VI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI - COSTA RICA

CÁTEDRA UNESCO DE DIREITOS HUMANOS ULASALLE-CEDE

GERMANO ANDRÉ DOEDERLEIN SCHWARTZ

ANTONIO CARLOS WOLKMER

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

C357
Cátedra UNESCO de direitos humanos ULaSalle-CEDE [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNA/UCR/IIDH/IDD/UFPB/UFG/Unilasalle/UNHwN;

Coordenadores: Antonio Carlos Wolkmer, Germano André Doederlein Schwartz – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-395-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direitos Humanos, Constitucionalismo e Democracia no mundo contemporâneo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Cátedra. 3. UNESCO. 4. Direitos Humanos. I. Encontro Internacional do CONPEDI (6. : 2017 : San José, CRC).

CDU: 34

Universidad Nacional de Costa Rica
Heredia – Costa Rica
www.una.ac.cr

Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidad de Costa Rica San José – Costa Rica https://www.ucr.ac.cr

VI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI - COSTA RICA

CÁTEDRA UNESCO DE DIREITOS HUMANOS ULASALLE-CEDE

Apresentação

O Grupo de Trabalho da Cátedra de Direitos Humanos ULaSalle - CEDE I foi realizado no segundo dia do Conpedi Costa Rica, na cidade de San Ramon. Em uma tarde bastante aprazível, ao mesmo tempo em que Brasília literalmente queimava com os protestos realizados no Ministério da Cultura em função da divulgação de delações premiadas no contexto do conturbado âmbito político-jurídico brasileiro. Nesse sentido, importa dizer que os artigos apresentados estavam absolutamente ligados com o que ocorria no Brasil, um sinal bastante positivo da oportunidade e da qualidade dos papers que compõem o presente GT.

Importa dizer, ainda, da gratidão dos organizadores para com o Conpedi, que possibilitou a realização deste Grupo de Trabalho. É que o GT é resultado de uma atividade entre o Mestrado em Direito e Sociedade Universidade La Salle (Canoas) e a ULaSalle (Costa Rica, por meio da Cátedra UNESCO de Direitos Humanos situados sediado por esta e conveniado com aquela. Natural, portanto, que a temática dos trabalhos estejam absolutamente ligados ao tema geral do VI Encontro Internacional do Conpedi. Uma feliz coincidência.

Por fim, o desejo dos organizadores do GT é o de que tardes como aquela na Costa Rica, de um debate acadêmico e profundo sobre a realidade sócio-jurídico brasileira, apresentem-se como a rotina e não como a exceção - e jamais em um Estado de Exceção-.

Prof. Dr. Germano André Doederlein Schwartz - Unilasalle / FMU

Prof. Dr. Antonio Carlos Wolkmer - UNILASALLE-RS

AS FRONTEIRAS DO PRINCÍPIO DA MAIORIA NA IMPLEMENTAÇÃO DA INTRÍNSECA RELAÇÃO ENTRE DIREITOS HUMANOS E DEMOCRACIA

THE BORDERS OF THE MAJORITY PRINCIPLE IN THE IMPLEMENTATION OF THE INTRINSIC RELATIONSHIP BETWEEN HUMAN RIGHTS AND DEMOCRACY

Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori
Renata Almeida Da Costa

Resumo

O artigo investiga a íntima conexão entre direitos humanos e democracia a partir de uma análise do procedimento majoritário, questionando a sua afirmação como valor absoluto e tendo como norte a análise da tirania das maiorias. Um amplo processo democracático precisa ao mesmo tempo que respeita a voz majoritaria, atentar para as suas manifestações mais sutis, não sendo possível ignorar os resquícios de irracionalidade em manifestações e decisões coletivas. Outrossim, reivindica-se a legitimidade da participação das minorias no exercício do poder com base em princípios tais como o do compromisso, capazes de levar em conta seus interesses particulares.

Palavras-chave: Democracia, Princípio da maioria, Direitos humanos, Compromisso, Procedimento majoritário

Abstract/Resumen/Résumé

The article investigates the intimate connection between human rights and democracy based on an analysis of the majority procedure, questioning its assertion as an absolute value and having as its basis the analysis of the tyranny of majorities. A broad democratic process needs at the same time that it respects the majority voice, attentive to its more subtle manifestations, and it is not possible to ignore the remnants of irrationality in manifestations and collective decisions. In addition, the legitimacy of minority participation in the exercise of power is demanded based on principles such as the one of commitment.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Democracy, Majority principle, Human rights, Commitment, Majority procedure

1 INTRODUÇÃO

O valor do princípio da maioria na concretização dos direitos humanos considerando os procedimentos democráticos é o objeto desse ensaio. Uma compreensão da democracia como o governo da maioria é comum e um grave equívoco: não basta considerar a democracia como o governo do povo. É preciso não ignorar os resquícios de irracionalidade frequentes nas decisões coletivas. A compreensão da complexa relação entre minorias e maiorias nos tempos atuais leva a considerar ao lado das situações em que o princípio da maioria é inadequado, o fenômeno da massificação dos indivíduos. Ele faz com que os indivíduos deixem de se comportar como pessoas e passem a carecer de consciência. Esse é o terreno propício para a tirania das maiorias, tradução da onipotência moral e material exercida pelo pensamento majoritário, geradora de um cerceamento, até então desconhecido, ao pensamento minoritário.

Tocqueville (1805-1859), no primeiro volume de *A Democracia na América* (1835), constatou que a revolução democrática era um processo de redução progressiva da distância social entre nobres e plebeus e uma "realidade providencial", pretendendo com isso afirmar a duração secular do processo, bem como a sua extensão geográfica e o fato dele ser irresistível historicamente, isto é, sobreviver apesar de ações contrárias.[1] Seu pensamento sobre os perigos da democracia, se une ao de autores que refletem sobre os regimes surgidos com a Revolução Francesa e, mais especificamente, sobre a guerra da independência americana, preocupados que estavam em saber: "Como proceder para que as decisões da *major pars* não impeçam que o governo seja garantido pela *sanior pars* ou *melior pars*?" (TOURAINE, 1996, p. 116). A contextualização do espaço teórico em que se desenvolve a obra de Tocqueville aponta que sociedade francesa, em contraste com a inglesa, tinha como característica crônica a necessidade de conviver com uma estrutura hierarquicamente fechada. Na medida em que a revolução privou esta estrutura de sua legitimidade política, a lógica da situação leva a que seja o Estado, e não a sociedade, a entidade capaz de garantir direitos aos indivíduos, libertando-os. Para Nicolla Matteucci - estudioso da Revolução Americana e do pensamento de Tocqueville - este último pode ser considerado, junto com Karl Marx, fundador do pensamento político contemporâneo: quer saibamos ou não, "continuamos movendo-nos no âmbito de seus pensamentos", mesmo o marxismo, não superou Marx. (1998, p. 284).

[1] Sobre o tema ver JASMIN, Marcelo Gantus. Tocqueville, a Providência e a História. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 40, n. 2, 1992. Disponível: http://dx.doi.org/10.1590/S0011-52581997000200002. Acesso em 15 de fevereiro de 2017.

