

A TENSÃO ENTRE PODER E DIREITO NA PERSPECTIVA HISTÓRICA DE PIETRO COSTA: A SOLUÇÃO DA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL E SEUS NOVOS DILEMAS

THE TENSION BETWEEN POWER AND RIGHT IN THE HISTORICAL PERSPECTIVE OF PIETRO COSTA: THE SOLUTION OF CONSTITUTIONAL DEMOCRACY AND ITS NEW DILEMMAS

LUANA RENOSTRO HEINEN*
PRISCILLA CAMARGO SANTOS**

RESUMO

O problema da pesquisa gira em torno de como se manifesta, na modernidade, a tensão entre poder e direito, segundo o historiador do direito Pietro Costa. A análise realizada é monográfica. Faz-se uma abordagem do pensamento político-jurídico moderno para assinalar como a tensão foi sendo solucionada. O constitucionalismo democrático é apresentado como a fórmula que sintetiza democracia e promoção de direitos por meio da reivindicação de um caráter meta ou transestatal para os direitos fundamentais. Encerra-se o trabalho expondo as novas tensões (a ordem jurídica transnacional, o ativismo judicial e a crise de representação da democracia) que surgem, de modo a desmistificar a ideia de que o constitucionalismo solucionaria definitivamente a tensão entre direito e poder.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia. Constituição. Poder. Direito.

ABSTRACT

The research problem is about the tension between power and right in modernity to the historian Pietro Costa. The analysis is monographic. It makes a brief analysis of modern political-legal thought to indicate how the tension was being resolved. Democratic constitutionalism is presented as the formula that synthesizes democracy and promotion of rights by claiming a goal or character transestatal for fundamental rights. Closes the work exposing new tensions that arise in order to demystify the idea that constitutionalism definitely solve the tension between law and power.

KEYWORDS: *Democracy. Constitution. Power. Law.*

* Professora Adjunta da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

Email: luanarheinen@gmail.com

** Professora Colaboradora da Universidade Estadual de Ponta Grossa-PR (UEPG). Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

Email: camargopriscilla@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

Hoje democracia e constitucionalismo formam uma expressão indissociável. Os teóricos do Direito Constitucional não ousam divorciá-las¹. Raros são aqueles que afirmam a possibilidade de uma Constituição que não seja democrática ou de uma democracia que não se afirme a partir de um texto constitucional². Luis Roberto Barroso³, constitucionalista e Ministro do Supremo Tribunal Federal, ressalta que ainda que possam surgir tensões entre democracia e Constituição, é papel da jurisdição constitucional evitar que as maiorias desrespeitem o texto constitucional, material e formalmente.

De modo a se coadunar com o constitucionalismo, a própria democracia foi sendo limitada, pela impossibilidade de um exercício direto da política por todos os membros de um Estado, ou seja, pela dificuldade de se realizar a democracia direta e, assim, pela predominância da democracia representativa, como explicam Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino⁴.

O novo constitucionalismo, que surgiu no pós-Guerra, criou uma fórmula que sintetiza democracia e promoção dos direitos fundamentais. O Estado democrático constitucional apresenta-se como capaz de conciliar o poder do *demos* e a tutela dos direitos fundamentais, como afirma Pietro Costa⁵: “[...] no segundo pós-

1 Em alguns casos, a própria democracia é ressignificada para se adequar à Constituição, como fazem Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto (2012) ao afirmarem que a democracia “não se esgota no respeito ao princípio majoritário, pressupondo também o acatamento das regras do jogo democrático, as quais incluem a garantia de direitos básicos, visando à participação igualitária do cidadão na esfera pública, bem como a proteção às minorias estigmatizadas”.

2 Como afirmam Bobbio, Matteucci e Pasquino (1993, p. 257): “Trata-se de doutrinas [dos democratas e dos constitucionalistas] diversas, facilmente separáveis no plano puramente conceptual; mas não doutrinas contraditórias, porque, embora tenha havido no passado regimes constitucionais não democráticos, não conhecemos hoje outra forma possível de democracia senão a constitucional. [...] Por conseguinte, hoje o Constitucionalismo não é outra coisa senão o modo concreto como se aplica e realiza o sistema democrático representativo.”

3 BARROSO, 2013.

4 NOBBIO; MATTEUCI; PASQUINO, 1993, p. 257.

5 COSTA, 2010, p. 236.

-guerra [...] após o colapso dos regimes totalitários, firmam-se ordenamentos caracterizados por um pragmático enlaçamento entre a tradição democrática oitocentista e uma mista e articulada ‘linguagem dos direitos’ de longínqua ascendência jusnaturalista.”

No entanto, o olhar do historiador sobre o fenômeno permite ressaltar a tensão originária da relação entre democracia e direitos, tensão que pautou tradições histórico-culturais que foram durante muito tempo opostas entre si e só recentemente se uniram na síntese Estado democrático-constitucional.

Assim, buscamos compreender, nesse trabalho, como se manifesta, na modernidade, a tensão entre democracia e constituição, entre poder e direito, entre *voluntas* e *ratio*, a partir da obra do historiador do direito Pietro Costa. Analisamos como se transformaram as relações entre poder e direito na modernidade em favor da afirmação do controle do poder pelo direito, no constitucionalismo contemporâneo. O artigo finaliza com a análise feita por Costa⁶ sobre os novos dilemas que se apresentam ao direito no contexto do constitucionalismo moderno, entre eles a ordem poliárquica das sociedades, a dificuldade de se garantirem direitos na sociedade globalizada, a autorreferencialidade dos sistemas políticos, a apatia política e, ainda, o ativismo judicial que ressignifica as relações entre os poderes no Estado Constitucional de Direito.

2 A TENSÃO ORIGINÁRIA E O PENSAMENTO MODERNO

A tensão entre *voluntas* e *ratio* é antiga. Pietro Costa⁷ explica que a busca dos indivíduos por limitar o poder da soberania por meio da lei pode ser encontrada ainda na Antiguidade: “Tanto em Platão quanto em Aristóteles (embora na diversidade, metódica e substantiva, das respectivas filosofias político-jurídicas) o problema das formas de governo - este também é um lugar obrigatório da reflexão política ‘ocidental’ - é discutido pondo em evidência o papel central da lei.” Platão não é entusiasta do governo das leis, mas reconhece sua importância diante da dificuldade de se ter um

6 COSTA, 2006.

7 COSTA, 2006, p. 100.

governo que realize a justiça, Aristóteles, por sua vez, defendia o governo das leis.

Da mesma maneira que são numerosas, no pensamento político, as celebrações de um poder supremo e irresistível, também são as exigências de se limitar esse mesmo poder que se traduzem em discursos, teorias, símbolos de legitimação, institutos jurídicos diversos, conforme o contexto histórico-social e os conflitos em curso⁸.

