

# **I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI**

## **HISTÓRIA DO DIREITO**

**ALEXANDRE WALMOTT BORGES**

**ROGERIO LUIZ NERY DA SILVA**

**RICARDO MARCELO FONSECA**

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

#### **Diretoria – CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

**Vice-presidente Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

**Secretário Executivo** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

#### **Representante Discente – FEPODI**

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

#### **Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

#### **Secretarias:**

##### **Relações Institucionais**

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

##### **Relações Internacionais para o Continente Americano**

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

##### **Relações Internacionais para os demais Continentes**

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

#### **Eventos:**

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

#### **Comunicação:**

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

**Membro Nato** – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

H673

História do direito [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Ricardo Marcelo Fonseca; Alexandre Walmott Borges; Rogerio Luiz Nery Da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-045-9

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



# I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

## HISTÓRIA DO DIREITO

---

### **Apresentação**

As apresentações dos trabalhos do GT HISTÓRIA DO DIREITO foram marcadas pela novidade da participação por via eletrônica. Pela primeira vez as salas e os debates se realizaram por meio virtual. Apesar do ineditismo o evento foi realizado com pleno sucesso. Os trabalhos mostraram alta qualidade e as discussões serviram à troca de ideias, de materiais, de informações entre os pesquisadores e pesquisadoras. Abaixo há a síntese dos trabalhos deste GT do Conpedi.

O artigo de autoria de Frederico Marcos Krüger tem por título ‘A GÊNESE FAMILIAR COMO FONTE DO DIREITO E OS NOVOS DESAFIOS DO DIREITO CONTEMPORÂNEO’. Deteve-se o trabalho na pesquisa das origens das instituições jurídicas, das “famílias”. Dessa evolução se constatou o desenvolvimento acelerado populacional e as leis que emergiram dos fatos valorativos que desencadearam o sentido da criação de novas normas para acompanhar o relacionamento comportamental.

O texto ‘A CONDIÇÃO JURÍDICA E A RESPONSABILIDADE DA MULHER E DAS VESTAIS NO DIREITO ROMANO’ é da autoria de Elaine Marcilio Santos e Alessandro Hirata. O artigo tratou da condição jurídica da mulher em Roma, a partir de fontes analisadas à luz da metodologia dialética. Expôs-se um panorama geral do peculiar tratamento jurídico destinado às mulheres e discorreu-se sobre as sacerdotisas cultoras da deusa romana Vesta, as vestais, as quais tinham uma especial condição jurídica de independência em relação aos homens, e que também podiam realizar atividades como o comércio marítimo, sendo inclusive proprietárias de embarcações de cunho comercial, conforme comprovam recentes descobertas arqueológicas na Sardenha.

O artigo ‘A SUCESSÃO DO CÔNJUGE NAS CODIFICAÇÕES CIVIS BRASILEIRAS’, de autoria de Leonora Roizen Albek Oliven, procurou sistematizar e comparar a sucessão hereditária de cônjuges na vigência das duas codificações civis brasileira. A análise foi feita a partir da relevância da família matrimonializada para o direito e para a sociedade brasileira, propondo um percurso histórico-jurídico para a compreensão da sua importância e preocupação específica da codificação contemporânea.

O texto ‘RESGATANDO FRAGMENTOS DA HISTÓRIA DA CIVILÍSTICA NACIONAL: O CONCEPTURO NO CÓDIGO CIVIL DE 1916 E A CRÍTICA DE

PONTES DE MIRANDA À BEVILAQUA’ buscou resgatar fragmentos da história da civilística nacional ao tentar compreender e explorar as críticas realizadas por PONTES DE MIRANDA à BEVILAQUA no que diz respeito à possibilidade (defendida por aquele) de que havia uma dupla disposição testamentária em favor do concepturo: (i) pura e direta, prevista no artigo 1.718, bem como pela instituição de (ii) fideicomisso, regulamentada pelos artigos 1.733 a 1.740, ambos do Código Civil de 1916. Os autores são Fabricio Manoel Oliveira e Rodrigo Coelho dos Santos.

O artigo ‘AS REFLEXÕES DOS PARÂMETROS MODERNOS DO DIREITO POSITIVO NOS SÉCULOS XVIII A XX: UMA ANÁLISE DA TRADIÇÃO JURÍDICA ALEMÃ’ teve por proposta realizar reflexões dos parâmetros modernos do direito positivo nos séculos XVIII a XX, analisando-se, sobremaneira, a tradição jurídica alemã. A autoria é de Cristian Kiefer Da Silva.

O texto ‘O PROCESSO HISTÓRICO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO E A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO’ teve por objeto da pesquisa o estudo de efeitos da constitucionalização no direito civil sobre o regime contratual, em especial o influxo da função social como elemento essencial no tocante à sua finalidade. A pesquisa iniciou por um exame temporal da relação entre o constitucionalismo e o direito civil para que se pudesse elucidar o fenômeno da constitucionalização, assim como as evoluções no sistema do direito civil dela oriundas. Os autores são Francisco José Turra , Olavo Figueiredo Cardoso Junior e Rodrigo Feracine Alvares.

O artigo ‘AS RAÍZES DO DIREITO À LIBERDADE (E DA PERSONALIDADE): PAINEL SOBRE A QUESTÃO HUMANA, E DIGNIDADE, NAS AMÉRICAS ESPANHOLA E LUSITANA NOS SÉCULOS XVII E XVIII’ propôs-se a realizar um apanhado entre a controvérsia de Valladolid e o Diretório Indígena no Brasil (séc. XVIII) e das mudanças de percepção das noções de humanidade para os índios nos primórdios dos direitos humanos e dos direitos de personalidade. A autoria é de Crístian Rodrigues Tenório e Alexander Rodrigues de Castro.

O texto ‘DIREITO PÚBLICO NA ORIGEM DO BRASIL: ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA, TRIBUTÁRIA, GOVERNAMENTAL E JUDICIÁRIA DAS CAPITANIAS HEREDITÁRIAS’ teve por objeto uma das fases mais antigas do ordenamento jurídico brasileiro, a da implantação das Capitanias Hereditárias, em 1530. Foi dada ênfase na estruturação das capitanias e nos assuntos que atualmente estavam incluídos no Direito Público. O autor é Wagner Silveira Feloniuk.

O artigo 'PODER E DIREITO EM TENSÃO: UMA ANÁLISE DO ESTADO DEMOCRÁTICO CONSTITUCIONAL A PARTIR DA PERSPECTIVA HISTÓRICA DE PIETRO COSTA' propôs-se à discussão sobre contribuições do historiador do direito Pietro Costa na análise das tensões entre poder e direito em diferentes tempos históricos. Partindo-se da premissa de que a história consiste em uma espécie de horizonte de continuidades e rupturas, por meio de revisão bibliográfica das principais obras do autor, almejou-se investigar quais tradições histórico-culturais deram lugar à fórmula do Estado democrático-constitucional contemporâneo, bem como perquirir se este modelo ainda guarda tensões dos componentes originários. As autoras são Laura Maeda Nunes e Ana Cristyna Macedo Leite S. Bosco.