Nesse ponto, a guisa de Introdução, cabe recordar a concepção procedimental de democracia bobbiana. Para o jurista e politólogo italiano, a única maneira de se compreender a democracia enquanto contraposta a outras formas autoritárias de governo, é aquela que a considera como "um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos." (1986, p. 18-19). Uma decisão pode ser considerada como sendo coletiva, quando é tomada com base em regras que estabelecem quais os indivíduos autorizados a tomar as decisões que irão vincular todos os membros do grupo e quais os procedimentos que serão adotados. Bobbio acrescenta três condições para a existência da democracia. A primeira diz respeito aos sujeitos que irão participar: "um regime democrático caracteriza-se por atribuir este poder (que estando autorizado pela lei fundamental torna-se um direito) a um número muito elevado de integrantes do grupo." É preciso um juízo comparativo com base nas circunstâncias históricas para saber o número necessário daqueles que têm direito ao voto, a fim de considerar um regime democrático ou não. A segunda condição relaciona-se às modalidades de decisão. Neste caso a regra fundamental é a da maioria. Atente-se, "fundamental", não a única. Finalmente, pela terceira condição as alternativas postas aos chamados a decidir deverão ser reais e eles devem ser colocados em posição de escolher entre uma ou outra. Como corolário, tem-se que o Estado liberal é um pressuposto histórico e jurídico do Estado democrático, já que deverão ser garantidos aos chamados a decidir os direitos de liberdade (de opinião, de expressão das próprias opiniões, de reunião, etc.). (BOBBIO, 1986, p. 18,19 e 20).

Este ensaio foi estruturado a partir da constatação de que a pretensão de pensar a complexidade da relação entre a teoria democrática e o princípio majoritário em uma ordem pluralista só poderá se desenvolver a partir da articulação com a teoria da complexidade e a transdisciplinaridade. Não se edificará a análise a partir de concepções prontas e acabadas, que pressuponham um conhecimento e uma compreensão definitivos. A perspectiva de análise deverá ser multifacetada e transdisciplinar, em busca de uma síntese comparativa dos estudos e pesquisas estabelecendo um diálogo em torno de questões comuns entre os problemas atuais da democracia e a contribuição de um pensamento clássico como é o de Tocqueville. Para tanto, o trabalho foi dividido em três partes. A primeira expõe o problema a partir da busca de procedimentos capazes de representar a totalidade dos interesses de uma sociedade. Na sequência, são entabuladas críticas ao princípio da maioria ao mesmo tempo que se tecem objeções ao caráter absoluto da soberania popular, sem deixar de considerar as contribuições de Tocqueville à noção de democracia e seus aportes à compreensão da Revolução Francesa. Finaliza-se apresentando a possibilidade de procedimentos democráticos

alternativos, como o é o do compromisso.

2 PROCEDIMENTOS QUE PODEM ATUAR COMO FACILITADORES DA REPRESENTAÇÃO DE TODOS OS INTERESSES E A CRÍTICA AO PRINCÍPIO DA MAIORIA

Nesse ponto o foco da análise irá se deter na possibilidade de alteração dos procedimentos democráticos, dando ênfase a busca de consenso e abandonando a prioridade absoluta dada ao princípio da maioria. Parte-se da constatação de que é preciso um cuidado extremo para diferenciar e estabelecer o pluralismo democrático que se almeja.

> Cuidado para não confundir com o pluralismo que foi reintroduzido a partir da década de 70 do século passado, o do neoliberalismo. Se o novo ciclo do capitalismo mundial e dos interesses do norte global ou de colonização dos países ricos, reintroduziu o pluralismo, é com vistas a objetivos relacionados à descentralização, a flexibilização, a integração dos mercados, a globalização do capital, a formação de blocos econômicos, privatização, etc. (WOLKMER, 2015, p. 196)

A nova hegemonia do "pluralismo de sujeitos coletivos", erguida nas bases de um amplo processo de democracia participativa interclassista, deve também resgatar alguns dos princípios da cultura política ocidental, como: o direito das minorias, o direito à diferença e à autonomia, a tolerância e a "necessidade de dividir o poder para limitá-lo e torná-lo mais socializado". (WOLKMER, 2015, p. 197-8)

Dada a necessidade de que os interesses dos integrantes da comunidade recebam uma consideração adequada, o princípio da maioria no para se chegar as decisões coletivas em sociedades democráticas não é um valor absoluto, o que torna legítima a reivindicação de que as minorias (em especial aquelas estão destinadas a não se tornar maioria) possam participar do exercício do poder com base em princípios tais como o do compromisso.

Relativamente aos limites ou as áreas em que o princípio da maioria precisa ser criticado, Bobbio considera, aquelas relacionadas à validade, à aplicação e à eficácia. Os primeiros limites são consequência de uma resposta negativa à pergunta de se aqueles que rechaçam o princípio podem ser admitidos no processo de tomada de decisões, considerando que caso alcancem a maioria a utilizariam para a abolição do próprio princípio. Nesse caso, o único argumento que contem a mesma força daquele da regra da maioria se baseia em sua posição como meta-regra ou regra do jogo.

> As regras do jogo, a diferença de todas as demais devem ser aceitas por unanimidade pela simples razão de que sua recusa, ainda que parta de um só participante, impossibilita o jogo. Isto significa que aceitar intervir em uma decisão ou em uma eleição que se realiza com base na regra da maioria implica a aceitação dela mesma

como forma de chegar à decisão ou a eleição.[2]

Os limites de aplicação dizem respeito à existência de matérias em que a regra da maioria não deve ser empregada, por não ser adequada ou mesmo por ser injusta. É o caso dos direitos do homem e do cidadão afirmados nas Constituições liberais com a qualificação de "invioláveis". A denominação de direitos contramajoritários deve-se ao caráter de inalienabilidade, sendo garantidos em algumas Constituições através do controle de constitucionalidade das leis – isto é, das decisões tomadas por maioria.

Aqui surge uma nova distinção, entre o que pode ou não ser negociado, incluindo-se nesse último caso, os direitos fundamentais, os princípios, os valores e os postulados éticos.[3] Também é preciso considerar as matérias que por razões objetivas e subjetivas não podem ser submetidas ao critério. Dentre as razões subjetivas estão as questões de foro íntimo e dentre as objetivas, as questões científicas ou técnicas, estas últimas formuladas através de procedimentos diversos e mais complexos que a regra da maioria. Dentre as questões técnicas, se incluem as de política econômica e financeira.

> O crescente contraste entre poder tecnocrático e poder democrático deriva precisamente de reconhecer que muitas decisões importantes para a regulação dos conflitos políticos são de natureza técnica e, como tais, pouco se adaptam a determinação da maioria; assim, o triunfo da tecnocracia poderia chegar a ser a derrota total da democracia.[4]

Finalmente, os limites de eficácia são alegados por aqueles que consideram que apesar da regra da maioria ser um procedimento útil, ela é insuficiente, não possibilitando o cumprimento da promessa que deu origem aos regimes democráticos mais modernos, isto é, a transformação radical das relações entre as classes sociais. E Bobbio conclui constatando que apesar de tudo, a regra resiste às critícas porque não se encontrou nenhuma outra melhor. (1996, p. 270).

