

CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA: O ESTADO CONSTITUCIONAL E A PERMANENTE TENSÃO ENTRE PODER E DIREITOS

Geraldo Luiz Vianna¹

RESUMO

O presente artigo procura abordar de maneira sucinta a relação que possui a tensão entre poder e direitos com a formação e transformações dos modelos de Estado. Objetiva demonstrar que a teoria do Estado constitucional não se confunde com a teoria do Estado de direito e que aquele é decorrente da insuficiência deste na garantia dos direitos dos sujeitos em face dos abusos do poder soberano e, também, que o próprio Estado constitucional precisou passar por transformações até chegar ao modelo atualmente adotado pelos novos ordenamentos constitucionais, sempre em busca da solução do problema da tensão entre poder e direitos. Ao final, conclui que a tensão é necessária para manter o equilíbrio entre constitucionalismo e democracia bem como a sobrevivência do Estado democrático constitucional de direito.

Palavras-chave: Estado de direito - Estado constitucional - tensão - constitucionalismo - democracia.

ABSTRACT

This article seeks to address succinctly the relationship that has the tension between power and rights with the formation and transformations of models of state. Intends to demonstrate that the theory of the constitutional state is not identical with the theory of the rule of law and that this is due to inadequate in ensuring the rights of individuals in the face of abuses of sovereign power and, also, that the constitutional state itself needed to pass transformations to reach the model currently adopted by the new constitutional order, always in search of solution to the problem of the tension between power and rights. At the end, he concludes that the voltage is necessary to maintain the balance between constitutionalism and democracy as well as the survival of democratic constitutional rule of law.

Keywords: rule of law - constitutional state - tension - constitutionalism - democracy

¹ Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito do Sul de Minas, Especialista em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes, Professor de Direito Constitucional e Direito Administrativo na Faculdade de São Lourenço, Advogado.

INTRODUÇÃO

Alguns autores constitucionalistas não vislumbram diferença entre o Estado de direito e o Estado constitucional. Kildare Gonçalves de Carvalho, por exemplo, afirma que “as formas de Estado moderno são: Estado estamental, Estado absoluto, a variante do Estado de política e Estado constitucional, ou Estado de direito, com o seguimento do Estado social de direito” (CARVALHO, 2012, p. 75).

Segundo Jorge Miranda, Estado constitucional, representativo ou de Direito são sinônimos. Para ele, “a expressão ‘Estado constitucional’ parece ser de origem francesa, a expressão ‘governo representativo’ de origem anglo-saxônica e a expressão ‘Estado de direito’ de origem alemã”. De acordo com o autor português, seriam expressões diferentes que designam o modelo de Estado conduzido pelas correntes filosóficas do contratualismo, do individualismo e do iluminismo – de que são expoentes doutrinários Locke, Montesquieu, Rousseau, Kant – e importantíssimos movimentos econômicos, sociais e políticos, especialmente a Revolução Francesa, a Revolução Industrial na Inglaterra e as primeiras Constituições escritas das colônias nos Estados Unidos (MIRANDA, 1997, p. 83).

Já outros autores, tal como José Joaquim Gomes Canotilho, veem o Estado constitucional como um Estado de direito qualificado. De acordo com Canotilho, o Estado Constitucional “é o produto do desenvolvimento constitucional do actual momento histórico”. Segundo ele, “algumas fórmulas políticas e jurídico-constitucionais – *rule of law*, *État legal*, *Rechtsstaat*, *Estado de direito* – condensam determinados momentos concretizadores do Estado constitucional tal como hoje o concebemos” (CANOTILHO, 2002, p. 87). Na sua concepção, não é possível imaginar, atualmente, um Estado que não seja um Estado constitucional e, para ser um Estado com as qualidades identificadas pelo constitucionalismo moderno, deve ser um Estado de direito democrático, com duas qualidades simultâneas e permanentes: Estado de *direito* e Estado *democrático*. “Este Estado democrático de direito procura estabelecer uma conexão interna entre democracia e Estado de direito” (CANOTILHO, 2002, p. 93).

