusive a maioria) quedar-se à mercê das vontades, dos caprichos, dos abusos e dos arbítrios de tal elite, que pode atuar e, de fato por vezes atua em franca contrariedade com os interesses da sociedade ou dos eleitores-representados.

Um outro problema de *agency*: mesmo a representação proporcional das minorias nos órgãos colegiados por vezes constitui uma garantia muito tênue, pois em função dos mais variados fatores, também os representantes eleitos pelas minorias não raro podem desviar-se da defesa dos interesses daquelas em direção a outras finalidades pessoais ou de terceiros (COSTA, 2010, p. 189 ss).

De outro lado, a adoção simples da regra da maioria, sem mecanismos de controle, possibilitaria que decisões graves fossem tomadas contra a vontade expressa das minorias vencidas nos processos eletivos ou decisórios, e tais decisões poderiam atingir aspectos importantes da vida das minorias vencidas e dos indivíduos, sua vida, sua integridade física, sua liberdade, seu patrimônio, entre outros.

Assim, a existência de um sistema de direitos fundamentais constitucionalmente protegido e, assim, colocado à salvo de maiorias ocasionais, pode constituir, por vezes, a única proteção efetiva das minorias vencidas ou dos indivíduos em face das manifestações majoritárias do poder.²⁸

A existência de tal sistema estabelece uma série de restrições e limitações ao poder (CAETANO, 2009, p.280 ss), mesmo que supostamente democrático ou majoritário, estatuidando imunidades, prerrogativas ou faculdades em prol de todos, inclusive daqueles derrotados nos imperfeitos processos decisórios ou eletivos regidos pelo princípio majoritário. (CANOTILHO, 2003, p. 248)²⁹

Desse modo, a Constituição estabelece as regras do jogo democrático, criando o que James Buchanan denomina democracia constitucional (COSTA, 2010, p. 253 ss). Nela, em lugar de um fetichismo do valor democrático ou da regra da maioria, cego às imperfeições inerentes a toda instituição humana, encontra-se o comedimento e o equilíbrio entre democracia e outros valores (BOBBIO, 2000, p. 443 ss).

Nesse sentido, busca-se conciliar um sistema majoritário de representação e decisão com as exigências de segurança jurídica, de garantia da liberdade individual através da limitação do poder, promovido pelo constitucionalismo.

O sistema de direitos fundamentais inscrito na constituição forma o ordenamento jurídico, conforma-o, delineando a esfera do indecidível e a esfera do indecidível-que-não, parafraseando-se Luigi Ferrajoli (FERRAJOLI, 2004).

Tal sistema constitui uma fundamental garantia de que o jogo democrático e o funcionamento de suas instituições não se transformará em uma outra forma de tirania ou ditadura da maioria, em excesso de poder da maioria sobre uma minoria inerme e indefesa.

É nesse sentido que o jurista italiano fala em direitos fundamentais como lei do mais fraco; um sistema de normas que protegem a todos, vencedores e vencidos, estabelecendo balizas ou parâmetros

²⁷ De fato, se observarmos que contamos no Brasil, p. ex., com cerca de 191.000.000 de cidadãos (segundo o CENSO 2010, Instituto Brasileiro de Geografia Estatística, IBGE), e que o Congresso Nacional é composto de 594 parlamentares (81 senadores e 513 deputados), observaremos com nitidez que, na prática, está-se diante de algo que, em face do fenômeno da autonomização da vontade dos representantes-eleitos ante os eleitores-representados, estamos mais propriamente diante de algo como uma aristocracia (ou oligarquia) do que diante de uma democracia compreendida como governo da maioria. Adiante far-se-á uma crítica, no entanto, a esta concepção de democracia como governo da maioria.

