

Democracia e Estado de Direito¹

Reis Friede*

Partindo de considerações sobre conceitos de *democracia*, *Estado democrático* e *Estado de direito*, o artigo aprecia a sua prática no Brasil, nos períodos recente e no atual.

Democracia (do grego *dēmokratia*) se traduz, em termos amplos, pelas expressões *governo do povo*, *soberania popular* e *democratismo*, podendo ainda ser entendida como a doutrina ou regime político baseado nos princípios da soberania popular e da distribuição equitativa do poder (*regime de governo que se caracteriza, em essência, pela liberdade do ato eleitoral, pela divisão dos poderes e pelo controle da autoridade*. Aurélio Buarque

de Holanda Ferreira in Novo Dicionário da Língua Portuguesa, 2ª ed., Nova Fronteira, RJ, 1986, p. 534.)

Em termos históricos, por outro lado, é lícito afirmar que a expressão *democracia* evoluiu do conceito básico de forma de governo² para a noção contemporânea de regime político, transcendendo, portanto às idéias clássicas de sistema de governo ou mesmo de regime de governo, inerentes ao gênero forma de governo, não obstante a insistência de um ou outro autor em eventualmente classificar a democracia de forma diversa.

Por efeito conseqüente, a democracia possui hoje incontestemente natureza jurídica de regime político, o chamado regime político democrático, ainda que essa concepção provoque, em sua perfeita

caracterização, inúmeras controvérsias doutrinárias.

Historicamente, o desenvolvimento teórico do conceito de democracia foi resultado da prática de sucessivos e diferentes tipos de governo considerados – e muitas vezes, autoproclamados – democráticos. Assim, de diversos tipos de democracia praticados veio sendo destilado pela doutrina um conceito prático de democracia, que é sempre discutido em contraposição aos ideais teóricos de uma democracia perfeita.

Hoje, longe de assentamento, persiste ainda essa discussão dos valores e fatores da democracia. (Manoel G. F. Filho, in Curso de Direito Constitucional, 23ª ed., Saraiva, SP, 1996, p.68)

* Mestre e Doutor em Direito Público.

1. Selecionado pelo PADECEME.

2. Inserida na classificação aristotélica de formas puras (*monarquia*, governo de um só; *aristocracia*, governo de um grupo; e *democracia*, governo de todos) e impuras (*tirania*, *oligarquia* e *demagogia*) de governo e também presente na concepção platônica de *democracia legal* e *arbitrária*.

Tipos de Democracia

Muito embora tecnicamente a democracia, como autêntico regime político, não comporte espaços para uma efetiva classificação em tipos, a verdade é que o ideal de fazer coincidir, no máximo possível, os governantes e governados, buscando a máxima da liberdade do homem perante o Estado, com a sujeição do mesmo a um poder de que também participe³, acabou por permitir o surgimento de pelo menos duas concepções de democracia: a *democracia direta* (utópica), onde o poder emana do povo e pelo mesmo é exercido diretamente (ou seja, as decisões fundamentais são tomadas pelos cidadãos em assembleia), e a *democracia indireta*, onde o poder emana do povo e, em seu nome, é exercido por representantes eleitos previamente para tanto (*democracia representativa*) ou onde tais representantes consultam o povo antes (*plebiscito*) ou posteriormente (*referendum*) em relação às suas decisões (*democracia plebiscitária ou cesarista*).

A democracia representativa provém do governo representativo que as revoluções liberais começaram a implantar pelo mundo, a partir do último quartel do século XVIII. (...)

A base fundamental da representação nasceu da idéia exposta por Montesquieu de que os homens em geral não têm a necessária capacidade para bem apreciar e, conseqüentemente, bem decidir os problemas políticos. (...) A seleção da minoria governante era feita por uma minoria dentre o povo por intermédio do sufrágio censitário. Este, com efeito, excluía os mais pobres de qualquer articulação política, graduando o direito de votar e a elegibilidade para os demais em função de seu grau de riqueza. Com o passar do tempo, porém, alcançou-se o sufrágio universal. (...) Com este, os representantes vieram a ser escolhidos por todo (ou quase) o povo. Tomou, por isso, o governo representativo um caráter democrático. Veio a ser chamado de democracia representativa. Um tipo de democracia em que o povo se governa indiretamente, por intermédio de representantes que elege (...)

