



**RAÍZES E EVOLUÇÃO DO ESTADO CONSTITUCIONAL: A TENSÃO ENTRE
CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA**

***ROOTS AND EVOLUTION OF THE CONSTITUTIONAL STATE: THE TENSION
BETWEEN CONSTITUTIONALISM AND DEMOCRACY***

Daniel Teixeira Silva¹

RESUMO

O presente trabalho busca analisar as raízes históricas e como ocorreu tanto a formação quanto o desenvolvimento do Estado Constitucional. Além disso, pretende investigar as relações que se estabeleceram entre o Constitucionalismo e a Democracia, marcadas, nitidamente, por um conflito permanente e necessário. Serão apresentadas noções gerais, conceitos e aspectos históricos buscando tratar o tema com a complexidade que lhe é característica, para que, ao final, seja oferecida uma abordagem capaz de maximizar o debate.

PALAVRAS-CHAVE: Estado Constitucional. Democracia. Constitucionalismo

ABSTRACT

This paper seeks to analyze the historical roots and occurred as the formation and development of the State Constitution. Furthermore, it intends to investigate the relationships established between

¹ Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas no programa intitulado “Constitucionalismo e Democracia”. Professor da Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas de Extrema – FAEX.



Constitutionalism and Democracy, marked clearly by a permanent and necessary conflict. General ideas will be presented, concepts and historical aspects seeking to treat the subject with the complexity that is characteristic of him, so that in the end, be offered an approach that maximizes the debate.

KEYWORDS: Constitutional State. Democracy. Constitutionalism.

INTRODUÇÃO

Os mais incautos podem reagir com naturalidade ao se depararem com recorrentes expressões como “Estado Democrático-Constitucional” ou vice-versa. Entretanto, a relação entre democracia e constitucionalismo configura-se problemática.

Ao que parece a candura e ingenuidade mencionadas reforça cada dia mais a unidade da nomenclatura e torna coeso e persuasivo o conteúdo propriamente dito da expressão.

Após a ascensão e queda dos regimes totalitaristas, no segundo pós-guerra firmam-se ordenamentos marcados por um enlaçamento entre a tradição democrática oitono-vecentista e uma linguagem dos direitos de antiga ascendência jusnaturalista, dando origem a tal nomenclatura.

Surge, então, um Estado democrático-constitucional que deve ser hábil a fundir o poder oriundo da soberania popular com a tutela dos direitos fundamentais dos sujeitos. Este é o norte do novo constitucionalismo: uma democracia que se realiza com a promoção dos direitos fundamentais e invioláveis dos indivíduos.

Nesse contexto e com o distanciamento necessário do que hoje se apresenta, o presente trabalho pretende apontar, primeiramente, as tradições históricas e culturais que, não só distintas, mas opostas entre si, deram lugar em época recente à fórmula de “Estado democrático-constitucional”. Verificar-se-á, em seguida, as relações conflitantes que foram estabelecidas e como a democracia se protege do constitucionalismo e este se defende daquela.



Após isso, busca-se navegar nos mares da evolução do dito Estado Constitucional para que haja a verificação se a antiga tensão desses componentes originários ainda se mantém.

Para atingir os objetivos dessa pesquisa adotar-se-á o método analítico.

1 O ESTADO CONSTITUCIONAL

Inicialmente, cabe uma importante advertência no tocante à relação do Direito com o Estado e a sociedade. O Direito não tem como ponto de referência obrigatório o destacável aparato de poder que é o Estado Moderno e nem é vinculado a uma entidade social e politicamente autorizada, embora a realidade histórica até hoje apresentada ostente o monopólio do Direito operado pelo Estado².

Visto isso, para além do Estado de Direito Liberal, o Estado Constitucional é caracterizado, basicamente, por três importantes fatores, quais sejam: a primazia da Constituição, sendo que em seu interior prevalecem os direitos fundamentais, independentemente de sua natureza liberal ou social; a consagração do princípio da legalidade como subsunção concreta de todos os poderes públicos ao Direito; e, finalmente, a efetivação de todos os poderes do Estado para garantir o deleite dos direitos de caráter liberal e a efetividade dos direitos sociais.

O primeiro fator, ou seja, a supremacia da Constituição, está atrelado à ideia de afirmação da normatividade de seu conteúdo e, com isso, da efetiva vinculação dos poderes públicos às normas constitucionais.

Na afirmação de que o poder está submetido ao Direito e de que a lei geral e abstrata, como expressão do poder, tem que ter sua origem na vontade coletiva, encontra-se o instrumental de garantia que o Estado de Direito clássico (liberal) dispensa aos indivíduos frente ao poder político.

² GROSSI, Paolo. *Primeira lição sobre direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 11.