Por outro lado, a percepção dos problemas que a democracia precisa enfrentar muda com o tempo. Essa é a constatação a que se chega, quando se lê uma crônica dos anos 80 de Bobbio (1991, p. 3-8): a compreensão das discussões que a democracia precisava entabular

---

[2] "Las reglas de juego, a diferencia de todas las demás deben aceptarse por unanimidade por la simple razón de que su rechazo, aun se parte de un solo participante, impossibilita jugar. Esto significa que aceptar intervenir en una decisión o en una elección que se realiza con base en la regla de la mayoría implica la acepción de esta misma como decisión o en una elección que se realiza con base en la regla de la mayoría implica la acepción de esta misma como forma de llegar a la decisión o a la elección." (tradução livre – BOBBIO, 1996, p. 267-8)

[3] "Precisamente, si la regla del estado liberal de derecho es que no sobre todo se puede decidir, ni siquiera por mayoría, la regla del estado social de derecho es que no sobre todo se puede dejar de decidir, ni siquiera por mayoría; sobre cuestiones de supervivencia y de subsistencia, por ejemplo, el estado no puede dejar de decidir, incluso aunque no interesen a la mayoría." (FERRAJOLI, 1995, p. 862-4)

[4] "El creciente contraste entre poder tecnocrático y poder democrático deriva precisamente de reconocer que muchas decisiones importantes para la regulación de los conflitos políticos son de naturalexa técnica y, como tales, se adaptan poco a la determinación de la mayoría; así, el triunfo de la tecnocracia podría llegar a ser la derrota total de la democracia." (Tradução livre – BOBBIO, 1996, p. 269)

naquele período não é a mesma que se coloca nos dias atuais. O tempo e os acontecimentos tornam necessária uma revisão de conceitos. Naquele então, a discussão se estabelecia em torno da importância dos conceitos de "direita" e "esquerda" para a representação das diferenças entre as doutrinas e os movimentos políticos do período. Na crônica, o autor esclarece que "extrema esquerda" e "extrema direita" possuem em comum, o ódio à democracia. Tal diferenciação é muito mais antiga que a existente entre esquerda e direita, que data da Revolução Francesa. Os conceitos de "direita" e "esquerda" se justificam enquanto doutrinas e movimentos nos quais o valor da igualdade tem um sentido oposto. Essa conceitualização bobbiana, lida hoje revela-se totalmente inadequada, veja-se a conhecida afirmação de Boaventura de Souza Santos:

> Temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades. (2003, p. 56).

De outro modo, as permanentes alterações dos arranjos que antecedem às decisões baseadas na vontade da maioria acabam por colocar em xeque as próprias decisões. Os cenários políticos, sociais e econômicos podem se transformar, sem que os processos de "auscultação da vontade coletiva" possam perceber essas alterações, visto não serem contínuos. Mesmo que em alguns sistemas, as eleições possam ser convocadas antes do tempo previsto, considerando a existência de um voto de desconfiança de um colegiado mediador, enquanto a nova consulta não ocorre, permanece uma situação de desconforto, devendo ser considerada a ínsita irreversibilidade que conlevam algumas decisões.[5]

Nesse ponto é preciso recordar que embora existam situações coletivas em que normas agridem valores da consciência individual a ponto de descaracterizar as pessoas como seres humanos, não é qualquer norma injusta que tem justificada a sua desobediência. [6]

3 OBJEÇÕES AO CARÁTER ABSOLUTO DA SOBERANIA POPULAR

[5] Sobre a irreversibilidade das decisões, considera Nilson José Machado que "No caso específico da pena de morte, a complexidade da questão emerge com toda a força. Se a vida não pode ser restituída, em caso de erro de avaliação ou de transformações radicais nas circunstâncias – o que ocorre com uma freqüência nada desprezível – como poderia ser tirada? Como se sabe, a despeito de uma permanente polemica, tal pena subsiste em diversos países, incluindo-se alguns estados Americanos do norte." (2005, p. 279).

[6] No século XIX, Henry Thoreau - poeta, naturalista e ativista norte-americano – reagindo à cobrança de impostos nos Estados Unidos em um momento em que esse país praticava uma guerra desigual contra o México, opta pela desobediência. A resistência envolvia desconsiderar conscientemente o que ele considerava injusto, aceitando a punição pelo desrespeito à lei e proclamando publicamente sua não concordância, argumentando de modo a dar início a uma transformação no cenário. O ativismo e a resistência de Mahatma Gandhi e de Martin Luther King, no século XX, foram influenciados pela obra do norte-americano. Cf. THOREAU, Henry. **Desobedecendo.** A desobediência civil & outros escritos. Tradução de J. A. Drummond. 2.ed. São Paulo: Rocco, 1986.

Exatamente porque Tocqueville (1805-1859) rejeita o caráter incondicional da soberania popular – que pode levar ao despotismo – erige o cidadão, não o indivíduo, como elemento capaz de impor "balizas" à soberania popular. Trata-se de um autor profundamente anti-individualista. Seu pensamento está associado ao liberalismo político, não o econômico. (TOURAINE, 1996, p. 119-120).

A observação da realidade norte-americana mostrou que a igualdade de condições aliara-se aos mecanismos da liberdade política, personificados nas instituições concretas da soberania popular. A presença de um regime eleitoral censitário naquele contexto, era vista por Tocqueville como uma mera etapa, pois, "Quando um povo começa a tocar no censo eleitoral, pode-se prever que ele chegará, num prazo mais ou menos longo, a eliminá-lo completamente. Trata-se de uma das regras mais inviariáveis que regulam as sociedades." (TOCQUEVILLE *apud* CHÂTELET; DUHAMEL; PISIER-KOUCHNER, 2000, p. 105)

Embora Tocqueville tenha admirado o vigor das reuniões municipais na Nova Inglaterra, nelas divisava não um reflexo, mas um corretivo à democracia. O significado mais comum que o autor dá à democracia é o de uma sociedade igualitária e não o de um sistema representativo normal. Por sociedade igualitária ele não pretendia designar uma sociedade de iguais e sim uma sociedade em que a hierarquia já não era o princípio que regia a estrutura social.[7]

Nilson José Machado recorda que o princípio da maioria se relaciona inseparavelmente às ideias de totalidade e integridade, configurando uma ontologia em sentido forte, isto é, a afirmação de que os valores fundamentais do seres humanos são um *a priori* no que concerne às instituições e à cultura. Sobre a noção de totalidade, sabe-se que desde a sua origem, a ideia de maioria está com ela conectada.

De modo geral, a história do princípio da maioria tem como ponto de partida o direito romano. A regra foi elaborada como um "procedimento necessário" para a caracterização das decisões coletivas nas *universitates*, isto é, "[…] em associações de pessoas em que a união

[7] "Estou convencido, entretanto, de que a anarquia não é o mal maior que as épocas democráticas devam temer, mas o menor deles. A igualdade produz efetivamente duas tendências: uma leva os homens diretamente à independência e pode impeli-los à anarquia, e a outra os conduz por caminho mais longo, mais secreto, porém, mais seguro, à servidão. Os povos vêem facilmente a primeira e lhe resistem; deixam-se levar pela outra se a verem; é particularmente importante mostrá-la. Longe de condenar na igualdade a indocilidade que inspira, é por isso mesmo que a louvo, admiro-a, vendo-a pôr no fundo do espírito e do coração de cada homem esta noção obscura e esta inclinação instintiva pela independência política, preparando assim o remédio para o mal que produziu. É, sob esse ponto de vista que me apego à democracia." (TOCQUEVILLE, 1985a, p. 308). Ver também MERQUIOR, José Guilherme. **O Liberalismo:** antigo e moderno. Tradução de H. de A. Mesquita. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991, p. 89.

dos indivíduos produz uma entidade diferente de suas partes e superior a elas." O consenso expresso pelos integrantes é um consenso enquanto conjunto ou totalidade (*uti universi* ou *collegialiter*) e não como individualidade ou separado (*uti singuli* ou *separatim*). Em suma, em suas origens a regra surge como uma opção à regra da unanimidade e com base na maxima *universi facile consentire nun possunt* (as totalidades não podem chegar facilmente a um acordo), objetivando possibilitar o surgimento de uma vontade coletiva em uma assembleia. (BOBBIO, 1996, p. 261-2).