Com este artigo tentaremos demonstrar, sucintamente, que o Estado de direito precede ao Estado constitucional, sendo este um aperfeiçoamento daquele, advindo da constatação que

o Estado de direito sem uma norma constitucional (superior) não seria (como de fato não foi) capaz de proteger os direitos dos indivíduos contra os abusos do poder.

O Estado de direito surgiu, num determinado momento, como possível solução para o problema da tensão entre poder e direitos, problema este que se intensifica com o advento do iluminismo, a invenção do positivismo jurídico e a dissolução do jusnaturalismo, pois retirado o suporte (do direito natural) até então presente no imaginário dos sujeitos.

Esse Estado de direito, em razão de não possibilitar um controle da atividade legislativa, embora tenha sido uma importante inovação da modernidade, era incapaz de pôr fim à tensão entre poder e direitos.

Torna-se necessário, então, avançar para a teoria do Estado de direito constitucional, que estabelecia um ordenamento jurídico de normas postas hierarquicamente, com graus e natureza diferentes. Posteriormente, esse Estado de direito constitucional, como fora inicialmente teorizado (ou positivado) por Kelsen, também se mostrou insuficiente e precisou ser modificado para possibilitar a defesa dos direitos individuais sem comprometimento da democracia.

Essa modificação consiste exatamente no estabelecimento de um núcleo duro da norma constitucional, resistente ao decisionismo da maioria: os princípios ou direitos fundamentais de conteúdo inalterável.

A questão que se coloca é: esse modelo de Estado adotado pelos novos ordenamentos jurídico constitucionais resolve o problema da tensão entre poder e direitos?

Após uma breve análise dessa “evolução” do Estado de direito para o “Estado constitucional” e, ainda, uma qualificação do “Estado constitucional” através da criação (ou percepção da existência) de princípios fundamentais inatingíveis, concluir-se-á que a permanente tensão entre poder e direitos ou, se se preferir, democracia e constitucionalismo, é necessária para manutenção de um Estado constitucional democrático de direito equilibrado.

1. A TEORIA DO ESTADO DE DIREITO EM DEFESA DOS SUJEITOS

Com a virada paradigmática causada pelo surgimento das correntes contratualistas e pelas lutas revolucionárias contra o absolutismo (Inglaterra, Estados Unidos e França), há um

deslocamento do poder para as mãos do povo, ou seja, a soberania popular passa a ser o sistema adotado pelos Estados modernos (DALLARI, 2002, p. 145-151).

Conforme António Manuel Hespanha,

o princípio democrático vem estabelecer que a única legitimidade política é a legitimidade proveniente da vontade popular” e, perante ela, “deviam curvar-se todas as antigas formas de legitimidade, desde a legitimidade do direito divino à oriunda da tradição (HESPANHA, 1997, p. 172).

Até o início da revolução francesa, pode-se dizer que ainda existia uma visão otimista da soberania e uma convicção da existência de uma espécie de harmonia preestabelecida desta com os direitos dos indivíduos. Afinal, o povo, que detém o poder, constitui a si mesmo como entidade soberana. Acredita-se, pois, que o desejo do soberano coaduna com o que seja melhor para as pessoas consideradas também individualmente e, conseqüentemente, seus direitos estarão preservados.

Com a revolução, houve o que Pietro Costa chama de “uma radical fratura entre a democracia e os direitos fundamentais dos sujeitos: o poder do *demos*, a democracia dos iguais, a democracia ‘privada de qualidade’, põe em xeque a liberdade-propriedade”. Ou seja, a vontade autoritária da maioria – desqualificada para tomar as melhores decisões – pode cancelar os princípios que sustentam uma ordem racional justa e civilizada se violados os direitos de liberdade e de propriedade. Busca-se, então, a solução para a questão de como encontrar uma forma de enfraquecer esta tensão entre poder e direitos, ou ao menos conter os efeitos mais perturbadores (COSTA, 2010, p. 247).

Na concepção do historiador jurídico italiano, apareceram naquele momento duas respostas para o questionamento (COSTA, 2010, p. 247-248).

A primeira delas seria combater o sufrágio universal e defender uma representação censitária. Tinha-se a ideia de que, rejeitando o igualitarismo indiscriminado da democracia, seria afastada a ameaça das maiorias tirânicas.