No medievo, o soberano é: vértice de uma pirâmide de poderes, cume de uma ordem hierárquica dada que coincide com a ordem natural. Assim, ainda que o soberano, idealmente, concentre todos os poderes, ele não cria a ordem, mas a tutela, podendo ser denunciado como tirano quando desrespeite as bases naturais. No período medieval, explica Pietro Costa⁹, pode-se identificar a soberania, mas com características muito próprias. Primeiramente, o pensamento jurídico-político moderno estabelece uma vinculação entre soberania e Estado, enquanto que no medievo não há propriamente um Estado no sentido moderno (com as características de “absolutismo de poder, monopólio das fontes de direito, burocracia, unidade de comando sobre o território”¹⁰). Apesar disso, Pietro Costa identifica um discurso da soberania no período medieval, um sentido fraco de soberania, com o sentido de uma posição de excelência dentro de um sistema político, no caso do sistema medieval, marcado pela complexidade, hierarquia e ordem, em que as partes que o compõem tem *status* diferenciados. Assim, a soberania é conciliada com a realidade em que os imperadores (monarcas feudais), estão em luta alternada com reis, com a Igreja, com as cidades e estão desprovidos

8 Com relação a essa tensão, analisando o conteúdo da liberdade, Bobbio e Matteuci (1993) explicam que: “[...] os constitucionalistas reivindicam para o indivíduo uma ampla esfera de liceidade, impondo consequentemente ao Estado o dever de não impedir o exercício desses direitos; os democratas, pelo contrário, querem a participação de toda a comunidade na formação da vontade do Estado, de sorte que esta coincida com a própria vontade do povo.” (BOBBIO; MATTEUCI; PASQUINO, 1993, p. 257) (cf. COSTA, 2010, p. 236)

9 COSTA, 2010.

10 COSTA, 2010, p. 100.

de efetiva capacidade de governo da periferia.

Com sua abordagem historiográfica da soberania, Pietro Costa¹¹ enfatiza que não há um começo absoluto da soberania na modernidade, mas uma linha fraturada de continuidades e discontinuidades do mundo antigo até o Século XX. A continuidade da soberania medieval para a moderna está na cadeia assimétrica de relações, pois a ordem coincide com uma linha de poderes ascendente. A grande discontinuidade, por sua vez, é a mudança de relação da soberania com a ordem, deixa de ser fundamento de validade da ordem, para se tornar condição indispensável à ordem e um lugar de poder efetivo, do exercício real de poder.

Na modernidade, a soberania muda, em especial com Thomas Hobbes que estabelece o poder soberano absoluto. Com Hobbes, dá-se um divórcio entre *voluntas* e *ratio*. Como explica Pietro Costa, ao defender o poder absoluto do soberano, Hobbes faz coincidir a ordem com a vontade do soberano, prevalece a *voluntas*: o soberano cria a ordem.

O inglês John Coke, no entanto, contrapõe ao poder absoluto a existência de uma ordem objetiva que pode ser constatada pela razão – a *common law* que estaria indisponível ao arbítrio do soberano. Para Coke, o juiz do *common Law* é chamado a ser o órgão responsável por expressar essa razão imperturbável e imparcial. Pietro Costa explica que conforme se altere o contexto e a cultura, muda a representação do que é invocado contra o arbítrio do soberano:

É possível, por exemplo, valer-se dos argumentos jusnaturalistas e opor ao arbítrio do soberano uma ordem fundada sobre direitos naturais das pessoas, de liberdade e propriedade, como propõe Locke; ou, mesmo, combina, como quer Blackstone, a tradição do *common law* com o jusnaturalismo; ou ainda refutar, com Hume, o jusnaturalismo e sustentar a existência de regras imanentes à dinâmica intersubjetiva; em qualquer caso, chega-se à mesma conclusão: afirmar a existência de uma ordem normativa que não pode ser “criada”, mas deve ser apenas “constatada”.¹²

11 COSTA, 2010.

12 COSTA, 2010, p. 238.

Ainda que, na modernidade, a vontade do soberano domine a cena, não a ocupa integralmente, pois há princípios e normas que são invocados como limitação objetiva dessa vontade. O direito, ou melhor, os direitos atribuídos aos sujeitos, apresentam-se, assim, cada vez mais, como a possibilidade de limitar o poder do soberano.

Na modernidade, um novo campo de tensão surge entre, por um lado, o poder do *demos*, a realização da democracia, e, de outro, os direitos dos sujeitos.

Ainda que a democracia fosse vista com desconfiança e descrédito na antiguidade e no medievo, na modernidade difundiu-se seu sentido positivo. Para Pietro Costa¹³, foi Rousseau o responsável por exprimir o “traço característico da democracia moderna: o autogoverno de um povo constituído de indivíduos livres e iguais”.

A democracia rousseauiana afirma a soberania do povo de forma plena e incondicional, seu reflexo concreto foi a contribuição, no contexto das revoluções, francesa e americana, para a afirmação da soberania do povo, como uma soberania absoluta que funda a nova ordem de forma livre e pode moldar o mundo.

Os direitos, por sua vez, entram nessa ordem jurídica da modernidade por meio do jusnaturalismo que afirma, a partir da racionalidade, a liberdade e a propriedade. Esses direitos são reconhecidos nas Declarações de Direitos, como atribuídos aos homens pela natureza.

Segundo Pietro Costa¹⁴, a democracia e os direitos, procedentes de diferentes tradições modernas, encontram nas revoluções dos anos 1700, a oportunidade de intersecção fecunda:

De um lado, o papel criativo e demiúrgico do poder constituinte, fazendo do povo soma de sujeitos juridicamente iguais, titular da soberania; de outro, os direitos naturais são assumidos como fundamentos da nova ordem, estabelecendo por esta via uma relação de estreita complementariedade entre poder constituinte, constituição e direitos fundamentais. [...] a necessária complementariedade entre direitos e constituição encontra uma expressão precisa na Declaração dos direitos de 1789, segundo a qual “a sociedade, na qual a garantia dos

13 COSTA, 2010, p. 240

14 COSTA, 2010, p. 243-244

direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição.” [...] Poderíamos, então, sobre esta base, afirmar a existência de uma relação de substancial continuidade entre o constitucionalismo do fim do século XVIII e o constitucionalismo da segunda parte do século XX e remontar às revoluções americana e francesa a síntese consagrada na fórmula do Estado “democrático-constitucional”.

Assim, os direitos naturais fundam a nova ordem em complementariedade com o poder constituinte do povo. Porém, a soberania do povo e os direitos naturais são dois absolutos que não admitem flexões e, no mesmo campo de forças, isso gera uma tensão – trata-se da primeira tensão que podemos identificar, segundo Pietro Costa¹⁵.

A segunda tensão se dá entre os direitos, pois os direitos naturais-civis (liberdade-propriedade), que não são os únicos, estão em tensão com os direitos políticos. Somente os proprietários detêm direitos políticos, o que tenciona a ideia de ampla igualdade dos modernos: a raiz da tensão está na propriedade.

Em síntese, aquela democracia que, em um primeiro olhar, parecia consubstancial com o discurso dos direitos, revela-se, na realidade, duas vezes mais ameaçadora nos confrontos destes últimos: em primeiro lugar, porque inclui a ideia do poder absoluto e irresistível do demos; em segundo lugar, porque quebra a tradicional dependência dos direitos políticos da liberdade-propriedade e atribui os primeiros aos cidadãos como tal, sem considerar suas qualidades ético-antropológicas.¹⁶

Ainda na própria Revolução Francesa, o acirramento da tensão entre soberania do povo e direitos naturais foi levado ao extremo com a experiência traumática do jacobinismo. O período do terror¹⁷ da Revolução demonstrou a força do poder do povo e

15 COSTA, 2010, p. 244.

16 COSTA, 2010, p. 245.

17 Após votada a Constituição de 1791 e a eleição de uma nova Assembleia – que colocaria em prática a Constituição houve uma esquerdização da Assembleia Legislativa (cf. BLUCHE; RIALS; TULARD, 2009, p. 81). Além disso, essa Assembleia apresentava-se bastante desconfiada quanto ao Executivo depois do episódio de Varennes, onde Luís XIV foi capturado após tentar fugir do país. Cresceu, ainda, a influência dos clubes e sociedades populares que se entendiam como “mediadores esclarecidos da ‘vontade geral’” (cf. BLUCHE; RIALS; TULARD,

seu perigo para os direitos individuais. A partir disso, a tirania da maioria passou a ser o grande pesadelo do liberalismo:

A democracia política é o cavalo de Troia da ordem liberal-parlamentar: entrega por vias legais o poder a uma maioria que, destruindo a liberdade-propriedade, arrasa os fundamentos da ordem civil. Não

2009, p. 82). Por fim, as flutuações inflacionárias do período, com a consequente oscilação no preço dos alimentos levaram ao aumento da militância dos pobres nas cidades. A situação agravou-se com a guerra declarada pela Assembleia contra Boêmia e Hungria em abril de 1792, guerra que só terminaria em Warteloo, 23 anos depois. A França estava economicamente despreparada para guerra, conduzida em uma espiral revolucionária, a Assembleia transformou as seções de Paris de unidades de voto, em entidades administrativas e tribunas políticas de bairro permanentes. Eram lideradas por “intelectuais desclassificados e homens da lei sem clientela” que difundiam uma propaganda republicana e democrática. Assim, foram essas seções que se pronunciaram pela deposição do rei (47 seções de um total de 48) e deram um prazo para que a Assembleia se pronunciasse. Face o silêncio da Assembleia, criou-se um comitê insurrecional que marchou sobre o palácio das Tuileries (10 de agosto de 1792). O rei Luís XVI refugiou-se na Assembleia, mas os rebeldes tomaram, saquearam o palácio e massacraram os guardas. “Diante do triunfo da rebelião, o corpo legislativo, reduzido a 40% de seu efetivo – o medo provocou a fuga da maioria moderada –, decreta a eleição próxima, com sufrágio universal, de uma nova constituinte: a Convenção Nacional.” (BLUCHE; RIALS; TULARD, 2009, p. 93). A isso seguiram-se a Comuna de Paris, o massacre de setembro (1792), as derrotas seguidas na guerra, a eleição de uma Convenção Nacional unanimemente republicana (dividida entre Girondinos, os homens da planície e os montanheses), a proclamação da República e a execução de Luís XVI. A Gironda caiu diante da “jornada revolucionária” da Montanha e da Comuna unidas: os chefes da Gironda foram presos, sendo que quase todos morreram sob o cadafalso (2 de junho de 1793). nesse período (1794), agora que os jacobinos eram o poder, que Robespierre irá se utilizar do termo democracia com mais frequência. “[...] é sobretudo na virtude, na frugalidade e no devotamento do cidadão à coisa pública em que pensam os da Montanha quando invocam Esparta. O uso mais frequente da palavra democracia não surge somente no interior das nostalgias da Antiguidade. Acompanha também uma fase do combate político na qual o povo se torna o tema central.” (ROSANVALLON, 1996, p. 121) Assim, esclarecendo os usos do termo democracia, Robespierre passa a identificá-la com o governo republicano. Passa a sustentar que a democracia era o único tipo de governo capaz de realizar os prodígios almeçados pela revolução (ROBESPIERRE, 2008, p. 180). Entretanto, para que a democracia pudesse ser fundada e consolidada entre os franceses, ou seja, “para chegar ao reino pacífico das leis constitucionais”, Robespierre (2008, p. 181) afirmava que seria “preciso acabar com a guerra da liberdade contra a tirania e atravessar com felicidade as tempestades da revolução: tal é a meta do sistema revolucionário que haveis regularizado”. Assim, justificou-se a suspensão da Constituição de 1793 e iniciou-se o governo revolucionário, conhecido como período do “terror” da Revolução Francesa que vai de 1793 a 1794.

basta, de fato, que o poder seja “popular” para que seja “bom” (como acreditava Rousseau, irresponsável “precursor”, segundo Constant, dos jacobinos). Uma maioria parlamentar, que não obstante legalmente empossada, pode acabar com os direitos fundamentais dos indivíduos: pode ser, precisamente, “tirânica”.¹⁸

Foi necessário, então, encontrar meios para enfraquecer a tensão entre o poder e os direitos. Uma das respostas, no terreno da política, foi defender a vinculação entre propriedade e direitos, de modo a evitar o sufrágio universal e as maiorias tirânicas. Uma segunda solução ganhou força e terreno na América: confiar a um órgão jurisdicional a tutela dos direitos fundamentais – como foi feito nos Estados Unidos. Na Europa, essa mesma proposta demora muito a ganhar concretude, passa-se por um longo itinerário e, primeiramente, desenvolveu-se o que Pietro Costa¹⁹ nomeia de “engenhosa construção jurídica”: o Estado de Direito.

A construção da teoria do Estado de Direito se deparou com ao menos duas dificuldades. A primeira é o pressuposto da soberania absoluta do Estado. A soberania estatal consagra a ordem, coroa a civilidade moderna e tem na lei a sua expressão típica e absoluta. A segunda é o enfraquecimento do jusnaturalismo diante dos golpes do positivismo, do historicismo e da sociologia. Assim, os direitos deixam de ser originários de uma ordem metaestatal e remetem ao próprio Estado. O dilema é, como afirma Pietro Costa: “como defender as prerrogativas dos sujeitos sem cair na arcaica, inapresentável metafísica jusnaturalista, sem sair do horizonte estatal?”²⁰

Para responder a essas dificuldades, a teoria do Estado de Direito, especialmente com Jhering e Jellinek, estabelece a autolimitação do Estado: “é o Estado que decide livremente a se submeter ao direito, tornando possível, assim, o controle jurisdicional da sua atividade e, logo, a tutela jurisdicional das prerrogativas dos sujeitos”²¹.

18 COSTA, 2010, p. 247.

19 COSTA, 2010, p. 248.

20 COSTA, 2010, p. 249.

21 Idem, *ibidem*.

Essa inovação da doutrina jurídica oitocentista, no entanto, não resolveu totalmente a tensão: o próprio Estado pode revogar suas autolimitações ou não as respeitar agindo com arbitrariedade. Além disso, o Estado que está submetido ao direito não é o Estado em sua totalidade, mas a função administrativa do Estado. Por isso, as maiorias parlamentares não encontram obstáculo jurídico à sua atuação, o legislativo é a manifestação da soberania.

Somente com Hans Kelsen, no início do século XX, esse paradigma será contestado. Para Kelsen o Estado não é um ente real, mas um aparato normativo. Com isso cai o fundamento da tensão que coloca de um lado o Estado onipotente e de outro os sujeitos.

Kelsen também contribui com a *Stufenbautheorie*, ou seja, a análise dinâmica do ordenamento que elimina qualquer oposição entre produção e aplicação do direito. A decisão judicial é aplicação do direito com relação à lei, mas também é criação face aos atos jurídicos (executivos) que devem ser realizados com base nela. Como explica Pietro Costa, esse dispositivo teórico permite retirar da lei seu primado oitocentista de manifestação da soberania:

Conceber “dinamicamente” o ordenamento retira da lei o seu primado oitocentista e a trata como um dos muitos degraus dos quais se compõe o ordenamento: se se olha para baixo, consegue-se ver normas “individuais” que “aplicam” a lei e se se olha “para cima”, dá-se conta de que a lei não é o vértice do sistema, mas é, por sua vez, a aplicação de uma norma superior, a norma constitucional.²²

Assim, ao visualizar o que hoje é conhecido como estrutura piramidal do ordenamento, tendo a Constituição como vértice do sistema, Kelsen possibilita o controle de Constitucionalidade das leis – não somente a administração, mas também a legislação (e, conseqüentemente, o Poder Legislativo) passam a estar submetidas à Constituição. “Se a lei se torna finalmente controlável, as maiorias parlamentares perdem a sua potencial periculosidade”²³.