Outra forma, pretendidamente de democracia indireta, é a *democracia plebiscitária, ou cesarista*.

Consiste em um povo conferir o poder a um homem, que em geral o consulta diretamente sobre medidas de importância capital. O caráter indireto do regime é assim temperado.

A *democracia plebiscitária* foi posta em prática por Napoleão I, imitada posteriormente por Napoleão III e Hitler, entre outros. Teoricamente o seu caráter democrático é sustentável: o poder vem do povo como vem do povo o dos parlamentares ou do presidente. Na verdade, porém, sempre foi ela uma ditadura disfarçada pelo chamamento das massas a referendar entusiasticamente as decisões do homem forte. Esse resultado é obtido de um lado pelo controle da propaganda que opera num único sentido, de outro pelo que os psicólogos chamam de *horror ao vazio*. Todo povo posto diante da escolha entre alguma ordem e o caos, à incerteza, opta por essa ordem qualquer. Destarte, sempre diz sim ao César. Por outro lado, em tal regime não há freios nem limites ao poder do chefe, já que o

3. Vd. Manoel G. F. Filho, ob. Cit., p.69

mesmo, pela invocação do voto das massas, pode a qualquer instante superar os existentes.

As eleições presidenciais nas repúblicas latino-americanas, não raro adquiriram o caráter plebiscitário. Tal é fruto principalmente do caudilhismo demagógico que encontra fácil acolhida nesse continente. (Manoel G. F. Filho, ob. Cit., ps. 71/72 e 81)⁴

Além desses tipos clássicos de democracia, ou de exercício do regime político democrático, vale registrar que alguns autores sugerem ainda a existência de um modelo intermediário denominado de *democracia semi-direta*, não obstante outros estudiosos também arrissem classificar a democra-

cia em tipos, formas ou modalidades alternativas e nominadas, que acabaram ganhando certo destaque histórico, como, por exemplo, a chamada *democracia autoritária* (sistema de governo, em verdade, regime político surgido após a 1ª Guerra Mundial, em geral anticomunista, forjado na supremacia do Poder Executivo em relação aos demais poderes⁵), a denominada *democracia ou república popular*, (designação comum aos regimes políticos monopartidários dominantes nos ex-países socialistas da chamada *cortina de ferro*⁶), entre outras.

A verdade, em todos os casos, é que, com a popularização do vocábulo democracia, na qualidade de virtual indicativo legitimador do regime político, prati-

camente nenhum país, a partir do advento do século XX, ousou afirmar que todo o poder que, indiscutivelmente, sempre emana do povo não fosse exercido – direta, semidireta ou mesmo indiretamente – pelo mesmo, ainda que sob os mais diversos sofismas. Assim, mesmo regimes políticos onde a concepção básica de liberdade, como marco fundamental do regime democrático, não possui espaço político, como por exemplo, o regime comunista da extinta União Soviética ou o regime nazista da Alemanha Hitleriana, eram, de alguma forma, classificados de democracias, por seus defensores, ainda que tal conotação política nem sempre fosse reconhecida pela Comunidade Internacional.

Diagrama: Tipos de Democracia



4. Não se pode negar que, apesar de todas as críticas que se possa fazer a democracia indireta plebiscitária (que aliás, são muito justas e acertadas), a democracia indireta representativa também possui inúmeros problemas, notadamente a sua indiscutível e invencível vulnerabilidade ao domínio do poder econômico – e, em especial, aos grupos que o mesmo representa – que acabam por manipular as eleições (e o processo eleitoral – através, sobretudo dos meios de comunicação), forjando uma autêntica ditadura dos mais poderosos sobre a parcela majoritária do povo, em detrimento dos ideais do próprio regime político democrático.

5. Aurélio B. H. Ferreira, ob. Cit., p. 534.

6. Ibidem.

Características Básicas da Democracia

Se, por um lado, a conceituação efetiva de democracia não pode ser estabelecida de forma inequívoca, restando apenas a identificação genérica de espécie do gênero *regime político*, certamente subsiste na doutrina muitas dúvidas sobre quais seriam, em tese, as características básicas da democracia.

