

**O PODER E OS DIREITOS:  
UMA HISTÓRIA FLORENTINA SOBRE TENSÕES E FRACASSOS\***

**POWER AND RIGHTS:  
A FLORENTIAN HISTORY ON TENSIONS AND FAILURES**

***Andrés Botero Bernal*\*\* \*\*\***

**RESUMO:** Este trabalho é uma análise de parte do livro “*Soberania, representação, democracia: Ensaio de história do pensamento jurídico*”, do professor florentino Pietro Costa. São reflexões, a partir da história que narra esta obra, sobre as tensões entre a vontade (o poder) e a razão (os direitos do sujeito) e sobre os fracassos das múltiplas teorias propostas para evitar os efeitos negativos de tal tensão. Assim, expõe-se o trajeto do Estado liberal de Direito (com seu estatismo e legicentrismo) ao Estado Constitucional, que é o trajeto de um *demos* soberano, formado por maiorias, a um *demos* entendido como sociedade pluralista.

**PALAVRAS-CHAVE:** Soberania. Democracia. Representação. Escola de Florença. Estatismo. Vontade. Razão.

**ABSTRACT:** This paper discusses part of Florentian Professor Pietro Costa’s book “*Soberania, representação, democracia: Ensaio de história do pensamento jurídico*”. It reflects, from the story Costa tells in his work, about the tensions between *Voluntas* (power) and *Ratio* (subject’s rights) and about the failures of the many theories proposed in order to prevent the negative effects of such tension. Thus, this paper shows the way from liberal State (with its statelism and law-centrism) to Constitutional State, which is the way of a sovereign *demos*, made by majorities to a *demos* understood as pluralistic society.

**KEYWORDS:** Sovereignty. Democracy. Representation. Florence’s School. State. Will (Voluntad). Reason (Ratio).

---

\* Gostaria de agradecer aos professores Pietro Costa, Carlos Petit, Andrea Macía, Julián García e Érika Arroyave, por seus comentários e sugestões.

\*\* Professor da Universidade de Medellín (Colombia). E-mail: botero39@gmail.com

\*\*\* Traduzido por Alberto Kravem Arbex, Mestre em Medicina pela Universidade Federal do Rio de Janeiro e doutorando em Direito pela Universidade de Buenos Aires. E-mail: albertoarbex@gmail.com

## 1. INTRODUÇÃO

Contamos, agora, com a satisfação da tradução de vários ensaios do professor florentino Pietro Costa, editados graças ao judicioso empenho dos amigos de Curitiba, com o intrépido título de “*Soberania, representação, democracia: Ensaios de história do pensamento jurídico*” (COSTA, 2010, p. 301). Não nos surpreende, inclusive, que a editora Juruá tenha assumido este compromisso, já que oferece uma coleção de história do direito, dirigida por um conselho editorial de alto nível, do que fazem parte colegas de destaque que, antes de tudo, são queridos amigos.

Atendendo ao amável convite do professor Ricardo Fonseca, daqueles impossíveis de se recusar, compareci a um merecido evento de discussão e análise desta obra, denominado “*Estilo Florentino: A historiografia jurídica italiana da América Latina*”, realizado no dia 05 de novembro de 2010, na Universidade Federal do Paraná. A reflexão agora apresentada é o resultado de minha conferência em tal evento e, além disso, fruto do intercâmbio que, com a conjuntura deste, tem surgido nos últimos dias deste ano cheio de celebrações bicentenárias em cada canto do Atlântico.

O livro em questão é constituído de quatro partes<sup>1</sup>, que, na verdade, se traduzem em duas linhas distintas. A primeira (COSTA, 2010, p. 17-78) está baseada em reflexões sobre a epistemologia da história do direito e abrange tanto o trabalho do historiador –sujeito que transita pelos tempos, o que lhe permite servir de ponte entre a alteridade do passado e o horizonte do presente–, como do acadêmico -que deve justificar seu trabalho constantemente para convencer aos outros e, certamente, convencer-se a si próprio de que seu trabalho é útil dentro da inutilidade que poderia imputar. Justo esta primeira linha de reflexões leva ao uso de belas e ostentosas metáforas que convidam a dar continuidade ao pensamento do autor, mesmo com o livro fechado, pois a imaginação é que é motivada quando se lê “*a história como labirinto: a inutilidade da historiografia*” (p. 74-78), que relembra esse mesmo efeito produzido por outro importante texto, recentemente traduzido ao espanhol, de nosso Pío Caroni<sup>2</sup>. A segunda linha está presente nas três últimas partes do texto, que acabam por se concretizar no que considero, a meu modo de ver, a conclusão que aglutina todos os ensaios prévios. Refiro-me ao capítulo denominado “*Democracia política e Estado Constitucional*” (p. 235-268).

Ambas suscitam muitas reflexões, mas, no momento de decidir comentar (e refletir sobre) um texto, a questão da estratégia de comunicação de um livro – com duas linhas distintas tão diferenciadas – obriga a quem faz a resenha a se perguntar se é melhor partir

---

<sup>1</sup> A saber: i) *História do direito e história dos conceitos*; ii) *Soberania*; iii) *Representação*; iv) *Democracia*.

<sup>2</sup> Refiro-me, sem dúvida alguma, a: CARONI, Pío. *La soledad del historiador del derecho: apuntes sobre la conveniencia de una disciplina diferente*. Apresentação de Italo Biocchi. Trad. Adela Mora e Manuel Martínez. Madrid: Universidade Carlos III, 2010. 225p.

da análise generalizada de ambas ou se concentrar em uma delas. Ante tal dilema decidi, então, abordar somente uma das duas linhas, pois assim poderia me prolongar mais em certos aspectos que urge dialogar já não tanto com o próprio autor, mas com o leitor (especialmente o latino-americano, pois se trata de uma edição brasileira). Considerarei, para este texto, a segunda linha (p. 81-301) que é, na verdade, a que dá sentido ao título da obra. Passo, pois, para a apresentação e a análise crítica do capítulo já mencionado (p. 235-268).

Esta epígrafe corresponde ao já conhecido texto “*Democrazia politica e Stato costituzionale*” (COSTA, 2006) e traduzido por Érica Hartman, a quem se deve fazer o reconhecimento do caso, pois conseguiu conservar o estilo ameno e pedagógico que sempre caracterizou nosso autor florentino.

No entanto, antes de entrar por inteiro no que nos ocupa, vale a pena fazer outra reflexão inicial: qual é o público-alvo, tomando emprestado este conceito de Perelman, de uma reflexão analítica sobre uma obra acadêmica? Comumente, quem faz uma resenha crítica tem, diante de si, uma dualidade de público-alvo que determina as estratégias retóricas: o leitor interessado e, fundamentalmente, o próprio autor analisado. Este afã de quem faz a resenha (em um sentido amplo), de saber que foi lido pelo próprio autor, determina, em muito, a forma das resenhas que geralmente se fazem, e que abundam no mercado das revistas científicas. Além disso, tradicionalmente, as resenhas que valem a pena (descartando, pois, de início, aquelas que são simplesmente aplausos entre acadêmicos) começam com variadas reflexões sobre a escrita e a retórica do autor analisado, tentando despir as últimas intenções de quem escreveu, para propiciar assim debates (geralmente disciplinares) que convençam o leitor de que aquele que resenha não somente leu, senão leu bem, e que convençam ao próprio autor analisado de que quem fez a resenha é tão valioso em suas opiniões quanto ele mesmo.

No entanto, eu terei que marcar uma pauta diferenciadora, uma vez que a maioria das minhas reflexões – com algumas exceções, é claro –, está mais focada em preparar o leitor para que possa tirar o máximo proveito desta obra, sem mitificá-la. Portanto, não é uma resenha por inteiro tradicional, pois a intenção retórica e o público-alvo eu definirei diante do que normalmente se faz.

É claro que bem poderia formular algumas ideias muito generalizadas sobre certas estratégias retóricas de Costa que podem ser de utilidade para qualquer leitor, além de sua procedência geográfica. Por exemplo, o texto de Costa, tanto em sua versão italiana como na portuguesa, à qual nos dedicamos, apresenta aquilo que poderia se denominar “escrita traiçoeira”. Denominamos assim os trabalhos que se apresentam com modelos pedagógicos, parágrafos que podem ser lidos rapidamente, páginas escritas no melhor dos estilos, que o estudante costuma encontrar nos bons manuais de aula. Mas essa forma de escrever geralmente está acompanhada, por sua utilidade retórica, de conteúdos básicos, breves, generalizados. Isso não acontece, completamente, com a obra de Costa,

já que aquele que cair nesta artimanha estilística não poderá perceber, pela velocidade que conferiu em sua leitura, que cada página, cada parágrafo, cada frase, envolve um mundo inteiro de conhecimentos. O leitor que acredita que este é um livro de fácil leitura deve ter cuidado; pelo contrário, não se pode cair na tentação de ler completamente acreditando que se transmitem ideias básicas, breves e generalizadas. É claro que se o leitor cai nesta artimanha, efetivamente vai terminar o capítulo com conceitos fundamentais (o que já é um mérito: melhor saber alguma coisa do que nada), porém vai passar ao longo de centenas e milhares de assuntos que o autor camufla no seu estilo bom e ameno. Já pode entender o porquê desta escrita ser traiçoeira.

É recorrente também no autor intercalar referências especializadas com outras muito generalizadas. Com as primeiras, o autor parece mais destinado a convencer – continuo com as paráfrases retóricas – a especialistas, e, com as segundas, sugerir bibliografia que ilustra temas amplos para leitores menos experientes, desde sua própria postura, seja aquele que deseja conceitos básicos (o leitor turista, aquele que busca paisagens para fotografar), assim como o mais especializado (o leitor escalador, que deseja dominar montanhas), encontrará o que procura com este intercâmbio de estilo nas referências compreendidas nas notas de pé de página. No mais, este mesmo elemento ratifica, ao meu modo de ver, a dualidade que finaliza o texto e que dá conta dessa escrita traiçoeira, pois a paisagem que se oferece ao leitor, tão pacífica e atrativa, não está livre de debates que o autor italiano assumiu em diferentes momentos de sua vida. A foto está pronta para ser tirada, alguns dirão, as montanhas difíceis abrem seus caminhos para outros; porém, decerto, se engana quem acredita que estamos ante um manual de aula, ainda que também possa servir para isso.

Continuando com as reflexões de estilo, o autor, diferente de mim, escreve em terceira pessoa. Consegue assim se apresentar como uma testemunha, quase neutra, de suas leituras e façanhas, que são, afinal de contas, as que se relatam neste belo livro. Nosso autor assume, então, uma postura quase como aquela do antropólogo que descreve a forma de cozinhar em uma tribo da Nova Guiné sem que para isso se atreva a sugerir a dieta guineana como a melhor possível (formosa metáfora usada pelo próprio Costa, em conversa particular). Acrescentamos que, dentro desta neutralidade na escrita, surge uma magnífica articulação entre o uso do passado e do presente, não somente quanto ao gramatical, mas muito além. O leitor se assombra, sem dúvida alguma, quando, de uma reflexão sobre o passado, história nua e crua, aparecem entre linhas comentários pertinentes para uma teoria contemporânea do direito, como exemplo deste contínuo balanço entre o ontem e o hoje, extremamente como o papel que Costa estabelece ao historiador do Direito na primeira linha de raciocínio do seu livro (especialmente p. 47-53).

Justamente este último ponto me permite referir a outro assunto que aqui, por questão de espaço, apenas posso mencionar: a competência que a história do Direito tem dado não somente a Costa, mas também a todos os outros membros da Escola de

Florença, para abordar outros campos disciplinares; em especial, a teoria do Direito, a jusfilosofia e o Direito constitucional. A história do Direito, desde as próprias origens da escola das que nos fala – desta vez – Costa, convida a sair destas fronteiras intradisciplinares e aproveitar a bagagem adquirida e da qual carecem, em geral, os dogmáticos e os filósofos do Direito. Por isso, não é de se estranhar as contínuas projeções dos jushistóricos de Florença nos campos antes destacados, nem os títulos de obras como “*Prima Lezione di diritto*” (GROSSI, 2003). Estas põem em manifesto, assim como outras coisas, as proximidades programáticas que existem, em diversos pontos, entre o neoconstitucionalismo (especialmente Zagrebelsky) com Paolo Grossi, fundador da Escola de Florença, que se manifestou, entre outros atos, na homenagem feita à tão importante personagem florentina, agora destinada ao Tribunal Constitucional, por parte do *Istituto Italiano per le Scienze Umane*, em que fizeram as respectivas laudatórias o mestre Carlos Petit<sup>3</sup> e, não surpreende, o próprio autor do “*Diritto mitte*” (ZAGREBELSKY, 1992). Inclusive, obras de Costa como “*Un diritto giusto? Giusnaturalismo e democrazia nel secondo dopoguerra*” (COSTA, In: CUNHA, 2005, p. 213-244) deixam claro o que se vem dizendo.