Do mesmo modo, o princípio da maioria está vinculado à ideia de integridade, seja no sentido pessoal, seja com referência às coletividades organizadas. A integridade pressupõe uma assimilação entre o discurso e a ação, o que é possibilitado pela abertura aos valores, de modo a viabilizar através da argumentação, a mudança das regras do jogo.

> […] discursos eloquentes sobre valores, desvinculados de uma prática consetânea, conduzem irremediavelmente ao descrédito, à sensação de desamparo, ou ao desenvolvimento de atitudes cínicas, que eivam perigosamente o terreno educacional e o político. Sem uma vivência efetiva da palavra que se professa, sem esse exercício cotidiano de fraternidade entre personalidades diversas em interesses, saberes e poderes, limitar-se a um discurso politicamente correto pode ser tão propício ao cultivo de valores quanto o seria a realização de um seminário ou de uma conferência para ensinar a plateia a andar de bicicleta. (MACHADO, 2005, p. 282).

A integridade exige três níveis de qualidades. Inicialmente, necessita de uma "arquitetura de valores" que possa, de modo autonomo, fazer com que se alcance compreender o que está certo e o que está errado, instrumentalizando com isso as ações. O segundo nível, solicita uma harmonia entre discurso e ação, mesmo que dele decorram efeitos desagradáveis para os envolvidos. Finalmente, é necessário que a integridade ultrapasse esses níveis iniciais, "[…] que podem caracterizar o conforto de uma ética da convição, onde grande parte da integridade pessoal está garantida, mas que nos deixa sempre no limiar de uma ética da responsabilidade, onde assumimos responsabilidades públicas com aquilo que professamos." Trata-se da possibilidade dos agentes individuais e/ou grupos sociais defenderem e com isso responsabilizarem-se publicamente pela racionalidade de seus valores e ações, de modo argumentativo e lógico. Em suma, a integridade envolve a abertura a um diálogo que possibilite a negociação de significados. Mesmo sem abrir mão de seus princípios se aceita "[…] pô-los entre parênteses para examiná-los em outras perspectivas, e sobretudo, admitimos que podemos estar errados." (MACHADO, 2005, p. 282).

Em contrapartida, frente a um conflito de posições, considerando-se que na atualidade a noção de Constituição é condição instituidora do jogo democrático, o debate entre os

neoconstitucionalistas[8] e seus adversarios acaba por reduzir-se a uma mera discrepância sobre a competência e o alcance do momento de interpretação das regras básicas da democracia. A questão é complexa e envolve saber quem terá a última palavra em materia de interpretações controvertidas: ou os "infalíveis" intérpretes da Constituição ou as "intocáveis maiorias."

Andrea Greppi (2004, p. 34) recorda a opinião de Ferrajoli, para quem o conteúdo da democracia é limitado pelos sistema de direitos fundamentais, cabendo aos intérpretes do direito, com o auxílio da lógica, resolver as discrepâncias que possam surgir em sua interpretação, dissolvendo assim os conflitos.

Por outro lado, a teoria de Ronald Dworkin aproxima-se mais do neoconstitucionalismo, apresentando resultados semelhantes às ideias de Ferrajoli, apesar de não defender que a interpretação seja tarefa de uma ciência "despolitizada". Em sua teoria a interpretação do direito é uma manifestação concreta da argumentação: numa prática coletiva sobre questões controversas, os direitos são "triunfos frente às maiorias". Decisões majoritárias só são legítimas na medida em que aproximam "a melhor compreensão possível" do conjunto de princípios que fundamentam o sistema.

> Vistas assim as coisas, juízes e maiorias não podem estar nunca em competição. Seu trabalho é o mesmo: todos tem um lugar na tarefa coletiva de construção e permanente reconstrução da constituição […] O ideal do governo do povo, encarnado na vontade do legislador, fica arrinconado pela irrupção invasive de uma série de princípios fundamentais. A democracia tende a converter-se então, não sem uma ponta de paternalismo, no governo dos intérpretes virtuosos da ordem constitucional.[9]

Refutando a redução de sua teoria, Dworkin contra-argumenta que de sua concepção de

[8] Explicitando as noções de neoconstitucionalismo e de pós-positivismo, o Prof. Manuel Atienza afirma: "Creio que estas mudanças terminológicas são o sintoma de uma mudança verdadeiramente de fundo. […] Em minha opinião, assim como o tempo histórico do Direito Natural se concluiu há muito tempo com o fenômeno da positivação do Direito, o positivismo jurídico (mais recentemente) concluiu também o seu ciclo, como conseqüência da constitucionalização de nossos direitos. […] Para referir-se a isto nos últimos tempo se está usando a expressão 'constitucionalismo' ou 'paradigma constitucionalista'. Não se trata, naturalmente, de reduzir a teoria do Direito à teoria do Direito Constitucional, mas sim de considerar que estamos vivendo dentro de um paradigma de Direito que se caracteriza pelo papel fundamental atribuído à Constituição, sobretudo porque a validade das normas, em especial das normas legisladas, depende de sua adequação à Constituição, e não unicamente a critérios formais e procedimentais, se não também a critérios materiais. Junto a isto, tem também grande importância a existência dos tribunais constitucionais (chamados assim ou de outra maneira) que fazem um papel de controle de constitucionalidade das leis. […] para ir além do positivismo jurídico se necessita tomar em consideração também outras tradições não-positivistas ou antipositivistas, e isto não fica refletido com o rótulo de 'pós-positivismo'. […] Considerar que existe uma conexão necessária entre o direito e a moral não faz de alguém, sem mais, um autor jusnaturalista. Eu diria que as teorias destes autores estão dentro do constitucionalismo ou do neoconstitucionalismo."(ATIENZA, Manuel. Os Diversos enfoques da teoria contemporânea do direito e a passage para uma teoria constitucionalista do direito. Diálogo entre a Profa. Cláudia Rosane Roesler e o Prof. Manuel Atienza. In: CRUZ, P. M.; ROESLER, C. R. (orgs.). **Direito & Argumentação no pensamento de Manuel Atienza.** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p. 46-7)

[9] "Vistas así las cosas, jueces y mayorías no pueden estar nunca en competencia. Su labor es la misma: todos tienen un puesto en la tarea colectiva de construcción y permanente reconstrucción de la constitución. […] El ideal del gobierno del pueblo, encarnado en la voluntad del legislador, queda arrinconado por la irrupción invasiva de una serie de principios fundamentales. La democracia tiende a convertirse entonces, no sin una punta de paternalismo, en el gobierno de los intérpretes virtuosos del orden constitucional." (tradução livre - GREPPI, 2006, p. 34).