Para alguns, a democracia está associada a idéia da constante participação dos nacionais e, particularmente dos cidadãos, na atividade estatal, decidindo, executando o decidido e, em última análise, transformando a realidade sócio-política, por intermédio de um genuíno processo democrático. Para outros, a democracia se encontra associada, fundamentalmente, à questão da legitimidade do exercício do poder, permitindo ao povo uma sinérgica participação, ainda que indireta, no governo, em sua acepção ampla. Há também aqueles que identificam a democracia com o regime de amplas liberdades, independente da efetiva participação nas decisões políticas, que seria uma questão basicamente

volitiva e individual, e ainda certos doutrinadores que elegem a máxima da *prevalência da vontade da maioria com respeito aos direitos da minoria* para bem traduzir, de maneira objetiva, o vocábulo democracia.

Em qualquer hipótese, resta claro que, independente de outras considerações, o denominado regime democrático é, em última análise, a prevalência absoluta do império da lei em sentido amplo, incluindo neste diapasão a Constituição, com todos os direitos e deveres – individuais, coletivos e difusos – ali previstos desde que a mesma, evidentemente, goze da necessária legitimidade popular, inicial e posterior.

Democracia, Estado Democrático e Estado de Direito

A noção básica de *Estado de Direito* – embora inicialmente forjado no século XVIII pela burguesia com único objetivo de virtual oposição ao absolutismo, através da submissão dos governantes à vontade geral – acabou por romper, no início do século XIX, a última fronteira entre as concepções de democracia

como simples forma de Estado e como autêntico regime político. Nesse sentido, convergindo os autores para a acepção de democracia, não obstante sua inerente complexidade e múltipla caracterização, como afirmado como o *império da lei*, restaria, em todos os casos, a plena sujeição do Estado às leis que o mesmo edita para a completa efetivação do regime democrático, o que acabou ocorrendo, em última análise, com o surgimento do chamado *Estado de Direito*, não obstante toda a sorte de críticas que se possa fazer no que alude ao restrito e, neste aspecto, limitado estado de legalidade que imperou nos primórdios de seu nascimento.

Desta feita, o fato de o Estado passar a se submeter à lei *lato sensu* pareceu, em momento subsequente, não ser suficiente para a plena caracterização do regime democrático, posto que não restaria garantida à necessária submissão do Estado e, sobretudo, de seus governantes à vontade popular e aos fins propostos pelos cidadãos, fazendo surgir, em resposta, logo no início do século XX, a concepção última do denominado *Estado Democrático de Direito*.

O Estado de Direito, mais do que um conceito jurídico, é um conceito político que vem à tona no final do século

Assim passa o Estado a ter suas tarefas limitadas basicamente à manutenção da ordem, à proteção da

Desencadeia-se, então, um processo de democratização do Estado; os movimentos políticos do final do século XIX, início do XX, transformaram o velho e formal Estado de Direito num Estado Democrático, onde além da mera submissão à lei deveria haver a submissão à vontade popular e aos fins propostos pelos cidadãos. Assim, o conceito de Estado Democrático não é um conceito formal, técnico, onde se dispõe um conjunto de regras relativas à escolha dos dirigentes políticos. A democracia, pelo contrário, é algo dinâmico, em constante aperfeiçoamento, sendo válido dizer que nunca foi plenamente alcançada. Diferentemente do Estado de Direito que no dizer de Otto Mayer, é o Direito Administrativo bem ordenado, no Estado Democrático importa saber a que apenas o Estado e o próprio cidadão estão submetidos. Portanto, no entendimento de Estado Democrático devem ser levados em conta o perseguir certos fins, guiando-se por certos valores, o que não ocorre de forma tão explícita no Estado de Direito, que se resume em

O denominado regime democrático é, em última análise, a prevalência absoluta do império da lei em sentido amplo, incluindo neste diapasão a Constituição, com todos os direitos e deveres – individuais, coletivos e difusos – ali previstos desde que a mesma, evidentemente, goze da necessária legitimidade popular, inicial e posterior.

XVIII, início do século XIX. Ele é fruto dos movimentos burgueses revolucionários, que àquele momento se opunham ao absolutismo, ao Estado de Polícia. Surge como idéia força de um movimento que tinha por objetivo subjugar os governantes à vontade legal, porém, não de qualquer lei. Como sabemos, os movimentos burgueses romperam com a estrutura feudal que dominava o continente europeu; assim os novos governos deveriam submeter-se também a novas leis, originadas de um processo novo onde a vontade da classe emergente estivesse consignada. Mas o fato de o Estado passar a se submeter à lei não era suficiente.