Continuando com a linha adotada, este texto parte de dois pontos de análise que o leitor não pode perder de vista em nenhum momento. O primeiro é que se trata de uma história do pensamento, uma história das ideias, motivo pelo qual não será possível pedir uma história dos fatos sociojurídicos que marcaram o rumo concreto das culturas jurídicas. O segundo é que se trata de uma história do pensamento jurídico-político europeu-ocidental que, ainda que pelas mil conexões atlânticas, foi fundamental para as ideias jurídico-políticas da América Latina, estas (pensamento europeu e latino-americano) não podem equiparar-se por completo.

Agora, após esses esclarecimentos sobre a escrita, devo introduzir a presente resenha, ou reflexão analítico-crítica. Esta é uma reflexão, como já foi dito, dirigida para um leitor, especialmente latino-americano, informando-o do quanto poderia ser útil para suas próprias experiências culturais, evitando assim o grande perigo dessas obras que, desde seu nascimento, se perfilam como clássicos. E não poderia ser diferente tendo em conta a fama que precede o autor e o cenário no qual o livro foi produzido: um excelente campo fértil para a escola florentina na América Latina (Curitiba em especial, e o Brasil em geral).

Qual é o perigo a que me refiro? O colonialismo cultural. Este termo é difícil de se conceituar, mas nem por isso é irreal nos cenários acadêmicos. Infelizmente, estas obras como a que agora é resenhada, tendem, por intenção dos leitores, mas não tanto pela do autor, a se transformar em lugares de busca da verdade, assunto

---

<sup>3</sup> PETIT, Carlos. Homenaje a Paolo Grossi (algo menos que uma laudatio). Em: *Quaderni fiorentini*, No. 39 (2010); p. 555-564. As palavras de homenagem dadas por Zagrebelsky seguem às de Petit no mesmo número (p. 565-573). As duas contribuições foram publicadas sob o título “*Per Paolo Grossi giudice costituzionale*”.

que se incrementa quando se quer administrar verdade em contextos diferentes aos que teve em mente Costa, ao escrever estes ensaios, que agora são traduzidos para o português.

A mistificação do bom livro acadêmico por parte do leitor ingênuo ou acrítico prejudica a todos. Ao autor, porque acaba por ser considerado um sujeito por fora dos movimentos típicos de falseamento; um indivíduo hercúleo que, a partir de seu discurso, pode dar resposta a tudo aquilo que observamos, e que, no entanto, ao perceber que o que observamos não foi, necessariamente, o que o autor observou (e não podia ser para menos), é rebaixado em seu papel de Hércules, com a mesma força com que foi lisonjeado, aos aposentos do Hades. Isso explica, até demais, a paixão cega de nossas culturas jurídicas em mitificar um acadêmico europeu ou norte-americano para logo, com a mesma paixão, odiá-lo e extirpá-lo de nossos sistemas de reprodução do saber jurídico, em especial dos programas de ensino. Portanto, nada é mais arriscado para um autor que ser endeusado por motivos e responsabilidades que lhe são alheios.

Porém, perde não somente o autor, como também o leitor que assume a postura de fiel, tanto que, por querer ver o quanto acredita que vê o seu ídolo, acaba como aquele pintor que, para poder continuar desenhando os bosques que amava, após o incêndio, continua na mesma janela desenhando, porém com os olhos fechados.

Perde, ainda que exceda em dizê-lo, a própria disciplina, pois se nega o importante e fundamental diálogo que impulsiona ao acúmulo do saber e aos sistemas de administração deste.

Enfim, perdem todos.

Infelizmente, a história das culturas jurídico-acadêmicas latino-americanas está repleta, enormemente, de exercícios colonialistas, surgidos, repito, em leitores ingênuos que canonizam, antes do tempo, obras que podiam ter melhores resultados se tivessem tratado o diálogo com antecipação. Não esquecendo que o diálogo evita o transplante.

Assim, querido leitor, este texto de Costa, para que dê seus melhores frutos, deve ser esclarecido e contextualizado, o que presume partir de um preceito hermeneuta: com a obra se antecipa o diálogo, mas não se o substitui. Com esta finalidade é que vou propor cenários ao leitor inquieto, diferente do leitor religioso, para que possa dialogar com esta boa obra e tirar o maior proveito, sem que se transforme em uma nova Bíblia. E como consegui-lo? Com dois exercícios práticos: combinar (especialmente a partir da contextualização) várias afirmações do autor italiano e perguntar incansavelmente pelos alcances do que foi dito. Começemos, pois.

## **2. OS PRIMEIROS RASTROS DA TENSÃO ENTRE VONTADE E RAZÃO**

O texto de Costa, no trecho a que nos referiremos, mas que creio concluir muito dos capítulos prévios, propõe que a história das ideias jurídico-políticas pode ser re(con)

duzida a partir de uma dualidade que se apresenta como uma tensão constante e permanente: *voluntas* e *ratio*, que no fundo é a mesma tensão existente entre poder e direitos (p. 236). E esta re(con)dução é feita em virtude de que, para Costa, a história, de certa forma, é uma espécie de retorno do idêntico, pelo qual a tensão em si não desaparece com o passar dos anos, mesmo que de fato se modifiquem as ideias que entram em jogo para resolvê-la ou complementá-la. Portanto, o que se propõe é a dualidade que marcará esta história do pensamento.

Aqui, o leitor não pode perder de vista a importância das dualidades na disciplina jurídica, pois, a partir delas, por seu grande valor narrativo, tem se explicado e desenvolvido o pensamento jurídico. Isso explica, porém questiona igualmente, a pretensão kelseniana de eliminar as dualidades no estudo do direito, para conseguir uma única e clara dimensão do estudo do jurídico. O que teria sido, pois, do direito, se desaparecesse a redução da complexidade que implica a dualidade? Pois, parafraseando Luhmann, as dicotomias são intenções acadêmicas de redução da complexidade do sistema que deseja ser explicado, e Costa não renuncia a este exercício retórico, como podemos observar, mas estou certo de que o uso desta dualidade não implica substituir a complexidade dos sistemas reais que existem por trás desta. É por isso que sugiro ao leitor que considere esta dualidade somente como um bom exercício retórico do autor, que não nega a complexidade das épocas, as ideias e os autores que a seguir serão expostos.

Voltando a Costa, o termo recorrente é o da tensão entre a vontade e a razão. No entanto, no desenvolvimento do texto, o que se sugere são os riscos que derivam para o Direito (razão) de um Poder (vontade) que, por falta de controles, se transforme em arbitrário diante dos direitos do sujeito. Em consequência, o leitor deverá interpretar a tensão, não como uma alteridade (que supõe relações estressantes entre duas entidades situadas relativamente no mesmo nível), senão como os perigos derivados para a entidade reivindicada na modernidade como central (o sujeito) quando o poder tenta dominar os direitos. A tensão a que alude o texto é, simplesmente, os riscos de dominação de uma (a vontade) sobre a outra (a razão). Inclusive, bem poderia propor ao leitor que uma tensão (entendida tradicionalmente: como a relação estressante de sistemas que não estão hierarquizados entre si) seria benéfica em uma democracia pluralista (à qual Costa chegará). Justamente, então, é possível ver como o significado que o leitor atribui a um conceito tão recorrente (tensão, pelo momento) mudaria o sentido do que poderia ser dito do texto.

Agora, no que tange à vontade, poderia se pensar que o príncipe medieval seria seu melhor exemplo, segundo aquela imagem de tirano que os revolucionários do século XVIII nos deixaram como ideologia cultural, ao se referir ao temível Antigo Regime. Mas isso não é assim, a critério de Costa, enquanto o príncipe medieval se concebeu mais como um juiz do que como um legislador, ou seja, mais como quem diz o Direito

do que de quem institui o Direito (p. 237). Eu me pergunto se este esquema de príncipe do “*dicere ius*” pode se estender a todo o Antigo Regime, ou seja, se é aplicável ao monarca absolutista prévio à Revolução Francesa. Além disso, o leitor pode levar em conta que, apesar de ser generalizada a opinião de um príncipe amarrado a razão do Direito (GROSSI, 1995; COSTA, 1969), existem opiniões encontradas que continuam se referindo à potestade criativa do mesmo, isto é, que o príncipe não renunciou ao “*legem condere*”, senão que soube camuflá-lo em um discurso simbólico de “*iuris dictio*”, pois, afinal de contas, gozava de maior legitimidade a norma que se apresentava como prévia à vontade do soberano (era mais aceita a norma que dizia que seu conteúdo não era inovador no que se referia a voltar aos antigos costumes esquecidos), ainda que não fosse realmente assim.

Costa continua indicando que a teoria de Hobbes – que seria, de fato, um bom exemplo da vontade – é uma tentativa, a primeira na história que nos narra, de superar a tensão (agora entendida como a relação estressante entre dois sistemas mais ou menos iguais) a partir do monismo (a relação de dominação de um sobre o outro): a razão deve estar submetida à vontade do soberano (p. 237). Porém, esta estratégia de superação da tensão, a partir do monismo, foi rapidamente descartada se levamos em conta a importância de um Coke no constitucionalismo inglês, que defenderá o historicismo do *common law* como uma ordem objetiva que fundamenta as liberdades e mesmo limita o poder (p. 238). Então a tensão continua, tanto no campo das ideias como no campo das culturas políticas. Inclusive, a tensão se apresenta agora no esquema de divisão de poderes, na medida em que, se há algo indisponível à vontade do soberano, é o que pode ser atribuído à tradição do órgão que se exhibe como uma expressão de uma razão imperturbável e imparcial: o juiz (p. 238). Assim, o pronunciamento do juiz aparece como um momento de transparência, como uma revelação e reconhecimento de uma verdade preexistente da qual depende a solução de um conflito ou os privilégios de certos sujeitos (p. 238). Isso explica uma perspectiva que une tanto o imaginário do juiz do Antigo Regime – que incluía o príncipe medieval (e o fortalecia) – com aquele dos iluministas, aqueles que o consideraram um poder neutro ou nulo na estrutura do Estado desejado, submetido diante do soberano-legislador, pelo que aqui, inclusive com o contratualismo iluminista, a tensão entre vontade e razão continua se apresentando. Dessa forma, o leitor pode apreciar como se apresenta aquela escrita traiçoeira da qual falei antes: em uma frase Costa nos descreve mundos inteiros<sup>4</sup>. Que profundidade a que poderia se extrair deste paradoxo, como, por exemplo, o reconhecimento de certos

---

<sup>4</sup> Basta elogiar a capacidade de Costa de reduzir em poucos parágrafos aquilo que, para quem deseja maiores precisões, iria requerer livros inteiros, como a arguciosa análise histórica, do mesmo tema (a concepção do juiz no iluminismo e no estatismo subsequente) feito por GARCÍA PACUAL, Cristina. *Legitimidad democrática y poder judicial*. Valença: Edicions Alfons el Magnànim, 1996. p. 31-113.



vestígios de historicismo nas propostas dos intelectuais do século XVIII, a partir do olhar da função do juiz.

Assim, com o fortalecimento das teses iluministas que implicavam uma revalorização da vontade, o soberano se transforma em um povo, segundo, o discurso político da época, dono de seu próprio destino, enquanto a razão se vislumbra no Direito que limita o poder que governa o povo e que, por sua vez, possibilita os direitos de seus integrantes (p. 239). Costa, com isso, introduz no modo que trata a tensão (entendida como sistemas estressados, porém mais ou menos equilibrados) já com ocasião da modernidade política: de um lado, a vontade que se concretiza no poder das maiorias – que, a partir de suas liberdades positivas, determinam o destino do povo –, e de outro, os direitos dos sujeitos, que, em certos momentos, rivalizam com a unidade de destino planejada por essa maioria que é, em última instância, o *demós*.

Acontece que a democracia padeceu, durante boa parte da Idade Média, de uma má fama, pois era considerada um regime desequilibrado que permitia o governo de muitos (os pobres) sobre poucos (os nobres, os escolhidos, os ricos). Este olhar pejorativo foi substituído paulatinamente, entre outros, por Marsílio de Padova (no *Defensor Pacis* de 1324: o leitor se perguntará pela omissão de Juan de Jandún) para quem o povo deve governar a si próprio, porém seu conceito de povo difere, enormemente, dos modernos, pois, para aquele, o povo é uma entidade coletiva internamente diferenciada e estruturada, diferente de um povo como relação de sujeitos iguais, predicado no século XVIII (p. 240). O *demós* dos modernos passa por um princípio que constituirá, como explica o italiano, um eixo central na tensão entre a vontade e a razão, o poder e o Direito: a ideia de um autogoverno de um povo composto por indivíduos livres e iguais (p. 240).