Sob tal ótica, a lei é a melhor ferramenta de garantia do indivíduo frente ao poder, pois este não poderá atuar à margem da lei, mas apenas dentro de seus contornos e limites. Da mesma maneira, a lei também é o instrumento mais idôneo para garantir as liberdades individuais, haja vista que é por meio dela que o povo transmuta-se na voz que pronuncia o Direito.

Todavia, a justificação histórica e racional da autoridade do poder, já não mais embasada na figura da autoridade divina (Estado absolutista), acabou por criar uma imagem irreal do Estado, proclamado integrador, igualitarista e orientado à garantia da vida, da propriedade e da liberdade dos indivíduos.

Com isso, o Direito também foi afastado de qualquer referência substancial ou material, passando a ser um molde cujo conteúdo irá ser preenchido pelas decisões políticas. Segundo Antônio Manuel Peña Freire, o resultado disso acabou por dismantelar o potencial garantista da lei como limite do poder, de forma que

[...] o absolutismo monárquico avançará a um sistema organizativo onde a supremacia política e jurídica passa às mãos do Poder Legislativo, único soberano a ser representante da nação. Se o império da lei era considerada a garantia máxima contra o arbítrio e a injustiça dos governantes, uma vez assentado o modelo jurídico-político burguês, assistiremos a um giro na realidade do Estado de direito, que abrirá as portas a novas expressões absolutas ou totais de poder. Em suma, superado o poder absoluto do rei, este foi substituído pelos das assembleias soberanas, e, portanto, ao absolutismo monárquico sucede uma situação de absolutismo legislativo ou concepção absoluta de lei, à que resulta finalmente assimilada a própria idéia de direito. (tradução livre).³

³ FREIRE, Antônio Manuel Peña. *La garantía en el Estado constitucional de derecho*. Madrid: Trotta, 1997, p. 53. No original: “el absolutismo monárquico dará paso a un sistema organizativo donde la supremacía política y jurídica pasa a manos del poder legislativo, único soberano al ser representante de la nación. Si el império de la ley era considerado la garantía máxima contra el arbítrio y la injusticia de los gobernantes, una vez assentado el modelo jurídico-político burgués, assistiremos a un giro en la realidad del Estado de derecho, que abrirá las puertas a nuevas expresiones absolutas ou totales de poder. En definitiva, superado el poder absoluto del rey, éste fue sustituido por el de las asemeblas soberanas, y, por lo tanto, al absolutismo monárquico sucede una suerte de absolutismo legislativo o concepción absoluta de la ley a la que queda finalmente asimilada la propia idea de derecho”.



No Estado de Direito Liberal, o foco de controle do poder ficou centrado no Parlamento. Sendo assim, a Constituição não representava o principal foco de limitação do poder, mas sim a assembléia legisladora, que cumpriria a função de frear os eventuais abusos no exercício do poder. A supremacia da Constituição não se traduzia em supremacia de fato.

José Joaquim Gomes Canotilho afirma que

[...] a limitação do poder pelo direito acabaria, em França, numa situação paradoxal. A supremacia da constituição foi neutralizada pela primazia da lei. Daí que um célebre jurista francês [J. Acosta Sanchez] se tenha referido ao 'Estado de direito francês' como um Estado legal ou Estado de legalidade relativamente eficaz no cumprimento do princípio da legalidade por parte da administração, mas incapaz de compreender o sentido da supremacia da constituição, à imagem do Paramount law americana, e insensível à força normativa dos direitos e liberdades 'declarados' logo na Déclaration de 1789. Dir-se-ia que a bondade do constitucionalismo francês quanto à idéia de sujeição do poder ao direito radica mais na substância de suas idéias (constituição, direitos) do que na capacidade de engendrar procedimentos e processos para lhes dar operatividade prática. Não sem razão, se fala do constitucionalismo francês como um 'constitucionalismo sem Constituição'.⁴

O Estado de Direito Liberal legislativo, portanto, mesmo tendo presente a figura da Constituição como carta limitadora do poder, não foi capaz de cumprir o seu propósito limitador.

A passagem do Estado legislativo para o Estado constitucional pressupõe a afirmação do caráter normativo das constituições, que integram um plano de juridicidade superior, vinculante e indisponível para todos os poderes do Estado. “Essa refundação ou configuração do ordenamento jurídico, não supõe, no fundo, senão um redimensionamento do princípio da legalidade”⁵.

Esse redimensionamento do princípio da legalidade equivale dizer que só serão Estados de Direito aqueles modelos político-institucionais que incorporam uma série de limites ou vínculos materiais como condição de validade da norma e possibilidade de expressão do poder

⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra/Portugal: Livraria Almedina, 2003, p. 96.