Era necessário dar-lhe outra dimensão, outro aspecto.

liberdade e da propriedade individual. É a idéia de um Estado mínimo que de forma alguma intervisse na vida dos indivíduos, a não ser para o cumprimento de suas funções básicas; fora isso deveriam vigir as regras do mercado, assim como a livre contratação.

Como não poderia deixar de ser, esse Estado formalista recebeu inúmeras críticas, na medida em que permitiu quase que um absolutismo do contrato, da propriedade privada, da livre empresa. Era necessário redinamizar esse Estado, lançar-lhe outros fins; não que se desconsiderassem aqueles alcançados, afinal eles significaram o fim o arbítrio, mas cumprir outras tarefas, principalmente sociais, era imprescindível.

*submeter-se às leis, sejam elas quais forem.*⁷ (Celso R. Bastos, in *Curso de Direito Constitucional*, 18^a ed., Saraiva, SP, 1997, ps. 156/157)

Rebatendo, com sinergia, todas as críticas à concepção inicial do Estado de Direito, a nova acepção do Estado Democrático de Direito acabou por permitir, pelo menos *prima facie*, a plenitude da democracia e, por efeito, do regime democrático, com a efetivação de uma série de princípios, tais como aqueles enunciados por José Afonso da Silva⁸: *princípio da constitucionalidade, princípio da justiça social, sistema de direito fundamentais, princípio da igualdade, princípio da divisão de poderes, princípio da legalidade e princípio da segurança jurídica.*

Por outro lado, se se concebe o Direito apenas

*como um conjunto de normas estabelecido pelo Legislativo, o Estado de Direito passa a ser o Estado da legalidade, ou Estado legislativo, o que constitui uma redução. Se o princípio da legalidade é um elemento importante do conceito de Estado de Direito, nele não se realiza completamente.*⁹

(...) Como se depreende, ao Estado de Direito não é necessário, ou não lhe é essencial, a organização democrática. Se houver democracia, estaremos em face do Estado Democrático de Direito, ao qual, em seguida, nos referimos. Mas como se verifica também, ao Estado de Direito não é suficiente apenas o respeito à lei, pois, como já dissemos anteriormente, esse grande equívoco validaria qualquer Estado, mesmo aquele em que atrocidades e desprezo total à liberdade e à cidadania existissem.

O Estado Democrático de Direito, como inserido na constituição em seu artigo 1^o, necessita, além dos requisitos já enumerados, que o poder emane do povo. Em nossa Constituição, este é exercido

direta ou indiretamente (parágrafo único do artigo 1^o).

*Portanto, o Estado somente poderá ser democrático se e quando o povo exercer efetivamente o poder por meio de seus representantes, ou, em algumas circunstâncias, diretamente. Além disso, e, efetivamente sobremais disso, mister que direitos fundamentais constem das cartas políticas e sejam cabalmente respeitados. Em consequência, o Estado de Direito é o estado de legitimidade.*¹⁰

Somente nas últimas décadas, todavia, parte da doutrina acabou por despertar para o fato incontestado de que, mesmo na plenitude do chamado Estado Democrático de Direito, com todas as suas caracterizações e em sua concepção anteriormente descrita, a democracia pode ainda não se efetivar plenamente, posto que no regime democrático também se exige, por parte do Estado, além de todos os elementos já mencionados, sinérgica ação comissiva dentro do contexto do binômio poder-dever que condiciona a atuação estatal no âmbito maior da promoção con-

7. Celso R. Bastos, in *Curso de Direito Constitucional*, 18^a ed., Saraiva, SP, 1997, p. 156/157.

8. in *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 6^a ed., p. 101/108.

9. José Afonso da Silva, in *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 6^a ed., p. 101.

10. Lúcia Valle Figueiredo in *Estado de Direito e Devido Processo Legal*, R. AJUFE, N^o 56, Out/97, p. 12/13.

creta do império da lei (e, conseqüentemente, da ordem jurídica derivada).¹¹

II. Durante muito tempo a doutrina preocupou-se em resolver uma preocupante dúvida e um verdadeiro dilema sobre o papel do Estado e, particularmente, do Estado Democrático de Direito. O Estado possuiria, nesse contexto, o poder legítimo de agir em nome do cidadão e da sociedade ou, ao contrário, apenas o *dever* de fazer cumprir as leis?