²⁸ Destaca-se aqui uma das funções clássicas das constituições, denominada *função de garantia e proteção* por Canotilho. “Uma das principais funções da constituição é a *função garantística*. Garantia de quê? Desde logo, dos direitos e liberdades. Uma das principais dimensões do constitucionalismo moderno – recorde-se – foi a de, através da *constitucionalização dos direitos e liberdades*, subtrair à livre disponibilidade do soberano (rei, estado, nação) a titularidade e exercício dos direitos fundamentais.” CANOTILHO, 2003, p. 1440.

²⁹ Segundo José Joaquim Gomes Canotilho, o sistema de direitos fundamentais constitui a base antropológica estruturante do Estado de Direito.

mínimos do constitucionalmente possível e do constitucionalmente impossível e, juntamente, portanto, do democraticamente possível e do democraticamente impossível.

Os direitos fundamentais operam, nessa ótica, como corretivos imprescindíveis às imperfeições das instituições democráticas (BOBBIO, 2000, p. 421ss),³⁰ aqui consideradas inevitáveis e sem qualquer intuito de vilipendiar a ideia ou o valor da democracia.

Operam como um sistema de contenção, limitação ou controle de uma manifestação de poder importante na contemporaneidade – a democracia –, mas que permanece sempre sendo isso – uma manifestação de poder – e, como tal, sempre potencialmente lesiva a grupos e indivíduos.

Observe-se que a proteção das minorias vencidas em democracias majoritárias só pode ser feita de forma muito precária por instituições democráticas – leia-se representativas e majoritárias.³¹

Mesmo o sistema eleitoral proporcional, que melhora sensivelmente a representação das minorias políticas, revela-se por vezes insuficiente para proporcionar-lhes efetiva proteção. Muitas vezes, infelizmente, a representação proporcional por si só nada significa, pois a técnica de decisão continua sendo majoritária e, como tal, tomada à revelia da minoria.

Em um contexto em que seja impossível para uma minoria fazer uma coalizão que permita que a mesma exerça peso efetivo no processo decisório, sua mera representação pouco ou nada difere de um direito ao protesto desprovido de efeito prático concreto. A manifestação de sua discordância com uma proposição, para ter peso efetivo, depende de sua assimilação ou aceitação pelo grupo majoritário, o que não se pode presumir como certo.

Assim, torna-se essencial que haja mecanismos contramajoritários em uma verdadeira democracia constitucional, mecanismos estes que estabelecem as regras elementares do jogo, evidenciando e separando as esferas daquilo que pode ser deliberado e daquilo que não pode ser deliberado.

Os direitos fundamentais, convertidos em normas indelévels do ordenamento jurídico como feito pela Constituição brasileira de 1988, estabelecem o mínimo de segurança para que um sistema democrático opere como verdadeira democracia, e não como arbítrio e abuso em nome da maioria, contra uma minoria impotente e desprotegida.

E tamanha é a generosidade do sistema de direitos fundamentais que ele protege a ambas: à maioria e à minoria, e, inclusive, à antiga maioria que pode tornar-se, no futuro, uma minoria, donde depreende-se seu caráter isonômico fundamental.

Para encerrar o presente estudo, convém realizar uma derradeira reflexão sobre o conceito de democracia e sobre a impropriedade de reduzi-lo a conceitos mais singelos, como a mera existência de eleições periódicas, ou o mero “governo da maioria”.³²

4 A irredutibilidade do conceito de democracia ao conceito de maioria

De tudo quanto visto até aqui se espera ter chegado uma visão mais ampla, profunda e satisfatória da questão envolvendo a complicada relação entre direitos fundamentais e democracia (CANOTILHO, 2003, p. 290).

Com efeito, observando-se em maior detalhe, percebe-se que algumas ilações feitas sem maior reflexão sobre a democracia revelam-se falsas. Sustenta-se aqui que a concepção que considera democracia como a mera existência de eleições periódicas, assim como aquela que considera a democracia como sendo simplesmente o “governo da maioria” revelam-se insatisfatórias.³³

³⁰ Norberto Bobbio afirma que uma democracia perfeita nunca existiu e não pode existir, opondo os conceitos de democracia ideal e democracia real.