⁵ FREIRE, Antônio Manuel Peña. *La garantía en el Estado constitucional de derecho*. Madrid: Editorial Trotta, 1997, p. 58. No original: “esta refundación o configuración del ordenamiento jurídico no supone, en el fondo, sino un redimensionamento del principio da legalidad”.



político⁶. Características estas de um efetivo governo *sub lege*, no qual a relação do poder com os cidadãos exige o atendimento de determinadas exigências, tanto formais quanto substanciais, para que a norma seja válida e possa obrigar, o que é próprio do Estado Constitucional de Direito⁷.

Esse Estado Constitucional de Direito, portanto, assegura a centralidade da pessoa humana e a garantia de seus direitos fundamentais como vínculos estruturais de toda a dinâmica política que implica o princípio democrático.

Na Constituição, o pacto fundante do Estado, são determinadas as questões absolutamente indispensáveis para a vida, que serão declaradas intangíveis por meio dos direitos fundamentais e de suas garantias. Daí a afirmação da “funcionalização” dos poderes públicos em direção ao cumprimento dos direitos fundamentais⁸.

Neste sentido, as imposições constitucionais careceriam de efetividade caso não houvesse um órgão que garantisse, em última instância, o seu cumprimento. Daí decorre o papel de destaque conferido ao Poder Judiciário dentro do Estado Constitucional de Direito.

[A] transposição do equilíbrio constitucional do legislativo para o judiciário, esta nova relação entre poder e direito indicam certamente uma ruptura com a nossa tradição política mais recente, uma ruptura que não é ainda plenamente clara para a nossa cultura política. Isto era necessário para o advento da democracia. No passado, a garantia contra o poder arbitrário se achava sobretudo nos corpos representativos que controlavam o Governo. Hoje, ao contrário, os corpos representativos exercem uma função de controle bastante mais reduzida [...]. Para se encontrar uma nova garantia contra o poder arbitrário, para tutelar os direitos dos cidadãos, é mister, portanto, recorrer à função judiciária, a única capaz de tornar efetiva a supremacia da lei sobre o Governo.⁹

⁶ Ibidem, p. 58.

⁷ CADEMARTORI, Sérgio. Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 24-34, passim.

⁸ FREIRE, Antônio Manuel Peña. *La garantía en el Estado constitucional de derecho*. Madrid: Editorial Trotta, 1997, p. 78-79.

⁹ MATTEUCCI, Nicola. Constitucionalismo. In: BOBBIO, Norberto. *Dicionário de Política*. 5. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília : São Paulo: Imprensa Oficial de São Paulo, 2000, p. 256.



Os limites impostos ao exercício do poder que estão presentes na Constituição nada valem se inexistem controles que garantam a sua eficácia, isto é, se não existem meios para sua efetivação ou se referidos meios não são utilizados. Desta forma, essa garantia constitucional se torna completamente ineficaz, ficando reduzida à pura retórica política ou a um simples limite moral.

A supremacia constitucional atribui à Constituição a função de ser a norma conformadora da ordem jurídica. De modo que a produção normativa decorre da própria Constituição e é nesta, portanto, que se encontra o fundamento de validade, tanto formal como substancial das normas do Estado.

Isso permite dizer que, no exercício da atividade jurisdicional, a subordinação à legalidade existe somente em função de leis que atendam as formas limites e os conteúdos determinados pela Constituição. Caberá ao Poder Judiciário, em último caso, a função de aproximar o modelo normativo existente na Constituição da prática efetiva do Estado, função esta a ele atribuída pelo próprio modelo do Estado Constitucional de Direito.

2 – CONSTITUCIONALISMO x DEMOCRACIA: O CONFLITO, AS DEFESAS RECÍPROCAS E O EQUILÍBRIO

2.1 – Entre o poder irresistível e o Direito inderrogável

Neste capítulo o que se pretende é por em pauta a intrincada relação entre a democracia, o Estado, os direitos do sujeito e o papel da Constituição e do novo constitucionalismo a partir do marco histórico do segundo pós-guerra, que é, precisamente, a época do denominado Estado Constitucional.