Aqui o leitor argucioso poderá se perguntar se o *demós* que governa na república sonhada pelos iluministas é, na verdade, uma maioria que pode se impor sobre os direitos do sujeito moderno. Costa, fazendo uma história do pensamento jurídico-político, afirmará que é possível falar desse *demós* como maioria, pois foi um discurso legítimo e muito eficaz. No entanto, como direi mais adiante, o próprio Costa duvidará sensatamente da existência de uma maioria governante nas democracias pluralistas do século XX, já que, no fundo, aquele que governa nestas democracias é uma elite, que se submete a certas regras do jogo. Posto isto, existiu um *demós*-maioria na democracia iluminista do século XIX? Em uma história do pensamento, basta mencionar a importância do *demós* como discurso de eficácia simbólica, sem requerer comprovação empírica, especialmente porque o projeto instruído do século XVIII foi, como seu nome o diz, um projeto que não se concretizou tal como fora pensado. É claro que se pode associar a afirmação de um *demós* governante na democracia projetada no pensamento daquele momento por dois motivos: a) os direitos políticos das maiorias foram, como indica Costa, restringidos em favor do exercício político de uma minoria proprietária; b) o *demós* exigia, inclusive em sua vertente mais radical, uma elite que traduzisse a vontade geral em políticas

públicas, elite que se resumia a minorias socioeconômicas privilegiadas, seja por fatos externos à política, seja pelas restrições à liberdade de participação feitas para evitar o acesso ao poder, de forma incontrolável, das massas de desapropriados.

Trata-se de fazer um matiz, mas não uma crítica, em que Costa é tão claro ao ensinar que tanto para aqueles que queriam o sufrágio universal quanto para aqueles que o combateram, a democracia coincidia com a universalização dos direitos políticos e se traduzia no comando (favorecido ou temido) da maioria.

Enfim, esse matiz parte da mesma dúvida metódica que propõe Costa, com o *demos* no Estado constitucional, e que mais adiante vou expor, a qual, acredito, pode se ampliar, *mutatis mutandi*, ao *demos* do Estado liberal de Direito, permitindo assim uma melhor compreensão de tal sistema político. Como consequência, se o *demos*-maioria é um mito fundador ou um elemento de eficácia simbólica da democracia, não teria sido melhor partir disso desde o início do que tê-lo mencionado somente no momento de analisar o constitucionalismo do pós-guerra? Justificaria ter se deixado a reflexão crítica do mito do *demos*-maioria somente quando se manifestou o Estado Constitucional contemporâneo, se pudesse afirmar que, nos séculos XVIII e XIX, nos pensamentos que circularam (pois isto é uma história do pensamento) não existiram posturas ou discursos que deixaram claro a consideração do *demos*-maioria como um mero mito. Isso remete, então, a várias questões: existiram discursos que colocavam em discussão a realidade do *demos*-maioria? Lassalle (com “*Was ist eine Verfassung?*”) (LASSALLE, 1992) não seria um dos muitos autores que teriam denunciado, no campo do sistema burguês, o mito do *demos*-maioria?

Seguindo com Costa, este situa sua história de tensões e fracassos no contexto da modernidade, que parte, por sua vez, do reconhecimento do sujeito. Então, a modernidade jurídica expressa em termos democráticos é aquela que considera que os direitos passam pelo sujeito (razão) que reclama a si próprio, diante do todo (vontade), como uma entidade com identidade própria. Infelizmente, Costa, decerto por razões de espaço, e dentro dessa escrita traiçoeira que citei, passa de um lugar a outro, esperando que seja o leitor quem reconheça a complexidade ali existente. A modernidade jurídica e a tensão poder-direitos não teriam sido tais sem a modernidade filosófica. A ideia de um sujeito determinante da ação política (o que o italiano denominaria “liberdade de participação”) e de um sujeito com direitos frente ao *demos* (“liberdade-propriedade”) é compatível com a ideia de um sujeito substante (*res cogitans* de Descartes), uma mônada (Leibniz) etc., que permitiu, no campo filosófico, falar-se de uma ruptura da filosofia medieval com a moderna. Então o leitor não deve passar por cima das ligações que, em uma obra como a que comento, é impossível para o autor deixar esboçadas.

### **3. A TENSÃO ENTRE VONTADE E RAZÃO NA DEMOCRACIA LIBERAL**

Costa segue explicando como a ideia de sujeitos livres e iguais determina o pensamento moderno, a partir do estudo dos franceses, em especial Rousseau e Sieyès,

bem como dos norte-americanos. O leitor latino-americano poderia agora se perguntar: e por que os franceses e os norte-americanos? Por acaso o iluminismo foi somente francês? Por acaso as revoluções norte-americana e francesa foram as únicas pertinentes, para o caso de uma história das culturas jurídicas, em especial das latino-americanas? Bem se sabe que a Ilustração não foi um movimento nacional, similar ao que já existe em abundante literatura, deixando claro que o Iluminismo conhecido como “francês”, apesar de muito influente globalmente, não tenha sido o único, pois que se deve reivindicar, especialmente nos estudos das Revoluções de Independência latino-americanas, outras escolas iluministas, como a napolitana e a espanhola, citando dois exemplos geográficos<sup>5</sup>. Também já existe ampla literatura indicando que, no caso hispano-americano, apesar de as revoluções norte-americana e francesa terem sido importantes, estas não foram o único elemento levado em conta pelos reformadores independentistas<sup>6</sup>.

O leitor, porém, não pode perder de vista os marcos que o autor deixou claro: na história das ideias políticas europeias, as propostas de Rousseau e Sieyès, de um lado, e dos revolucionários norte-americanos, de outro, foram determinantes na explicação da tensão entre vontade e razão. Assim, o leitor não pode esquecer que foi na França onde o sujeito moderno se converteu, pela primeira vez, no poder constituinte<sup>7</sup>, e que sua revolução exerceu uma influência considerável sobre o debate europeu, inclusive até pleno século XX.

---

<sup>5</sup> ESCOBAR VILLEGAS, Juan Camilo e MAYA SALAZAR, Adolfo León. La formación intelectual de los constituyentes colombianos en la primera mitad del siglo XIX. In: BOTERO BERNAL, Andrés (editor). *Origen del constitucionalismo colombiano. Ponencias del III Seminario Internacional de Teoría General del Derecho*. Medellín: Universidad de Medellín, 2006. p. 53-78. ESCOBAR VILLEGAS, Juan Camilo e MAYA SALAZAR, Adolfo León. Otras “luces” sobre la temprana historia política de Colombia, 1780-1850: Gaetano Filangieri y la “ruta de Nápoles a las Indias Occidentales”. In: *Co-herencia: Revista de Humanas*. Vol. 3, N° 4 (janeiro-junho de 2006); p. 79-111. BOTERO BERNAL, Andrés. Algunas influencias del primer proceso constitucional neogranadino: El constitucionalismo gaditano, las revoluciones, las ilustraciones y los liberalismos. In: *Ambiente Jurídico*, No. 10, 2008; p. 168-210.

<sup>6</sup> Por sua parte, Levaggi (para dar um exemplo da literatura especializada) assinala que, apesar da força simbólica destas duas revoluções (a norte-americana e a francesa), estas não explicam por completo o tema e as disputas do federalismo e do centralismo na América Latina. Existiram, inclusive, outros modelos de organização territorial e política tanto ou mais relevantes que, porém, foram minimizados, como o suíço e o holandês. LEVAGGI, Abelardo. *Confederación y federación en la génesis del Estado argentino*. Buenos Aires: Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires, 2007. p. 17-32. Além do mais, contamos com uma importante obra que tem analisado as diferenças do processo emancipador norte-americano com o hispano-americano: JACOBSON, J. Mark. *The Development of American Political Thought*. New York: Appleton-Century-Crofts, 1932.

<sup>7</sup> “A grande novidade levada a cabo pela revolução francesa (...) foi a de fazer surgir de improviso sobre o cenário, em sua autonomia, uma sociedade civil unificada na perspectiva da vontade política constituinte, como povo ou nação” (N.T.: traduzido do espanhol) FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las Constituciones*. 2.ed. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 1998. p. 61. Ainda que se saiba, cabe mencionar a proximidade existente entre a obra de Costa – que aqui resenho – com a de Fioravanti – que acabo de citar.

O que eu peço ao leitor é que, criticamente, rejeite como própria uma velha, mas não por isso tolerável, tendência de se referir ao Estados Unidos como América, aspecto que, além do mais, não foi devidamente corrigido na tradução; assim, o leitor poderá reparar com sua atitude um uso inadequado que deixa claro uma confusão entre o todo e a parte na linguagem acadêmica.

Voltemos a Costa. A tensão da democracia dos modernos se propõe, pois, entre uma maioria dotada de uma vontade e alguns indivíduos dotados de direitos enquanto são iguais e livres, o que fundamenta, no discurso, a mesma maioria que reclama seu direito ao autogoverno. E ambos elementos da tensão se fundamentam em critérios jusnaturalistas que atravessam o modelo histórico defendido por Coke, Locke, Hume e Blackstone, para o caso inglês; o modelo individualista da revolução norte-americana; e o modelo estatista que emerge por ocasião do desenvolvimento das teorias de Rousseau e Sieyès, entre outros, na França<sup>8</sup>. O jusnaturalismo seria a maneira como os modernos tentaram solucionar os problemas derivados de tal tensão: os sujeitos, por serem livres e iguais, se constituem em um povo soberano que determinará os direitos dos sujeitos. A vontade e a razão se reconhecem como interdependentes e com um mesmo substrato natural, o que equivale considerar como superada qualquer possível tensão (entendida como qualquer possível intenção de domínio) entre o querer majoritário, de um lado, e os direitos dos sujeitos, do outro. O *demos* partiria, pois, de uma “declaração” (e não de uma “criação”) dos direitos naturais dos sujeitos, com o que as liberdades, conquanto não sejam fruto do querer do soberano, estariam garantidas (p. 243). Dessa maneira, o *demos*, agora atuando como poder constituinte, ao expedir um tipo especial de constituição que garantisse a divisão de poderes e os direitos naturais (que poderiam ser sintetizados no binômio liberdade e propriedade que caracterizava o discurso jusnaturalista racionalista europeu prévio à Revolução Francesa), eliminaria qualquer possibilidade de arbitrariedade, e a relação vontade-razão (p. 243-244) se tornaria equilibrada.

Mas a história desta forma de superar os perigos do domínio da vontade sobre a razão, no plano das ideias, envolve, segundo Costa, a história de seu fracasso, uma vez que, se a vontade é soberana, não pode se submeter ao passado (o que explica muito a rejeição ao Antigo Regime e ao modelo histórico de fundamentação das liberdades preconizado pelos jusnaturalistas ingleses), nem ao futuro (o que explica por que se pregou, em plena Revolução Francesa e norte-americana, que toda Constituição somente rege para a geração que a faz), nem aos indivíduos (com o que a concepção de uma limitação ao Estado por parte de direitos naturais do indivíduo somente faz que o Estado deixe de ser soberano). Enfim, a crença de que a tensão teria se superado não era mais que a suposição da boa intenção do soberano, mas este, por ser soberano, não estaria

---

<sup>8</sup> Vali-me aqui da famosa distinção entre os modelos histórico, individualista e estatista proposta por outro membro destacado da escola de Florença: *Ibid.*, p. 25-48.

limitado com que o (a razão do) sujeito ficaria sempre a sua mercê. Dessa maneira, a tensão permanece, porém com uma arriscada preponderância no discurso da vontade, ou seja, de uma nova forma de se manifestar o desejo monista já presente em Hobbes. O historicismo e, em maior medida, o individualismo (FIORAVANTI, 1998, p. 43-48), que são outras caras do jusnaturalismo fundamentador das revoluções do século XVIII, acabam por dar lugar a um estatismo dominante e a um monismo que deseja a submissão da razão diante da vontade (p. 242-243).