A segunda resposta seria confiar a um órgão jurisdicional a tutela dos direitos fundamentais. Esta última solução se afirma mais rapidamente nos Estados Unidos e – após longo e complicado itinerário – na Europa. Tais propostas ficaram por muito esquecidas no velho continente e, para alcançar a conciliação entre soberania e direitos, é necessário, conforme Pietro Costa, atravessar uma engenhosa construção jurídica: o “Estado de direito”.

A teoria do Estado de direito, que foi primeiramente desenvolvida na Alemanha e depois também na França e na Itália (COSTA, 2006, p. 95-198), encontra dificuldades na tentativa de resolver a tensão entre poder e direitos. Segundo Pietro Costa, as dificuldades vêm de dois elementos característicos da cultura político-jurídica do século XIX (COSTA, 2010, p. 249).

O primeiro elemento é a centralidade do Estado-nação e de sua soberania, que constitui a identidade do povo e condição de estabelecimento de uma ordem definida e formada pela vontade manifestada na atividade legislativa.

O segundo elemento é o enfraquecimento dos direitos dos indivíduos que, com a dissolução do jusnaturalismo e advento do positivismo jurídico, perderam o amparo que lhes foi dado durante os séculos XVII e XVIII; ou seja, os direitos agora passam a ser invocados com fundamento ou na legislação codificada, ou no historicismo ou na sociologia, e não figuram mais como resultado de uma ordem natural preexistente, fora ou acima do plano estatal (direito natural).

A resposta, então, para o problema da proteção das prerrogativas dos sujeitos em face do poder da maioria, sem voltar ao jusnaturalismo, é justamente a construção do Estado de direito. É o próprio Estado que decide livremente se submeter ao direito, tornando possível o controle jurisdicional de sua atividade e tutela das prerrogativas dos sujeitos (COSTA, 2010, p. 249).

A formação do Estado de direito foi, sem dúvida, um importante avanço na proteção dos direitos dos indivíduos em face dos abusos do poder soberano. No entanto, não conseguiu superar completamente esse campo de tensão.

A autolimitação do Estado, de fato, torna possível a submissão do Estado ao direito, mas por outro lado, o direito – do qual dependem as prerrogativas dos indivíduos – continua no âmbito estatal e, desta forma, está sujeito à suspensão arbitrária por parte do próprio Estado. Não há uma garantia de que o Estado, por sua própria vontade, deixe de se submeter ao direito ou mesmo manipule esse direito de acordo com seus interesses, já que se trata de uma criação sua.

Além disso, esse Estado do final do século XIX que se apresenta submetido ao direito não é o Estado como totalidade e síntese dos poderes, tal como concebemos hoje, mas tão somente a sua função administrativa. Disso deriva a afirmativa de que a atividade

administrativa estava sujeita ao direito, mas não a legislação que, inclusive, podia modificar arbitrariamente esse direito limitador da atuação estatal.

Como o direito ainda não era capaz de obstaculizar a tirania das maiorias parlamentares, esse papel era feito pela política, que continuava a opor resistência à introdução do sufrágio universal e a garantir o voto censitário (COSTA, 2010, p. 250).

Nota-se, portanto, a necessidade de se estabelecer um controle do próprio Estado de direito, que até o momento não encontra obstáculo à realização de sua atividade legislativa, capaz de coibir os abusos e a consequente violação a direitos individuais por um Estado totalitário.

2. A FORMAÇÃO DO ESTADO CONSTITUCIONAL

É neste cenário que surge a teoria de Kelsen (COSTA, 2010, p. 250), segundo a qual o Estado não é um ente real que se relaciona com os sujeitos (plano do ser), mas um aparato normativo (plano do dever ser) hierarquicamente organizado e passível de controle (KELSEN, 2000).

O resultado desta afirmação é que “se a lei aplica a constituição como o regulamento aplica a lei, torna-se possível um controle jurisdicional da lei, voltado a apurar a sua conformidade com a constituição” – trata-se do primado da norma sobre o poder com a possibilidade de controle jurisdicional também da atividade legislativa, e não somente da atividade administrativa, tornando factível uma democracia que se funde com os direitos fundamentais constitucionalmente previstos (o Estado democrático-constitucional) (COSTA, 2010, p. 252-253).