O texto 'DOCTRINA E CULTURA JURÍDICA NO OITOCENTOS: ESTUDO SOBRE A PRODUÇÃO INTELLECTUAL DO RÁBULA JOSÉ MARCELLINO PEREIRA DE VASCONCELLOS' centrou-se na análise da produção jurídica de José Marcellino Pereira de Vasconcellos, cujas obras somam 24 livros, edições com 1200 exemplares e exemplares com até 11 edições. Problematizou-se a acolhida das grandes editoras nacionais e do público leitor de obras de rábula localizado em província sem estabelecimento universitário. Com as informações coligidas sobre a produção jurídica de Pereira de Vasconcellos, buscou-se identificar o perfil das obras publicadas e o público interessado. A autora é Adriana Pereira Campos.

O artigo 'TECNICAMENTE, A PRIMEIRA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL' propôs-se a discutir o reconhecimento das Bases da Constituição da Monarquia Portuguesa como a primeira norma a viger no Brasil como Constituição. O texto português vigeu a partir de 9 de março de 1821 no Brasil. A autoria é de Wagner Silveira Feloniuk.

O texto 'TAVARES BASTOS E A EMANCIPAÇÃO DOS CATIVOS' teve por objeto a obra de Tavares Bastos, e a dedicação deste autor às liberdades econômicas e civis, e sobre a causa abolicionista, a forma de reparação dos dos proprietários e dos próprios cativos. O autor é Gabriel D. B. C. Rocha.

O artigo 'A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS DO TRABALHO NO CAMPO NA VIGÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO DE 1946. ANÁLISE DA AÇÃO LEGISLADORA DE CONCRETIZAÇÃO NO PERÍODO DEMOCRÁTICO DE 1946 A 1964'' teve por objetivo a problematização sobre as normas infraconstitucionais reguladoras dos direitos sociais do trabalho no campo durante a vigência democrática da Constituição de 1946. A abordagem temporal foi ordenada com o objetivo de verificação e análise do postulado de que houve a ocorrência de dois períodos de ação do legislador infraconstitucional brasileiro,

durante a vigência da Constituição de 1946. Os autores são Alexandre Walmott Borges e Luiz César Machado de Macedo.

O texto ‘A GÊNESE DO “SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO”, SUAS VICISSITUDES E A DESCONEXÃO DA IDEOLOGIA SISTEMÁTICA EUROPEIA’ teve por objetivo a investigação da gênese do conceito de “sistema tributário brasileiro”, com uma abordagem comparativa da situação jurídico-política brasileira para com a das demais nações, primordialmente as europeias. O autor é Vicente de Paulo Augusto de Oliveira Júnior.

O artigo ‘EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO E SUA APROXIMAÇÃO COM A NOVELA EM CADEIA DE RONALD DWORKIN’ tinha por objetivo foi explorar como se deu a transição dessas Constituições, conferindo especial atenção para a acumulação gradativa dos preceitos constitucionais, com base na obra de Ronald Dworkin. A autoria é de Luiz Fernando Lourenço Guimarães.

O texto ‘DE ESTADO AUTORITÁRIO E PATERNALISTA AO IDEAL DE ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: A CULTURA JURÍDICA BRASILEIRA COMO ÓBICE À IMPLEMENTAÇÃO DO MÉTODO DIALÉTICO VIGENTE NO CPC/15’, teve o objetivo de explicar problemas específicos do ambiente jurídico brasileiro. Utilizando-se do contextualismo linguístico e da revisão bibliográfica proposta pela história da litigiosidade buscou-se destacar transformações pelas quais a cultura jurídica passou desde o século XIX; analisar a participação do Estado nessas mudanças e mostrar quais são os obstáculos e expectativas para alcançar o ideal Estado Democrático de Direito, após o CPC/15. A autoria é de Adriana Pereira Campos, Anna Luíza Sartorio Bacellar e Miryã Bregonci da Cunha Braz.

O artigo ‘FONTES ESQUECIDAS: UMA REFLEXÃO HISTÓRICA SOBRE O PERIODISMO JURÍDICO BRASILEIRO PELA (RE)DESCOBERTA DA REVISTA DE CRÍTICA JUDICIÁRIA (1924-1940)’, procurou, com pesquisa à Revista de crítica jurídica, a discussão sobre o periodismo jurídico como fonte relevante na construção da cultura jurídica brasileira, no período de 1924-1940. A autoria é de Stéphanie Fleck da Rosa .

O texto ‘AS DESIGUALDADES SOCIAIS NA HISTÓRIA E NA CONTEMPORANEIDADE E A VIOLAÇÃO À DIGNIDADE HUMANA’ teve o objetivo de investigar as desigualdades sociais que ocorreram contra a humanidade na história, com o intuito de demonstrar que estas sempre ocorreram e geraram efeitos prejudiciais à dignidade da pessoa humana. A autoria é de Cleide Aparecida Gomes Rodrigues Fermentão e de Suelen Maiara dos Santos Alécio.

Desejamos aos/às interessadas boa leitura.

Coordenadores do GT:

Rogério Luiz Nery da Silva é doutor em direito com pós doutorados pela Universidade de Paris Nanterre e pela New York Fordham School of Law, Mestre em Direito e Economia, Professor do PPGD Unoesc - Mestrado e Doutorado em Direito. Professor visitante na Università degli Studi di Foggia (Itália) e na Cardinal Stephan Wyzninsky University Varsóvia (Polônia) pelo programa Erasmus.

Alexandre Walmott Borges. É graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1994), Especialista em História e Filosofia da ciência, mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1996) e doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2002). Doutor em História pela Universidade Federal de Uberlândia - UFU (2019). Atualmente é professor dos programas de pós graduação, mestrado em direito, da Universidade Federal de Uberlândia - UFU, e da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho - UNESP; é professor da pós-graduação em biocombustíveis, mestrado e doutorado, programa conjunto da Universidade Federal de Uberlândia e Universidade Federal dos Vales do Mucuri e Jequitinhonha. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional e na Ordem Econômica Constitucional, com interesses de pesquisa principalmente nos seguintes temas: história e teoria constitucional (sistemas jurídicos constitucionais em comparação, laicidade e associação religiosa do estado, história constitucional brasileira, história dos sistemas de controle de constitucionalidade, história da ordem econômica constitucional); direito constitucional econômico (política normativa da economia, sistemas normativos da energia, estado, serviços públicos e atividades econômicas estatais). É pesquisador líder do Laboratório Americano de Estudos Constitucionais Comparados - LAECC. Orienta projetos de iniciação científica, dissertações e teses pela FAPEMIG e CNPQ. Realiza projetos com financiamento da FAPEMIG e da CAPES. Realizou estágio de pós-doutorado na Universidade Autônoma de Barcelona sob a supervisão do Professor Doutor José Carlos Remotti Carbonell, com pesquisa na área de constitucionalismo multinível. Realizou estágio de pesquisador visitante na Universidade de Barcelona, Faculdade de Filosofia, com a associação à pesquisa Capitalismo e Temporalidade sob a coordenação do Professor Gonçál Mayos.