Vale destacar de início que o aspecto democrático leva em consideração a abertura do campo social para a ampliação de direitos. Marilena de Souza Chauí aponta dois traços próprios que distinguem a democracia de todas as formas sociais e políticas:

- 1. A democracia é a única sociedade e o único regime político que considera o conflito legítimo. Não só trabalha politicamente os conflitos de necessidades e de interesses (disputas entre os partidos políticos e eleições de governantes pertencentes a partidos opostos), mas procura instituí-los como direitos e, como tais, exige que sejam reconhecidos e respeitados. Mais do que isso. Na sociedade democrática, indivíduos e grupos organizam-se em associações, movimentos sociais e populares, classes se organizam em sindicatos e partidos, criando um contra-poder social que, direta ou indiretamente, limita o poder do Estado;*
- 2. A democracia é a sociedade verdadeiramente histórica, isto é aberta ao tempo, ao possível, às transformações e ao novo. Com efeito, pela criação de novos direitos e pela existência dos contra-poderes sociais, a sociedade democrática não está fixada numa forma para sempre determinada, ou seja, não cessa de trabalhar suas divisões e diferenças internas, de orientar-se pela possibilidade objetiva (a liberdade) e de alterar-se pela própria praxis. (grifos do autor).¹⁰*

A abordagem inicial do desenvolvimento histórico do qual decorreu a adoção dos conceitos de democracia e constitucionalismo, em caráter de conjugação, requer a invocação da inicial condição de contraposição, freqüente e marcante, entre Direito e poder, vontade e razão, *voluntas e ratio*.

Na realidade, remonta à origem da vida em sociedade o reconhecimento da existência da reclamação de poder e sua visualização como elemento necessário, vez que instrumentalizador da própria ordem. Porém, em situação consequente, encontra-se a postulação por direitos que, fatalmente, impõe a limitação desse poder.

A relação entre poder e Direito, portanto, não pode ser pautada pela imposição de um ao outro, visto que isso resultaria no retorno ao caos social. A existência de instrumentos de frenagem do poder constitui necessidade para a convivência harmônica, não assumindo, contudo,

¹⁰ CHAUI, Marilena de Souza. Convite à filosofia. 6. ed. São Paulo: Ática, 1997. p. 433.



padrões, mas alternando de acordo com os povos, culturas e, sobretudo, ligada ao momento histórico vivenciado.

Assim, o detentor ou executor do poder não é o artífice da ordem, mas apenas seu cuidador, de maneira que atue impedindo a prática de violações à mesma. Na figura do soberano concentra-se a atenção em prol da estrita observância das diretrizes que assegurem a ordem, sendo que em prol desta, poderá aquele ser subjugado e retirado de seu posto quando a risco exponha o intento de quem o instituiu, em geral, o da coletividade. Sob pena de ser reputado tirano, deve o soberano zelar pelo exercício do poder, sem arbitrariedades em prol de seus próprios interesses.

A contraposição entre poder e Direito aborda justamente as discussões pertinentes à plena execução da vontade do soberano, remontando mesmo à própria dicção desta vontade por ele mesmo através da lei e a necessária limitação por meio de uma ordem subjetiva, indisponível a tal intento volitivo. A necessidade dessa equação deságua em manifestações diversas que, conforme já afirmado, são variáveis de acordo com o contexto histórico experimentado.

Notadamente, a evolução dos tempos gera a transformação de concepções, liderada, em regra, por pensadores que teorizam sobre os modelos praticados ou almejados. Nesta esteira é que surge o paradigma hobbesiano concernente à contraposição ou conjunção entre poder e Direito.

Para Thomas Hobbes, a conjunção *voluntas* e *ratio* seria impraticável, revelando-se somente a sobreposição do poder ao Direito, e seu exercício em caráter absoluto. Tal pensamento reflete a compreensão de que a conjectura de qualquer limitação ao poder do soberano implicaria em exposição a risco da ordem que por ele fora criada. Neste modelo, restaria reforçada a ideia de que a soberania está vinculada ao absolutismo, contrapondo-se à previsão de direitos que traduzissem a regulação do poder do soberano.

Em posicionamento completamente díspar ao de Hobbes, Edward Coke reflete acerca do papel da *Common Law* na Inglaterra, em ferrenha oposição ao absolutismo do soberano.



Diante dessa colisão evoca-se a presença de uma figura imparcial capaz de equacionar o poder e o Direito, o juiz, instrumento capaz de se declarar em prol da ordem.

A vontade onipresente do soberano domina, portanto, a cena da modernidade, mas não a ocupa integralmente: constitui especialmente o polo de um campo de tensão, enquanto que no polo oposto estão normas e princípios que repousam sobre uma ordem “objetiva” e “não-voluntária” (e exatamente por isso atribuída aos cuidados de um órgão – órgão judiciário – a quem uma antiga tradição atribui a honra e a honra de dar voz a uma imparcial e objetiva racionalidade). Apresenta-se também para a modernidade a exigência de limitar o poder em nome do direito; mas na trajetória do moderno, os termos constitutivos da tensão se determinam numa forma historicamente inconfundível: o soberano toma cada vez mais a forma de um povo senhor do próprio destino, enquanto o direito se traduz e se realiza nos direitos atribuídos aos sujeitos e aparece inseparável daquela revolução antropológica que faz dos sujeitos o ponto de origem e a destinação do senso de ordem.¹¹

O choque entre a imposição da vontade do soberano e a existência de direitos e princípios dos subordinados é inevitável, requerendo a constante atividade limitativa do poder.