³¹ Nas palavras de Marcello Caetano: “Em conclusão: o que importa reter é que a democracia não é, por si só, garantia da limitação do Poder político. Sendo um sistema neutro, simples moldura em que a maioria triunfante insere o seu programa enquanto dispuser da força, e que portanto pode até permitir que instaure um regime não-liberal, legitimando toda a expressão da vontade popular, a democracia não assegura eficientemente a liberdade.” CAETANO, 2009, p. 334.

³² Bobbio afirma que “o princípio da maioria é apenas um dos elementos para o bom funcionamento do sistema democrático: é um procedimento que nem sempre funciona (os limites) e nem sempre, quando funciona, é fácil fazê-lo funcionar (as aporias).” BOBBIO, 2000, p. 454.

³³ De se recordar a definição atribuída a Abraham Lincoln, definidora da democracia como governo do povo, pelo povo e para o povo, bastante diversa e muito mais ampla do que simples “governo da maioria”. CANOTILHO, 2003, p. 287. Bobbio elenca, como

De fato eleições periódicas não constituem um monopólio dos regimes democráticos. Basta se pensar, quanto à insuficiência de eleições periódicas para caracterizar uma verdadeira democracia, nos regimes de partido único, por exemplo.

É sabido que em tais regimes as eleições periódicas perdem seu real sentido – promover a escolha popular dos governantes – e assumem feições meramente plebiscitárias ou cesaristas, servindo apenas de suporte ideológico a forçar uma representação de legitimidade da qual o regime carece em realidade.³⁴

Pense-se, outrossim, nos regimes autoritários ou totalitários. Sabidamente, ambos caracterizam-se como regimes marcados pela ascendência do Estado sobre os indivíduos, sendo os últimos instrumentalizados e vistos como acessórios e subalternos ao primeiro. Ambos caracterizam-se, ainda, pela ausência de liberdade política, não havendo espaço para oposição ao governo, e tampouco liberdade de manifestação de todas as correntes de opinião existentes na sociedade, sendo comum a repressão violenta de opositores.³⁵

Difícilmente hoje reconheceríamos como democrático um regime dessa espécie, mesmo que presentes eleições periódicas e um aparente pluralismo político.

Portanto, a mera existência de eleições periódicas desserve à caracterização de uma verdadeira democracia, consistindo em um critério pobre, posto que a democracia contemporânea é compreendida como portadora de uma série de outros valores a ela correlatos, entre os quais a tolerância e o pluralismo político (CANOTILHO, 2003, p. 327), o pluripartidarismo (CANOTILHO, 2003, p. 313-314), a liberdade de expressão e de pensamento, a liberdade de imprensa, a liberdade de manifestação, a liberdade de associação, a livre criação de partidos políticos, o voto direto, secreto, universal e periódico (CANOTILHO, 2003, p. 301 ss),³⁶ entre outros.

Desse modo, parece plausível afirmar que a democracia é irredutível ao conceito de eleições periódicas, mero componente – importante, evidentemente – do composto democrático. O mesmo se aplica à regra da maioria – ou princípio majoritário.

Igualmente a regra da maioria não é exclusividade de regimes democráticos (BOBBIO, 2000, p. 429).³⁷ Na União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, por exemplo, operava a regra da maioria em plenitude dentro dos soviets. O Grande Conselho do Fascismo italiano operava a partir de tal regra, igualmente (BOBBIO, 2000, p. 430).

Além de não ser exclusividade das democracias, o princípio majoritário não exaure este conceito, como se buscará demonstrar aqui (CANOTILHO, 2003, p. 330).³⁸

Como visto, a maioria pode operar tanto como técnica de representação – sistema majoritário – quanto como técnica de decisão – decisão ou eleição por maioria relativa ou simples, absoluta ou qualificada.³⁹

Em ambos os casos, a regra majoritária é tomada como regra técnica, com a finalidade de possibilitar ou viabilizar a representação, a eleição, a decisão, e não por possuir alguma virtude mágica, algum valor intrínseco ou transcendental (CANOTILHO, 2003, p. 329),⁴⁰ e tampouco por constituir um dogma absoluto ou porque a maioria seria o valor fundamental da democracia. A maioria não possui uma capacidade visionária mágica que lhe possibilite o acesso à “verdade”. Este não parece ser o sentido razoável da regra da maioria.

um requisito da democracia, além da regra da maioria numérica, que “nenhuma decisão tomada pela maioria deve limitar os direitos da minoria, particularmente o direito de se tornar por sua vez maioria em igualdade de condições.” BOBBIO, 2000, p. 427.