Ricardo Marcelo Fonseca. Professor Titular de História do Direito do Departamento de Direito Privado da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba (1990), licenciado e bacharel em História pela Universidade

Federal do Paraná (1990), especialista em Direito Contemporâneo (PUC-PR/IBEJ - 1993), mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1998) e doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2001). Fez pós-doutorado na Università degli Studi di Firenze, Itália, entre 2003 e 2004, sob a supervisão de Paolo Grossi. É ou foi professor visitante na Università degli Studi di Firenze, Università degli Studi di Macerata, Universidad Pablo de Olavide (Sevilha, Espanha) e Universidade de Lisboa. Áreas de atuação privilegiada são História do Direito, Teoria do Estado e Filosofia do Direito. Membro correspondente no Brasil do Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho (INHID), de Buenos Aires. Vice-presidente do Instituto Latino-Americano de História do Direito (ILAHID). Vice-presidente acadêmico do Instituto Brasileiro de História do Direito (IBHD). Sócio correspondente do IHGB (Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro). Foi membro do Comitê de Assessoramento (CS - antropologia, arqueologia, ciência política, relações internacionais e direito) do CNPq entre 2015 e 2018. Foi diretor do Setor de Ciências Jurídicas da UFPR entre 2008 e 2016. Reitor eleito da Universidade Federal do Paraná (UFPR) para mandato 2016-2020. É pesquisador (bolsista produtividade em pesquisa) do CNPq, nível 1-B.

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho História do Direito apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista Brasileira de História do Direito. Equipe Editorial Index Law Journal - [publicacao@conpedi.org.br](mailto:publicacao@conpedi.org.br).



**PODER E DIREITO EM TENSÃO: UMA ANÁLISE DO ESTADO DEMOCRÁTICO  
CONSTITUCIONAL A PARTIR DA PERSPECTIVA HISTÓRICA DE PIETRO  
COSTA**

**POWER AND LAW IN TENSION: AN ANALYSIS OF THE CONSTITUTIONAL  
DEMOCRATIC STATE FROM THE HISTORICAL PERSPECTIVE OF PIETRO  
COSTA**

**Laura Maeda Nunes <sup>1</sup>**  
**Ana Cristyna Macedo Leite S. Bosco <sup>2</sup>**

**Resumo**

Este artigo pretende se debruçar sobre contribuições do historiador do direito Pietro Costa na análise das tensões entre poder e direito em diferentes tempos históricos. Partindo-se da premissa de que a história consiste em uma espécie de horizonte de continuidades e rupturas, por meio de revisão bibliográfica das principais obras do autor, almeja-se investigar quais tradições histórico-culturais deram lugar à fórmula do Estado democrático-constitucional contemporâneo, bem como perquirir se este modelo ainda guarda tensões dos componentes originários. O estudo permite desmistificar a ideia de que o Estado democrático-constitucional resolveu a tensão entre poder e direito, que se ressignifica perenemente.

**Palavras-chave:** Poder, Direito, Cultura jurídica, Estado democrático-constitucional, História do direito

**Abstract/Resumen/Résumé**

This article aims to analyze contributions by the historian of law Pietro Costa in the analysis of the tensions between power and law in different historical times. Considering that history consists of a kind of horizon of continuities and ruptures, through a bibliographic review of the author's main works, will be investigate which historical-cultural traditions gave rise to the formula of the contemporary democratic-constitutional state, as well as to verify if this model still keeps original tensions. The study makes possible demystify the idea that the democratic-constitutional state has resolved the tension between power and law, which permanently resignifies itself.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Power, Law, Legal culture, Democratic-constitutional state, History of law

---

<sup>1</sup> Mestranda e Graduada em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Pesquisadora do Grupo de Investigação INTER – Enfoques Críticos do Direito Internacional. Advogada.

<sup>2</sup> Doutoranda em Direito pela Unesa. Mestre em Direito Internacional pela Universidade Católica de Brasília. Advogada e Pesquisadora do Uni-Anhanguera (Centro Universitário de Goiás).

## 1. Introdução

O presente trabalho se propõe a abordar algumas das contribuições do historiador do direito Pietro Costa, em uma análise das tensões entre poder e direito em diferentes tempos históricos.

Ao tratar da relação entre democracia política e Estado constitucional, Pietro Costa pontua que ambos pertencem ao mesmo clima histórico pós-segunda guerra mundial: quando a queda dos regimes totalitários se faz acompanhar do surgimento de ordenamentos de caráter programático, que conjugavam tradição democrática com uma linguagem de direitos de ascendência jusnaturalista, capazes de conciliar a soberania popular com a tutela dos direitos fundamentais dos sujeitos. O historiador propõe uma interessante análise das tradições histórico-culturais que deram lugar à fórmula do Estado democrático-constitucional contemporâneo e questiona se este modelo ainda guarda as tensões dos componentes originários.

A síntese da proposta da democracia constitucional é, para Pietro Costa, a tentativa de oferecer solução para a tensão entre poder e direito. A expressão “constitucionalismo”, assim, seria exatamente a estratégia institucional dessa contínua tentativa de limitar o poder, em diferentes fases históricas. São, portanto, várias as teorias, os símbolos de legitimação e os institutos jurídicos que variam de acordo com cada contexto histórico-social, interesses, formas culturais dominantes e conflitos em curso, não se tratando de um mesmo constitucionalismo.

O autor em referência sabidamente não vislumbra a história como sendo linear, mas como uma espécie de horizonte de continuidades e rupturas. Pretende-se, assim, a partir de suas contribuições, identificar e demonstrar continuidades que ainda se fazem presentes no estágio atual do Estado constitucional contemporâneo, bem como desmistificar a ideia de que o Estado democrático-constitucional resolveu as tensões entre poder e direito, que segue se resignificando continuamente.

Serão abordados o pensamento dos tempos históricos do medievo, assim como o período denominado moderno, o pós-guerra e as tensões contemporâneas, por meio de pesquisa bibliográfica e métodos dedutivo e indutivo – que percorre o caminho descrito – para uma assimilação coerente do que se propõe a analisar.

## 2. Tensão originária e o pensamento moderno

Da mesma forma que é antiga a celebração de um poder supremo e irresistível, são também várias as manifestações no sentido oposto, qual seja, o de colocar limites ao poder, à *voluntas* soberana, por meio de uma medida inquestionável, uma *ratio* superior. A busca dos

indivíduos para limitar o poder da soberania por meio da lei pode ser identificada desde a Antiguidade. Platão e Aristóteles, por exemplo, com suas devidas peculiaridades em relação ao método e ao conteúdo das reflexões político-jurídicas, já vislumbravam problemas nas formas de governo, discutindo-os tendo a lei na centralidade.

Platão, muito embora não fosse um entusiasta do governo conforme as leis, reconhece sua relevância, considerando a dificuldade de se ter um governo que realize a justiça. Por meio dela, seria possível identificar o oposto de monarquia, aristocracia e democracia, bastando que se avaliasse se um, poucos ou muitos governam de acordo com ou contra as leis. A seu turno, Aristóteles defendia um governo das leis, entendendo ser necessário que ela regule “tudo em geral e os magistrados em particular” (COSTA, 2006, p. 100).