2.2 – A defesa dos sujeitos em face do poder e do totalitarismo: a teoria do Estado de Direito e a democracia constitucional

A democracia, enquanto forma de igualdade política dos sujeitos, é incompatível com a liberdade. A liberdade radical tem um valor destrutivo, pois se torna impossível a formação de uma ordem estável e legítima centrada na liberdade.

A democracia política é vista, então, como corrosiva, uma vez que entrega por vias legais o poder a uma maioria despida de qualidades, isto é, de propriedades, arrasando os fundamentos da ordem civil. Uma maioria parlamentar, não legalmente empossada, pode acabar com os direitos fundamentais dos indivíduos, sendo tirânica, pois essa democracia impõe uma

¹¹ COSTA, Pietro. *Soberania, representação, democracia: ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 238-239.



igualdade indiscriminada dos sujeitos. Portanto, verifica-se uma cisão entre democracia e direitos fundamentais.¹²

Destarte, como conter os efeitos mais perturbadores das tensões dos primórdios das revoluções?

As revoluções do fim do século XVIII, primeiro a americana e depois a francesa, representam neste sentido um momento decisivo na história do constitucionalismo, porque situam em um primeiro plano um novo conceito e uma nova prática que estão destinados a por em discussão a oposição entre a tradição constitucionalista e a soberania popular. Se trata, em poucas palavras, do poder constituinte [...]. O poder constituinte das revoluções pode ser representado como o ponto em que as distintas e opostas tradições, a da soberania e a da constituição, tendem a confluir e se relacionar.¹³

No campo político, é possível responder que a simples defesa do nexa entre patrimônio e direitos políticos, rejeitando o igualitarismo indiscriminado da democracia¹⁴, afastaria a maioria tirânica. Enfim, uma possibilidade em que restaria prejudicado o sufrágio universal.

Todavia, acertadamente, foi trilhado um rumo distinto e complexo que no continente europeu passou por uma longa e complicada gestação, enquanto que nos Estados Unidos rapidamente se firmou: mesmo salvando a soberania popular, confia-se a um órgão jurisdicional a tutela dos direitos fundamentais, na tentativa de que um tribunal supremo venha bloquear cada provimento lesivo à liberdade e à propriedade.

A solução para o encerramento do conflito circunda a necessidade de se atravessar o Estado de Direito, solução esta desenvolvida, primeiramente, na Alemanha e depois na França e Itália.

¹² FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2001, p. 103.

¹³ Idem, p. 103-104. No original: “*Las revoluciones de fin Del siglo XVIII, primero la americana y después la francesa, resentan em este sentido um momemnto decisivo en la historia del constitucionalismo, porque situán em primer plano um nuevo concepto y una nueva práctica que están destinados a poner em discusión la oposición entre la tradición constitucionalista y la soberania popular. Se trata, em pocas palabras, del poder constituyente [...]. El poder constituyente de las revoluciones puede ser representado com El punto en el que las dos distintas y opuestas tradiciones, la de la soberania y la de la constitución, tienden a confluir, a relacionarse*”.

¹⁴ Importante destacar que a palavra democracia está sendo utilizada em sua concepção moderna, ou seja, não em sentido geral, mas nas expectativas ocidentais contemporâneas do termo.



“Em que sentido a teoria europeia-continental do Estado de direito consegue resolver a tensão entre soberania e direitos, entre o poder do *demos* e a tutela dos direitos fundamentais?”¹⁵

É possível identificar dois elementos primordiais que esta teoria se deparará, quais sejam: a centralidade do Estado Nação e de sua soberania, e o enfraquecimento da posição dada aos direitos no sistema jurídico-político como um todo.

No final do século XIX, com o apoio das teorias de Jhering e Jellinek, surge um Estado com uma função administrativa, um Estado que se submete ao vínculo do Direito livremente, possibilitando o controle jurisdicional de sua atividade e a tutela das prerrogativas dos sujeitos.

Apesar disso, ainda não houve a total superação da deflagrada tensão, seja pelo receio dos riscos inerentes à limitação do Estado, bem como pela conclusão de que o Estado que a doutrina do final do século XIX apresenta como submetido ao Direito não é, a bem da verdade, o Estado como tal, o Estado como totalidade e síntese dos poderes, mas é o Estado em uma sua específica função administrativa.