direitos não deriva uma vulgarização da democracia, ao contrario, os direitos garantidos incondicionalmente contribute para recuperar o valor dessa forma de governo.[10]

Para que os princípios incorporados a um certo tipo de direito sejam resgatados em seu sentdio moral e que seu conteúdo seconstitua em um ponto de apoio estável à vida de uma democracia, é necessário "desfazer-se da perniciosa e defocada identificação entre democracia e maiorias."[11] A igualdade se identifica com igual respeito e consideração nos diferentes âmbitos da vida social, muito mais que com a igualdade formal ou mesmo material. Na democracia, a igualdade na participação é apenas um valor dentre outros.[12]

4 O PROCEDIMENTO DEMOCRÁTICO DO COMPROMISSO

Além do procedimento majoritário, o amplo processo de democracia comunitária e participativa pode admitir admitir outras maneiras de formação da vontade coletiva. Considerando que o Estado democrático está inserido em uma sociedade de capitalismo industrial, caracterizada pela pluralismo e pela existência de grupos organizados e em conflito, pode ocorrer que o contrato ou acordos bilaterais entre partes formalmente iguais, se transforme em um instrumento eficaz para a solucionar conflitos.

Novamente, Bobbio nos ensina que como consequência de uma concepção unicêntrica do Estado tem-se a ideia da supremacia da lei, que encontrou "sua formulação mais acabada no Leviatan de Hobbes." Nesse caso, o Estado estava destinado a dominar e eliminar os sistemas inferiores, as sociedades parciais e os órgãos intermediários. Apesar disso, o desenvolvimento político se deu em sentido oposto, tendo aumentado em número e força as sociedades parciais. Sendo o príncipe e o povo - expressão da vontade coletiva expressa na lei – ficções jurídicas do Estado monocrático hoje o desenvolvimento político acabou se dando em direção a um Estado policêntrico, sendo que muitas vezes a vontade coletiva termina por expressar-se no contrato e não na lei. (BOBBIO, 1996, p. 264).

---

[10] "En el análisis de algunas cuestiones constitucionales particularmente conflictivas (los límites a la libertad de expression, la regulación de la pornografía, la euthanasia y el aborto, la discriminación inversa, etc.) Dworkin aclara las razones no solo morales sino también políticas de la intervención judicial en la defensa de los derechos fundamentals. Lo que intento demostrar es que esta intervención ***materializa***, por cauces diferentes a los de la democracia ***formal***, la mejor interpretación posible del conjunto de principios con los que habría de identificarse la voluntad soberana del pueblo." (GREPPI, 2006, p. 34).

[11] "[…] deshacerce de la perniciosa y desenfocada identificación entre democracia y mayorías." (tradução livre - WALDRON, 2005, p. 339).

[12] Por seu turno, Jeremy Waldron recorda dentre as condições mo "[...] en el interior mismo de la mayoría, cuando la formación de esta última no tiene lugar espontaneamente (y es muy difícil que se forme así), o cuando es por imposición, por ejemplo por conducta de la disciplina partidária (lo que es contrario a la 'esencia' de la democracia)." (WALDRON, 2005, p. 339).

Por seu turno, sobre as contemporâneas limitações da democracia representativa e o processo que leva ao surgimento de corpos intermediários e de movimentos participativos com uma "racionalidade diversa da formal", Wolkmer recorda o amplo leque de decisões dos quadros institucionais que escapam ao controle da atividade parlamentar,

> […] tanto por desajuste estrutural entre a democracia representativa e o Estado intervencionista (porque, naquela, a legitimidade se mede pela legalidade e neste, pela efetividade das demandas) quanto porque o sistema de governo (presidencialista) retira da representação partidária a chance de decisão por escolha de acordo com a vontade do eleitorado (2015, p. 146)

A constação de que "corpos intermediarios" do tipo das associações profissionais, conselhos de fábrica, sindicatos ou mesmo cooperativas, com baixo grau de institucionalização, elaboram e aplicam disposições normativas próprias, é comum à inúmeros pensadores, tais como Gierke, Ehrlich, Gurvitch e Santi Romano. Não mais que uma pequena parte da ordem jurídica da sociedade é produzida por normas estatais, em outras palavras, o direito da sociedade é oriúndo, em sua maior parte, de modo autônomo em relação às normas jurídicas abstratas.

> Em cada um desses grupos comunitários de interesses livremente organizados, ocorre uma 'regulação interna', 'informal', 'autônoma' e 'espontânea', paralela e independente da normatividade estatal, dos códigos oficiais, das legislações elaboradas pelas elites políticas excludentes e pelos letrados litigantes nos tribunais estatais. Reforçando a interpretação da existência das várias formas jurídicas autônomas de grupos ou movimentos coletivos, assinala Georges Gurvitch que 'as proposições jurídicas abstratas, formuladas pelo Estado, [...] não se dirigem, no fundo, senão aos tribunais estatais e a outros órgãos do Estado. Os grupos e indivíduos vivem frequentemente sua vida jurídica na ignorância do conte- údo dessas proposições.' (WOLKMER, 2015, p. 165-6)

Nesse sentido, Bobbio recorda que Kelsen, ao tecer considerações sobre a regra da maioria, introduz o tema do compromisso como elemento essencial para a vida democrática. Todavia, diz o jurista italiano, é essencial agregar que o compromisso é entre a maioria e a minoria

> [...] no interior mesmo da maioria, quando a formação desta última não tem lugar espontaneamente (e é muito difícil que se forme assim), ou quando é por imposição, por exemplo por conduta da disciplina partidária (o que é contrário à essência da democracia).[13]

Sempre que for estabelecido que são dois procedimentos diferentes de formação da vontade coletiva, não há maiores dificuldades na coincidência entre o princípio majoritário e o compromisso. O compromisso é então definito por Kelsen como fazendo parte da própria natureza da democracia, consistindo numa solução que se situa no ponto mediano de um conflito, fazendo emergir uma norma não totalmente contrária a uma das partes e nem

[13] "[...] en el interior mismo de la mayoría, cuando la formación de esta última no tiene lugar espontaneamente (y es muy difícil que se forme así), o cuando es por imposición, por ejemplo por conducta de la disciplina partidária (lo que es contrario a la 'esencia' de la democracia)." (BOBBIO, 1996, p. 264).

totalmente conforme aos interesses da outra. Bobbio recorda que a teoria dos jogos pode lançar luz ao tema, na medida em que existe uma diferenciação entre os jogos cujo resultado é a "soma zero" e aqueles em que o resultado é uma soma diferente de zero, positiva ou negativa. "A decisão por maioria é uma típica decisão de soma zero, em que há quem ganhe e quem perca (como nos dados): esta última perde o que a maioria ganha."[14] Já o compromisso tem como forma típica o contrato e como consequência uma soma positiva. Caso não se confie a escolha de uma forma de governo ao princípio da maioria, e sim a um compromisso entre as partes – como nos casos de uma monarquia absoluta em que as classes exigem participação no governo – pode ocorrer um resultado de compromisso do tipo de uma monarquia constitucional ou mesmo uma república presidencialista. A questão que exsurge diz respeito a se o princípio da livre negociação é mais ou menos democrático que o majoritário. Ambos, o da maioria e o da livre negociação são necessários, mas não suficientes para a democracia. A condição para que a regra da maioria seja democrática é a de que ela seja aplicada ao maior número de pessoas, no caso da livre negociação é necessário que as partes tenham o mesmo poder ou tenham os mesmos meios para influenciar a outra parte. Nesse último caso, trata-se de uma condição dificilmente realizável e por isso mesmo, uma condição limite. (BOBBIO, 1996, p. 266-7).