O papel da lei é tema amplamente presente na reflexão antiga, tendo sido herdado, transformado e aprofundado no mundo medieval (COSTA, 2006).

No medievo, a posição do soberano é no vértice da pirâmide de poderes de uma ordem já dada, necessária e naturalmente disposta de forma hierárquica. A ordem social, nesse contexto histórico, não é construída ou desejada, mas tem a mesma objetividade e inalterabilidade dos eventos naturais. O soberano, assim, não cria a ordem já posta, tendo apenas por função tutelá-la e conservá-la. O rei, soberano, se confunde com a figura do juiz e, como tal, apenas declara o direito. A partir disso, é possível vislumbrar no medievo limites, naturalmente colocados, que não podem ser ultrapassados pelo soberano, sob pena inclusive de ser denunciado como tirano (COSTA, 2010).

É importante que se consigne com clareza que no período medieval não existe propriamente um “Estado” soberano no sentido moderno, em que pese Pietro Costa identifique a presença de um discurso de soberania nesse período. O soberano tão somente ocupa uma posição de excelência dentro de um sistema político, marcado pela ordem e pela hierarquia, onde cada parte que compõe referido sistema é detentora de funções naturalmente distintas e complementares.

Pietro Costa sustenta que não há um início absoluto da soberania na modernidade, mas uma linha fraturada de continuidades e discontinuidades do mundo antigo ao século XX. A continuidade da soberania medieval reside na cadeia assimétrica de relações, posto que a ordem segue coincidente com uma linha de poderes ascendente. A grande discontinuidade, a seu turno, é a mudança de relação da soberania com a ordem: a soberania deixa de ser fundamento de validade da ordem, para se transformar em condição indispensável à ordem e um lugar de poder efetivo.

Com o advento da modernidade, especialmente a partir do paradigma de Thomas Hobbes, o soberano não apenas tutela, mas cria a ordem, sem qualquer medida ou limite que o vincule, sendo-lhe possível, assim, controlar o conflito e assegurar a paz. A tensão entre *voluntas* e *ratio* parece ser extinta dentro dessa perspectiva, posto que a ordem coincide com as determinações e com as vontades do soberano. Assim, é válido destacar que no monismo hobbesiano, a vontade domina o papel do soberano.

Entretanto e paralelamente, com a modernidade surge também uma exigência oposta: a de limitar o poder em nome do direito dos sujeitos. Devem estes ser reconhecidos e aplicados “por aquilo que são”, e não por um ato de vontade. Nesse contexto, e ao contrário de Hobbes, John Coke contrapõe ao poder absoluto a existência de uma ordem objetiva, que pode ser constatada pela razão. Essa ordem é indisponível ao arbítrio do soberano e consiste na *common law*. Para Coke, assim, o juiz da *common law* – e não o rei – por meio da razão, ocupa o papel, imparcial, de constatar a ordem de modo transparente e objetivo (COSTA, 2010).

Dessa forma, tem-se que na modernidade, ainda que a vontade onipotente do soberano seja destacada, ele não ocupa integralmente a cena. Se, por um lado, domina o papel do soberano, no polo oposto se encontram as normas e os princípios de uma ordem objetiva e não voluntária, invocada como limitação da vontade do soberano.

Ainda na modernidade, outro campo de tensão surge: entre o poder do *demos*, de um lado, e, de outro, o direito dos sujeitos. Lançando luzes sobre o conceito de democracia, Costa afirma que é recente o seu sentido positivo, sendo que por um longo tempo, durante especialmente a antiguidade e o medievo, o termo sofreu grande descrédito e desconfiança, por ser vista a democracia como um verdadeiro desequilíbrio caracterizado pelo predomínio de muitos sobre poucos. É com uma nova leitura de Aristóteles, realizada especialmente por Marsílio di Padova, que se torna possível uma noção positiva da democracia. Desse ângulo, o legislador coincide com o povo inteiro, de modo que a lei, produto do legislador, atende a todo o povo: “o povo governa a si mesmo através das leis que ele se dá” (COSTA, 2010, p. 227).

A partir da análise da democracia na modernidade desde a perspectiva do processo de fundação da ordem política, e não da forma de governo, é Rousseau o principal responsável por exprimir o traço característico da democracia moderna, o que faz por meio da ideia de autogoverno de um povo composto de indivíduos livres e iguais. O povo constitui a si mesmo como entidade soberana, de modo que o soberano não é mais uma entidade apartada e superior, mas coincidente com a totalidade das pessoas.

A democracia rousseauiana é plena e incondicionada, o que, no entanto, não afasta nem macula o teorema hobbesiano do necessário poder absoluto do soberano. Tem-se, tão

somente, que o indivíduo não é menos importante que o soberano e os direitos naturais, uma vez transformados em direitos civis pelo soberano, não perdem sua importância. Ao revés, ganham a força e a exigibilidade de que eram antes desprovidos. O indivíduo, assim, se torna, cada vez mais e ao mesmo tempo, súdito e cidadão (COSTA, 2010).

A teoria da democracia rousseauiana, para Pietro Costa, refletiu concretamente nas revoluções americana e francesa do final dos Setecentos, para a afirmação da soberania do povo como sendo absoluta e fundante de uma nova ordem. Os direitos entram nessa ordem jurídica moderna por meio do jusnaturalismo que afirma, a partir da racionalidade, a liberdade e a propriedade. São elas a principal expressão jurídica da subjetividade de um indivíduo e, ao mesmo tempo, a base de uma ordem racional. É a partir dessa noção que a cultura jusnaturalista dos Seiscentos perpassa à Revolução Francesa, se materializando na Declaração de Direitos como um ato de reconhecimento: os direitos de liberdade e propriedade vêm declarados (e não criados de forma despótica) posto que a própria natureza os atribui aos homens.

Nesse sentido, a democracia e os direitos se encontram e se fecundam nas revoluções do final dos Setecentos:

De um lado, o papel criativo e demiúrgico do poder constituinte, fazendo do povo soma de sujeitos juridicamente iguais, titular da soberania; de outro lado, 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. É, de fato, graças à intervenção da nação soberana que os direitos originariamente naturais (liberdade e propriedade), passam a ser 'civis'. (COSTA, 2010, p. 231)

A noção de constituição passa a pressupor uma ordem constituída em torno dos direitos fundamentais dos sujeitos. A partir disso, Pietro Costa vislumbra uma relação de continuidade entre o constitucionalismo do final do século XVIII e da segunda metade do século XX, estando presente nas revoluções americana e francesa a fórmula do chamado Estado democrático-constitucional. Também o princípio da igualdade demonstra a democracia moderna conjugada com o primado jusnaturalista e revolucionário dos direitos fundamentais.

Há, no entanto, dois elementos que demonstram tensão e, mais do que isso, contradição no contexto da revolução francesa. Primeiramente, o fato de tanto a soberania do povo quanto os direitos fundamentais dos sujeitos serem “dois absolutos” que geram uma tensão que não se supera facilmente. Em segundo lugar, o fato de os direitos naturais-civis (liberdade e propriedade) não serem os únicos direitos na agenda revolucionária, e passarem a conviver, de maneira não pacífica, com os direitos políticos.