Em consequência, a tensão (entendida como os riscos do controle de um sobre o outro) se expressa com maior força, quanto mais se fortalecem as tentativas da vontade de se submeter à razão. A soberania, como absoluta, radicada agora na cabeça do Estado fruto do Contrato Social, enfrentou o discurso de direitos fundamentais, o que no fundo implicou o enfrentamento de duas visões da ação moderna das liberdades: a soberania do *demos*, como efeito das liberdades de participação política (o que justamente permitiu que a maioria se expressasse mediante o uso de suas liberdades positivas ou de direitos civis como o voto, deixando de manifestar sua intenção governante sobre o destino comum), e os direitos fundamentais ancorados em concepções de liberdades negativas ou, melhor ainda, do binômio liberdade-propriedade (que tem tanta história por trás e que Costa menciona de forma geral, mas que o leitor deve complementar<sup>9</sup>) (LOCKE, 1990, p. 244-245). Assim, assinala bem o italiano, que o que parecia uma democracia moderada, que evitaria a tensão, terminaria por ser um governo ameaçador à razão, dos direitos, dos sujeitos, visto que implanta um Estado com o poder absoluto do *demos* e desvincula a tradicional dependência dos direitos políticos da liberdade-propriedade, atribuindo os direitos políticos aos cidadãos como tais, sem considerar as qualidades morais e antropológicas dos sujeitos (aspecto central do pensamento filosófico moderno) que ficaram como o fundamento da liberdade-propriedade (p. 245). Agora, este poder absoluto do *demos* não ficou somente no discurso, mas se concretizou no mundo da vida com o jacobismo, que, atuando em nome do direito natural à soberania radicada no *demos*, passa por cima de qualquer outra consideração (LOCKE, 1990, p. 246; FIORAVANTI, 1998, p. 68). Os sujeitos, individualmente considerados, são sacrificados em nome do povo soberano; a liberdade-propriedade dos sujeitos depende da ação política social, ou seja, da liberdade de participação das maiorias.

Justamente neste momento, o leitor poderia se perguntar se a liberdade-propriedade, à que alude Costa como um dos motivos de tensão, não poderia se aplicar, igualmente, como as liberdades de participação. Por acaso as liberdades de participação

---

<sup>9</sup> Por exemplo, existe uma longa tradição (que une, entre outros, a J. Locke com R. Nozick) que assinala que cada um é proprietário de si mesmo, o que fundamenta as liberdades individuais. Então, se cada qual tem a propriedade sobre sua própria consciência, ninguém pode lhe impor alguma religião ou crença (é claro que Locke condenou o catolicismo e o ateísmo, assunto que não posso me deter a explicar aqui, mas remeto a: LOCKE, John. *A letter concerning toleration*. New York: Prometheus Books, 1990. p. 63-64).

não podem ser entendidas, na mesma lógica jusnaturalista do século XVIII, como uma liberdade-propriedade do sujeito livre e igual? Somente as liberdades negativas podem ser entendidas como liberdades-propriedade? Esta pergunta não seria de todo estranha se levarmos em conta que o próprio Costa reconhece, acertadamente, que a propriedade não era ainda concebida em termos estritamente econômicos, mas fazia parte de uma grandeza antropológico-moral do sujeito moderno (p. 245), ou quando esclarece que o poder do *demos* parte da igualdade (mas por acaso a igualdade não seria parte da liberdade-propriedade?). É claro que esta pergunta questiona a precisão do termo usado para a oposição discursiva à qual alude o italiano, mas não põe em dúvida que, efetivamente, encontramos uma oposição entre os direitos de participação, que constituem o *quid* da democracia, com os direitos e as garantias que reclamam os sujeitos diante de decisões tomadas democraticamente pelas maiorias. Talvez, porém somente para favorecer o diálogo, o leitor poderia considerar mais apropriado a dualidade entre liberdades de participação e liberdades negativas; no entanto, esta classificação, como qualquer outra, apresenta as mesmas críticas que se implantaram: é possível um termo tão preciso que evite casos cinzentos ou a necessidade de matizes?

É claro que essa classificação das liberdades que Costa faz merece, como tudo, uma matização, para não dizer uma sugestão. O que se deve entender por liberdade-propriedade que constitui a antítese da liberdade de participação? Ele, a partir dos exemplos que dá, inclui na mesma seara dois assuntos que devem ser diferenciados. Vejamos casos concretos:

*“Conceda-se a todos os cidadãos o direito de voto; rompa-se o tradicional círculo virtuoso entre propriedade e direitos políticos e teremos o seguinte cenário: uma evidente afirmação, na competição eleitoral, dos não proprietários, dada a exiguidade numérica dos proprietários. O parlamento cairá legalmente nas mãos de maiorias que, privadas de quaisquer relações com as elites econômico-sociais, começarão a demolir a golpes de decreto aquela liberdade-propriedade da qual dependem os destinos progressivos da civilidade moderna”* (p. 246).

Claramente, Costa alude a uma liberdade-propriedade que garante a sobrevivência das elites econômicas e sociais. Dessa forma, o leitor poderia acreditar que a tensão entre liberdade de participação e liberdade-propriedade acaba se reduzindo à tensão entre pobres e ricos, muitos e poucos, igualdade formal e propriedade, assunto que é apenas uma das arestas do verdadeiro problema que o italiano implanta:

*“Uma maioria parlamentar, que não obstante legalmente empossada, pode acabar com os direitos fundamentais dos indivíduos: pode ser, precisamente, ‘tirânica’”* (p. 247).

Mais adiante (p. 248) ele segue com a mesma ideia: que a forma de se evitar maiorias tirânicas, fruto do igualitarismo democrata, consistia em unir os direitos políticos com a liberdade-propriedade, que foi justamente o que aconteceu – generalizando – no constitucionalismo latino-americano no início do século XIX: somente têm acesso ao voto

aqueles que podiam demonstrar ser proprietários, brancos, católicos etc. Tratar-se-ia de uma concepção da liberdade-propriedade entendida como garantia de um grupo social determinado. O mais grave é que um leitor anacrônico julgaria severamente a liberdade-propriedade, por considerar que com ela estaria enfrentando os bons ideais do atual Estado Social de Direito: integração das maiorias desapropriadas.

Mas, em outros momentos do texto, Costa alude aos direitos fundamentais, sem radicá-los em um grupo social determinado, como derivações da liberdade-propriedade. Isso poderia ter duas explicações igualmente plausíveis no texto que comento: a primeira é que, como já foi dito, seguindo a tradição racionalista prévia às revoluções de finais do século XVIII, a liberdade mesma se considerava uma propriedade (assunto que já mencionei em uma nota de pé de página), visto que esta não era entendida somente em termos econômicos. Havia então propriedade sobre a consciência, com a qual a liberdade e a propriedade seriam termos que se implicam, quase sinônimos. Assim, a liberdade-propriedade como uma estrutura similar seria levada a todos os seres humanos como seres racionais. A segunda é que deveria se diferenciar liberdade e propriedade, mas que, apesar de serem direitos diferentes, estão em relação íntima, pois consistem na proteção do indivíduo ante o poder. É claro que, em um ou outro caso, se chegaria ao mesmo ponto: a liberdade-propriedade, agora entendida como um assunto individual mais que coletivo (portanto, em um sentido mais moderno), e com ênfase em liberdades e(ou) propriedade mais além das que garantem o exercício de dominação de uma elite já favorecida; inclusive, este conceito de liberdade-propriedade seria o que poderia ser utilizado com sucesso no momento em que um indivíduo, que não faz parte da elite governante, tivesse que resistir ao furor desta última.

Sendo assim, teria sido melhor que Costa tivesse diferenciado a liberdade-propriedade em sentido restrito (a que é empregada em defesa dos interesses da elite para contrastar um *demos* popular), da liberdade-propriedade em sentido amplo (a que é posta para a defesa dos direitos dos indivíduos, inclusive contra a elite proprietária quando esta determina a vontade do soberano). Essa classificação não somente tranquilizaria o leitor, mas, além do mais, teria sido muito iluminista para explicar como estas podem entrar em tensão e como, dessa forma, a maneira em que se acreditou superada (pela limitação dos direitos políticos restringidos aos proprietários de bens econômicos) acabou sendo um fracasso, pois os riscos da supremacia da vontade sobre a razão continuaram, apesar de uma predominância da liberdade-propriedade em sentido restrito (ou seja, limitando os direitos políticos a uma elite proprietária), mas colocando em xeque a liberdade-propriedade em sentido amplo (ou seja, os direitos do sujeito em geral).

Enfim, a tensão entre vontade e razão nos discursos dos modernos permite a Costa, segundo as propostas de seu mestre Grossi, questionar a eficácia da democracia para sustentar os direitos fundamentais:

“O poder do *demos* não é o trâmite dos direitos fundamentais, mas ao contrário, apresenta-se como sua principal ameaça. A democracia não realiza os direitos, mas sim os subverte” (p. 247).

Mais adiante, será o próprio Costa quem esclarecerá que essas observações, que acabo de citar, remetem, fundamentalmente, à democracia do século XIX, já que a constitucional contemporânea merecerá interpretações diversas, que exporei mais adiante. Cairia, pois, em erro o leitor que ampliasse estes raciocínios, próprios de muitos membros da Escola de Florença, a toda a democracia e a todo o Estado. Inclusive, nas proximidades programáticas entre o neoconstitucionalismo e a Escola de Florença (ainda que esta proximidade não se dê por igual em todos os seus membros) está claro que, nesta última, pelo menos desde minha perspectiva, não existe a intenção de retorno ao período medieval-estamental (como alguns quiseram ver na obra prima do mestre Grossi: *L'ordine giuridico medievale*), mas um discurso que parte da necessidade de superar o princípio de igualdade jurídica que, de alguma forma, já faz parte do imaginário político europeu como uma conquista histórica, para chegar a um novo modelo que ponha no centro todos os direitos (razão) e não somente os políticos, que aceite os direitos não determinados pela maioria como fundamento do ordenamento, que se mova em torno do pluralismo do povo, e que valorize a participação política, mediante partidos limitados por regras que fogem ao seu controle parlamentar, entre outras coisas.

Neste momento, o leitor pode se perguntar pelo papel da democracia do século XIX na realização dos direitos. Seriam muitas as perguntas, para incitar um diálogo, que caberiam aqui, mas gostaria de deixar algumas especificamente para o leitor, sem me comprometer, ainda, com uma resposta concreta: que responsabilidade têm os teóricos estudados (lembrando que estamos diante de uma história das ideias) como Rousseau ou Sieyès pela forma como foram adequados e interpretados (ou seja, em termos de hermenêutica gadameriana: traduzidos) pelos políticos e juristas do século XIX? Que vantagens obteve para o indivíduo, fonte da modernidade, a igualdade formal, em contraposição com a estamentação da sociedade do Antigo Regime? Por acaso os monarcas absolutistas anteriores à Revolução Francesa não eram, em parte, expressão de uma vontade que queria evitar a liberdade-propriedade, em sentido amplo, dos governados? Por que a queixa de muitos teóricos da liberdade-propriedade em sentido amplo, baseada no direito natural racionalista justo, em épocas prévias às revoluções, que bem analisa Costa? Não estou afirmando que Costa, em especial, e a Escola de Florença, em geral, sejam filo-medievalistas, nem que consideram o século liberal como uma perda para a (e da) *ratio*; simplesmente acredito que estas questões permitiriam ao leitor se situar, quanto às reflexões críticas do italiano, sem chegar a mistificá-los nem a absolutizá-los (tudo segundo nosso plano inicial: questionar e matizar).

Continuando com a democracia do século XIX, Costa adverte sobre a importância da liberdade-propriedade, no sentido restrito antes proposto, na determinação dos direitos



políticos (p. 248), como forma de se evitar os perigos da tensão (entendida agora como os perigos de que o *demos* popular determine os direitos de uma minoria proprietária). Se aqueles que participam politicamente são os proprietários, as maiorias (de pobres) tirânicas serão impossíveis e os direitos (de poucos) estarão resguardados, ainda que, este não fosse o único critério restritivo nas liberdades de participação, sendo outros a incorporação à religião oficial, cor da pele, gênero masculino etc. (isso deve levar o leitor a matizar a importância que a propriedade tinha na determinação dos direitos políticos, que, além de ser fundamental naquele momento, não era o único critério nas culturas jurídicas do século XIX). Isso teve uma particularidade, adverte o italiano, no caso norte-americano, no qual, para resguardar os direitos fundamentais, se implantou o *judicial review* ou a defesa judicial da Constituição, gerando uma “sinergia” ou uma “conciliação” entre os diversos componentes do sistema jurídico-político, entre a vontade e a razão, entre o *demos* e os indivíduos, entre o criar direito e o dizer direito<sup>10</sup>.