*Deriva disso um corolário: a administração pode estar sub lege, mas não a legislação, que continua a ser concebida como a expressão típica da soberania, como a encarnação daquelas voluntas e potestas estatais que não podem ser, senão, absolutas. É, assim, apenas no terreno do Estado-administração que a cultura jurídica oitocentista consegue fechar o círculo combinando o primado da vontade soberana com o vínculo de uma norma a ela superior.*¹⁶

Outro aspecto é que ainda não se havia posto em debate a exigência de defender os indivíduos da invasão do Estado. É Hans Kelsen que coloca em xeque o paradigma dominante e afirma que o Estado não é um ente real que se relaciona com os sujeitos, mas sim um aparato normativo. Se Estado e Direito coincidem, cai, portanto, o próprio fundamento da tensão que punha em lados opostos Estado onipotente e indivíduos, soberano e direitos.

¹⁵ COSTA, Pietro. *Soberania, representação, democracia: ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 249.

¹⁶ *Ibidem*, p. 250.



O dispositivo teórico que Kelsen apresenta é a *Stufenbautheorie*, marcada por um ordenamento dinâmico e com estrutura gradual, de modo que as normas que o compõem não são dotadas do mesmo grau de generalidade. É a pirâmide do Direito.

Se a lei aplica a constituição como o regulamento aplica a lei, torna-se possível um controle jurisdicional da lei, voltado a apurar a sua conformidade com a constituição, exatamente como se dá com o regulamento e com a sentença, no confronto com a norma a eles superior (a lei). Graças à Stufenbautheorie, o intangível sancta sanctorum da tradição oitocentista – a lei como expressão da soberania parlamentar – é submetido ao exame de um órgão judiciário. Não apenas administração, mas também a legislação, é manifestação de um Estado sub lege. (destaques do autor)¹⁷

Nesta perspectiva, finalmente a democracia e o Estado Constitucional parecem compatíveis.

A democracia, para Kelsen, traduz-se na proteção das minorias, na possibilidade de troca de classe de dirigentes, no intercâmbio entre a maioria e a minoria.¹⁸ Tais objetivos somente são possíveis devido aos mecanismos jurídicos do Estado constitucional: a Constituição irá exigir maioria “reforçada” para qualquer provimento que ameace direitos ou prerrogativas da classe menor ou incida sobre direitos fundamentais. Além disso, irá prever a instituição de uma corte de justiça que controle a atividade do poder legislativo.

Inicia-se uma primavera generosa para o novo constitucionalismo e para a democracia. Está-se agora diante de uma concepção que promete o impensável: uma nova relação entre democracia e direitos satisfazendo exigências mutuamente incompatíveis até então.

Todavia, o problema apenas subiu para o teto do edifício jurídico, pois aí, o problema oriundo da decisão da maioria volta à cena porque o ordenamento não é capaz de lhe fazer frente.

¹⁷ Ibidem, p. 252.

¹⁸ Cf. KELSEN, Hans. *A Democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 209. KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 411.



De toda maneira, os regimes totalitários colocaram em evidência a força terrível do poder e a fragilidade do indivíduo. Portanto, as garantias que até então haviam sido estabelecidas revelaram-se demasiadamente frágeis.

Para tais questões é que a cultura jurídico-constitucionalista do segundo pós-guerra quer se voltar, ficando impregnada a convicção de que direitos e democracia são conceitos complementares.

Tem lugar, então, uma reflexão acerca da soberania estatal e sobre a posição ocupada pelos direitos no ordenamento nacional e internacional.

Deste modo, os novos ordenamentos florescem com as bases do Estado de Direito Constitucional kelseniano, hierarquia das normas e controle de constitucionalidade, porém, diante do fantasma totalitarista, meras garantias formais ou procedimentais são postas de lado para reforçar uma categoria de princípios e direitos fundamentais hábeis a resistir aos intentos da maioria.

2.3 – A defesa mútua do constitucionalismo e da democracia diante de suas possíveis variantes

Presentes em grande parte da história do constitucionalismo, após a segunda guerra mundial voltam fortemente à pauta duas exigências: que tanto os princípios quanto os direitos fundamentais adquiram um caráter supra-estatal e, também, que lhes seja atribuída uma segurança a ponto de torná-los resistentes aos decisionismos da política.

A realidade agora é que apesar da nítida influência de sua teoria, o formalismo kelseniano ficou para trás.

No jusnaturalismo seis-setecentista, os direitos, enquanto se valiam de um fundamento “natural”, apareciam, ao menos sob o plano argumentativo, com um aparato que seria capaz de resistir ao soberano.