A raiz da tensão entre esses direitos está na propriedade. Apenas os proprietários, que detêm títulos necessários e suficientes para participar do governo da *respublica*, detêm os direitos políticos e podem, portanto, participar do governo. Surge, assim, o problema da igualdade política dos cidadãos defendida pela democracia dos modernos.

Para nos anos da revolução, portanto, a dificuldade de conciliar uma visão democraticamente absolutista da soberania popular com os direitos fundamentais, igualmente considerados absolutos.

Finda a parábola revolucionária, também nos Oitocentos, essas tensões ainda dominam o debate político. O acirramento da tensão entre soberania do povo e direitos naturais foi levado ao extremo com o jacobinismo, que expressou uma experiência em larga medida traumática. Ao tempo em que demonstrou a força do poder do povo, demonstrou, também, seu perigo para os direitos individuais.

A discussão centra-se no papel da igualdade: “Apenas uma igualdade rigorosamente ‘jurídica’ (a igualdade formal dos sujeitos ‘privados’) é compatível com a liberdade” (COSTA, 2010, p. 234). Significa dizer que a democracia, enquanto forma de igualdade política dos sujeitos, é incompatível com a liberdade. A “igualdade radical”, assim, passou a ser o cavalo de tróia do liberalismo oitocentista, e a “tirania da maioria” se tornou seu recorrente pesadelo, posto que, para o pensamento liberal, a democracia política entrega, por vias legais, o poder a uma maioria que destrói a liberdade e a propriedade, eliminando os fundamentos da ordem civil. Em última análise, o poder do *demos* não realiza os direitos fundamentais, mas os subverte na experiência jacobina. Não basta, portanto, que o poder seja popular para que seja bom (COSTA, 2010).

A tensão entre os direitos e a soberania que, na revolução, carregava uma visão otimista, com a experiência jacobina faz surgir preocupação nos liberais dos Oitocentos. Nesse contexto, surge radical fratura entre democracia e os direitos fundamentais dos sujeitos, fazendo-se necessário buscar meios para enfraquecer essa tensão entre poder e direitos ou, ao menos, mecanismos para conter os efeitos dessa tensão.

Uma primeira resposta, no campo da política, foi defender o nexos entre propriedade e direitos políticos, combatendo o sufrágio universal, a fim de afastar a ameaça de maiorias tirânicas. Em segundo lugar, a resposta que ganhou força na América, especialmente nos Estados Unidos, foi a possibilidade da tutela dos direitos fundamentais por um órgão jurisdicional.

Na Europa, essa segunda proposta custa mais tempo para se tornar concreta, tendo passado, antes disso, por uma “engenhosa construção jurídica, o Estado de direito” (COSTA,

2010, p. 236). A construção da teoria do Estado de direito enfrentou, ao menos, duas dificuldades, advindas da cultura político-jurídica oitocentista. A primeira delas é a centralidade do Estado-nação e da sua soberania, que coroa a civilidade moderna, consagra a ordem e encontra na lei sua expressão mais típica. A segunda dificuldade é o enfraquecimento do jusnaturalismo, que se dissolveu por meio do golpe do positivismo jurídico, do historicismo e da sociologia: os direitos deixaram de ser originários de um plano de existência outro que não o estatal.

Surgiu, nessa fase, a necessidade de se fundamentar os direitos no código, na lei. O direito válido seria apenas o positivado, expedido pelo Estado, que contempla os direitos dos sujeitos e limita o poder em benefício desses sujeitos.

As dificuldades referenciadas por Pietro Costa, assim, foram parcialmente vencidas, no final do século XIX, com as teorias de Jhering e Jellinek da autolimitação do Estado, que contribuí para que o *demos* não usurpe os direitos dos sujeitos. Evidencia-se a necessidade de controle da administração estatal, de um lado, e uma tutela dos direitos outorgados pelo Estado, de outro. A dialética entre a vontade soberana do Estado e um direito objetivo controlado por um órgão jurisdicional é, assim, recriada, face à ameaça para os direitos que se via não tanto no campo do legislador, mas do Estado administrador soberano. Isso explica o surgimento de um sistema de controle da administração, provocado pelo próprio Estado, que consiste na existência de uma norma que supera e vincula o soberano e é verificada imparcialmente por um órgão jurisdicional que defende os sujeitos do arbítrio do poder. O juiz, no momento de julgar o ato administrativo, deve partir e observar o ordenado pelo legislador.

Em que pese seja importante, a autolimitação do Estado ainda não conduz a uma completa superação da tensão entre poder e direitos. É certo que possibilita a submissão do Estado ao direito; no entanto, os direitos continuam a ser subordinados ao Estado, que pode revogar as próprias autolimitações ou não as respeitar, agindo com arbitrariedade. Além disso, o Estado que se submete ao vínculo do direito é apenas o Estado em sua função administrativa. Não se considerou a necessidade de defender os sujeitos também em relação à conduta legislativa, debate aprofundado pela juspublicística francesa apenas nos séculos XIX e XX. A faceta legislativa do Estado segue sendo entendida como soberana e, portanto, impassível de controle pelo juiz, que deve se resumir a um poder neutro, aplicador da lei, seja ela justa ou não. O risco da arbitrariedade do poder, assim, continua presente no legislador.

É Hans Kelsen, no início do século XX, que resolve a crise do paradigma dominante até então, e o faz ao definir o Estado como um ordenamento, um aparato normativo, de modo tal que Estado e direito coincidem. Deixa de existir, a partir dessa perspectiva, a tensão que

coloca o Estado onipotente de um lado e os sujeitos de outro. Mais do que isso, deixa também de existir a oposição entre produção e aplicação do direito, na medida em que a lei é expressão da soberania popular e é submetida ao exame de um órgão judiciário. A tirania é evitada pelo primado da norma sobre o poder e pelo controle da atividade legislativa, e não apenas administrativa, do Estado pelo judiciário (COSTA, 2010).

A partir do sistema piramidal de Kelsen, portanto, tendo a Constituição como vértice, é possível o controle de constitucionalidade das leis, o que retira o potencial perigoso das maiorias parlamentares. Assim, o Estado constitucional e a democracia parecem ser plenamente complementares, evitando extremos da tirania e controlando o exercício do poder por meio do direito.

Pietro Costa questiona, porém, se a solução apresentada por Kelsen é suficiente ou se ainda restam tensões a serem resolvidas. Suscita, para tanto, dois elementos característicos da teoria kelseniana: o rigoroso formalismo e a possibilidade de uma maioria suficientemente ampla mudar a Constituição, vértice de todo o sistema jurídico. Primeiramente, o formalismo excessivo em Kelsen elimina qualquer jusnaturalismo e não reconhece direitos que possam ser externos ao ordenamento do Estado. Dessa maneira, caso o Estado decida por subtrair esses direitos do ordenamento jurídico, os indivíduos deixariam de ser pessoas juridicamente. Somado a isso, ainda que as maiorias parlamentares precisem respeitar a Constituição para legislarem, elas mesmas podem alterar a Constituição, e o ordenamento jurídico não coloca limites a esse poder. Com essa análise, conclui Costa que a teoria kelseniana, em verdade, não resolveu a tensão entre poder e direito, tampouco entre democracia e os direitos.