Com a engenhosa construção jurídica do Estado de Direito constitucional de Kelsen, o Estado constitucional e a democracia

22 COSTA, 2010, p. 252.

23 COSTA, 2010, p. 252.

política parecem, finalmente, ter construído uma relação de complementariedade que evita os extremos da tirania e controla o exercício do poder pelo direito.

No entanto, ainda resistem tensões. Pietro Costa²⁴ aponta duas características da teoria de Kelsen que conduzem a elas: primeiramente, com seu formalismo, Kelsen exclui qualquer jusnaturalismo e não reconhece catálogos de direitos que possam ser opostos ao Estado. Por isso, caso o Estado decida por subtrair esses direitos, os indivíduos deixam de ser pessoas juridicamente. Como segundo problema, ainda que as maiorias parlamentares precisem respeitar a Constituição para legislar, elas podem modificar a própria Constituição e o ordenamento não põe limites a esse poder. Nesse contexto, autores como Erich Kaufmann já defendiam a necessidade de encontrar limites objetivos para a vontade dessas maiorias.

Os totalitarismos das décadas de 1930, especialmente na Alemanha e na Itália, assolaram a Europa e mostraram a força do radicalismo sem limites. Em sua autobiografia, o literato austríaco Stefan Zweig, judeu que se exilou no Brasil, relata o clima do período antes da ascensão de Hitler ao poder: os europeus não podiam acreditar que suas sólidas instituições estariam sujeitas a ruírem de tal maneira.

Os poucos dentre os escritores que realmente tinham se dado ao trabalho de ler o livro de Hitler ironizavam o estilo pomposo de sua prosa em vez de se ocupar com o seu programa. No lugar de alertar, os grandes jornais democráticos tranquilizavam os seus leitores todos os dias dizendo que aquele movimento, que realmente só com muito esforço financiava sua enorme agitação com recursos da indústria pesada e ousadas dívidas, estaria fadado a ruir inevitavelmente amanhã ou depois de amanhã. [...] E mesmo quando ele, naquele dia de janeiro em 1933, se tornou chanceler, a grande multidão e até os que o empurravam para esse posto consideravam-no apenas um ocupante provisório do cargo, e o domínio nacional-socialista, um mero episódio. E, afinal, que violências ele poderia praticar numa nação em que o direito estava firmemente arraigado, em que, no Parlamento, a maioria estava contra ele e cada cidadão julgava garantidas sua liberdade e igualdade de direitos, com base na Constituição solenemente jurada?

24 COSTA, 2010, p. 253.

Então, aconteceu o incêndio do Reichstag, o Parlamento desapareceu, Göring soltou seus bandos, de um golpe foi destruído todo o direito na Alemanha. Horrorizados, ouvimos que havia campos de concentração em plena paz e que nas casernas tinham sido construídos compartimentos secretos em que pessoas inocentes eram eliminadas sem tribunal ou formalidades. Isso só podia ser um surto de uma primeira ira insensata, dizia-se. Algo assim não podia perdurar no século XX. Mas foi apenas o começo. O mundo escutava e a princípio não queria acreditar no inacreditável. Mas já naqueles dias vi os primeiros fugitivos. De noite, haviam transposto as montanhas de Salzburgo ou cruzado o rio da fronteira a nado. Esfomeados, esfarrapados, olhavam para nós cheios de medo; foi o início da fuga em pânico ante a desumanidade que depois se estendeu pelo mundo todo. Porém, ao ver esses exilados, eu ainda não imaginava que seus rostos pálidos anunciavam o meu próprio destino e que todos seríamos vítimas da mania de poder desse único homem.²⁵

Como conclui Pietro Costa²⁶, o totalitarismo mostrou “a força terrível do poder, a fragilidade do indivíduo, a inadequação das salvaguardas até aquele momento estabelecidas.” Como uma proposta de solução a esse problema, surgiu o constitucionalismo do pós-guerra.

3 CONSTITUCIONALISMO

As raízes do constitucionalismo do segundo pós-guerra estão, segundo Pietro Costa²⁷ nos projetos antitotalitários dos anos de 1930, como a Constituição de Weimar e a Constituição espanhola de 1931. O constitucionalismo floresceu abandonando o formalismo kelseniano²⁸ e adotando como base do ordenamento a

25 ZWEIG, 2014, p. 321-323.

26 COSTA, 2010, p. 254.

27 COSTA, 2010, p. 255.

28 Pietro Costa explica que os novos ordenamentos do pós-guerra tem uma dupla relação com a obra de Kelsen: são uma homenagem tardia a sua teoria do Estado de direito constitucional, porque sem as ideias de hierarquia e controle de constitucionalidade derivam do modelo kelseniano. Mas também são uma retratação do formalismo kelseniano: “para regimes que nascem sobre as ruínas dos totalitarismos não são suficientes garantias procedimentais e dispositivos formais, mas são necessários princípios substantivamente densos e comprometidos. A solução kelseniana das

pessoa - “o centro de imputação de uma multiplicidade de direitos diversos”. Nessa nova cultura jurídica que se instaura, democracia e direitos são necessariamente complementares, a democracia se redesenha como “uma ordem centrada sobre a pessoa e sustentada pela convicção de que apenas a atribuição a todos os cidadãos de iguais direitos permite a eles uma completa realização humana.”²⁹.

Os direitos ao reforçarem a posição central do indivíduo demonstram seu caráter antitotalitário, mas, como explica Pietro Costa³⁰, não basta falar de direitos para se evitar um retrocesso, até porque os oitocentos também foram a era dos direitos. É preciso ir além e “destacar os direitos da atração fatal exercida sobre eles pelo Estado.” Inicia-se uma crítica da soberania estatal e uma nova maneira de pensar a posição dos direitos nos ordenamentos.

Há, assim, um renascimento do direito natural, de uma filosofia jusnaturalista em sentido amplo que afirma duas teses de fundo: o nexu imediato entre pessoa e direitos e o caráter originário dos direitos como critério de legitimação do Estado. Essa filosofia jusnaturalista não possui fundamento ontológico, o que possibilita um diálogo construtivo entre diferentes ideologias:

A convergência se refere não ao fundamento dos direitos, mas apenas ao seu caráter fundamental e sua dimensão metaestatal. Estes direitos se apresentam, assim, como infundados (ou melhor, como variavelmente fundados por diversas disposições constituintes), mas, ao mesmo tempo, são tidos como as estruturas fundantes, as nervuras, do novo ordenamento constitucional, que encontra neles sua condição de legitimidade e seu sentido.³¹

Consagrados nas novas cartas constitucionais, os direitos dos indivíduos passam a ser tidos como fundamentais: ocupam a posição singular de “fundamentos infundados” da nova ordem.

‘maiorias qualificadas’ não podia, em suma, não parecer reducionista e demandava ser reforçada por uma categoria de princípios e direitos fundamentais capazes de resistir a qualquer manipulação da maioria.” (COSTA, 2010, p. 257)

29 COSTA, 2010, p. 255.

30 COSTA, 2010, p. 255.

31 COSTA, 2010, p. 256.

Oferecem o fundamento da nova ordem, mas também a destinação de sentido, ou seja, tem função estática e dinâmica, pois fecham o sistema (fundamento), mas também prescrevem como o sistema deve avançar. Daí provém as discussões sobre a realização dos direitos, sobre o caráter programático das constituições, sobre a necessidade de efetivar esses direitos e, posteriormente, a defesa de uma Constituição invasora que deve estar presente em todo o sistema.