O povo soberano concebe a Constituição onde institui diversos órgãos estatais, inclusive o legislativo, como “delegados” e a eles confere o exercício limitado de determinados poderes. Ou seja, o corpo legislativo não é o poder soberano, mas uma simples autoridade investida. As leis que ele adota somente serão legítimas nos limites em que seu conteúdo e sua forma não entrem em contradição com a norma constitucional (KELSEN, 2007, p. 199).

É importante destacar que esse “povo soberano”, longe de ser a expressão da vontade geral, é formado pelos burgueses que, com o “poder político, conquistado a partir do poder

econômico, necessitavam de uma ordem jurídica estável, que lhes garantisse estabilidade, respeito aos contratos e a propriedade privada. [...] O constitucionalismo nasceu liberal (logo, não democrático) com o objetivo de limitar o poder do estado frente aos direitos de homens, brancos, proprietários e ricos. A liberdade individual, fundada na propriedade privada, passa a ser a essência do novo ordenamento jurídico. Constitucionalismo significa segurança, e segurança é expressa no constitucionalismo pela busca de estabilidade econômica e social por meio da pretensão de permanência da constituição” (MAGALHÃES, 2012, p. 91).

Segundo Kelsen, na relação entre a norma superior e a norma inferior,

a Constituição não se limita [...] a determinar o processo para a produção de normas jurídicas gerais – o chamado processo legislativo – e sim mui frequentemente determina também, no mínimo negativamente, o conteúdo de futuras leis, ao excluir certos conteúdos, como a limitação da liberdade de expressão de pensamento, de liberdade religiosa, ou a consideração de certas desigualdades, como a de raça (KELSEN, 1986, p. 331).

Com isso, ao se verificar que uma norma produzida pelo legislativo contraria a Constituição, tanto no que diz respeito ao processo legislativo quanto ao conteúdo (como, por exemplo, a violação a um direito individual), poderá sofrer um controle jurisdicional da constitucionalidade, tornando-se inválida.

Tendo uma ordem jurídica constitucional superior a todo poder do Estado, os indivíduos (livres e proprietários) estariam seguros. No entanto, é importante lembrar que essa primeira ordem jurídica constitucional não era democrática, pois

os liberais defensores da propriedade privada, da decisão individual, não podiam aceitar a democracia majoritária. O liberalismo, elitista e não democrático em sua essência, não podia admitir que a vontade do coletivo majoritário prevalecesse sobre a vontade do coletivo minoritário e, logo, sobre a vontade de cada um (MAGALHÃES, 2012, p. 92).

Como diz Pietro Costa, já no final do século XIX e depois, nos primeiros decênios do século XX, a imagem rousseauiana da democracia havia sido exposta a críticas intensas e impiedosas – “não são ‘todos’, ou mesmo os ‘muitos’, a decidir, mas os ‘poucos’, os membros das *elites*” (COSTA, 2010, p. 262). Não há um interesse geral capaz de exprimir a vontade de todos. Aquele povo como entidade unitária e harmônica defendido por Rousseau dá lugar a uma coletividade concebida de uma pluralidade dos mais diversos grupos sociais.

O modelo do Estado de direito constitucional kelseniano parece resolver o problema da tensão entre direitos e poder, possibilitando a satisfação de exigências que sempre foram

tidas como incompatíveis. No entanto, os vínculos exclusivamente formais da sua teoria mostraram-se ainda insuficientes na proteção dos direitos dos indivíduos.

Conforme salienta Pietro Costa, nesta análise é preciso ressaltar dois traços característicos da teoria de Kelsen (COSTA, 2010, p. 253). Em primeiro lugar, o rigoroso formalismo da sua afirmação exclui qualquer possibilidade de haver direitos fora do ordenamento. Como o próprio Kelsen afirma, pessoa é o homem enquanto sujeito de direitos e deveres, estatuídos por normas jurídicas (KELSEN, 2000, p. 191-194). Em segundo lugar, mesmo que a norma constitucional que tenha a previsão em seu texto de direitos individuais seja hierarquicamente superior, nada impede que uma maioria parlamentar (ainda que qualificada) possa mudar o texto constitucional como bem entende.