A questão é posta na Alemanha e na Itália dos anos Trinta, com um radicalismo sem precedentes que se expressou nos regimes totalitários, em que se utiliza e se subverte o princípio majoritário e o paradigma da democracia. Nesse período, é evidenciada “a força terrível do poder, a fragilidade do indivíduo, a inadequação das salvaguardas até aquele momento estabelecidas” (COSTA, 2010, p. 242). A cultura constitucionalista do segundo pós-guerra procura soluções para esses problemas, também resultados da contínua tensão entre poder e direito.

### **3. A tensão nos Estados constitucionais do pós-guerra**

O segundo pós-guerra é marcado pelo surgimento das cartas constitucionais europeias, sendo expoentes as constituições de Weimar e a Constituição espanhola de 1931, que abandonaram o formalismo kelseniano e adotaram, em sua base, a pessoa. Após a queda dos



regimes totalitários, a nova cultura jurídica que se instaura é balizada pela ideia de que democracia e direitos são conceitos complementares.

A democracia deixa de ser orientada pela noção oitocentista de um parlamentarismo, mas uma forma política de ordem em que a pessoa está no centro e em que todos os cidadãos possuem direitos iguais. Os direitos civis, políticos, sociais e culturais são a alternativa ao totalitarismo. No entanto, não basta apenas sua previsão formal, como realizado nos Oitocentos, mas se mostra necessário afastar os direitos do Estado.

Surge, portanto, uma crítica à soberania estatal e se passa a repensar a posição dos direitos nos ordenamentos nacional e internacional. Costa sustenta que há certo renascimento do direito natural, que não estava completamente desaparecido, mas apenas relegado à margem da cultura hegemônica pós-revoluções, o que se vê tanto nas culturas nacionais quanto na redação da Declaração Universal dos Direitos dos Homens.

Reaparece uma filosofia jusnaturalista em sentido amplo, que afirma duas teses de fundo: a) o nexos imediato entre a pessoa e os direitos; e b) o caráter originário dos direitos como critério de legitimação do Estado. Não se trata de um ordenamento jusnaturalista em sentido estrito, posto que não há um fundamento ontológico – do que decorre uma deficiência “fundacional” que permite o desenvolvimento de um diálogo construtivo entre ideologias divididas. Esses direitos se apresentam, assim, como infundados, mas, ao mesmo tempo, são tidos como as próprias estruturas fundantes, as nervuras do novo ordenamento constitucional, que encontra neles sua condição de legitimidade e seu sentido (COSTA, 2010).

Nas novas cartas constitucionais pós-guerras, refletem-se os ideais objetivadores dos direitos, por representarem o melhor baluarte contra o despotismo estatal. Os direitos dos indivíduos, assim, são alçados a direitos fundamentais nessas novas constituições. Oferecem o fundamento da nova ordem jurídica e, também, a destinação de sentido. Para além da solução kantiana das maiorias qualificadas, as novas cartas atenderam à demanda de princípios e direitos fundamentais, capazes de resistir a qualquer manipulação da maioria.

Nessa fase histórica, uma nova tensão se coloca entre o que é e aquilo que deveriam ser os direitos, e são os princípios e os direitos fundamentais que indicam tanto a forma quanto a direção da transformação. Os problemas relacionados ao princípio democrático-majoritário encontram uma saída, apresentada e formalizada no texto constitucional italiano pós-guerra, e consiste na previsão de imutabilidade da forma republicana. No Brasil, pode-se afirmar que os direitos e as garantias fundamentais são também imutáveis por força das cláusulas pétreas, consagradas na Constituição Federal “cidadã” de 1988. Nesse espaço-tempo do pensamento jurídico-político, os direitos ficam consagrados em uma Constituição que, aprendendo com os

equívocos de Kelsen, resistem às maiorias, não somente no plano legislativo – com a subordinação da lei à Constituição –, mas, também, no plano constituinte, visto que se convertem em cláusulas imutáveis, independentemente de quem ocupar o Parlamento.

O constitucionalismo pós-regimes totalitários, assim, parece ter logrado colocar freios à manifestação do poder constituinte derivado, de modo a tornar princípios e direitos fundamentais resistentes aos decisionismos do poder político.

#### **4. Novas tensões na contemporaneidade**

Já na contemporaneidade, Hauriou passou a procurar a sustentação “anti-voluntarista” dos direitos fundamentais e das cartas constitucionais. Peter Habberle, protagonista do constitucionalismo contemporâneo, reconheceu a tentativa de fazer dos direitos um componente “objetivo” histórico social e estrutural da ordem e a expressão jurídica da personalidade individual. Pietro Costa, dessa forma, assinala que o Estado vinculado a uma Constituição concreta, como as surgidas na Europa logo após a Segunda Guerra Mundial, permite dar conta de um característico antivoluntarismo e objetivismo no momento de buscar fundamentar os direitos (ressaltando nisso Hauriou e Häberle), que acabam, assim, situados no que Ferrajoli denomina “âmbito do não decidível” (COSTA, 2010, p. 249).

Nada obstante o aparente controle do poder, o poder constituinte (e não o derivado) ainda parece ser juridicamente incontrolável, pois concentra em si liberdade criativa e liberdade para agir de maneira a modificar a ordem constitucional existente. É possível vislumbrar, nessa perspectiva, a permanência da tensão entre poder soberano e norma.

Pietro Costa retoma, assim, o questionamento acerca da democracia política, afirmando que nos séculos XIX e XX ainda não existe a participação política igualitária. Ao contrário, são poucos quem participam dos processos decisórios, sendo a lógica elitista caracterizadora do sistema político. A democracia, em verdade, não é o poder do povo, mas uma arena em que se desenvolve uma competição entre líderes rivais, que acabam por não exprimir a vontade do povo, mas por induzi-la. Não existe interesse geral, portanto, mas uma pluralidade de interesses e perspectivas em disputa.

Nos anos 50 e 60, Robert Dahl apresenta uma teoria da democracia que aborda seu caráter essencialmente pluralístico. Defende que é a substância poliárquica da democracia que a torna compatível com a liberdade. A democracia seria, dessa forma, a interação de grupos e poderes diversos, com interesses que se distinguem uns dos outros: é uma poliarquia, que não se expressa mediante maiorias, mas mediante minorias que, pelos jogos democratas, mudam e se alternam mais facilmente que em outros modelos políticos. A democracia, pois, parte do

pluralismo que, por sua vez, é consequência de aceitar que o *demos*, como maioria ou povo com um interesse identificável, é inexistente. Assim, entendendo o *demos* como um acúmulo de interesses heterogêneos e plurais, a tensão em uma democracia entre a vontade do poder estatal e a razão dos direitos é enfraquecida, visto que a democracia não põe em xeque a ordem constitucional, mas reconhece a existência da pluralidade, à medida em que já não se pode falar de um povo, de uma vontade, de um interesse. Enfim, a síntese foi alcançada: o Estado pode ser, ao mesmo tempo, democrático e constitucional (COSTA, 2010).