Entretanto, a situação do constitucionalismo no pós-guerra é bastante distinta, pois os princípios e direitos fundamentais precisavam escapar da oposição entre jusnaturalismo e juspositivismo. Os direitos fundamentais não se configuram como instâncias morais ainda não acolhidas pelo ordenamento. São direitos positivados em uma carta constitucional, cuja juridicidade, após Kelsen, não se pode mais questionar. Ocupam posição de destaque no ordenamento prescrevendo o que a ordem jurídico-positiva deve se tornar. Introduzem a partir do interior do ordenamento uma denúncia da ordem existente e a promessa de uma diversa no futuro.

Só que este novo constitucionalismo volta a apresentar o mesmo problema: para constituir um ordenamento não é necessário aquele princípio democrático majoritário? Então, como resistir à sua pressão?

Uma resposta possível é se valer da distinção entre o poder de revisão da Constituição e o poder constituinte. Este último é a encarnação de uma potência soberana. Já o ato revisional percorre as linhas de um ordenamento já constituído e pressupõe a manutenção de suas regras primordiais.

Portanto, as maiorias parlamentares não estão legitimadas a subverter os elementos caracterizadores do ambiente sócio-jurídico ao qual pertencem.

Porém, os direitos fundamentais podem ser protegidos dos golpes da política? Apesar de imensa a dificuldade de oferecer uma base metafisicamente indiscutível aos direitos fundamentais, a resposta surge quando o constitucionalismo põe os princípios e os direitos fundamentais em um patamar acima das vontades. Há um poder que detém legitimidade para alterar majoritariamente a Constituição, mas não o que está vinculado ao âmbito do que para nós restou fixado como cláusulas pétreas.

Embora haja a demarcação desse território, um poder constituinte revolucionário ainda não encontraria barreiras jurídicas para desarranjar a ordem constitucional vigente. O elo do estado constitucional com a democracia política poderia ser envilecido.



Alcançado este momento, é preciso perquirir se ao menos em seu núcleo essencial, ainda permanece inabalável a imagem sete-otocentista da democracia no novo cenário do século XX, vindo o princípio majoritário a ser empregado para legitimar um poder que, sob o pretexto do bem-estar das massas, pretende controlá-la e a direcionar. Ou se, ao reverso, novos valores e questões foram agregados ou até mesmo superaram a visão de Spinoza, Rousseau e Marx do povo e de seu poder.

Interessante um aparte para indagar: quem é o povo? “Constata-se logo que “povo” não é um conceito simples nem um conceito empírico; povo é um conceito artificial, composto, valorativo; mais ainda, é e sempre foi um conceito de combate.”¹⁹

Retomando a questão da democracia, para Pietro Costa:

Na verdade, já no fim do século XIX e depois, nos primeiros decênios do século XX, a imagem (para ficar claro) rousseauniana da democracia havia sido exposta a críticas intensas e impiedosas. De Mosca e Pareto a Weber, a Kelsen e, enfim, Schumpeter, os idola da tradição democrática caem sob os golpes de uma análise que se quer empírica, realística e, como tal, subtraída da névoa da ideologia. É impossível, para Weber, assim como para Kelsen, levar a sério as aspirações (implicitamente) anárquicas da democracia, o sonho (marxiano) da reunião das disiecta membra do “político” e do “social”. Não apenas a estrutura do domínio, as desigualdades potestativas, a organização burocrática são insuperáveis, mas é ilusório, para Kelsen, o argumento reitor da teoria democrática: a autodeterminação do povo, um processo decisional que parta (diretamente ou através do dispositivo da representação) do povo em sua inteireza. Não são “todos”, ou mesmo os “muitos”, a decidir, mas os “poucos”, os membros das elites. Os mesmos partidos que, como organizações de massa, mudaram o quadro oitocentista da representação, exprimem e repetem em seu interior a lógica elitista que caracteriza todo o sistema político. O mecanismo democrático-representativo é, assim, apenas uma simulação legitimante: não dá voz ao povo soberano, mas simplesmente oferece um método eficaz para a formação da classe dirigente (para uma “simples designação” de “capaz”, como já havia afirmado Vittorio Emanuele Orlando), além de permitir sua troca de maneira ágil e indolor.²⁰

¹⁹ MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da Democracia*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 118.

²⁰ COSTA, Pietro. *Soberania, representação, democracia: ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 262-263.



O fato é que não existe um interesse geral indistintamente definido por um *demos*, capaz de exprimir a vontade do grupo. Agora são várias as perspectivas e é preciso valer-se da pluralidade dos interesses. Não se vislumbra o povo como entidade coletiva coesa e unitária, mas como uma coletividade com diversos grupos sociais.