Justamente aqui considero que valeria a pena fazer alguns comentários ao leitor. Costa, por um lado, desnuda os interesses em jogo na tensão entre *demos* e indivíduo no início do século XIX, deixando claro como a liberdade-propriedade em sentido restrito tenta uma nova conciliação entre vontade e razão (outra história sobre um modo de superar os riscos do monismo –vontade sobre razão – em bons termos), porém para seu próprio benefício (outra história sobre um fracasso). Mas, por outro lado, utiliza certas palavras que, em conformidade com sua visão de Estado constitucional e dos tribunais constitucionais, sobre os quais irei esclarecer mais adiante, poderiam dar a entender um olhar benigno, por parte de nosso autor, a esta forma, em que se pretendeu evitar os efeitos perversos da tensão de que se vem falando. Como o leitor poderia compreender esta página? Dificil tarefa lhe espera, mas posso colocar mais lenha na fogueira.

Costa, nestes momentos propícios, relata o contexto da proposta norte-americana do *judicial review*, mas não aprofunda, nem tinha porque fazê-lo, o que implicaria a articulação, em seu seio, da vontade e da razão, algo que o leitor pode, e deve fazer. Os juízes constitucionais, pelo menos no marco temporal de que vem se falando, seriam defensores da liberdade-propriedade em sentido cabal e, de alguma maneira, responsáveis pelos direitos das elites burguesas? Costa poderia ter chegado a este ponto? Sim, por direitos fundamentais, se a liberdade-propriedade fosse entendida como principal objeto de proteção em sentido restrito, acredito que Costa poderia concluir da mesma forma. Assim, articulária-se o texto, neste ponto em concreto, com outras leituras que, tempos atrás, colocavam em questão a defesa dos direitos por parte da *Supreme Court* norte-americana.

Entre essas outras leituras está a de Letelier, que afirma:

---

<sup>10</sup> É claro que a proposta norte-americana de fundamentação dos direitos, limitando a vontade do Estado, foi mais além do *judicial review*, tema que Fioravanti expõe em: *Ibíd.*, p. 77-95.

“A desconfiança do Legislativo será, assim, uma ideia matriz em toda a organização constitucional norte-americana. Para alcançar o objetivo proposto devia se idealizar um sistema de controle dos atos do Parlamento. Pensou-se em um órgão especial de revisão composto por membros do Poder Executivo e Judicial, mas a ideia não teve grande êxito. Algo estava totalmente claro para os participantes na Convenção: os juízes deviam ter um papel totalmente de protagonismo neste controle. Diversas são as razões que motivavam esta conclusão. Uma razão, no entanto, normalmente não formulada, resulta ser especialmente interessante. Os juízes no século XVIII não provêm precisamente dos setores desapropriados da sociedade norte-americana. Eles representam, de certa forma, as elites governantes e são, para elas, uma excelente forma de controlar, de apaziguar, de aquietar as massas apaixonadas” (LETELIER WARTENBERG, 2007, p. 544) (N.T.: traduzido do espanhol).

Igualmente, é o caso de Ran Hirschl, que em sua obra *Towards Juristocracy* dá forma ao conceito de *juristocracy* como a ascensão da *Supreme Court* ao controle constitucional sobre a atividade legal (assunto que Roscoe Pound<sup>11</sup>, para Estados Unidos, e Eduard Lambert (LAMBERT, 1921), para França, em um diálogo interatlântico (PETIT, In: DURAND & MAYALI, 2000, p. 503-554), criticariam fortemente), o qual ele explica, entre outras razões, com base na necessidade de se contar com um órgão que garantisse o direito de propriedade e oferecesse segurança às elites (hoje em dia, aos investidores) (HIRSCHL, 2004, p. 37-38).

O exposto anteriormente está também conectado às críticas de Rosenberg (ROSENBERG, 1993) aos tribunais constitucionais, ao considerar que estes não são os verdadeiros promotores da mudança social, exceto em temas de ampla relevância social (como a segregação racial, o acesso ao voto, o aborto, a discriminação quanto ao acesso ao transporte e a moradia, etc.). Inclusive, até nessas decisões, a mudança social que se anunciava se produziu, realmente, apenas quando estes temas chegaram à agenda do Executivo ou do Legislador, sendo ali onde a mudança social significativa foi possível. Em consequência, a função da defesa dos direitos fundamentais como um contraponto ao *demos*, por parte do tribunal constitucional ou a *Supreme Court*, está mitificada, visto que é próprio dos ramos do poder público que representam o *demos* (Legislativo e Executivo) a promoção eficiente e duradoura das mudanças sociais, neste caso, dos direitos. Mas tudo isto questiona o que foi dito por Costa? Não, na medida em que Costa faz uma história do pensamento e Rosenberg explana a partir de uma análise comparada das culturas políticas. São duas abordagens distintas.

---

<sup>11</sup> Durante as tentativas de implantação de uma legislação social no início do século XX (tentativas que se viram profundamente afetadas por decisões individualistas por parte da *Supreme Court* e que originaram uma exasperada reação de vários grupos sociais) a voz crítica de Pound se destacou, especialmente em uma conferência oferecida em 1906 diante da *American Bar Association* (POUND, Roscoe. *Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*. In: *American Law Review*, 40 (September-October, 1906); p. 729-749) que teria de dar a conhecer seu nome nos círculos de advogados progressistas e abriu as portas à Northwestern University Law School -graças a J. H. Wigmore- e, mais adiante, a Harvard.

#### 4. A TENSÃO NO ESTADO DE DIREITO

Costa segue, expondo pensamentos que expressavam o medo das maiorias tirânicas, sendo Antonio Rosmini um bom exemplo disso (o leitor fica esperando uma indicação temporal sobre sua obra), que preconiza, para evitar os perigos do *demos* (maioria de pobres legislando), a restrição dos direitos políticos e um tribunal judicial que sirva de poder contramajoritário em defesa da liberdade e da propriedade (p. 248). Apesar disso, na Europa, a estratégia norte-americana não aportará logo, uma vez que ali se optou, como forma de se superar os efeitos perigosos da tensão, pelo “Estado de Direito”.

O Estado de Direito foi a maneira pela qual se pretendeu evitar os perigos da tensão (ou os perigos da dominação de uma sobre a outra) entre vontade e razão, sem se fazer uso do jusnaturalismo racionalista. Então, com a chegada do positivismo (que somente se pode entender com o surgimento moderno do Estado, que Costa, como muitos historiadores contemporâneos, considera uma criação fundamentalmente do século XIX), surge a necessidade de se fundamentar os direitos – que já são parâmetro de civilização inclusive no século liberal – no código, na lei. O direito válido, positivo, ou seja, o expedido pelo Estado, contemplará os direitos dos sujeitos e limitará o poder em benefício daqueles (p. 249). No fundo, trata-se de um discurso de autolimitação do Estado, o que contribuiria para que o *demos* não usurpasse os direitos dos sujeitos, o que faria, além disso, possível um controle judicial da administração, de um lado, e uma tutela judicial dos direitos outorgados pelo Estado (p. 249), do outro, visto que não se pode esquecer que, neste século, sim, pode-se falar em direitos, porém, limitados em seu alcance, conquanto sejam os concedidos pelo Estado (p. 255).

Sobre o controle judicial à Administração, Costa diz que se deve, nesse momento (especialmente no fim do século XIX), à ameaça que se via para os direitos não estarem tanto no campo do legislador (que continuava ancorado, ainda que cada vez em menor medida, nas elites proprietárias, fruto das políticas de redução dos direitos políticos das massas populares), mas do Executivo, que, nesse momento, era um agente muito ativo em seu papel de mediador dos conflitos sociais e de integração das classes subalternas (p. 251). Afinal de contas, estamos diante do Estado que cresce em seu papel interventor, e diante do surgimento do direito social (com suas variantes de serviços públicos, direito do trabalho etc.). Isso explica o rápido surgimento de um sistema de controle da Administração, provocado pelo próprio Estado, agora entendido como soberano. Além disso, ao controlar a Administração, garante-se a submissão do Executivo diante da lei, pois o juiz, no momento de julgar o ato administrativo, deverá partir do ordenado pelo Legislador, que continua conservando para si os rastros do poder incontrolável da soberania.

Assim, em sua história das ideias jurídico-políticas, Costa traz ao debate, oportunamente, o direito administrativo. O leitor deve saber que esta pretendida maneira de diluir a tensão não somente se refletiu no direito administrativo, mas também em outras áreas, como no direito internacional, que justamente nesses momentos festejava a consideração de que o direito internacional seria fruto da autolimitação dos Estados (teoria defendida por Jellinek e Von Triepel, entre outros). Um tratado é, pois, norma jurídico-internacional que obriga um Estado, já que este, soberanamente, decidiu se autolimitar, ao ratificar o tratado.

Até aqui, poderia se considerar como superada, na história do pensamento, a tensão (ou os perigos da supremacia da vontade sobre a razão); mas, como bem o afirmará Costa, o fracasso se repetiu por dois motivos: a) o que aconteceria se o Estado, que conserva a soberania, decidisse se retratar de sua própria norma que o limitava? Se as coisas se desfazem como se fazem, o Estado pode se livrar de suas próprias autolimitações (p. 250); b) a autolimitação do Estado permitiria julgar as atuações do Estado a partir das próprias regras de autolimitação, que este se impôs a favor dos administrados, mas esta função que exerceria o juiz se entende ante o poder Executivo, porém não diante das ações do Estado quando atua como totalidade, como soberano<sup>12</sup>. Isso supõe que o limitado é a Administração (*sub lege*), mas a lei continua sendo entendida como soberana e, em consequência, impossível de ser controlada pelo juiz europeu (p. 251). Então, o risco da arbitrariedade continua presente no legislador e, em virtude da lei, deve se ceder ao administrador, que deverá obedecer à lei, seja ela arbitrária ou não.

Aqui o leitor deve ter presente algumas coisas: por que o silêncio de Costa sobre o ramo judicial? Caberia uma responsabilidade do Estado sobre uma decisão judicial? Seria controlável a decisão judicial? O juiz poderia ser despótico com os direitos dos sujeitos? Já havíamos visto como Costa coloca a função de juiz que declara o direito (*jurisdictio*) no braço da razão (ainda que, mais adiante, aceite como um problema a politização – e, portanto, seu influxo na vontade – do juiz na contemporaneidade, p. 267-268), pelo que a preocupação pela tirania do *demos* está ancorada, justamente, nos órgãos que representam essa maioria: o Executivo e o Legislativo. Além disso, dentro do ramo judicial liberal, existem diversos controles de decisão, como a motivação, a apelação, a cassação, o temor da prevaricação etc. Acrescentemos que, no século XIX, na história que relata Costa, o juiz é um poder neutro, um aplicador da lei, pelo que a doutrina do século XIX se concentra mais em explicar a soberania como um exercício legislativo. Mas justamente isto nos remete a questões que puderam complementar o

---

<sup>12</sup> Esse assunto é tão longo quanto amplo. Por sorte contamos com o trabalho de MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Faustino. *De responsabilitate: una breve historia de la responsabilidad pública*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2008. Com o marco de Costa se entenderia muito melhor a história que Martínez narra sobre como o aumento da responsabilidade do Estado está relacionada à erosão progressiva de sua soberania.

texto: se o juiz é concebido como um aplicador ou declarador da lei, como um poder neutro, não seria este um órgão limitado dentro dos que estão na órbita da vontade, e não da razão? Certamente, Costa responderia que, na ótica do estatismo do século XIX, a lei surgia como a síntese entre razão e vontade, pelo que a submissão do juiz diante da lei soberana implicaria a continuidade da união entre política e Direito. Mas, apesar disto, o juiz pode ser um fator importante de desestabilização de um equilíbrio entre vontade e razão, tal como foi a soberania do *demos*, de forma que o leitor não poderia descartar por completo, em seu exercício complementar, o estudo do papel judicial na (possível resolução da) tensão que nos ocupa desde o início.