Para Costa, é com esta imagem de democracia que se coloca o constitucionalismo no segundo pós-guerra. A democracia é um pluralismo que coincide com uma multiplicidade de forças interagentes, constituindo uma constituição material, “que encontra na carta constitucional (e nos princípios e direitos fundamentais nela previstos) a sua expressão e o seu selo formal. A democracia como pluralismo é, então, um traço característico do Estado constitucional” (COSTA, 2010, p. 253).

É essa democracia, apenas ilusoriamente simples, mas, em verdade, multifacetada e plural, que se une com o constitucionalismo, assinalando o enfraquecimento da tensão entre poder e direito e a síntese de um Estado democrático e constitucional. No entanto, o autor indica duas complicações desta definição que harmoniza apenas discursivamente constituição e democracia.

A primeira complicação seria a questão do componente da participação igual dos sujeitos, haja vista a existência de grupos mais fortes e organizados. Manifesta-se no interior de cada ordenamento constitucional, no qual existe a tensão entre o direito de participação em condições iguais de todos os sujeitos, de um lado, com a ordem hierarquizada da sociedade poliárquica, na qual os grupos sociais mais fortes e organizados predominam sobre os outros, do outro lado.

Em segundo lugar, o nascimento de uma ordem jurídica transnacional, ou global, com organizações internacionais capazes de incidir sobre a condição dos sujeitos, interpondo-se entre eles o Estado. A segunda complicação, portanto, é a de como articular o Estado constitucional com a globalização, que implica direito supranacional (como a normativa da União europeia, por exemplo), tribunais de justiça internacionais, cartas de princípios e direitos transnacionais *etc.* Esta segunda complicação é da que mais se ocupa Pietro Costa, que deixa claro que ali não se enquadra uma tensão vontade-razão, pois não está ali um “*demos* planetário”, nem um “poder constituinte de âmbito global”, especialmente porque já não há mais lugar para este mito fundador da democracia (COSTA, 2010, p. 255).

Isso supõe que o constitucionalismo contemporâneo leva seu campo de batalha a favor da razão e dos direitos para mais além dos ordenamentos nacionais, e a guerra seria vencida com a conquista de que, na ordem global, o fundamento dos novos poderes transnacionais fossem os direitos fundamentais garantidos, inclusive, por cartas internacionais, em que os órgãos judiciais – agora internacionais – seriam os guardiões naturais dos direitos, em âmbito global. Isso leva a considerar como possível a tensão entre poder e direitos nos “novos poderes transnacionais” (COSTA, 2010, p. 255), muitos dos quais se concebem como democratas, além daqueles poderes públicos que podem se considerar, pelas pessoas comuns, como destacados dentro da nova posição que tomou a democracia constitucional.

Ainda, Pietro Costa indica que existem outros dois problemas que se somam às complicações acima referenciadas. O primeiro deles problemas deriva de que o juiz, especialmente o constitucional, ao se reconhecer como um agente político (pois desaparece o mito do juiz imparcial), como um criador de políticas públicas, passa a ser um órgão que oscila entre a vontade e a razão (já não apenas um órgão defensor da razão), o que se soma à carência da legitimação que dá a liberdade de participação, já que ele não é eleito, ao contrário dos representantes da faceta legislativa e administrativa (Executiva) do Estado.

Alude tangencialmente Pietro Costa, portanto, ao que foi denunciado como a tirania dos juízes como um risco político no Estado constitucional, o que ainda é experimentado na contemporaneidade. Cabe mencionar, nesse contexto, o que se denomina *lawfare* – um “campo de batalha jurídico”, que se utiliza das leis e dos sistemas jurídicos para atingir fins militares estratégicos ou fins políticos. O conceito de *lawfare* pode ser atribuído ao professor da Duke University, Major General Charles J. Dunlap Jr., para quem *lawfare* é o uso (ou mau uso) do Direito como substituto dos meios tradicionais para que se atinja um objetivo operacional (DUNLAP, 2015).

Nelson Mandela é indicado como a mais óbvia vítima de *lawfare* até hoje, posto que o sul-africano ativista contra o apartheid foi prisioneiro político por quase três décadas. No entendimento do professor da Universidade de Harvard, John Comaroff, além disso, o ex-juiz Sergio Moro trabalhou com a *lawfare* não apenas na sentença condenatória do ex-presidente Lula, que não traz qualquer evidência concreta que leve à conclusão sentencial por sua condenação, mas também quando divulgou amplamente, por meio da imprensa, conversas gravadas com a também ex-presidente Dilma Rousseff, tendo manipulado a lei para criar uma “presunção de culpa”, ao contrário da presunção legal e constitucional de inocência do ex-presidente (BILENKY, 2016).

Aponta-se, ainda, a escolha da jurisdição mais favorável como uma das dimensões mais evidentes do *lawfare* no caso Lula, tendo em vista que o Código de Processo Penal Brasileiro, na literalidade do artigo 69<sup>1</sup>, disciplina ser competente o órgão jurisdicional onde teria ocorrido suposto crime. Entretanto, não existe qualquer fato ocorrido em Curitiba nas acusações formuladas pela Lava Jato do Paraná contra Lula na Ação Penal que o condenou. Ademais, ainda que o entendimento do Supremo Tribunal Federal em “Questão de Ordem no Inquérito n. 4.130” seja no sentido de que as investigações e ações relacionadas à Petrobras deveriam ser conduzidas pela 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba, o próprio ex-juiz Sérgio Moro reconheceu não ser esta a hipótese ao consignar que “*Este Juízo jamais afirmou, na sentença ou em lugar algum, que os valores obtidos pela Construtora OAS nos contratos com a Petrobrás foram utilizados para pagamento de vantagem indevida para o ex-Presidente*”.<sup>2</sup> Ou seja, razões técnicas jurídicas não existiam para firmar competência na Vara em que atuava referido juiz que, apesar disso, aceitou presidir as ações penais (ZANIN MARTINS; ZANIN MARTINS; VALIM, 2019). Mais do que isso, atuou de forma ativa no caso, inclusive procedendo ao monitoramento de advogados (VASCONCELLOS; RODAS, 2016).

Não foi permitida por Sérgio Moro, além disso, a produção de prova técnica pericial requerida pela defesa do ex-Presidente – *follow the money* (“seguir o dinheiro”) –, ao contrário da prática comumente utilizada na apuração de crimes de natureza financeira. “O então juiz impedia o ingresso nos autos de qualquer prova que pudesse favorecer as teses defensivas de Lula” (ZANIN MARTINS; ZANIN MARTINS; VALIM, 2019, p. 123).

Situações como essa decorrem, em larga medida, do depósito de amplo poder nas narrativas judiciais, que podem ir para qualquer lado que politicamente se queira, primeiro decidindo e, posteriormente, fundamentando no ordenamento jurídico a decisão já previamente tomada.

A partir do que enuncia Pietro Costa, seria possível afirmar que o juiz, nessas situações exemplificativas, lançou mão de uma atividade valorativa e política ao aplicar o direito, em detrimento de seu papel como órgão da razão imparcial e objetiva, o que torna problemática sua legitimação e diminui, ademais, a área de incidência “daquilo que resta da democracia” (COSTA, 2010, p. 256). Em que pese tenham sido criados mecanismos para conter as facetas administrativa e legislativa do Estado, o Estado-juiz segue na contemporaneidade sem um freio eficaz, o que evidencia a continuidade da tensão entre poder e direito no contexto atual.