³⁴ O mesmo pode ser afirmado, por exemplo, em um sistema como aquele que precedeu a abertura democrática e política do Brasil, em que havia um partido do governo e uma “oposição consentida”.

³⁵ Desaparecimentos forçados, torturas, prisões arbitrárias, intervenção em organizações sociais e sindicatos, proscricção de determinados partidos políticos, censura e cerceamento da liberdade de imprensa e expressão são notas típicas. A diferença normalmente apontada entre regimes totalitários e autoritários é que os primeiros visam controlar todos os aspectos da vida social, o que não necessariamente ocorre nos segundos.

³⁶ Canotilho refere-se aos *princípios materiais do sufrágio*.

³⁷ De outro lado, Bobbio observa que não se depreende da vigência da regra da maioria em uma democracia que *todas* as decisões sejam tomadas *exclusivamente* a partir dela. BOBBIO, 2000, p. 429.

³⁸ Como observa Canotilho, se o princípio majoritário revela-se intrinsecamente vinculado à democracia, por um lado, por outro ele assenta-se em um relativismo pragmático e não em um fundamentalismo majoritário.

³⁹ Relembrando que, como técnica de representação implica em que o candidato eleito pela maioria dos votos representa o todo. Como técnica de decisão pode significar que a maioria do eleitorado escolhe o representante – eleição majoritária – ou que a maioria do eleitorado decide algo diretamente – consulta popular.

⁴⁰ Canotilho observa que o fato de uma decisão ser majoritária não implica que seja materialmente justa ou a única verdadeira, o que denomina limites intrínsecos do princípio majoritário.

Canotilho assevera que embora o princípio da maioria seja o suporte ineliminável da democracia, isso não se traduz em um absolutismo da maioria, posto que “o direito da maioria é sempre um direito em concorrência com o direito das minorias” (CANOTILHO, 2003, p. 329).⁴¹

Uma democracia, por sua vez, parece ser melhor concebida como um regime que se volte em prol do bem de todos, mesmo que as decisões sejam tomadas majoritariamente, cabendo à minoria um papel de oposição, munido de garantias jurídico-políticas (MIRANDA, 2004, p. 349-350).⁴²

Busca-se aqui afastar o conceito pouco exigente de democracia como governo da maioria, substituindo-o por outro, que compreende a democracia como governo através da maioria, mas em prol do bem comum⁴³ o do bem de todos (MIRANDA, 2004, p. 370).⁴⁴ E para se buscar o bem comum através dos institutos de uma democracia representativa majoritária, com todos os riscos a ela inerentes aqui estudados, faz-se necessário mecanismos de correção de eventuais desvios de tais mecanismos, consistentes em restrições à própria democracia por uma Constituição.

Erige-se aqui o conceito de democracia constitucional, no qual a Constituição, com sua rigidez e seu sistema de direitos fundamentais, tem um papel primordial a desempenhar em qualquer democracia, consistente especialmente em operar como um sistema de frenagem e controle dos mecanismos representativos majoritários, reduzindo significativamente os riscos de danos a todos os indivíduos – posto que protege maioria e minorias, mas principalmente as últimas – em aspectos fundamentais de sua vida (CANOTILHO, 2003, p. 100).⁴⁵

Na democracia constitucional convivem, de um lado, a observância das regras do jogo político democrático e, de outro, a observância das regras que estabelecem o âmbito do democraticamente decidível e do indecidível – mesmo que democraticamente (FERRAJOLI, 2004, p. 23-24).