Se tivesse o Estado restritivamente o *poder*, ainda que legitimado pelo consenso popular, para agir, o governante, em certas situações, teria a livre opção de usar ou não o poder outorgado pelo povo, em eventual detrimento do insuperável *dever* de agir. Se, ao contrário, o Estado tivesse apenas o *dever* de fazer cumprir as leis, muitas vezes se encontraria em situação de impotência, face à ausência do necessário *poder* de agir.

O problema foi parcialmente resolvido com o advento da noção contemporânea do binômio poder-dever que, em certa medida, caracteriza o moderno e autêntico Estado Democrático de Direito, em sua concepção inerente à chamada *democracia material*, obrigando, nas situações reportadas abstratamente na lei, como *dever* inexorável do governante, o uso do *poder* que lhe foi outorgado pelo povo com finalidade perspicua.

Nesse aspecto, resta obrigatório, por exemplo, a ação comissiva do agente policial de prender, em flagrante delito, o indivíduo que esteja praticando um crime tipificado pela lei penal. Da mesma forma, o Estado é obrigado, através de suas diversas instituições, a proteger a posse legítima da propriedade individual privada que esteja sendo eventualmente turbada, independente de considerações político-discriminatórias, muito embora, muitas vezes, o Estado (e seus agentes) não cumpra nenhuma das hipóteses, utilizando-se do *dever* de empregar o *poder* (e todos os recursos disponíveis) para fazer valer o mandamento legal e constitucional, caracterizando, em grande medida, o que contemporaneamente se convencionou definir por democracia formal, ou Estado Democrático de Direito Formal (Aparente).

Democracia Formal (Aparente) e Democracia Material (Substantiva)

É exatamente desta virtual omissão do dever estatal de agir que, em muitos casos, mesmo existindo um indiscutível Estado Democrático de Direito (pelo menos sob a ótica formal), a democracia, na qualidade de império da lei e da ordem jurídica, não se realiza em sua plenitude (democracia material ou substantiva), forjando o que, nos últimos anos convencionamos chamar de democracia formal ou aparente.

Nesse regime, ainda que possa existir ampla liberdade, efetivo respeito (por parte do Estado) aos direitos individuais e coletivos e outras características próprias da democracia, não há a necessária efetividade plena da lei e, sobretudo, da ordem jurídica, existindo um Estado que, em essência não consegue, por simples omissão de seus governantes e/ou sinérgica impotência de meios, concretizar, na prática, o próprio direito positivo (constitucional e infraconstitucional) que produz e continua a produzir.

Em grande medida, esse é, para muitos estudiosos, o

retrato do Estado brasileiro que, não obstante toda a sorte de avanços legislativos e de outras matizes, não consegue fazer valer, em termos práticos e concretos, para todos os cidadãos e em todos os casos como determina a Constituição, elementos legais básicos, muitas vezes relativos à direitos fundamentais, de natureza constitucional, e que, nesse aspecto, apenas aparentemente se encontram assegurados.

Nesse particular, é lícito afirmar que, em certo aspecto, o denominado período revolucionário de 64-84, relativo ao movimento militar inaugurado em 1964 e que parte da doutrina define como autêntica revolução, ao passo que alguns autores prefere caracterizar como golpe-de-estado ou, em essência, golpe de governo, inaugurou em nosso País, o chamado estrito Estado de Legalidade, consolidado, particularmente, com a obediência sublime, por todos (e, inclusive, por parte do próprio Estado) ao novo regime constitucional introduzido com o advento da Constituição de 1967 e, posteriormente, da ECI/69, não obstante a malsinada edição do AI-5, em 1968, que tanto contribuiu para o sinérgico

comprometimento da inicial feição democrática do regime.