## 5. A TENSÃO NA TEORIA KELSENIANA

Após esse novo fracasso, surge em cena Kelsen, com outra proposta. Assinala Costa que o austríaco entra para distinguir entre Estado real e Estado como ordenamento, o que é compatível com a distinção entre fato e norma. O Estado real seria, segundo esta versão da história, uma metafísica pré-científica. O Estado, visto pelo prisma do positivismo kelseniano, seria o ordenamento normativo, pelo que a dualidade Estado–Direito desaparece e, com ela, a tensão entre vontade de um Estado real, com a razão entendida como os direitos e os deveres dos sujeitos (KELSEN, 1960, p. 289-320). Além disso, Kelsen continua incendiando a casa ao indicar que o ordenamento é hierárquico, porque a lei não é expressão da soberania na medida em que é limitada pela Constituição, o que justificaria um controle da lei (que se somaria ao controle já existente sobre os atos da Administração) a favor dos direitos dos sujeitos, direitos que estariam consagrados na norma superior (p. 228-236). Portanto, a vontade que se traduzia em lei, ao deixar de ser soberana, já não tem a força para colocar em xeque a razão, os direitos (p. 251). Continua Kelsen reimplantando o esquema da tensão ao assinalar que o juiz é tanto um declarador de direito quanto um criador dele mesmo (p. 351), porque a dualidade de vontade-criadora e razão-declaratória perde sentido (p. 252). Então, a importância do pensamento de Kelsen em torno do equilíbrio (melhor que dizer tensão) de vontade–razão radica na visão hierárquica do ordenamento e do controle judicial da supremacia constitucional. Dessa maneira, surge em Kelsen que o estatismo (agora desvinculado do legicentrismo) e a democracia são compatíveis no Estado Constitucional, levando em conta que indicava um tipo especial de democracia (não mais o governo natural do *demos*, mas o respeito por certos valores políticos, como a proteção das minorias, alternância do poder etc.) e de Constituição (uma que consagre esses valores políticos e que exija maioria reforçadas no momento de expedirem leis que comprometam direitos de minorias, que estabeleçam um tribunal constitucional etc.).

Acrescentemos, a favor da interpretação feita por Costa, que existem mais argumentos que esclarecem como, para Kelsen, os perigos da relação vontade-razão que

vislumbraram nas democracias do século XIX dissipariam com seu *Reine Rechtslehre*. Em primeiro lugar, Kelsen critica que a igualdade material durante esta não existe realmente, constituindo uma ideologia do que é justo e, portanto, deve ser reservada em um positivismo puro (KELSEN, 2000, p. 34-35); e considera a igualdade formal (fundamento da vontade liberal) como um princípio ideológico que busca a legitimação do sistema político existente, seja qual for (p. 23-25). Em consequência, em uma Teoria Pura do Direito, a igualdade, como ideologia, não é um argumento válido cientificamente porque perde toda sua força como fundador da vontade do *demos*. Em segundo lugar, e compatível com sua perspectiva sobre a igualdade, a segurança jurídica (que é um ideal da vontade que assim justificava suas intromissões perigosas diante dos direitos dos sujeitos) é outra ideologia rejeitável pela *Reine Rechtslehre*: é uma ilusão enquanto não existe uma interpretação correta ou um único sentido da norma (KELSEN, 1960, p. 349-356). Mas esses dois aspectos são apenas um par de exemplos dos muitos outros que o leitor pode colocar para complementar a linha traçada por Costa, os quais se resumem na impossibilidade de fazer compatível o estatismo-legicentrista liberal com a Teoria Pura do Direito.

Apesar disso, Costa afirma, a teoria kelseniana acaba sendo, uma vez mais, um fracasso, visto que a vontade já não é soberana em termos de Lei mas sim, em termos de Constituição, pelo que, apenas ao modificar a Constituição, esta teria o efeito autoritário e despótico de que antes padecia a Lei (ou seja, que a vontade continua ameaçadora, já não em forma de Lei, mas de Constituição). O problema do uso despótico da Lei, por parte das maiorias, fica de certo modo resolvido, mas não o uso despótico que elas podem fazer da Constituição, enquanto conservam o poder de reformá-la. Acrescentemos que, com Kelsen, os direitos dos sujeitos (quanto ao seu conteúdo, quanto a sua interpretação e quanto à forma de resolver seus conflitos<sup>13</sup>) são determinações jurídicas derivadas da vontade, porque o próprio Direito poderia mudar seu sentido a qualquer momento, pois o contrário seria aceitar que existem direitos que são prévios ao Direito positivo, assunto que Kelsen rejeita abertamente (p. 253). Ao que parece, somente afirmando a objetividade dos direitos (ou seja, afirmando a necessidade e a existência dos direitos antes e fora do Estado) seria possível a defesa dos direitos contra o Estado (p. 254). Em consequência, Costa nos diz, a tensão (entendida como os perigos da preeminência de uma sobre a outra) entre vontade e razão permanece em Kelsen, apesar das boas tentativas deste último para superá-la, algumas das quais serão revisitadas pelos que o seguiram.

---

<sup>13</sup> Todo conflito entre valores (e os direitos fundamentais têm um elevado conteúdo de valor) se resolve, realmente, por meio da vontade de quem decide. KELSEN, Was ist..., Op. Cit., p. 16-17 (parágrafos 6-7). “*Es ist, letzten Endes, unser Gefühl, unser Wille, nicht unser Verstand, das emotionale, nicht das rationale Element unseres Bewußtseins, das den Konflikt löst*” (Ibid., p. 16). Agora, essa vontade pode se transformar em vontade soberana, se aquele que decide se considera, a si próprio, soberano ou delegado do soberano.

Mas antes de continuar com esta história, o leitor pode ver como nesta obra se recorre a Kelsen, que, por ter sido mitificado indevidamente décadas atrás, agora passa, pouco a pouco, a ser odiado nas culturas acadêmicas latino-americanas<sup>14</sup>. De fato, Kelsen é um democrata e defensor de um Estado Constitucional, mas, o italiano assinala bem, seus conceitos de democracia e Estado Constitucional não serão os mesmos que defenderia um neoconstitucionalista contemporâneo (KELSEN, 2002), tal como irei explicar adiante.

O leitor poderia, ainda, deter-se e escalar, com cuidado, esta montanha que Costa desenha bem. E como fazê-lo? Em primeiro lugar, matizando a afirmação de que Kelsen considerava o Estado real (vontade soberana) como uma metafísica pré-científica, enquanto o que o australiano indica é que o Estado real é um objeto que não é próprio da ciência do Direito. Assim, o que Kelsen define como ideologia (ou seja, metafísica pré-científica para a *Rechtswissenschaftliche*) são os discursos que, dentro da ciência do Direito, queriam justificar certo tipo de Estado, ou os que queriam limitar, com base em supostas normas superiores, o (Direito do) próprio Estado. A separação entre política e ciência do Direito não implica *per se* a consideração do Estado-real como inexistente ou como ideologia pré-científica para todo o saber possível, mas, simplesmente, como objeto estranho à pureza que deve defender o positivismo jurídico; o que é pré-científico, à luz da Teoria Pura do Direito, são os discursos políticos e(ou) morais que se pretendem legitimar a si próprios ao se catalogar como científico-jurídicos. Que seja o leitor aquele que forme seu critério, mas não sem antes ler, pelo menos, o prólogo da primeira edição da “*Reine Rechtslehre*” (KELSEN, 1960, p. III-VI). Kelsen, pois, não pretende a supressão da ciência política nem afirma a inexistência de seus objetos de reflexão prioritários, como o Estado entendido como vontade; o que ele defende é uma pureza metodológica da ciência do Direito a partir de uma cosmovisão fragmentada das disciplinas.

Isso me leva a outra consideração para o leitor: Kelsen pode ser reinvidicado por uma teoria política do Estado e, desde esta ótica (mas não tanto desde a jurídica), observar como, com sua teoria, se mantém a dualidade e, por fim, a tensão que se produz entre a vontade com os direitos. Isso pode saltar aos olhos na recém-editada “*A new science of politics. Hans Kelsen’s reply to Erik Voegelin’s “New science of politics”. A contribution to the critique of ideology*” (KELSEN, 2004), na qual Kelsen se refere às opções de uma ciência política (e aproveita para defender, em 1954, o positivismo diante dos embates acadêmicos de Pós-Guerra), bem como em trabalhos, com maior proporção latino-americana, como os que Oscar Correias (CORREAS, 2003) agrupou e afirma:

“Este outro Kelsen, que propõe o direito como espaço e resultado, sempre provisório, da política; que propõe o direito como mecanismo da democracia, antiestatista, mas sem ingenuidades anarquistas; que propõe o direito internacional como possibilidade para a paz,

<sup>14</sup> Sobre a recepção da obra kelseniana na América Latina, assinalando os efeitos de amor e ódio que esta gerou, ver: LÓPEZ MEDINA, Diego. *La teoría impura del derecho*. Bogotá: Universidad de los Andes, Legis y Universidad Nacional, 2004.

que por ser a única possibilidade não tem nada de ingenuidade. Este outro Kelsen, que desconfia dos computadores para nos lembrar que atrás de cada um deles existe um indivíduo que o manipula, uma vontade que pode ou não fazer caminhar a razão conservada; que propõe o mito de um deus semelhante ao deus do Estado; que pensa as normas como um ato de vontade, que dá sentido à conduta de outros, ou seja, como um ato de dominação; que mostra a radical irracionalidade da interpretação e a aplicação da lei, que não são mais que atos políticos legitimados; que nos propõe a *Grundnorm* ao final, como uma ficção que atua em nossa consciência, conferindo ao outro uma autoridade que não possui por si só; que mostra a todos nós nosso papel de órgãos do Estado, de cidadãos vigilantes do cumprimento da lei que nos domina; que propõe o Estado como ato ideológico de “imputação”; que explora a psicologia individual dos totalitarismos e sua “visão do mundo”; que mostra o direito subjetivo como técnica da sociedade capitalista, ou seja, o *sujeito* como criação histórica, muito antes de Foucault” (p. 16) (N.T. Traduzido do espanhol).

A partir da ótica da leitura esboçada por Correias – que o leitor poderia considerar exagerada em certos aspectos –, Kelsen, antes de buscar a supressão da tensão da vontade-razão, parte de seu reconhecimento e, por fim, do reconhecimento de seus perigos para a democracia, e assim propõe uma ciência do Direito neutro (a neutralidade é, no fundo, uma decisão política e, além disso, uma forma de enfrentar, desde a academia, os riscos do estatismo tirânico, que sempre busca ideologizar o Direito e sua ciência) e uma ação política crucial para limitar a vontade do poder (que é a que determina o conteúdo do Direito e guia a atividade interpretativa do órgão aplicador da norma jurídica) (KELSEN, 1960, p. 350-353).

Trata-se, pois, de outra leitura de Kelsen, mas não oposta à assinalada por Costa, à medida que ambas leituras aceitam, por fim, que a tensão vontade-razão não desaparece, querendo Kelsen ou não, na Teoria Pura do Direito.

Por último, o leitor latino-americano não deve perder de vista a importância de Kelsen para o pensamento jurídico europeu no que tange à defesa judicial da constituição e à supremacia constitucional diante da lei. Além disso, Costa deixa bem claro que fala para as lideranças da cultura jurídica europeia-continental (p. 253). No entanto, na América Latina, antes dos escritos de Kelsen, já existiam práticas normativas e judiciais na mesma direção, como a ação de amparo mexicana (1841) ou a ação pública de inconstitucionalidade colombiano-venezuelana (1897-1910), citando dois exemplos, assuntos aos que me referi em outra ocasião (BOTERO BERNAL, In: Revista da Faculdade de Direito, UFPR, 2009, p. 109-126).

## **6. A TENSÃO NOS ESTADOS CONSTITUCIONAIS DO PÓS-GUERRA**

Voltando a Costa, ele indica que essa objetividade (que falta em Kelsen) que se requer para o apoderamento da razão ante a vontade se encontra, justamente, nas ideologias de resistência aos totalitarismos dos anos trinta (p. 254-255), que, por sua vez, deixaram claro um renascimento das doutrinas do direito natural prévias às



revoluções do século XVIII (p. 256), renascimento que o italiano situa em duas linhas: a) no tronco da reflexão teológica cristã (não é estranho que seja mais ou menos a mesma posição de Zagrebelsky<sup>15</sup>), que a cataloga como jusnaturalismo em sentido cabal (p. 256); b) no entanto, é muito mais revelador da nova cultura jurídica o jusnaturalismo em sentido amplo, que, com orientações heterogêneas, defende a existência de um vínculo imediato entre pessoa e Direito, com independência do Estado, mas que determina a legitimidade deste último (p. 256). Esta última linha apresenta uma grande vantagem: por sua heterogeneidade, não pode contar com um único sistema fundacional dos direitos, o que dá lugar a debates construtivos nas culturas políticas multiculturais contemporâneas no momento de fundar, no âmbito nacional e internacional, os direitos (p. 256). Enfim, uma vez que a Segunda Guerra Mundial passou, as novas constituições refletem este ideal objetivador dos direitos, pois estes são o melhor baluarte contra o despotismo estatal (p. 255).