Os problemas relacionados às possíveis revisões constitucionais pelo Parlamento são resolvidos com cláusulas constitucionais de imutabilidade: na Itália o art. 139 da Constituição prevê a imutabilidade da forma republicana e a Corte Constitucional declarou imutável os princípios que “pertencem à essência dos valores supremos sobre os quais se funda a constituição italiana.”³². No Brasil, os direitos e garantias fundamentais são imutáveis por força das cláusulas pétreas consagradas no art. 60, §4º da Constituição Federal.

Assim, o constitucionalismo conseguiu colocar freios à manifestação do Poder Constituinte derivado, por meio da reivindicação de um caráter meta ou transestatal para os princípios e direitos fundamentais, de modo a torná-los resistentes ao decisionismo da política.

3.1 NOVAS TENSÕES

Não é possível, no entanto, defender que todas as tensões foram solucionadas. Nessa nova ordem constitucional, algumas tensões se manifestam. As principais tensões identificadas por Pietro Costa³³ dizem respeito a ordem poliárquica das sociedades, a dificuldade de se garantirem direitos na sociedade globalizada, ao ativismo judicial e a autorreferencialidade dos sistemas políticos, agravada pela apatia política.

Em primeiro lugar, no interior de cada ordenamento, a ênfase na participação igualitária dos sujeitos no processo político entra em choque com a ordem poliárquica da sociedade e o capitalismo,

32 COSTA, 2010, p. 259.

33 COSTA, 2010.

em que prevalecem os grupos mais fortes e organizados. De outro lado, cada vez mais a ordem jurídica nacional se confronta com a ordem jurídica transnacional, o constitucionalismo precisa repensar seus meios de garantir direitos, pois atores internacionais influenciam as vidas dos indivíduos interpondo-se entre eles e os Estados.

A junção entre a economia capitalista e um ordenamento político democrático define a estrutura básica dos países ocidentais e projeta este modelo ao resto do mundo, conforme observa Luis Felipe Miguel³⁴. Apesar de nas últimas décadas não se apresentar nenhum ordenamento social como alternativa viável ao capitalismo é inegável que a ordem capitalista impõe algumas restrições à democracia. Nesse sentido, Miguel³⁵ desenvolve três itens que entende como limitações ao florescimento da democracia devido à ordem econômica capitalista.

O primeiro deles seria a “dependência estrutural”, o Estado se vê dependente das decisões dos proprietários privados sobre as decisões de investimento. Os governantes precisam observar os interesses do capital a fim de garantir a manutenção de taxas elevadas de investimento econômico. Assim, a posição de força do empresariado e dos investidores tem a capacidade de definir a realidade trazendo decisões de impacto coletivo³⁶, embora não haja uma participação popular nessas decisões.

O segundo trata da “influência ‘pervasiva’ do poder econômico”, essa restrição diz respeito às desigualdades de riqueza que permeiam todas as esferas sociais. Sendo o campo político especialmente suscetível à influência do poder econômico, exemplo disso,

34 MIGUEL, 2017, p. 135.

35 MIGUEL, 2017.

36 Para o autor o que permite que essas decisões de impacto coletivo continuem ao arbítrio de indivíduos privados é a separação entre economia e política, assim, “[...] há a privatização das funções sociais de produção, distribuição, extração de mais-valia e apropriação, gerando uma esfera econômica diferenciada. A apropriação e exploração capitalista transformam certas questões políticas essenciais, disputas sobre exploração e dominação antes ligadas ao poder político, em questões econômicas. Em suma, a diferenciação do econômico e do político no capitalismo é a diferenciação de atividades políticas em si, alocadas separadamente na esfera econômica privada e na esfera pública do Estado.” (MIGUEL, 2017, p. 150)

são as eleições com os financiamentos de campanha³⁷ que rompem com a regra democrática de igualdade de influência política.

Por fim, a “socialização inadequada dos trabalhadores para a ação política democrática”. Nas relações de produção capitalista os trabalhadores recebem um treinamento que destaca qualidades opostas àquelas exigidas para a prática da democracia. O trabalho assalariado coloca o indivíduo numa posição de obediência às ordens emanadas de seu empregador, submetendo-o a uma relação vertical, completamente oposta da participação na busca de soluções e responsabilidades pelas próprias escolhas, o que se espera idealmente, numa democracia³⁸.

Assim, segundo o autor, a democracia segue acomodada diante do capitalismo e da desigualdade social. A afirmação abstrata da igualdade de participação elide a questão essencial de que a capacidade de influência política está ligada ao controle de recursos materiais³⁹. A democracia traz a ideia de que as regras que orienta a sociedade devem ser produzidas de forma coletiva por todos os que estão submetidos a elas. Entretanto, a participação coletiva e a autonomia são questionáveis na medida em que as decisões são monopolizadas por um pequeno grupo e não são produzidas com a participação de toda a população.

37 “Mesmo a campanha de Barack Obama à presidência dos Estados Unidos, em 2008, que é muitas vezes apresentada como exemplo de um novo padrão de financiamento político, revela a permanência da importância dos grandes contribuidores. Milhões de eleitores estadunidenses doaram pequenas quantias, de 200 dólares ou menos, que, no entanto, somaram apenas 26% do quase meio bilhão de dólares que custou a campanha de Obama nas primárias do Partido Democrata e, depois, nas eleições. Num gesto amplamente divulgado, o candidato Obama abriu mão do financiamento público, mas não do dinheiro dos grandes doadores.” (MIGUEL, 2017, p. 151).

38 Não só no local de trabalho se evidencia o autoritarismo das relações, mas também fora dele. Segundo ao autor: “Nas economias capitalistas contemporâneas, o trabalhador é tanto um produtor quanto um consumidor. O consumo de massa é vital para o funcionamento da economia – e é alimentado por um estímulo constante à ideia de consumo como meio de realização pessoal e também como compensação por frustrações em outros âmbitos, a começar pela própria produção. O discurso de valorização da esfera privada é a contraface da estrutura que bloqueia os espaços de participação efetiva na esfera pública.” (MIGUEL, 2017, p. 153).

39 MIGUEL, 2017.

Para Antonio Manuel Hespanha⁴⁰ a legitimação democrática, pautada na vontade do povo, recua frente uma legitimação tecnocrática, baseada na conformidade com a adequação financeira e econômica, medida pelos tecnocratas ou pela reação dos mercados⁴¹. Os técnicos acabam invocando os fatos para justificar as decisões tomadas em prol de um interesse coletivo, mas sem a participação da população. Invocar os fatos acaba sendo um argumento falacioso que visa dar à política a inevitabilidade da natureza, como se fosse a única solução possível, reduzindo as questões políticas a questões de fato⁴².