Nesse ponto, cabe recordar junto com Bobbio que a regra da maioria passa a ser um meio para que a maioria substantiva chegue ao poder se e somente se surgirem as circunstâncias históricas específicas "que geralmente não nascem de uma determinação tomada com base no princípio majoritário."[15]

Essa mesma constatação é percebida na compreensão de Tocqueville do surgimento da democracia como uma necessidade histórica oriúnda do momento em que as sociedades entram na era moderna - mais especificamente, na era industrial -, e as consequentes transformações sociais – que podem se dar pacífica ou violentamente – e não, de uma transformação política. As transformações envolvem o desaparecimento das ordens ou estados hierarquizados e o surgimento, em seu lugar, da igualdade de direitos. A igualdade não pode ser considerada como uma igualdade de fato e sim "uma certa igualdade de condições." (TOURAINE, 1996, p. 118). Nesse tocante, Tocqueville antevê o fenômeno da "alienação", decorrente da divisão repetitive do trabalho, quando o homem deixa de pertencer

[14] "La decisión por mayoría es una típica decisión de suma cero, en la que hay quien gana y quien perde (como en los dados): de esta forma, respecto a la apuesta gana la mayoría y perde la minoría; esta última perde lo que la mayoría gana." (tradução livre – BOBBIO, 1996, p. 265).
[15] "[...] que generalmente no nacen de una determinación tomada con base en el principio mayoritario." (tradução livre – 1996, p. 256-7)

a si mesmo e passa a pertencer ao trabalho, de modo cada vez mais dependente e impotente. (MATTEUCCI, 1998, p. 280).

Será justamente porque a democracia é em Tocqueville uma "necessidade histórica" que ele incumbir-se-á de refletir sobre os problemas propriamente políticos dela decorrentes, entre os quais o de impedir que, no momento posterior à destruição das ordens tradicionais, esta forma de governo acabe por desembocar na tirania das maiorias, criando uma ordem social em contradição com a razão. A tirania leva ao conformismo de opinião, nivelando espíritos, classes e condições. É por isso que assim como ele recusa dar o poder universal a um só, também recusa dá-lo quando são vários: os homens reunidos tornam-se mais fortes e não mais pacientes. Quando um poder social superior não encontra obstáculos que o façam moderar-se, a liberdade está em perigo. [16]

Ao mesmo tempo em que Tocqueville sustenta ser o destino das sociedades se tornarem democráticas e igualitárias, "Nosso autor reconhece que a democracia é um bem (um pouco a contragosto) que acarreta um grande mal (descrito em tons alarmantes)." O mal é a tirania das maiorias e o contato com a sociedade norte-americana faz com que ele observe aspectos capazes de afastar esse risco, todos herdados do colonizador inglês: os costumes de autogoverno da comuna e da livre associação dos indivíduos e a liberdade de imprensa. A democracia comunitária e o consequente federalismo se constitui no maior obstáculo ao despotismo. O segundo aspecto, a tradição da associação livre dos indivíduos sem autorização com vistas a fins coletivos. "O terceiro seria a liberdade de imprensa, prática estabelecida desde o final do século 17 na Inglaterra e já disseminada, numa efervescência de jornais turbulentos e aguerridos, nos Estados Unidos que Tocqueville conheceu." (FRIAS FILHO, 2005, p. 4).

Tocqueville intui a existência das elites políticas e a possibilidade destas terem interesses opostos aos dos representados, conseguindo até manipular essa vontade. Em termos atuais, fala-se no conformismo da sociedade de massa. A produção deste conformismo e de uma verdadeira eclipse da razão, ocorre como um produto da sociedade igualitária, na qual se demonstra a legitimidade de um argumento a partir de sua utilidade prática. A imaginação é marginalizada na medida em que a razão de um ideal passa a ser um cálculo. "A mesma cultura se transforma profundamente na medida em que o desejo de glória é suplantado pelo

[16] "Não há, portanto, na terra autoridade tão respeitável por si mesma nem revestida de um direito tão sagrado que eu desejasse deixar agir sem controle e dominar sem obstáculos. Quando, portanto, vejo dar o direito e a faculdade de fazer tudo a uma potência qualquer que se chame povo ou rei, democracia ou aristocracia, quer se exerça numa monarquia, quer numa república, então digo: aí está o germe da tirania, e procuro ir viver sob outras leis."(TOQUEVILLE, 1985 a, p. 240)

dinheiro; e assim 'a indústria cultural' transforma as criações intelectuais em simples mercadoria destinada ao triunfo e ao consumo."[17]

Por outro lado, para Kelsen o domínio da maioria, atributo da democracia, se diferencia de outros tipos de domínio, em razão de *pressupor uma oposição*, isto é, pressupor a existência da minoria. E mais do que isso, ele protege a minoria através dos direitos e liberdades fundamentais. Sendo a democracia, produto de uma visão relativista, a grande questão reside na existência ou não, de um conhecimento da verdade ou dos valores absolutos; é ela que gera a oposição entre atitudes políticas fundamentais, isto é, a antítese entre autocracia e democracia, entre uma concepção metafísica e místico-religiosa do mundo e outra crítica-relativista. A atitude política que considera inacessível ao conhecimento humano a verdade absoluta, também considera as opiniões dos outros possíveis. É por isso que a democracia dá para cada convicção política a mesma possibilidade de manifestar-se e de conquistar o apoio de outros homens através da livre concorrência.

> Mas quanto mais forte for a minoria, mais a política da democracia se torna uma política de compromisso: assim como nada caracteriza melhor a filosofia relativista do que a tendência que ela apresenta para a conciliação de dois pontos de vista opostos, os quais tal filosofia não pode nem aceitar inteiramente e sem reservas, nem negar de maneira absoluta. (KELSEN, 1987, p. 116).

O cerne da ideia de democracia está na garantia de participação, "muito mais do que na simples eleição por meio de alguma regra procedimental como a da maioria." Machado recorda a questão proposta por Kelsen ao perguntar, "se seria mais 'democrático' a submissão de todos ao princípio majoritário ou a livre negociação de compromissos que possibilitem a convivência harmônica de diferentes pontos de vista sobre um mesmo tema?" (2005, p. 276).

Dentre os limites subjetivos à regra da maioria, estão os relacionados à cultura de um povo, seus costumes, sua língua. No caso das minorias étnicas as razões são flagrantes, eis que, caso o princípio da maioria fosse adotado, perderiam sempre.