Por tais razões, os críticos da teoria formalista de Kelsen já afirmavam a necessidade de encontrar vínculos objetivos, substantivos e não apenas formais, para serem opostos ao parlamento. A necessidade, agora, passa a ser salvaguardar a Constituição.

3. A TEORIA DOS PRINCÍPIOS DE CONTEÚDO INALTERÁVEL CONTRA O TOTALITARISMO

Foi nos regimes totalitários dos anos Trinta, especialmente Alemanha e Itália, que, com a utilização e subversão do princípio majoritário e da democracia, se evidenciou a força do poder, a fragilidade do indivíduo e a inadequação das salvaguardas até então estabelecidas (COSTA, 2010, p. 254).

No constitucionalismo do segundo pós-guerra, os direitos dos indivíduos ganham uma relevância ainda maior, que até então não se tinha visto. A introdução na Constituição de vários tipos de direitos (civis, políticos e sociais) aparece como alternativa ao totalitarismo e o melhor sustentáculo contra qualquer tentativa de abuso do poder.

Todavia, não basta a multiplicação dos direitos e sua legitimação em norma superior (constitucional). Em que pese a essencial contribuição de Kelsen para a construção dos novos ordenamentos constitucionais, sem a qual seriam dificilmente imagináveis a hierarquia das normas e o controle de constitucionalidade, garantias procedimentais e dispositivos meramente formais não são suficientes para proteger os direitos dos sujeitos contra os abusos do poder soberano. São necessários princípios substantivamente densos e capazes de resistir a

qualquer manipulação da maioria (COSTA, 2010, p. 257). Princípios e direitos fundamentais que estão além do Estado e não dependem deste para se estabelecer.

Como solução, Pietro Costa fala de um renascimento do direito natural – o que sugere denominar “jusnaturalismo (ou neojusnaturalismo) em sentido estrito” – que carrega consigo uma carga de direitos fundamentais “metaestatais” (COSTA, 2010, p. 256). Para ele, esses direitos são tidos como estruturas fundantes do novo ordenamento constitucional, que encontra neles sua condição de legitimidade e seu conteúdo. Ou seja, não é a norma constitucional que legitima os direitos fundamentais, mas, ao contrário, a Constituição é considerada legítima porque fez constar em seu texto os direitos fundamentais preexistentes (STRECK, 2012, p. 541).

Entretanto, surge a indagação: como atribuir estabilidade aos princípios e direitos fundamentais sem retornar ao antigo direito natural? O que garante que estes direitos serão respeitados pelo poder soberano?

Os novos ordenamentos constitucionais, então, passaram a prever na Constituição uma categoria de direitos e garantias que não estão à disposição do legislador, nem mesmo sob uma votação qualificada, e que, portanto, são capazes de resistir a qualquer interferência da maioria. Trata-se da parte imutável da Constituição, que não está sujeita ao ato de revisão ou reforma.

Pietro Costa aponta como exemplo o art. 139 da Constituição italiana, que prevê como imutável a forma republicana, e cita decisão da Corte constitucional, que declarou imutável, além da forma republicana, também “aqueles princípios que, ainda que implícitos, ‘pertencem à essência dos valores supremos sobre os quais se funda a constituição italiana’”.

No mesmo sentido, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no § 4º do art. 60, expressamente veda a possibilidade de deliberação das propostas de emenda tendentes a abolir a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais, estabelecendo, assim, normas constitucionais que não podem ser objeto de deliberação.

Na mesma direção afirma Canotilho, analisando a Constituição (rígida) portuguesa de 1976, que,

se, por um lado, o texto constitucional não deve permanecer alheio à mudança, também, por outro lado, há elementos do direito constitucional (princípios estruturantes) que devem permanecer estáveis, sob pena de a constituição deixar de ser uma ordem jurídica fundamental do Estado para se dissolver na dinâmica das

forças políticas. Neste sentido se fala da *identidade da constituição* caracterizada por certos princípios de conteúdo inalterável (CANOTILHO, 2002, p. 216).