De outro modo, a ordem jurídica transnacional também evidencia a tensão da relação entre poder político, povo e direito uma vez que as decisões políticas relevantes não correspondem aos

40 HESPANHA, 2012.

41 “A manifestação porventura mais chocante desta tendência foi o escândalo suscitado pela intenção do ex-primeiro-ministro grego G. Papandreou de submeter a referendo o segundo plano de resgate para a Grécia, como se essa decisão, decisiva para o futuro dos gregos, competisse mais aos analistas financeiros e aos políticos europeus do que às pessoas sobre as quais iam cair os seus efeitos. Mais recentemente, alguns comentadores avaliavam a vontade dos franceses expressa nas eleições presidenciais à luz das reações dos mercados, aos quais competiria, portanto, uma última legitimação das opções populares. Ou dos gregos, de acordo com critérios de ‘aceitabilidade’ pelo governo alemão. (HESPANHA, 2012, p. 10)

42 “Foi o que quis dizer o ministro Vítor Gaspar quando, em Conselho de Ministros, respondeu secamente a um colega seu que propunha alternativas para a sua política de austeridade: ‘*Não há dinheiro ! Qual das três palavras é que não percebeu ?*’. Com isto, reduziu um problema política (de escolha) a um aparente não-problema (por falta opções alternativas). Mais em geral, é também o que está implícito quando se diz que ‘não há alternativas’ para a política de austeridade. Na verdade, se não há alternativas, é porque a política seguida não é, ela também, uma (de várias) alternativas. É uma necessidade. Isto, naturalmente, dispensa a justificação das medidas, favorecendo uma atitude de autossuficiência, de falta diálogo e de desvalorização do consenso. É o mesmo tipo de argumento que está por detrás da afirmação do ‘super-ministro’ informal António Borges: ‘Diminuir salários não é uma política, é uma urgência’. De novo, a inevitabilidade de uma urgência retira o caráter discutível, e logo, político, a uma proposta que, na verdade, é eminentemente política. Aparentemente, mais do que a insensibilidade democrática ou a falta de domínio das técnicas de comunicação, é esta convicção acerca da necessidade e naturalidade das medidas tomadas que explica o autoritarismo e ‘impiedade’ (‘falta de sensibilidade social’) do governo na definição e execução das políticas financeiras, económicas e sociais. (HESPANHA, 2012, p. 11).

poderes estatais, mas sim a poderes supra estatais, a poderes de outros Estados ou poderes econômicos de mercado que subtraem qualquer tipo de controle popular, conforme já visto. Nega-se o monopólio estatal da criação do direito sob a justificativa de que a comunidade, formada por grupos autônomos, deve criar o seu próprio direito plural. Para Hespanha⁴³, tem-se formado no campo jurídico um consenso em torno da ideia de que a normatização pelo Estado seria inadequada à complexidade e globalização das sociedades contemporâneas permitindo como contraponto uma regulação espontânea gerada pelos setores mais dinâmicos e competitivos da economia. Esta regulação seria mais “eficaz, justa e libertadora da sociedade civil”⁴⁴. Aposta-se em formas cada vez mais livres de autorregulação sob a justificativa de que se faz em prol dos interesses da comunidade. Ocorre que os espaços de deliberação e regulação não estatais, que à primeira vista podem parecer fomentadores de uma ampla participação política, são formados essencialmente por uma parcela específica da sociedade,

uma comunidade de juízes de altos tribunais, de altos funcionários comunitários, de juristas especialistas em direito comunitário, de firmas internacionais de advogados e particulares, em geral, selectos, com capacidade nomeadamente econômica para litigar nas instâncias comunitárias⁴⁵.

A ordem jurídico-constitucional dos Estados democráticos não garante maior democraticidade e participação. A simples existência de múltiplos polos de criação de normas jurídicas e de processos de negociação e transação entre eles não assegura por si só a participação igualitária no processo político.

Em segundo lugar, há os problemas relacionados ao ativismo judicial. O ativismo implica em uma atuação judicial que não se limita a declarar o direito, mas cada vez mais o juiz se coloca como protagonista de políticas. No entanto, sua legitimação é delicada

43 HESPANHA, 2012.

44 HESPANHA, 2012, p. 5.

45 HESPANHA, 2010, p. 14.

porque não se submete à lógica democrática de participação e consenso, diminuindo, assim, a incidência da democracia no interior do Estado.

Para Luis Roberto Barroso⁴⁶ o ativismo judicial é a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, pelo Poder Judiciário, expandindo seu sentido e alcance⁴⁷. A postura ativista se manifesta em diferentes condutas que englobam:

a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas⁴⁸.

A locução ativismo judicial tem sido utilizada por juristas norte-americanos para indicar uma postura dissonante da jurisprudência majoritária, desde a publicação do artigo de Arthur Schlesinger Jr. “The Supreme Court: 1947”, no qual categorizou os juízes em ativistas, não-ativistas e centristas da Suprema Corte dos EUA. Os ativistas se caracterizam por uma atuação afirmativa em prol da implementação do bem-estar social, com vista a concretização de políticas públicas; já os centristas adotam uma postura de

46 BARROSO, 2013.

47 Alguns teóricos como Lenio Streck diferenciam a judicialização do ativismo, assim: “A questão da judicialização (da política), portanto, está ligada ao funcionamento (in)adequado das instituições, dentro do esquadro institucional traçado pela Constituição. Quanto maior a possibilidade de se discutir, no âmbito judicial, a adequação ou não da ação governamental lato sensu em relação aos ditames constitucionais, maior será o grau de judicialização a ser observado. É por isso que afirmo, como já o fiz em outras oportunidades, que a judicialização é contingencial. Ela depende de vários fatores que estão ligados ao funcionamento constitucionalmente adequado das instituições. O ativismo judicial, por outro lado, liga-se à resposta que o Judiciário oferece à questão objeto de judicialização. No caso específico da judicialização da política, o ativismo representa um tipo de decisão na qual a vontade do julgador substitui o debate político (seja para realizar um pretenso “avanço”, seja para manter o status quo). Ativismo é, assim, um behaviorismo judicial.” (STRECK, 2016, p. 4)

48 BARROSO, 2013, p. 4.

defesa da maior participação do legislativo nas questões nacionais relevantes, priorizando a representatividade e legitimidade das decisões por meio do amparo popular, pouco importando a opinião particular do juiz⁴⁹.

Independente das origens da locução, o fenômeno da expansão do âmbito de intervenção, que surgiu como uma singularidade institucional norte-americana se difundiu aos demais países, seja de regimes jurídicos romano-germânicos, seja da tradição da *common law*. Possíveis causas dessa expansão são o reconhecimento de que o Poder Judiciário é a base das democracias modernas em razão de sua insubmissão e imunidade políticas, bem como seu papel de atuar na prevenção ao majoritarismo, resultado do déficit de representatividade dos Parlamentos⁵⁰.

É inegável que o ativismo acaba demonstrando as dificuldades que o Poder Legislativo enfrenta: a ausência de autenticidade partidária e o afastamento da classe política da sociedade civil. Com isso, os membros do Poder Judiciário – juízes, desembargadores e ministros – que não são agentes públicos eleitos, acabam desempenhando um poder político, muito embora não tenham a autorização pela vontade popular⁵¹.

49 MELO FILHO, 2013.

50 Ainda nesse sentido sustenta o autor: “Políticas econômicas, ineficácia das instituições majoritárias, estratégia política, declínio do positivismo jurídico, crescimento do Direito Internacional e garantia de direitos fundamentais são alguns panoramas que impulsionam esse fortalecimento do Judiciário, resultando em um maior ativismo judicial. Em meio a esse fenômeno que ganha escala mundial, urge a necessidade de se definir de que forma ele atuará nas dimensões pública e privada da autonomia dos cidadãos. Será a judicialização da política um processo que logra promover e assegurar a liberdade de ação das pessoas ou, antes, vem enterrar a tentativa de emancipação da cidadania? Será o Judiciário também uma arena política?” (MELO FILHO, 2013, p. 33)

51 Tomando como exemplo o Brasil aponta Barroso: “a possibilidade de um órgão não eletivo como o Supremo Tribunal Federal sobrepor-se a uma decisão do Presidente da República – sufragado por mais de 40 milhões de votos – ou do Congresso – cujos 513 membros foram escolhidos pela vontade popular – é identificada na teoria constitucional como dificuldade contramajoritária. Onde estaria, então, sua legitimidade para invalidar decisões daqueles que exercem mandato popular, que foram escolhidos pelo povo?” (BARROSO, 2013, p. 26).