Os Estados constitucionais europeus do Pós-Guerra são, de algum modo, resultado da teoria kelseniana, por sua concepção hierárquica do sistema jurídico e pela defesa judicial da Constituição como sistema contra-majoritário (p. 257), mas sem cair no formalismo do austríaco que foi, segundo Costa, o culpado do fracasso de seu sistema de equilíbrio entre vontade-razão. Como se evita o formalismo? Com a concepção dos direitos como princípios superiores objetivados (p. 257), assunto que aproxima, em muito, o relato de Costa ao neojusnaturalismo, desde a ótica dos positivistas, ou ao não-positivismo, desde a postura dos jusnaturalistas clássicos.

Dessa maneira, entramos em outra fase da história da tensão (entendida como o perigo da supremacia da política sobre o direito) entre a vontade e a razão: a segunda metade do século XX europeu. Aqui, na teoria, a vontade seria assumida pelo Estado – mas não qualquer Estado, e sim o constitucional –, e a razão pela Constituição, não qualquer Constituição, mas as novas constituições (neoconstitucionalismo). Nesse espaço e tempo do pensamento jurídico-político (pois é uma história do pensamento), os direitos ficam formados em uma Constituição, pela qual já não há esboços morais, mas direitos positivos (p. 258)<sup>16</sup> que, aprendendo com os erros de Kelsen, resistem às maiorias, não somente no plano legislativo (com a subordinação da Lei ante a Constituição), mas também no constituinte, visto que se convertem em cláusulas que não se modificam para o Parlamento (p. 259), o que implica uma distinção muito particular: o poder constituinte

---

<sup>15</sup> O fundamento dos direitos está no humanismo cristão-católico, segundo: ZAGREBELSKY, *Il diritto...*, Op. Cit., especialmente o quarto capítulo. Uma crítica à consideração do jusnaturalismo católico como o fundamento dos direitos modernos, em: PECES-BARBA, Gregorio. Epilogo: Desacuerdos y acuerdos con una obra importante. In: ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1995. p. 159-160 (p. 157-173).

<sup>16</sup> Algo como um direito positivo que, por ser objetivado, atua como se fosse um direito natural. Ver: ZAGREBELSKY, *Il diritto...*, Op. Cit., sexto capítulo.

e o poder de revisão da constituição, de que dispõe a maioria parlamentar, tal como ele o assinala expressamente (p. 259).

Assim, as teorias tradicionais do poder constituinte ficariam reservadas para a primeira distinção, mas não para a segunda, ainda que o leitor possa se perguntar habilmente, se o poder constituinte não parlamentar – ou seja, o povo (seja por meio de uma Assembleia Nacional Constituinte, ou um referendo constitucional etc.) – pode ou não modificar a Constituição, no que tange aos princípios jurídicos básicos de organização do Estado democrático e aos direitos fundamentais. Se a resposta é positiva, então continuamos no mesmo problema que Costa observou em Kelsen: não há garantia anti-majoritária plena para evitar a eliminação ou suspensão dos direitos, senão, em suma, dificuldades sistemáticas que se impõem à maioria; neste caso, já não seria o Parlamento quem poderia modificar a Constituição contra os direitos, mas o próprio povo (soberano) poderia fazê-lo no exercício de sua liberdade de participação. Outra resposta seria que sequer o povo, como poder constituinte, poderia fazer tal coisa, o que suporia, de um lado, que já não haveria soberano (não pode se afirmar que existe poder constituinte para certas coisas e não para outras: se a soberania tem limites, já não é mais soberania), e, do outro, que teria que perceber, não somente para o acadêmico, mas também para o cidadão, algo difícilíssimo: que existe uma razão objetiva, e portanto válida, que permitiria extrair do âmbito do constituinte estes temas, apesar de que se parte da pluralidade do povo (como afirmar a existência de uma objetividade quando se parte da pluralidade?)<sup>17</sup>.

Sobre esse assunto, algo se pode se perceber em Costa quando afirma, junto a Mortati<sup>18</sup> (ainda que o texto de Lassalle “*Was ist eine Verfassung?*” (LASSALLE, 1992) também tivesse servido para este propósito), que a Constituição escrita é simplesmente a ponta do iceberg de uma Constituição material (p. 259-260), e se essa Constituição base é a que permite a existência das maiorias (parlamentares, volta a assinalar), então elas não poderiam variar as regras do jogo que permitem sua própria existência. De qualquer forma, o cético poderia continuar se perguntando: por que as maiorias não estão legitimadas ou facultadas para transgredir a base que lhes permite ser maiorias? A pergunta seria pertinente se se parte de que, ao que parece, não exista razão jurídica que obrigue à continuidade, no futuro, das maiorias (inclusive, a democracia é um sistema que permite a alternância do poder). Além disso, as maiorias podem continuar sendo

---

<sup>17</sup> Bobbio, por exemplo, considera que a pergunta pelo fundamento dos direitos é uma tarefa inútil (BOBBIO, Norberto. *Per una teoria generale della politica*. Torino: Einaudi, 1999. p. 421-466; BOBBIO, Norberto. *L'età dei diritti*. 9.ed. Torino: Einaudi, 2006. p. 5-16) por não poderem esboçar uma base objetiva (Ibid., p. VII-XX), pelo que é mais relevante discutir sobre as garantias dos direitos (Ibid., p. 17-44). Enfim, para este autor os direitos são conquistas históricas que exigem, para sua sobrevivência, da ação política.

<sup>18</sup> Autor predileto por muitos neoconstitucionalistas italianos, apesar de ser sua obra principal nesta linha, “*La costituzione in senso materiale*” (1940), um texto próprio da cultura fascista. Ver esta crítica em: PECES, Epílogo..., Op. Cit., p. 159.

maioria, porém fora do sistema constitucional; o que a Constituição material faz é outorgar ou não poderes públicos a essas maiorias, mas não é quem faz, necessariamente, essas maiorias. Em consequência, uma coisa é indicar que a Constituição não dá poderes às maiorias para que a reformem, e outra é dizer que a Constituição é a que permite a criação delas, com o que não seria válido que o efeito variasse sua causa. Tudo se reduz, pois, a entender os alcances da Constituição material, e como se forma uma maioria. O que fica claro, no momento, é que a preocupação maior de Costa – e não é para menos – não é o poder constituinte do *demos*, mas o poder de reforma da Constituição por parte do Parlamento, que é um poder mais real e, portanto, perigoso.

Não obstante, o autor italiano nos dá alguma luz ao finalizar este parágrafo:

*“Por certo, ainda parece juridicamente incontrolável o poder constituinte: um poder que, de Sieyès em diante, concentra em si a imagem da absoluta liberdade criativa e destrutiva do demos e poderia parecer ainda livre para agir (‘revolucionariamente’), desarranjando a ordem constitucional existente. Parece, então, abrir-se novamente um processo ad infinitum e se repropor, em seu interior, aquele dilema fundamental – a tensão entre o soberano e a norma, entre o poder do demos e a ordem do direito e dos direitos – que ameaça tornar problemática a aliança entre a democracia política e o Estado constitucional”* (p. 261).

Se entendi bem, Costa indica que o problema dos limites do poder constituinte, entendido como *demos*, parece ainda incontrolável, com o que a tensão (o perigo) subsiste. Não obstante, adiante, o florentino fará uma jogada que poderia dar novas luzes a este problema: o *demos* abre caminho às elites, com o que a tensão, discursivamente, poderia diminuir.

De qualquer forma, seja qual for a resposta à questão que esboço para o leitor, Costa continua assinalando que o Estado vinculado a uma Constituição concreta como as surgidas na Europa logo da Segunda Guerra Mundial, permite dar conta de um característico antivoluntarismo e objetivismo no momento de buscar fundamentar os direitos (ressaltando nisto a Hauriou e Häberle), que acabam assim situados no que Ferrajoli denomina “o âmbito do não decidível” (p. 260).

Costa se questiona se o conceito de *demos* mudou. A resposta é contundente: não que ele tenha mudado em si mesmo, mas que já estamos em condições de assinalar que se tratou de um discurso fundamentador do sistema, que ocultava o poder de certas elites que seguiam certas regras do jogo, consideradas mais aceitáveis do que as do despotismo iluminista. Nada mais claro a respeito do que a seguinte frase:

*“Não são ‘todos’, ou mesmo os ‘muitos’, a decidir, mas os ‘poucos’, os membros das elites. Os mesmos partidos que, como novas organizações de massa, mudaram o quadro oitocentista da representação, exprimem e repetem em seu interior a lógica elitista que caracteriza todo o sistema político. O mecanismo democrático-representativo é, assim, apenas uma simulação legitimante: não dá voz ao povo soberano, mas simplesmente oferece um método eficaz para a formação da classe dirigente (para uma «simples designação» de «capaz», como já havia afirmado Vittorio Emanuele Orlando), além de permitir sua troca de maneira ágil e indolor”* (p. 262-263).

E mais adiante lemos:

*“A democracia não é o poder do demos: é uma arena onde se desenvolve uma (regulamentada) competição entre líderes rivais, que não tanto exprimem a ‘vontade do povo’, quanto a ‘constroem’, induzem-na, com técnicas não muito diversas daquelas empregadas pelos publicitários, influenciando profundamente as inclinações dos eleitores. A concorrência entre políticos parece, em certa medida, semelhante à concorrência entre empresários empenhados a disputar uma ou outra categoria de consumidores”* (p. 263).

Isso leva a duvidar de Rousseau (pois não existe uma vontade generalizada, mas muitas vontades que expressam pluralidade de interesses) e de Marx (não existe um povo unitário que luta por sua emancipação). A democracia é a interação de grupos e poderes diversos, com interesses que se distinguem uns dos outros: é uma poliarquia (p. 264) 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, a tensão (o perigo) em uma democracia entre a vontade do poder estatal e a razão dos direitos perde muito peso, visto que a democracia não põe em xeque-mate a ordem constitucional, se reconhece a existência da pluralidade, à medida em que já não se pode falar de um povo, de uma vontade, de um interesse. Enfim: o Estado pode ser ao mesmo tempo democrático e constitucional (p. 265).

É claro que aqui o leitor latino-americano perguntará sobre seu contexto. Costa, como já disse, fala da experiência europeia e, em alguns casos que ele mesmo deixa claros, da dos Estados Unidos (assim o indica, no último tema comentado, na p. 264). Mas, apesar dessas precauções do autor florentino, pode se transferir este pensamento para a América Latina? Como discurso transnacional que o neoconstitucionalismo pretende ser, é claro que sim, mas, como realidade sociopolítica, bem sabemos que a América Latina não conquistou o reconhecimento efetivo da diversidade que se prevê no Estado Constitucional. As forças homogeneizantes nos âmbitos socioculturais são mais fortes em nossa tradição, e não somente se fala do hoje. Pense, por exemplo, como no século XIX latino-americano os discursos do *demos* legitimante da ação política estiveram filtrados pela homogeneização religiosa católica. Assim, o leitor poderá considerar a importância destas reflexões em contextos bem diferentes.

Já para finalizar, Costa assinala que nem tudo mudou. Se analisamos bem, sobrevive, no conceito de democracia do pensamento tradicional dos séculos XVII e XVIII o seguinte: o *demos* se resolve nos sujeitos (p. 265), pois, afinal de contas, a modernidade reivindica a existência do sujeito substante (assunto do qual se falou no início do texto). No entanto, graças às novas ideias que atravessam o espaço-tempo vital europeu de Pós-Guerra, podemos vislumbrar, em alguma medida, o fim da tensão (do

perigo) entre poder e direito (p. 265), pois a constituição entra em harmonia discursiva com uma democracia entendida como pluralidade (p. 266). Aqui o leitor levantaria sua voz: para protestar (terminará a tensão, ou melhor, o risco para os direitos, por parte do Estado, se este agora é Constitucional?) ou por alegria (chegou o fim – glorioso – dos tempos despóticos!). Acreditei, devo confessá-lo, que Costa seria parte deste segundo grupo. Já tinha preparado meus argumentos para indicar ao leitor que algo tão bom não ocorre com frequência, visto que a cultura dos direitos do neoconstitucionalismo pode levar ao totalitarismo (agora do juiz, o que poderia ser ainda mais tenebroso, dependendo dos contextos onde atua) e à extinção de identidades culturais em nome dos direitos ocidentais, que são, *mutatis mutandi*, os mesmos perigos do Iluminismo.

Mas, claramente, Costa não se deixa levar por essas expressões quase românticas das vozes de exagerado otimismo, e deixa claro que o tema ainda não termina, e que existem complicações que, por não serem bem conduzidas, implicariam um retorno à tensão (ao perigo) que agora, discursivamente, está resolvido, ou a caminho da resolução. A primeira complicação se manifesta 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 (p. 266).