Por fim, deve-se observar que há conceitos bem mais exigentes – e controversos, reconheça-se – de democracia. Para além do conceito de democracia política vigente desde o século XIX no ocidente, já se propugnou por conceitos mais amplos e mais profundos, como o de democracia econômica e democracia social (CANOTILHO, 2003, p. 348), ao longo do século XX (CANOTILHO, 2003, p. 345 ss) (COSTA, 2010, p. 220).^{46, 47}

Com efeito, embora muitas sejam as vezes que contestam estes conceitos, parece inevitável reconhecer que o advento dos direitos econômicos e sociais, por exemplo, induziram a transformações na democracia, propiciando o surgimento dos mesmos.

Por eles radicaliza-se a compreensão da democracia, passando a se considerar insatisfatórias as visões até então imperantes de uma democracia formal, com o convívio de uma liberdade política formal, consubstanciada em direitos e liberdades políticas, de um lado, e níveis absurdos de exclusão social e de desigualdade material a obstar o efetivo exercício consciente, livre e desembaraçado daqueles direitos e liberdades – fenômeno alcunhado liberdades vazias.⁴⁸

⁴¹ Sendo explícito quanto ao tema abordado neste artigo o constitucionalista lusitano evidencia que “a maioria não pode dispor de toda a ‘legalidade’, ou seja, não lhe está facultado, pelo simples facto de ser maioria, tornar disponível o que é indisponível, como acontece, por ex., com os direitos, liberdades e garantias e, em geral, com toda a disciplina constitucionalmente fixada (o princípio da constitucionalidade sobrepe-se ao princípio majoritário).” CANOTILHO, 2003, p. 329.

⁴² Marcello Caetano define democracia como a “forma de governo em que os governados são considerados titulares do Poder político e o exercem directamente ou mediante representantes temporários periodicamente eleitos.” CAETANO, 2009, p. 331.

⁴³ Faz-se aqui tal assunção mesmo cónscios de todas as objeções que podem ser levantadas contra o conceito de bem comum.

⁴⁴ Observa Jorge Miranda que a “representação política implica consideração unitária do povo e realização de fins e interesses públicos” (...). Aduzindo: “As pessoas nela investidas representam toda a colectividade e não apenas quem as designou”, i.e., a maioria. MIRANDA, 2004, p. 370.

⁴⁵ Em outro ponto de sua obra, Canotilho assevera que “o princípio democrático, constitucionalmente consagrado, é mais do que um método ou técnica de os governantes escolherem os governados (sic) [*in recto*: de os governados escolherem os governantes], pois, como princípio normativo, considerado nos seus vários aspectos políticos, económicos, sociais e culturais, ele aspira a tornar-se impulso dirigente de uma sociedade”. Aduzindo, logo em seguida, a necessidade de sua conjugação com os objetivos constitucionalmente estabelecidos pela Constituição: “O art. 2º [da Constituição da República Portuguesa de 1976], conjugado com outros artigos (cfr., por ex., 9º e 81º), sugere a existência de um *objectivo* a realizar através da democracia.” CANOTILHO, 2003, p. 288.

⁴⁶ Assim como se fala em uma constituição econômica, do trabalho, social e cultural, p. ex., pode-se vislumbrar uma democracia econômica, do trabalho, social e cultural.

⁴⁷ Observa o autor sobre a *democracia-igualdade*, *in verbis*: “É exatamente no quando do nascente Estado social que a ideia de democracia se complica e se enriquece: permanece sólido o seu nexo constitutivo com a igualdade, mas alarga-se o campo de aplicação desta última para além da esfera da participação e dos direitos políticos.” COSTA, 2010, p. 220. Veja-se, ainda, FERRAJOLI, 2004, p. 23 e ss.