Para Streck⁵² o ativismo é danoso à democracia, pois decorre de comportamentos e visões pessoais de juízes, a partir de uma linguagem privada, erigida à margem de uma linguagem pública⁵³. De todo modo não se pode negar que a materialização da Constituição via ativismo judicial limita o âmbito de deliberação política democrática.

Em terceiro, a própria democracia também se revela em tensão no sistema representativo, pois tanto seu caráter de representação é posto à prova como a sua dificuldade de se conciliar com a participação. Há uma erosão da autonomia dos indivíduos diante da influência dos meios de comunicação de massa – esses indivíduos muito apáticos, pouco se interessam pela política ou se deixam conduzir pela publicidade.

Emergem, portanto, dois fatores fundamentais na representação, ou seja, na escolha dos representantes pelos representados: a escolha da agenda pública, uma vez que a escolha de temas na agenda condiciona as dimensões da escolha eleitoral, e a informação, uma vez que os meios de comunicação cumprem um papel preponderante na difusão de informações socialmente relevantes. Logo, a decisão está condicionada pelos assuntos colocados na agenda pública. Contudo convém destacar que os temas não são estabelecidos somente pelos representantes eleitos, mas também por outros grupos de poder na sociedade que disputam a inclusão ou exclusão de temas na agenda. De outro modo, a mídia exerce papel crucial na visibilidade da agenda pública, os representantes eleitos e outros grupos de interesse que querem incluir determinadas pautas na agenda pública precisam difundir-las por intermédio dos meios de comunicação⁵⁴.

A mídia exerce um papel fundamental na formação da opinião pública e com isso traz a questão da *accountability*⁵⁵. Somente

52 STRECK, 2016.

53 Há defesa de ambos os lados, os que defendem o maior protagonismo do judiciário como meio de proteção de direitos estabelecidos constitucionalmente e, portanto, da democracia, e os que condenam tal atuação por entender exatamente o contrário.

54 MIGUEL, 2014.

55 A *accountability* refere-se a obrigação que os atores políticos e poderes públicos têm

mediante um sistema de transparência pública, ou seja, o acesso amplo ao cidadão às informações que lhe permitam a formação de um juízo adequado sobre as atividades da administração é que se pode falar no controle de abuso do poder político.

Ocorre que sob a bandeira da democratização da comunicação com o aprimoramento da representatividade social da mídia, a desigualdade de acesso à discussão pública pelo controle dos meios de comunicação é um problema na prática democrática. Nesse sentido observa Luis Felipe Miguel⁵⁶:

Ainda assim, é importante assinalar a necessidade de que os meios de comunicação representem de maneira adequada as diferentes posições presentes na sociedade, incorporando tanto o pluralismo político quanto o social. Hoje, via de regra, a mídia desempenha mal esta tarefa, por diversas razões, que incluem os interesses dos proprietários das empresas de comunicação, a influência dos grandes anunciantes, a posição social comum dos profissionais do setor e a pressão uniformizadora da disputa pelo público. Mais até do que a manipulação consciente – que, no entanto, é uma possibilidade sempre presente, sobretudo em momentos cruciais -, há a adesão inconsciente a determinada percepção do mundo, que preside a seleção e a hierarquização de temas, enfoques e valores. O resultado é a apresentação de uma imagem enviesada da sociedade.

Nas sociedades contemporâneas a mídia se apresenta como o principal instrumento de difusão dos projetos políticos, no entanto, os discursos que veicula não apresentam a totalidade de valores e

de se responsabilizar por seus atos. Trata-se do controle do abuso do poder mediante o controle dos poderes uns sobre os outros, como por exemplo, a separação de poderes – *accountability* horizontal – e a necessidade dos representantes de prestar contas e estar submetido à aprovação da população – *accountability* vertical (MIGUEL, 2014). Lamounier explica que a *accountability* é um componente fundamental nas democracias e se mantém devido a restrições constitucionais, como a separação de poderes, e também “a um complexo mecanismo de pressões cruzadas, competitivas, continuamente acionado pelos partidos políticos, por organizações econômicas, profissionais, educacionais, religiosas e outras, e de modo geral pela opinião pública, expressando-se esta através de uma imprensa livre e crescentemente através das redes sociais. Ou seja, uma vez investidas nas posições para as quais se elegeram, as autoridades ficam sujeitas a um processo de constante escrutínio, a ações competitivas exercidas por uma variedade de grupos e associações e, no limite, à possibilidade de serem afastadas.” (LAMOUNIER, 2016, p. 87)

56 MIGUEL, 2014, p. 123.

interesses sociais, deixando à margem e em silêncio grupos sociais que não estão representados no processo democrático.

Enrique Dussel⁵⁷ também observa a importância da mídia na formação da opinião pública no campo político. Para o autor os meios de comunicação transformam a política em espetáculo e não em participação e cultura. Trata-se na verdade da corrupção política da informação a que ele chama de “mídia-cracia” que é o “poder político fetichizado do dinheiro que penetra todos os interstícios dos sistemas políticos, invertendo-os: pondo-os a serviço do poder como dominação.” Assim, por intermédio dos meios de comunicação é possível a alienação dos eleitores, uma vez que o que veiculam como imagens e símbolos de “mau” e “injusto” impõe-se ao espectador como realidade, dependendo dos interesses o melhor político pode ser destruído pela mídia.⁵⁸

Para Ferrajoli⁵⁹, atualmente a democracia representativa não goza de boa reputação nos ordenamentos estatais devido a uma série de fatores, como: a crise dos partidos e da participação política; o nexos cada vez mais estreito entre política e dinheiro; pelas degenerações “videocráticas” da comunicação e do poder político. Ou seja, cada vez menos se vê a relação entre governo e povo, uma vez que as decisões relevantes não correspondem à soberania da vontade popular.

57 DUSSEL, 2007.

58 Nesse sentido também afirma Pinzani (2013, p. 148 e 149): “Um dos desafios centrais com o qual nossas democracias hoje se deparam consiste em encontrar equilíbrio entre as legítimas exigências de transparência e controle da contrademocracia, por um lado, e a consciência de que existem formas de exercer o poder que, por sua natureza, tendem a permanecer opacas e a escapar ao controle democrático, por outro. As forças que se servem de tais formas aumentam seu poder justamente à medida que, desviando a opinião pública de suas manobras e de seus interesses, conseguem debruçá-la sobre escândalos dos políticos. Nisso são ajudadas muitas vezes por uma mídia cúmplice ou cointeressada, que considera seu dever vigiar a moralidade dos políticos, mas não os negócios e as atividades de empresas, bancos, grupos financeiros etc. E frequentemente são ajudadas também por elementos do próprio sistema institucional que, por várias razões e às vezes de boa fé, acabam solapando totalmente a confiança nas instituições democráticas, contribuindo assim para que os cidadãos identifiquem o grau de legitimidade democrática de um governo com o grau de moralidade pessoal de seus membros.”

59 FERRAJOLI, 2008.

A falta de representatividade que muitas vezes é reforçada pelos meios de comunicação – vez que o poder é exercido de forma não transparente por atores que são capazes de impor suas agendas aos governos e permanecem “invisíveis”, longe do escrutínio público – também auxilia na apatia política dos sujeitos partícipes do processo democrático. Tal fenômeno é evidenciado por Pinzani⁶⁰:

A desconfiança democrática que anima o modelo da contrademocracia pode rapidamente transformar-se na postura negativa que caracteriza, segundo Crouch, a pós-democracia, a saber: cinismo e desilusão com a política; atitude passiva de simples indignação; renúncia à capacidade de influenciar ativamente o processo democrático, que o relega, assim, à influência de outros atores, mais organizados, e que transforma a democracia, de fato, em oligarquia.