A partir, principalmente, dos anos 50 e 60 do século XX, vem a tona uma teoria da democracia que insiste sobre o seu caráter pluralístico. O poder é difuso e está fragmentado entre uma pluralidade de grupos que influenciam²¹, cada um a sua maneira, o processo decisional.

Com esta imagem de democracia é que o constitucionalismo do segundo pós-guerra irá constituir uma aliança. Portanto, o paradigma da pluralidade sobrepõe a imagem clássica de democracia. Se esta é marcada por diversos grupos sociais em competição regulada, ela coincide com uma multiplicidade de forças que interagem livremente e por isso, é capaz de dar vida a um ordenamento, que encontra na Carta Constitucional e nos princípios e direitos fundamentais nela previstos, a sua expressão.

O Estado constitucional será calcado nessa visão de democracia plural, em que o *demos* nada mais é que o resultado de uma soma de indivíduos que exercem seus direitos e participam de inúmeros grupos políticos e sociais, cuja relação gera o desenvolvimento do processo político de decisão.

Assim, aquela antiga tensão fica minada, uma vez que a democracia não põe em xeque a ordem constitucional, ameaçando com a vontade do *demos* o Direito e os direitos existentes, por outro lado, nem a Constituição aprisiona uma vontade popular pronta a inventar para si uma ordem nova a cada alternância de geração.

Finalmente, o Estado pode ser caracterizado, ao mesmo tempo, como democrático e constitucional.

²¹ Cabe informar que esse pluralismo é hoje mais observado enquanto teoria do que como uma prática definitiva. Deste modo, é um processo não terminado pela sociedade e com resultados ainda imprevisíveis.



CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para demarcar o fim daquela enunciada tensão entre o poder e o Direito, entre *voluntas* e *ratio*, o constitucionalismo funde-se com a democracia no momento em que esta passa a ser vista como algo plural e como trâmite da participação política dos sujeitos.

Entretanto, antes da completa pacificação desta relação, no quadro ainda podem ser pintados dois problemas. O primeiro diz respeito ao fato da democracia, com seu componente participativo, ainda pressupor um princípio de participação “igual” dos sujeitos no interior de cada ordenamento, enquanto se verifica uma ordem social múltipla e marcada por grupos em destaque, inevitavelmente mais organizados e mais fortes do que outros. A segunda complicação, por outro lado, advém do delineamento cada vez maior de uma ordem jurídica que ultrapassa as barreiras e limites de um país, ou seja, uma ordem transnacional, para não se dizer global. Aquela tensão entre os poderes e os direitos passa ser vista com novos componentes, pois diversas organizações internacionais se mostram capazes hoje de influir sobre a condição jurídica dos sujeitos, interpondo-se entre estes e o Estado ao qual pertencem.

Tais problemas levam ao questionamento se estaríamos diante de um retorno à antiga tensão entre direitos e democracia, o que parece improvável, uma vez que esses novos poderes não se configuram como a expressão de um *demos* universal, a quem se poderia atribuir um poder constituinte capaz de atingir todo o globo.

A realidade é que o constitucionalismo trava agora uma batalha ainda maior pela defesa dos direitos, pois ela, a luta, deve ir além dos confins de cada um dos ordenamentos. Todavia, esta não é uma peleja contra a democracia porque, sob o ponto de vista global e de modo mais transparente que no interior de cada um dos Estados, não há mais lugar para o mito fundador da democracia.



Como último aspecto da lógica democrática, resta o sistema representativo. Contudo, a fogueira do debate é alimentada com outros problemas: aquele valor participativo tradicionalmente atribuído ao procedimento representativo é real, verdadeiro, correto? A autonomia decisional do sujeito e a dimensão de sua participação não se encontram em franca erosão, dada a incidência dos meios de comunicação de massa?

As respostas ainda são inconclusivas. Portanto, novas portas e possibilidades se abrem e a rota de viagem para a promoção da superação daquela antiga tensão exige criatividade, sendo permitida e até mesmo necessária nesse itinerário a quebra de obstáculos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CADEMARTORI, Sérgio. Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra/Portugal: Livraria Almedina, 2003.

CHAUI, Marilena de Souza. Convite à filosofia. 6. ed. São Paulo: Ática, 1997.

COSTA, Pietro. *Soberania, representação, democracia: ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010.

_____; ZOLO, Danilo (Orgs.). *Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2001.

FREIRE, Antônio Manuel Peña. *La garantía en el Estado constitucional de derecho*. Madrid: Editorial Trotta, 1997.

GROSSI, Paolo. *Primeira lição sobre direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.



HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

_____. *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. Lisboa: Publicações Europa-América, 1997.

KELSEN, Hans. *A Democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 209.

_____. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 411.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da Democracia*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2005.