> Um exemplo muito comum é a imposição da língua da maioria sobre uma minoria linguística [...] Claro está, devemos diferenciar a tutela da minoria de parte de um órgão coletivo que adota como regra a da maioria, da tutela de uma minoria religiosa ou étnica: tutelar a primeira consiste em evitar tirar-lhe a possibilidade de tornar-se uma maioria, enquanto no segundo caso – uma minoria que por razões evidentes nunca poderá converter-se em maioria – consiste em impedir que a maioria tenha a possibilidade de intervir em alguns âmbitos reservados, como são, precisamente, os relacionados com o *ethos*. [18]

---

[17] "La misma cultura se transforma profundamente en la medida en que el deseo de gloria es suplantado por el dinero; y así 'la industria cultural' transforma las creaciones intelectuales en simple mercancía destinada al triunfo y al consumo." (MATTEUCCI, 1998, p. 280).

[18] "Un ejemplo muy común es la imposición de la lengua de la mayoría sobre una minoría linguística [...] Claro está, debemos diferenciar la tutela para la minoría de parte de un órgano colectivo que adopta como regla la de la mayoría, de la tutela para una minoría religiosa o étnica: tutelar a la primera consiste en evitar cerrarle la posibilidad de volverse una mayoría, mientras que en el segundo caso – una minoría que por razones evidentes

Outro aspecto a ser considerado quando se pensa a proteção das minorias em uma democracia, é a temática da intensidade das preferências. Para Giovanni Sartori, a primeira obra que considera sistematicamente esse fator na teoria política é *Um Prefácio à teoria política* de Robert Dahl. A obra parte das propostas conciliatórias de James Madison ao tema das preferências. Para Dahl, Madison buscava construir um sistema que conseguisse compatibilizar a igualdade política à defesa dos direitos das minorias e, no entanto, a solução a que chegara estava eivada de argumentos e suposições frágeis. (SARTORI, 1994, p. 261).

São inúmeras as formas de resistência à regra da maioria, a depender do tamanho relativo da minoria derrotada e também da maioria vitoriosa, de sua localização geográfica, de seu acesso aos recursos, de seus sistemas de convicção e também da natureza das questões que separam estes dois grupos. É o ponto em que Dahl se pergunta: "estando em jogo uma decisão coletiva que envolve votação, seria possível elaborar regras objetivando impedir o predomínio de uma maioria apática sobre uma minoria intensa?" (SARTORI, 1994, p. 261).

Para Amartya Sen, uma das questões mais difíceis – e que não é nova -, que a democracia precisa lidar, diz respeito a que além de ter de se preocupar com a regra da maioria, deve estar atenta aos direitos das minorias. Nesse sentido, é central para um funcionamento adequado do sistema democrático, a formação e desenvolvimento dos valores relacionados à tolerância. Desse modo, o papel da democracia na eliminação das fomes coletivas, é assim descrito por Sen,

> a democracia evita as fomes coletivas porque o drama da minoria é politizado pelo debate público, gerando uma ampla maioria em defesa da prevenção da fome, uma vez que a população em geral não tem nenhuma razão especial para entreter qualquer hostilidade considerável – ou animosidade explorável – em relação às potenciais vítimas da fome. (SEN, 2011, p. 387).

Já o papel da democracia na prevenção e eliminação das violências sectárias é mais complexo, considerando que "demagogicamente" extremistas podem estimular os conflitos intercomunitários. A democracia poderá desempenhar um papel importante prevenindo a violência comunitária a depender dos processos políticos de educação "inclusivos e interativos" e na sujeição do pensamento comunal divisionista. Além de uma estrutura institucional adequada, o funcionamento destas instituições depende dos "padrões de comportamento real e do funcionamento das interações políticas e sociais". No combate à violência sectária, a democracia é um auxilio na medida em que incentiva a consideração das identidades plurais dos seres humanos. (SEN, 2011, p. 388).

---

nunca podrá convertirse en mayoría – consiste en cambio en impedir que la mayoría tenga facultad de intervenir en algunos ambitos reservados, como son, precisamente, los relacionados con el *ethos*." (tradução livre - BOBBIO, 1996, p. 270-1).

É perfeitamente legítimo que as minorias possam participar do exercício do poder através de negociações que levem em conta seus interesses particulares. Nesse caso, o princípio que passará a reger as ações será o da negociação, devendo ser considerada a "situação ideal de fala" habermasiana.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A título de palavras finais, parte-se da afirmação de Bobbio de que o princípio majoritário se transforma em um meio para que a maioria substantiva chegue ao poder se e somente se surgirem as circunstâncias históricas específicas. Todavia essa situação pode não ocorrer. É o que afirma Nilson José Machado ao lembrar a importância de que, muito apesar dos principais caminhos estarem prefigurados pelas decisões hegemônicas, as vozes discordantes sejam efetivamente ouvidas de modo a viabilizar a coexistência de pensamentos dissidentes eticamente defensáveis em um pluralismo de sujeitos coletivos. Como ele mesmo diz, não se pode pretender que o rato negocie com a ratoeira e nem que a raposa negocie com as galinhas. (2005, p. 277).

Sendo assim, constatou-se que perscrutar a temática do valor do princípio da maioria para a democracia, leva a considerar a sua impropriedade como valor absoluto, bem como a temática da tirania das maiorias. Sem dúvida, é necessário respeitar a voz majoritaria, todavia, é preciso atentar para as suas manifestações indiciárias mais sutis, não sendo possível ignorar os resquícios de irracionalidade frequentes em manifestações e decisões coletivas. A análise do fenômeno homem-massa, traz elementos fundamentais para a compreensão das relações entre minorias e maiorias. A massa não atua por si mesma, carece de consciência, situação designada pela expressão "conformismo da sociedade de massas". Desse modo, é legítimo imaginar que as minorias possam participar do exercício do poder com base no princípio da negociação, sendo considerados seus interesses particulares. Acordos com base no procedimento do compromisso, podem acabar por abranger interesses distintos, situação que não ocorreria caso o procedimento fosse o majoritário. Da mesma forma, pode ocorrer um *deficit* de legitimidade eis que a percepção da vontade da coletividade não consegue atuar de modo contínuo, gerando problemas quando as conjunturas se transformam. Também há que considerar-se que existem temáticas que são arredias a serem submetidas ao princípio da maioria, dentre elas as cientificas e as que abrangem valores éticos e que atingem a consciência pessoal dos envolvidos.

Nesse sentido, as contribuições hoje clássicas de Tocqueville auxiliam ao descrever as

então emergentes vias do despotismo surgidas a partir da revolução democrática da Idade Moderna e se inserem em uma tradição que mostra que embora o léxico tirania esteja sujeito à mudanças históricas e semânticas, ele permanece sendo necessário para designar regimes políticos ilegítimos. A acepção que o filósofo dá à democracia não é a de um sistema representativo e sim a de uma sociedade igualitária, na qual a hierarquia havia deixado de ser o princípio estruturante.

Desse modo as interpretações clássicas da tirania parecem transcender seu próprio contexto de referência. O pensador assinala os riscos que uma tirania da maioria poderia vir a representar, no contexto de discussão das vantagens da democracia norte-americana. A forma mais insidiosa da tirania da maioria é a exercida sobre o pensamento. A tradução material e moral da onipotência da maioria, traduz-se em uma espécie de censura e de limitação ao pensamento até então desconhecida: pronunciando-se a maioria, gera-se um consenso forçado, frente ao qual, opiniões divergentes devem calar-se sob pena de seus portadores verem-se excluídos ou mesmo invisibilizados.