A segunda complicação é como articular o Estado constitucional com a globalização, que implica direito supranacional (como a normativa da União europeia), tribunais de justiça internacionais, cartas de princípios e direitos transnacionais etc. Esta segunda complicação ocupa mais o florentino, que deixa claro que ali não se enquadra uma tensão vontade-razão, pois não está ali, ele disse, um *demos* planetário nem um poder constituinte global, especialmente porque já não há mais lugar para este mito fundador da democracia (p. 267). Isso supõe que o constitucionalismo contemporâneo leva seu campo de batalha a favor da razão (a favor dos direitos), 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 (p. 267), em que os órgãos judiciais – agora internacionais – seriam os guardiões naturais dos direitos – no âmbito global (p. 267; desta maneira, voltamos à consideração do juiz como braço da razão na tensão com a vontade, que está na p. 238).

Mas o leitor pode ver bem que Costa, apesar de reconhecer a complicação do Direito global, não deixa claro a que poderes se refere, e talvez fosse um tanto breve o modo que considerou, desde o dever ser, os riscos de uma nova tensão poder-direitos fora do marco democrático. Ou seja, desde a democracia, na sua maturidade europeia, a tensão não deveria ser forte justamente pela ausência de um *demos* e um poder constituinte planetário (ainda que nada impeça que se dê – primeiro por blocos regionais, depois por blocos continentais e, até mesmo, mundial – um poder constituinte que

transcenda o nacional). Mas por acaso a tensão no âmbito internacional só pode se dar na democracia tal como evoluiu na atualidade? A mesma especialidade que a democracia tomou, e que bem a ilustra Costa, fez com que esta deixasse de se conceber como um ato de vontade justificada por um *demós*, para passar a ser um sistema regulatório do poder dos grupos minoritários que se alternam mutuamente (um grupo elite que governa em virtude de algumas regras preestabelecidas, consideradas como melhores diante das regras do jogo do autoritarismo), requer por si que esta democracia tão específica já não inclua todos os modelos possíveis nos quais pode se apresentar na atualidade o poder do próprio *demós*. Isso nos leva, pois, a considerar como possível a tensão entre poder e direitos nos (velhos e, especialmente, novos) poderes internacionais, 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. Não confundamos os efeitos políticos gerados pelo FMI ou alguma multinacional, se comparados com os que algum tribunal internacional de direitos humanos ou a Corte Penal Internacional de Justiça procura, ao declarar algo<sup>19</sup>.

Acrescentemos que o leitor, neste momento, pode se perguntar se essas duas complicações assinaladas por Costa são as únicas ou, pelo menos, as mais perigosas para a tensão de que se fala no Estado Constitucional. Considero que outra complicação está no debate entre a segurança e a certeza que requer todo o sistema social para seu funcionamento – de um lado –, com os efeitos que pode produzir o neoconstitucionalismo – de outro –, assunto que, se não é conduzido adequadamente, poderia gerar um desapontamento generalizado ante o modelo que tanto Alexy e Zagrebelsky defendem, entre outros. Também poderia mencionar a complicação derivada do multiculturalismo e o discurso dos direitos individuais mais além do direito à igualdade. Outra complicação é que, na medida em que se conferem mais limites às maiorias, se sobe no sistema jurídico hierárquico (lembre-se da boa crítica que Costa fez a Kelsen: limitou as maiorias no momento de fazer a Lei, não no momento de reformar a Constituição), mas isso denota que aumenta a incerteza sobre o que o juiz dirá como Direito tanto quanto a norma, seguindo Kelsen, quanto mais alta, mais geral (Hart preferiria dizer que é mais vaga ou ambígua). Enfim, acredito que as complicações dentro dos ordenamentos são muito mais numerosas do que as que o italiano destaca.

---

<sup>19</sup> Para maior ilustração sobre a complexidade das relações entre vontade e razão no âmbito globalizado, ver: DAHRENDORF, Ralf (em diálogo com Antonio Polito). *Después de la democracia*. Trad. Luciano Padilla López. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2003. Este texto analisa muitas das preocupações expressas por Costa: a crise da democracia no Estado-nação contemporâneo (p. 7-15 y 81-97), o problema da democracia no âmbito internacional (p. 16-30), a ausência de um *demós* europeu (p. 39-63, especialmente 55-58), o poder dos meios de comunicação como intermediários entre o governo e os sujeitos (p. 98-109) etc. O leitor poderia, sem maiores dificuldades, comparar estas duas obras.

Voltando a Costa, ele finaliza seu trabalho matizando o otimismo do neoconstitucionalismo, indicando que existem outros dois problemas que se somam às complicações do novo estado de coisas. O primeiro destes 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 (p. 268). Enfim, alude tangencialmente nosso autor ao que foi denunciado como a tirania dos juízes como um risco político no Estado constitucional.

O segundo problema é que o baluarte da democracia, a todo instante, é a liberdade de participação. Porém, atualmente, esta liberdade de participação não foi deteriorada justamente pelos ataques constantes que recebe a autonomia de decisão dos sujeitos? (p. 268). Dito em outras palavras, a videocracia<sup>20</sup>, por assim dizer, que domina os âmbitos eleitorais contemporâneos, está de acordo com o novo âmbito democrático, que, ao se articular com a Constituição, dá lugar a um possível fim da tensão vontade-razão?

Costa, pedagogicamente, não responde a esses questionamentos, apenas nos indica no último parágrafo da sua obra: se o leitor considera que as complicações e os problemas não têm fundamento, então a tensão foi resolvida; mas poderia concluir por outra via: que a democracia contemporânea renunciou ao sonho de reconduzir o mundo por intermédio dos (direitos dos) sujeitos (p. 268).

## 7. COMO CONCLUSÃO

Enfim, concluindo, queria deixar claro ao leitor que esta obra, sem dúvida alguma, é uma ferramenta fundamental para os estudos de base que compartilham a história do direito, a jusfilosofia e o direito constitucional. As virtudes da obra estão ancoradas, especialmente, no estilo ameno do autor, na profundidade do que foi dito (para o leitor especializado) e na tranquilidade da exposição do fundamental (para um leitor mais generalista). Amplamente recomendo sua leitura, mas sem miticismos, sem dogmatismos, sem atos de fé. E a melhor maneira de fazê-lo é matizando e questionando até o limite.

É por isso que finalizo com uma questão que tanto me preocupa, e que o leitor poderá usar em seu exercício cognitivo: por acaso, a pretendida guerra contra o terrorismo não seria a nova roupagem do estatismo para dominar, pela vontade (ou graças ao medo) o *demos*, e a favor de certa elite que controla o público, a razão dos direitos?

---

<sup>20</sup> E faço alusão especialmente ao seguinte texto: SARTORI, Giovanni. *Homo videns*. Roma-Bari: Laterza, 1997.

## REFERÊNCIAS

- BOBBIO, Norberto. *L'età dei diritti*. 9. ed. Torino: Einaudi, 2006.
- BOBBIO, Norberto. *Per una teoria generale della politica*. Torino: Einaudi, 1999.
- BOTERO BERNAL, Andrés. Algunas influencias del primer proceso constitucional neogranadino: El constitucionalismo gaditano, las revoluciones, las ilustraciones y los liberalismos. In: *Ambiente Jurídico*, N.º 10, 2008; p. 168-210.
- BOTERO BERNAL, Andrés. Matizando o discurso eurocêntrico sobre a interpretação constitucional na América Latina. Trad. Francisco Codorniz. In: *Revista da Faculdade de Direito, UFPR, Curitiba-Brasil*, N.º 49 (2009); p. 109-126.
- CARONI, Pío. *La soledad del historiador del derecho: apuntes sobre la conveniencia de una disciplina diferente*. Presentación de Italo Bircocchi. Trad. Adela Mora y Manuel Martínez. Madrid: Universidad Carlos III, 2010.
- CORREAS, Óscar (compilador). *El otro Kelsen*. México: UNAM y Ediciones Coyoacán, 2003.
- COSTA, Pietro. *Democrazia politica e Stato costituzionale*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2006.
- COSTA, Pietro. *Iurisdictio, semantica del potere politico nella giuspubblicistica medievale*, Milán: Giuffrè, 1969.
- COSTA, Pietro. *Soberania, representação, democracia: Ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá Editora, 2010.
- COSTA, Pietro. Un diritto giusto? Giusnaturalismo e democrazia nel secondo dopoguerra. In: CUNHA P., Ferreira da (a cura di). *Direito natural, justiça e política*. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 213-244.
- DAHRENDORF, Ralf (en diálogo con Antonio Polito). *Después de la democracia*. Trad. Luciano Padilla López. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2003.
- ESCOBAR VILLEGAS, Juan Camilo y MAYA SALAZAR, Adolfo León. La formación intelectual de los constituyentes colombianos en la primera mitad del siglo XIX. In: BOTERO BERNAL, Andrés (editor). *Origen del constitucionalismo colombiano. Ponencias del III Seminario Internacional de Teoría General del Derecho*. Medellín: Universidad de Medellín, 2006. p. 53-78.
- ESCOBAR VILLEGAS, Juan Camilo y MAYA SALAZAR, Adolfo León. Otras “luces” sobre la temprana historia política de Colombia, 1780-1850: Gaetano Filangieri y la “ruta de Nápoles a las Indias Occidentales”. In: *Co-herencia: Revista de Humanidades*. Vol. 3, N.º 4 (enero-junio de 2006); p. 79-111.
- FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las Constituciones*. 2. ed. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 1998.
- GARCÍA PACUAL, Cristina. *Legitimidad democrática y poder judicial*. Valencia: Edicions Alfons el Magnànim, 1996.
- GROSSI, Paolo. *L'ordine giuridico medievale*. Roma – Bari: Laterza, 1995.
- GROSSI, Paolo. *Prima Lezione di diritto*. Bari: Laterza, 2003.
- HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy. The origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2004.



- JACOBSON, J. Mark. *The Development of American Political Thought*. New York: Appleton-Century-Crofts, 1932.
- KELSEN, Hans. *A new science of politics. Hans Kelsen's reply to Erik Voegelin's "New science of politics"*. A contribution to the critique of ideology. Edition by Eckhart Arnold. Frankfurt: Ontos Verlag, 2004.
- KELSEN, Hans. *Esencia y valor de la democracia*. Trad. Rafael Luengo Tapia y Luis Legaz Lacambra. Edición y estudio preliminar de José Luis Monereo Pérez. Granada: Comares, 2002.
- KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. Wien: Franz Deuticke, 1960. p. III-VI.
- KELSEN, Hans. *Was ist Gerechtigkeit?* (1953). Stuttgart: Reclam, 2000.
- LAMBERT, Edouard. *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États – Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*. Paris: Marcel Giard & Cie. Lambert, 1921.
- LASSALLE, Ferdinand. *¿Qué es una Constitución?* (1862) Introducción por Franz Mehring (1908). Bogotá: Temis, 1992.
- LETELIER WARTENBERG, Raúl. Jueces ordinarios y justicia constitucional. In: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 34, N.º 3, 2007; p. 539-574.
- LEVAGGI, Abelardo. *Confederación y federación en la génesis del Estado argentino*. Buenos Aires: Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2007.
- LOCKE, John. *A letter concerning toleration*. New York: Prometheus Books, 1990.
- LÓPEZ MEDINA, Diego. *La teoría impura del derecho*. Bogotá: Universidad de los Andes, Legis y Universidad Nacional, 2004.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Faustino. *De responsabilitate: una breve historia de la responsabilidad pública*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2008.
- PECES-BARBA, Gregorio. Epílogo: Desacuerdos y acuerdos con una obra importante. In: ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1995. p. 157-173.
- PETIT, Carlos. Harvard en Lyon: Lecturas de Roscoe Pound en el Institut de Lambert. In: DURAND, Bernard & MAYALI, Laurent (eds.). *Exceptiones iuris. Studies in Honor of André Gouron*. Berkeley (Ca.): Robbins Collection, 2000. p. 503-554.
- PETIT, Carlos. Homenaje a Paolo Grossi (algo menos que una *laudatio*). In: *Quaderni fiorentini*, N.º 39 (2010); p. 555-564.
- POUND, Roscoe. *Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*. In: *American Law Review*, 40 (September-October, 1906); p. 729-749.
- ROSENBERG, Gerald. *The Hollow Hope. Can Courts bring about social change?* Chicago, IL.: The University of Chicago Press, 1993.
- SARTORI, Giovanni. *Homo videns*. Roma-Bari: Laterza, 1997.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mitte. Legge, diritti, giustizia*. Torino: Einaudi, 1992.

Recebido: julho 2010

Aprovado: abril 2011