Todavia, deixando de lado as discussões de cunho ideológico (e, no campo do direito, mais precisamente, de natureza de legitimidade jurídica do regime político implantado), não há como deixar de reconhecer que aquele período vis-a-vis com a atual fase política brasileira se caracterizou por uma presença viva, de natureza efetivamente comissiva, do Estado, garantidora, em última instância, da lei e da ordem jurídica vigentes à época, ainda que

12. É o caso, por exemplo, de diversas situações cotidianas, onde o Estado brasileiro atual, por sinérgica omissão (e algumas vezes, até mesmo impotência), não assegura direitos constitucionais elementares, como o direito de ir e vir em amplas áreas públicas dominadas por grupos civis armados. Também, é a hipótese, quase que comum, entre outras tantas, do não-acatamento, pelo Estado-Executivo, de decisões judiciais liminares ou mesmo transitadas em julgado, especialmente em situações de reintegração possessória (situação em que as forças policiais, mesmo oficialmente acionadas, ficam inertes diante do dever de agir) e de toda sorte de situações em que os cidadãos comuns são obrigados a pagar, direta ou indiretamente, por proteção (de sua própria vida ou de seu patrimônio) a grupos criminosos e a diversas estruturas organizacionais transestatais, de cunho mafioso, que simplesmente competem (muitas vezes em situação mais favorável) com o Estado formal.

se pudesse ser discutida a legitimidade estrita do sistema legal.

O próprio presidente do Senado, Antônio Carlos Magalhães, em discurso proferido em 20/01/1998, nesse aspecto não poupou elogios ao regime político patrocinado pelos militares e, muito particularmente, ao regime constitucional anterior à vigência da Constituição Federal de 1988, verbis:

O regime militar, tão malsinado, teve realmente pontos muito positivos. Faço questão de dizer isso. Poucos têm coragem de dizer isso. Talvez a falta de prática dos militares com o poder tenha tido alguns erros e exageros. Talvez por isso tivéssemos uma situação no Brasil que levou à Constituição de 88, tão aplaudida por todos na época. Mas tenho a consciência tranqüila porque não aplaudi. A constituição Cidadã é a causa de grandes males do Brasil.

Em necessária comparação elucidativa entre os dois regimes (o pretérito e o atual), a verdade é que, independente da intenção dos governantes, o Estado brasileiro recente, de forma diversa do anterior, tem se

pautado, em grande medida, por uma crescente e altamente preocupante omissão, geradora não só de virtual insegurança jurídica, mas, particularmente, de perigosa ausência de sinérgico comprometimento em relação ao provimento de garantias reais aos direitos constitucionais básicos dos cidadãos e demais nacionais e estrangeiros em solo pátrio.¹²

Para alguns, inclusive, este é o Estado de Legitimidade, pois o *consensus* ao regime político democrático atual, resta incontestável, que não conseguiu se firmar como Estado de Legalidade, em curiosa oposição ao anterior Estado de Legalidade que, muito possivelmente, pelo menos para uma expressiva parcela da doutrina, não conseguiu se caracterizar como Estado de Legitimidade, forjando, em ambas as situações, apenas uma democracia formal (aparente), considerando a inexorável necessidade da presença de ambas características para a verdadeira consolidação do regime democrático, convencionalmente designado, nos últimos anos, por democracia material, posto que o verdadeiro Estado Democrático

de Direito não se constitui apenas um conjunto de sérias e rigorosas limitações ao poder estatal, em face dos direitos individuais e coletivos fundamentais, mas, sobretudo, na efetiva garantia, por parte do Estado, de que esses mesmos direitos não serão violados por outros indivíduos e grupos trans ou paraestatais.¹³

13. Alguns estudiosos, têm inclusive, a esse respeito, elencado interessante comparação entre o Estado pretérito e o atual em pontos considerados nevrálgicos durante a vigência do regime anterior, como a questão da tortura. Sob o aspecto jurídico, resta afirmar que, em ambas situações, o Estado Democrático Formal não só vedava (como veda) a abominável prática da tortura, como a tipificava, ainda que de forma legislativa diversa, como crime. Na prática efetiva, contudo, os dois regimes estatais, em certa ótica, compactuam, ainda que de forma diferente, por sinérgica omissão (e às vezes virtual impotência), com a tortura, ainda que, no passado praticado por eventuais criminosos infiltrados no serviço público e, no presente, praticado por grupos civis mafiosos, em sua maioria distantes da estrutura estatal oficial, através, particularmente, de seqüestro com fins extorsivos.