Tocqueville insere-se na linhagem dos autores liberais que analisam as novas ameaças à liberdade, não provenientes da democracia política, e sim, do processo de igualização da sociedade civil. Este processo pode conduzir a uma sociedade administrada burocraticamente por uma nova forma de despotismo, aquele que impele os homens a não pensarem, ao comodismo da opinião que acaba por nivelar os espíritos e as classes. Quando o despotismo administrativo alia-se à soberania popular, diz ele, estamos frente à tirania das maiorias. Se, para autores como Touraine, as contribuições deste pensador o autorizam a classificá-lo de um democrata anti-revolucionário (1996, p. 120), para outros, como Merquior (1991, p. 92-93), ele faz parte de uma primeira geração de liberais franceses mais preocupados com a razão e o debate livre do que com o lucro, o mercado e o progresso: uma ordem social igualitária deveria gerar a liberdade. Se na América costumes liberais emanciparam as instituições políticas, na França, instituições livres deveriam criar costumes liberais. Hoje constata-se que, muitos dos críticos da uniformidade de pensamento e da submissão da esfera política ao "mercado" podem buscar subsídios na precursora noção de alienação apresentada na obra de Tocqueville. Trata-se de "um brando despotismo instalado sobre as ruínas do espaço público" - conforme diz Frias Filho (2005, p. 4) - pelo qual, nas sociedades democráticas os homens, aprisionados pela vida privada, são impelidos a buscar bens materiais e submeter-se ao conformismo diante das posições das maiorias.

Em suma, a avaliação do quanto o princípio da livre negociação será mais ou menos democrático que o majoritário leva a constatação de que ambos são procedimentos

necessários, mas não suficientes nas sociedades pluralistas e democráticas.

REFERÊNCIAS

ATIENZA, Manuel. Os Diversos enfoques da teoria contemporânea do direito e a passagem para uma teoria constitucionalista do direito. Diálogo entre a Profa. Cláudia Rosane Roesler e o Prof. Manuel Atienza. In: CRUZ, P. M.; ROESLER, C. R. (orgs.). **Direito & Argumentação no pensamento de Manuel Atienza.** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p. 43-84

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade.** Para uma teoria geral da política.Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. 173p.

_____. La Regla de Mayoría: limites y aporias. In: _____. **Norberto Bobbio: el filósofo y la política.** Antología. Estudio preliminar y compilación de José Fernández Santillán. Traducción José Fernández Santillán y Ariella Aureli. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

_____. O Futuro da democracia in ___. **O Futuro da democracia/** uma defesa das regras do jogo Tradução de M. A. Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 1986. p. 17- 40. Título original: *Il futuro della democrazia. Una difesa delle regole del gioco.*

_____. **Teoria geral da política:** a filosofia política e a lição dos clássicos. Edição organizada por Michelangelo Bovero. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro:Campus, 2000. 717p.

_____. Três textos sobre violência. **Revista da USP**, São Paulo, n. 9, p. 3-8, março/maio 1991.

BOVERO, Michelangelo. **Una gramática de la democracia.** Contra el gobierno de los peores. Traducción de L. C. Vianello. Madrid: Trotta, 2002.

CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. **História das idéias políticas.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000. 399p.

DARNSTÄDT, Thomas. La Trampa del consenso. Estudio introductorio de Francisco Sosa Wagner. Traducción de J. M. de Luco Zelmer e F. Sosa Wagner. Madrid: Trotta, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón.** Tradução de Perfecto A. Ibañez et allii. Madrid: Trotta, 1995, p. 864 991 p. Título original: *Diritto e ragione*

FRIAS FILHO, Otávio. A Descoberta da democracia: o conservador visionário. **Folha de São Paulo. Caderno "Mais!".** 31 de julho de 2005, p. 4

GONZÁLEZ REQUEÑA, Juan Antonio. Nuestras tiranias. Tocqueville acerca del despotismo democrático. **Areté,** Revista de Filosofia, Departamento de Humanidades da PUCP, Perú, v. XXV, n. 1, p. 61-80, 2013. Disponível em: http://www.scielo.org.pe/scielo.php?pid=S1016-913X2013000100004&script=sci_arttext. Acesso em 14/04/2016

GREPPI, Andrea. **Concepciones de la democracia en el pensamiento politico**

contemporáneo. Madrid: Trotta, 2006.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os Princípios filosóficos do direito político moderno.** Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999. 526p.

HESPANHA, António Manuel. **Pluralismo Jurídico e Direito Democrático.** São Paulo: Annablume, 2013.

JASMIN, Marcelo Gantus. Tocqueville, a Providência e a História. **Dados,** Rio de Janeiro, v. 40, n. 2, 1992. Disponível: http://dx.doi.org/10.1590/S0011-52581997000200002. Acesso em 23/02/ 2016

KELSEN, Hans. Essência e valor da democracia. **Arquivos do Ministério da Justiça**, a.40, n. 170, p. 63-127, out-dez. 1987.

_____. **Teoria pura do Direito.** Tradução de João Baptista Machado. 6.ed. São Paulo, Martins Fontes, 1998.

MACHADO, Nilson José. A maioria sempre tem razão. Ou não. **Estudos Avançados,** Instituto de Estudos Avançados da USP, São Paulo, v. 19, n. 55, p. 271-285, Sept./Dec. 2005. Disponível em: http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142005000300020. Acesso em 23/02/2016

MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad.** História del constitucionalismo moderno. Presentación de Bartolomé Clavero. Traducción de Francisco Javier Ansuátegui Roig y Manuel Martinez Neira. Madrid: Trotta; Universidad Carlos III, 1998. 318p.

MERQUIOR, José Guilherme. **O Liberalismo:** antigo e moderno. Tradução de H. de A. Mesquita. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991. 260p.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos direitos fundamentais.** 11.ed.rev.e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para libertar**: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SARTORI, Giovanni. **A Teoria da democracia revisitada.** 1. O Debate contemporâneo. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 1994.

SEN, Amartya. **A Ideia de justiça.** Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

THOREAU, Henry. **Desobedecendo.** A desobediência civil & outros escritos. Tradução de J. A. Drummond. 2.ed. São Paulo: Rocco, 1986.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A Democracia na América.** Tradução de Eduardo Brandão. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes: 2005. 560p. Título original: *De la démocracie em Amérique*

_____. _____. Tradução de Francisco Weffort. São Paulo: Abril S. A. Cultural, 1985 a (Coleção: Os Pensadores/Jefferson, Federaslistas, Paine, Tocqueville). p. 179-317.

_____. **O Antigo Regime e a Revolução.** Tradução de Francisco Weffort. São Paulo: Abril S. A. Cultural, 1985 b (Coleção: Os Pensadores/Jefferson, Federaslistas, Paine, Tocqueville). p.

319-365.

TOURAINE, Alain. **O Que é a democracia?** Tradução de Guilherme J. de S. Teixeira. Petrópolis: Vozes, 1996. 286p.

WALDRON, J. **Derecho y desacuerdos.** Estudio preliminary de Roberto Gargarella y José Luis Martí. Traducción de José Luis Martí y Águeda Quiroga. Madrid: Marcial Pons, 2005.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico.** Os Fundamentos de uma nova cultura do direito. 4.ed.rev.e amp. São Paulo: Saraiva, 2015.