⁴⁸ Com efeito, o conceito de *interdependência* entre as gerações e dimensões de direitos fundamentais (ou humanos) revela que direitos econômicos, sociais e culturais dependem dos direitos civis e políticos e *vice-versa*. De fato, difícil se revela o exercício efetivo do direito de voto, p. ex., por alguém privado do direito à educação mais elementar. Valendo-se de um exemplo mais

Nesse contexto, cabe às normas-meta ou normas-tarefa⁴⁹ inscritas na constituição estabelecer o sentido da atuação estatal para o atingimento de um mínimo de igualdade material – socioeconômica – para o efetivo exercício de direitos de liberdade clássicos, civis e políticos.

Passa-se a considerar doravante como verdadeiramente democrático não o sistema que apenas consagre juridicamente direitos e liberdades políticos, mas que proporcione a satisfação de uma série de direitos e liberdades que antecedem aos próprios direitos políticos, constituindo suas pré-condições, possibilitando que um povo com as suas necessidades mais fundamentais satisfeitas possa efetivamente exercer, com consciência e desembaraço, seus exercícios políticos, posto que a necessidade costuma constituir o pior óbice a uma real democracia.

Ainda que não se admitam os conceitos de democracia econômica e de democracia social, de acordo com as crenças ideológicas ou utópicas de cada um, a exposição sumária de tais conceitos aqui servem como exemplo do caráter complexo da democracia, fenômeno em constante transformação, e absolutamente irreduzível à simplória concepção de governo da maioria (CANOTILHO, 2003, p. 330).⁵⁰

Considerações finais

Em síntese, pensa-se ter demonstrado que as instituições democráticas, como quaisquer outras criadas pelo gênio humano, possuem suas limitações, sendo que algumas das mais significativas são os problemas de *agency* e os problemas relativos aos riscos para as minorias derrotadas em processos eletivos ou decisórios regidos pelo critério majoritário.

Além da existência de tais riscos aos direitos de indivíduos e grupos sociais, evidencia-se a impropriedade de reduzir-se o conceito de democracia ao de mera existência de representação, através de eleições periódicas, ou em sinonimizar democracia e maioria, evidenciando-se vários outros conceitos bem mais complexos e adequados, como o de democracia constitucional.

Um papel fundamental está reservado, no particular, à Constituição e seu núcleo, o sistema de direitos e garantias fundamentais, na medida em que representam corretivos às distorções possíveis a partir da representação e da regra da maioria, instituindo a democracia constitucional, conceito bem mais complexo.

Uma democracia constitucional, para além de um sistema marcado pela soberania da maioria e pelas eleições periódicas revela-se uma garantia dos indivíduos e grupos minoritários vencidos, da própria democracia e de suas pré-condições sociais, econômicas e culturais.

Referências

- BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da Política**. Trad. Daniela B. Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BUCHANAN, James; TULLOCK, Gordon. **The calculus of consent: logical foundations of constitutional democracy**. Michigan: The University of Michigan Press, 1965.
- CAETANO, Marcello. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. Tomo I. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2009.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional & Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- COSTA, Pietro. **Soberania, Representação, Democracia: ensaios de história do pensamento jurídico**. Trad. Alexander R. de Castro *et al.* Curitiba: Juruá, 2010.

cuento, é difícil imaginar que o indigente buscando diariamente um prato de comida para sobreviver possa dar-se ao luxo de exercer seus direitos políticos.

⁴⁹ Que substituem atualmente os superados conceitos de normas de eficácia limitada ou reduzida, de normas programáticas ou de normas não autoexecutáveis, devidamente sepultadas pelo novo constitucionalismo.

⁵⁰ Por outro lado, Canotilho observa, ainda, que a garantia das minorias políticas e do estatuto da oposição constituem, por sua vez, uma garantia da própria Constituição.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e Andres Greppi. 4. ed. Madrid: Trotta, 2004.

MACKAAY, E. **L'analyse économique du droit**. Quebec: Les Éditions Thémis, 2000.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo III: estrutura constitucional do Estado. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

Recebido em 18 de dezembro de 2013

Aceito em 30 de julho de 2014