Assim, podemos afirmar que, a exemplo do sistema constitucional brasileiro, as Constituições dos novos ordenamentos são passíveis de alteração pelo chamado “poder constituinte reformador” (SILVA, 2010), desde que obedecidos os limites estabelecidos pelas regras procedimentais (limites formais) e pelos princípios ou direitos fundamentais de conteúdo inalterável (limites materiais).

No entanto, ainda parece juridicamente incontrolável o poder constituinte originário ante a absoluta liberdade criativa e destrutiva do poder político que aparentemente seria “livre para agir (‘revolucionariamente’), desarranjando a ordem constitucional existente”, ameaçando novamente “tornar problemática a aliança entre a democracia política e o Estado constitucional” (COSTA, 2010, p. 261).

4. A PERMANENTE TENSÃO ENTRE PODER E DIREITOS: CONSTITUCIONALISMO *VERSUS* DEMOCRACIA

Conforme José Luiz Quadros de Magalhães, o constitucionalismo moderno não nasceu democrático, mas sim liberal, e sua primeira função era de oferecer segurança aos homens proprietários, por meio da pretensão de permanência e superioridade da Constituição e consequente estabilidade social e econômica (MAGALHÃES, 2012, p. 91-93).

Ao contrário do constitucionalismo, que trazia segurança, estabilidade, a democracia significava transformação, mudança, risco, algo inerente ao ser humano que, “como ser histórico, contextualizado, é um ser em processo de transformação permanente, independentemente de sua vontade” (MAGALHÃES, 2012, p. 94).

Como se percebe, ao longo da história do Estado moderno existe uma tensão permanente entre poder e direitos, segurança e risco, mudança e permanência, transformação e estabilidade, enfim, entre democracia e constitucionalismo.

A busca do equilíbrio entre estes dois elementos que são aparentemente contraditórios é uma busca constante. “Democracia constitucional passa a ser construída sobre esta dicotomia: transformação com segurança, risco minimamente previsível, mudança com permanência” (MAGALHÃES, 2012, p. 94).

Por um lado, a Constituição precisa ser rígida e ter limites formais e materiais para sua alteração; ela não pode mudar tanto que acabe com a segurança. Por outro lado, também não pode ser imutável ignorando as transformações da sociedade democrática (seja através de reforma de seu texto ou de mutação interpretativa), pois isso significaria sua morte prematura, o que destruiria sua pretensão de permanência, afetando sua essência.

Assim, considerando democracia como representativa e majoritária, e constituição como limite e garantia de um núcleo duro imutável, contramajoritário, que protege os direitos fundamentais das minorias provisórias, é possível afirmar que essa tensão permanente entre constitucionalismo e democracia é necessária para manter o equilíbrio essencial do constitucionalismo moderno no Estado democrático de direito.

É possível afirmar, então, que “a base da teoria da constituição moderna se fundamenta sobre esta dicotomia: a constituição deve oferecer segurança nas transformações decorrentes do sistema democrático” (MAGALHÃES, 2012, p. 94). A democracia sem constitucionalismo poderá significar uma ditadura das majorias e, por outro lado, o constitucionalismo sem democracia, uma ditadura das minorias, não menos grave.

CONCLUSÃO

Nos sistemas jurídicos modernos, a vontade democrática é manifestada através de leis elaboradas pelos representantes eleitos pela maioria. É desta forma que o povo governa a si mesmo. Intenta-se

encontrar uma forma de associação que defenda e proteja de toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado, e pela qual, cada um, unindo-se a todos, não obedeça portanto senão a si mesmo, e permaneça tão livre como anteriormente. Tal é o problema fundamental cuja solução é dada pelo contrato social (ROUSSEAU, 2002, p. 24).

Ocorre que, essa soberania plena e incondicionada – como, *v.g.*, em Rousseau, – traz séria ameaça aos indivíduos, que podem ver seus direitos violados por atos de tirania de uma maioria detentora do poder. Assim, surge o questionamento: como defender o sujeito desse poder soberano?

A primeira solução, que apareceu no campo da política, foi a defesa de uma representação rigorosamente censitária. Somente os detentores da liberdade-propriedade

teriam direitos políticos e, desta forma, poderiam assumir o parlamento. Assim, estaria afastado o perigo que a vontade da maioria tirânica representava para a liberdade e propriedade das minorias.