Na sociedade ocidental contemporânea a participação democrática acaba reduzida ao momento eleitoral, a incapacidade dos sujeitos de se organizarem positivamente para exigir políticas unidas a seus interesses em muito se deve a falta de representação que, apoiada por mecanismos não transparentes, transformam o cidadão político em espectador.

Todos os fatores de tensão aqui tratados estão entrelaçados e apresentam em maior ou menor medida dificuldades à democratização, ao menos, no seu sentido mais comum, qual seja, da realização do governo do povo.

4 CONCLUSÃO

A tensão entre direito e poder se manifesta desde as primeiras reflexões filosóficas sobre a política em Aristóteles e Platão. Na Idade Média, pode-se afirmar a existência de uma soberania, separada da ideia de Estado, mas em que o soberano é tido como vértice de uma pirâmide de poderes que consagra a unidade da ordem, ordem que ele não cria, somente tutela, que ele pode, ainda, ser acusado de desrespeitar. Já na modernidade ainda que se mantenha a cadeia assimétrica de relações, a soberania muda, pois o soberano não

60 PINZANI, 2013, p. 148.

é somente fundamento de validade da ordem, torna-se condição indispensável à ordem. Hobbes será o autor primordial na defesa da soberania absoluta, pois para ele a vontade é origem da ordem. Autores do período buscam colocar limites ao poder do soberano por meio do direito: John Coke defende que cabe ao juiz buscar na ordem objetiva do *common law* a limitação da atuação real. Em outros autores, esse limite está no direito natural, como para John Locke. Os direitos atribuídos aos sujeitos, apresentam-se como possibilidade de limitar o poder do soberano.

Com a paulatina valorização da democracia, a monarquia vai cedendo espaço para a afirmação da soberania do povo, afirmada por Rousseau, de forma plena e incondicional. As doutrinas dos direitos naturais também são defendidas no período. Essas filosofias políticas encontraram nas revoluções, americana e francesa, um espaço de fecunda intersecção. As declarações de direitos consagraram os direitos naturais e a Declaração de 1789 afirmava como critério para o reconhecimento da Constituição a separação de poderes e a afirmação dos direitos. Algumas tensões se revelam no âmbito dos próprios direitos, a limitação dos direitos políticos por critérios censitários relacionados à detenção de propriedades, mas também a complementariedade entre o poder do *demos* e os direitos individuais revela a forte tensão que caracteriza essa relação com a Revolução francesa e o jacobinismo. Após o terror revolucionário, a tirania da maioria passou a ser o grande pesadelo do liberalismo.

De forma a solucionar essa tensão, desenvolveram-se as estratégias do controle de constitucionalidade nos Estados Unidos, que conferia ao Poder Judiciário a tutela dos direitos frente às maiorias parlamentares. Enquanto na Europa deu-se uma longa trajetória para a construção de uma engenhoca jurídica: o Estado de Direito. Com a teoria kelseniana do direito e do Estado, em especial sua visão dinâmica do ordenamento, possibilitou defender a submissão não somente das funções administrativas, mas do legislativo à Constituição. A lei deixou de ser a manifestação da soberania e a Constituição passou a ocupar esse lugar.

No entanto, as limitações formais da proposta de Kelsen não resistiram aos ataques políticos dos totalitarismos do século XX. O fascismo e o nazismo colocaram abaixo as instituições que

pareciam de uma solidez inabalável. Assim, saídos das ruínas de regimes extremistas, construíram-se cartas políticas constitucionais que consagraram direitos focados na realização da pessoa humana por meio da garantia igualitária de direitos. Essa nova cultura jurídica que se instaurou, o constitucionalismo consagrou democracia e direitos como necessariamente complementares.

O constitucionalismo afirma o caráter transestatal dos direitos de modo a impedir que estes estejam submetidos ao decisionismo da política, isso se faz, entre outros meios, pelas cláusulas de imutabilidade, como as cláusulas pétreas da Constituição brasileira de 1988. A tensão entre poder e direito, entre democracia e Constituição parece, finalmente, solucionada. No entanto, novas tensões surgem. Hoje os estados democráticos e constitucionais se deparam com os problemas relacionados com a ordem poliárquica das sociedades, com a dificuldade de se assegurarem direitos na sociedade globalizada, com a apatia dos indivíduos frente à política (indivíduos com autonomia muitas vezes ameaçada pelos meios de comunicação de massa) e também com os problemas democráticos do ativismo judicial.

Assim, o desenvolvimento do trabalho nos permitiu desmistificar a ideia de que o Estado democrático constitucional resolve de uma vez por todas a tensão entre constituição e democracia, entre direito e poder. Trata-se de uma tensão sempre presente, que se ressignifica conforme o contexto histórico-social e os conflitos em curso.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática. (Syn)Thesis*, Rio de Janeiro, v. 5, n° 1, 2012, p. 23-32.

BLUCHE, Frédéric; RIALS, Stéphane; TULARD, Jean. **Revolução Francesa**. Tradução de Rejane Janowitz. Porto Alegre: L&PM, 2009.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco.

Dicionário de Política. 5ª ed. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1993.

COSTA, Pietro. **Soberania, Representação, Democracia**: ensaios de história do Pensamento Jurídico. Curitiba: Juruá, 2010.

____; ZOLO, Danilo. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. **Estado de Direito**: história, teoria e crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DUSSEL, Henrique. **20 Teses de Política**. Trad. Rodrigo Rodrigues. São Paulo: Expressão Popular, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Madrid: Editorial Trotta, 2008.

HESPANHA, Antonio Manuel. Estadualismo, Pluralismo e Neorepublicanismo: perplexidades dos nossos dias”. In: WOLKMER, Antônio Carlos, et al. **Pluralismo Jurídico**: os novos caminhos da contemporaneidade. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 139-172.

____. A Revolução neoliberal e a subversão do “modelo jurídico”: crise, direito e argumentação jurídica. São Paulo: **Revista do Ministério Público**, n. 130, abr-jun 2012, p. 9-80.

MELO FILHO, Renato Soares de. **O ativismo judicial em investida ao Estado Democrático**. 2013. 137f. Dissertação (mestrado). Universidade Estadual Julio de Mesquita Filho, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, 2013.

MIGUEL, Luis Felipe. **Democracia e Representação**: territórios em disputa. São Paulo: Editora Unesp, 2014.

PINZANI, Alessandro. Democracia versus Tecnocracia: apatia e participação em sociedades complexas. **Lua Nova**, São Paulo, 89, 2013, p.135-168.

____. **Consenso e conflito na democracia contemporânea**. São Paulo: Editora Unesp, 2017.

ROBESPIERRE, Maximilien. **Virtude e terror**. Apresentação por Slavoj Zizek. Tradução: José Maurício Gradel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

ROSANVALLON, Pierre. A história da palavra democracia na época moderna. Tradução: Eliana Maria de Melo Souza. **Perspectiva: Revista de Ciências Sociais** - UNESP, São Paulo, v. 19, p.113-129, 1996. Disponível em: <<http://seer.fclar.unesp.br/perspectivas/article/viewFile/2007/1637>>. Acesso em: 01 set. 2010.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. **Espaço Jurídico Journal of Law**. Joaçaba, v. 17, n. 3, set./dez. 2016, p. 721-732.

ZWEIG, Stefan. **Autobiografia: o mundo de ontem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

Recebido em: 02/10/2017

Aprovado em: 16/04/2018