---

<sup>1</sup> “Art. 69 – Determinará a competência funcional: I – o lugar da infração;”.

<sup>2</sup> Trecho de decisão proferida em 18 de julho de 2017, nos autos da Ação Penal n. 5046512-94.2016.4.04.7000/PR (“caso triplex”).

O segundo e último problema a que faz referência Pietro Costa é que o baluarte da democracia, a todo instante, é a liberdade de participação. Porém, atualmente, esta liberdade de participação parece ter sido deteriorada justamente pelos ataques constantes que recebe a autonomia de decisão dos sujeitos. A incidência dos meios de comunicação em massa, que domina os âmbitos eleitorais contemporâneos, a exemplo do experimentado tanto nas eleições de Donald Trump nos Estados Unidos e das *fake news* que, amplamente divulgadas pela mídia, alçaram o atual presidente brasileiro ao cargo, está de acordo com o novo âmbito democrático, que, ao se articular com a Constituição, dá lugar a um possível fim da tensão vontade versus razão? Pietro Costa provoca a reflexão a esse respeito: se se considerar que as complicações e os problemas por ele enumerados não têm fundamento, então a tensão entre poder e direito pode ser tida como, de fato, resolvida; mas, por outro lado, é possível afirmar que a democracia contemporânea renunciou ao sonho de reconduzir o mundo por intermédio dos sujeitos e de seus direitos. Restaria agora, portanto, buscar novos meios para a solução dos problemas resultantes da forma como tem se apresentado a tensão entre poder e direito na contemporaneidade.

## 5. Conclusão

A tensão entre direito e poder se manifesta desde as primeiras reflexões filosóficas sobre a política em Aristóteles e Platão. No Medievo, pode-se afirmar a existência de uma soberania, ainda que separada da ideia de Estado, na qual o soberano é tido como vértice de uma pirâmide de poderes que consagra a unidade da ordem – ordem esta que não é por ele criada, mas somente tutelada, e que pode, ainda, ser desrespeitada em um ato de tirania. Na modernidade, ainda que se mantenha a cadeia assimétrica de relações, a soberania muda, pois o soberano não é somente fundamento de validade da ordem, tornando-se condição indispensável a ela. Hobbes será o autor principal na defesa da soberania absoluta, pois para ele a vontade é origem da ordem.

Autores do período moderno buscam colocar limites ao poder do soberano por meio do direito: John Coke defende que cabe ao juiz buscar na ordem objetiva da common law a limitação da atuação real. Em outros autores, como John Locke, esse limite está no direito natural. Os direitos atribuídos aos sujeitos, portanto, se apresentam nesse período histórico como possibilidade de limitar o poder do soberano. Paulatinamente, a democracia passa a ser vista por seu viés positivo e a monarquia vai cedendo espaço para a afirmação da soberania do povo de forma plena e incondicional. Como afirma Pietro Costa, essas filosofias políticas encontraram nas revoluções dos Setecentos, americana e francesa, um espaço de fecunda

intersecção. As declarações de direitos consagraram os direitos naturais e afirmam, como critério para o reconhecimento da Constituição, a separação de poderes e a afirmação dos direitos. Algumas tensões, porém, se revelam no âmbito dos próprios direitos, a limitação dos direitos políticos por critérios censitários relacionados à detenção de propriedades, e 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 esse período de “terror revolucionário”, a tirania da maioria passou a ser o grande “pesadelo” do pensamento liberal.

Algumas estratégias se desenvolveram na busca por solucionar os efeitos da tensão até então vivenciada entre poder e direito, entre governo da maioria e direitos individuais. Nos Estados Unidos, ganhou notoriedade o controle de constitucionalidade, que conferia ao Poder Judiciário a tutela dos direitos frente às maiorias parlamentares. Na Europa, por sua vez, uma trajetória mais longa foi construída, passando pela “engenhosa construção jurídica” do Estado de Direito. Com a teoria kelseniana do direito e do Estado, possibilitou-se a defesa da submissão não somente das funções administrativas, mas também das legislativas do Estado à Constituição. A lei deixou de ser a manifestação da soberania e a Constituição passou a ocupar seu lugar.

Não obstante a isso, as limitações excessivamente formais da proposta de Hans Kelsen não resistiram aos ataques políticos dos totalitarismos dos anos Trinta do século XX. O fascismo e o nazismo fizeram ruir as instituições que pareciam detentoras de solidez inabalável. O período posterior aos regimes extremistas foram marcados, assim, por cartas políticas constitucionais que consagraram direitos que se centram na realização da pessoa humana, inserindo um caráter programático no ordenamento jurídico. Nessa nova cultura jurídica instaurada, consagra-se a democracia e os direitos como institutos necessariamente complementares. O caráter dos direitos como externos ao Estado é afirmado de modo a impedir que sejam submetidos ao decisionismo da política, o que se faz pelas chamadas cláusulas de imutabilidade, como as cláusulas pétreas da Constituição “cidadã” de 1988. Dessa maneira, a tensão entre poder e direito, entre democracia e Constituição parece ter sido, enfim, solucionada.

Novas tensões surgem, entretanto, na contemporaneidade. Os estados democráticos constitucionais enfrentam problemas relacionados à ordem poliárquica das sociedades, à dificuldade de se assegurarem direitos em uma sociedade globalizada, inclusive ao se considerar a incidência dos meios de comunicação de massa que ameaçam a autonomia dos

indivíduos, sendo também a própria democracia colocada em xeque, especialmente por meio da atividade judicial.

Assim, é possível concluir que o Estado democrático constitucional não consiste na solução derradeira para a tensão entre constituição e democracia, entre direito e poder. Trata-se de uma tensão presente em diferentes tempos, e que se ressignifica de acordo com o contexto histórico-social e com os conflitos em jogo.

## 6. Referências bibliográficas

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Decreto Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em 15 abr. 2020.

COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. (orgs.). *Estado de Direito: história, teoria e crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

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

CONSULTOR JURÍDICO. *Todos os 25 advogados de escritório que defende Lula foram grampeados*, por Marcos de Vasconcellos e Sérgio Rodas. 17 mar. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-17/25-advogados-escritorio-defende-lula-foram-grampeados>>. Acesso em 15 abr. 2019.

DUNLAP JR., Charles J. Lawfare. In: MOORE, John Norton; TURNER, Robert F. *Nacional Security Law*. Durham: Carolina Academic Press, 2015.

FOLHA DE S. PAULO. *Professor de Harvard vê 'presunção de culpa' contra Lula na Lava Jato*, por Thais Bilenky. 04 nov. 2016. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/11/1829175-professor-de-harvard-ve-presuncao-de-culpa-contra-lula-na-lava-jato.shtml>>. Acesso em 06 set. 2019.

ZANIN MARTINS, Cristiano; ZANIN MARTINS, Valeska Teixeira; VALIM, Rafael. *Lawfare: uma introdução*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019.