A segunda maneira encontrada para resolução do problema foi a construção jurídica do Estado de direito, limitando a vontade do poder soberano à lei. O Estado decide livremente se submeter ao direito, tornando possível o controle jurisdicional de sua atividade e a proteção dos direitos dos sujeitos.

Ocorre que, num primeiro momento, o Estado submetido ao direito envolve apenas a atividade administrativa, e não o legislativo, que poderia, inclusive, modificar a qualquer momento e de qualquer forma a lei à qual o Estado estava submetido – o parlamento continuaria sem controle.

É o Estado de direito constitucional kelseniano que traz uma aparente solução para esse problema da tensão entre o poder e os direitos, uma vez que, com a concepção de que o Estado não é um ente real que se relaciona com os sujeitos, mas sim um ordenamento jurídico-normativo hierarquizado – que tem como fundamento de validade a constituição, cuja alteração exige maioria qualificada –, torna-se possível submeter a um controle jurisdicional a atividade legislativa, verificando a compatibilidade das normas inferiores em relação às normas superiores.

O Estado constitucional teorizado por Kelsen – embora tenha representado grande avanço, sem o qual não se falaria, hoje, de supremacia constitucional e controle de constitucionalidade – também não foi suficiente para solucionar o problema da tensão entre poder e direitos, pois os vínculos meramente formais não afastavam definitivamente a possibilidade de o parlamento alterar a Constituição de modo a subverter o sistema constitucional e violar direitos individuais.

Como nova solução ao problema, surge a teoria dos princípios ou direitos fundamentais de conteúdo inalterável. São normas explícitas ou implícitas que formam uma espécie de núcleo duro imutável da Constituição que não pode ter seu conteúdo alterado nem mesmo por uma maioria parlamentar qualificada. Essas normas inalteráveis, consideradas como princípios estruturantes do Estado, configuram verdadeira limitação ao poder constituinte reformador.

A previsão dos princípios inalteráveis, não obstante estabelecer limitação ao poder de reforma, não impede que o poder constituinte originário, revolucionariamente, mude a

Constituição (total ou parcialmente) de acordo com os seus interesses, desarranjando a ordem constitucional existente (COSTA, 2010, p. 261).

É exatamente a tensão entre poder e direitos que mantém a ordem jurídica constitucional vigente por mais tempo, reduzindo as possibilidades de uma ação revolucionária. Ao mesmo tempo em que a Constituição, por um lado, é rígida, tendo limites formais (processo legislativo mais dificultoso), temporais (momentos em que não se admite alteração, como, v.g., durante o estado de defesa) e materiais (restrição de alteração de conteúdo que afete direitos fundamentais), por outro lado, permite que sejam realizadas reformas, por meio de alterações formais (através de emendas, desde que respeitados os limites estabelecidos explícita ou implicitamente pela própria norma constitucional), ou ainda, mudanças no sentido interpretativo da norma (“interpretações e reinterpretções do texto diante do caso concreto inserido no contexto”) (MAGALHÃES, 2012, p. 94).

Podemos concluir, então, que não é superando a tensão entre poder e direitos, mas sim, a partir dessa tensão – “transformação com segurança; risco minimamente previsível; mudança com permanência” (MAGALHÃES, 2012, p. 94) – que se torna possível a convivência equilibrada da democracia com a Constituição, essencial para manter em permanente funcionamento o Estado democrático constitucional de direito.

REFERÊNCIAS

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5 ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. 19 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

COSTA, Pietro. *O estado de direito: uma introdução histórica*. In: COSTA, Pietro; Zolo, Danilo. *O estado de direito: história, teoria e crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

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

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

HESPANHA, António Manuel. *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. Mira-Sintra/Men-Martins, 1997.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Teoria geral das normas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1986.

_____. *Teoria pura do direito*. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Democracia e constituição: tensão história no paradigma da democracia representativa e majoritária – a alternativa plurinacional boliviana*. In: In: FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (Coords.). *Constitucionalismo e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 85-100.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo I. 6 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Edição Eletrônica: Ed. Ridendo Castigat Mores, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.