V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA II

JOSE EVERTON DA SILVA

PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS

SINARA LACERDA ANDRADE CALOCHE

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

C755

Constituição, teoria constitucional e democracia II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Jose Everton da Silva; Paulo Roberto Barbosa Ramos; Sinara Lacerda Andrade Caloche – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-504-1
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Inovação, Direito e Sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Constituição. 3. Teoria Constitucional. V Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2022 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA II

Apresentação

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA II:

Os artigos contidos nesta publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho Constituição, Teoria Constitucional e Democracia II durante o V Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, realizado nos dias 14 a 18 de junho de 2022, sob o tema geral “Inovação, Direito e Sustentabilidade”. O evento foi promovido por esta sociedade científica do Direito com o apoio da Universidade Presbiteriana Mackenzie e da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Trata-se da quinta experiência de encontro virtual do CONPEDI em mais de três décadas de existência.

A apresentação dos trabalhos abriu caminho para uma importante discussão, em que os pesquisadores do Direito puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração a temática central do grupo. Essa temática traz consigo os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica enfrentam no tocante ao estudo dos referenciais teóricos do Direito Constitucional e dos reflexos do constitucionalismo na atuação dos Poderes da República no país.

Os temas abordados vão desde, democracia e direitos da personalidade; segurança jurídica dos servidores públicos; ideologias de Carl Schmitt e Hans Kelsen; mandatos coletivos; ativismo judicial; protagonismo judicial; inconstitucionalidade via embargos de declaração; princípio do concurso público; Supremo Tribunal Federal como corte recursal; limites à liberdade de expressão, direito à informação, fake news e democracia; neoliberalismo na ordem constitucional brasileira, estado democrático de direito; efeito backlash; notários, registradores e os direitos fundamentais; decisão judicial e neoliberalismo; legitimidade democrática do poder judiciário brasileiro; a criminalização da homotransfobia e diálogos constitucionais nos sistemas jurídicos ocidentais, também estiveram presentes. Em virtude do momento em que vivemos, os desafios atuais da temática do grupo relacionados à pandemia da COVID-19 foram também lembrados.

Na coletânea que agora vem a público, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação em Direito, nos níveis de Mestrado

e Doutorado, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de dupla avaliação cega por pares double blind peer review. Dessa forma, todos os artigos ora publicados guardam sintonia direta com este Grupo de Trabalho.

Agradecemos a todos os pesquisadores pela sua inestimável colaboração e desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Prof. Dr. Jose Everton da Silva

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos

Prof.ª Dr.ª Sinara Lacerda Andrade Caloche

EM NOME DA LIBERDADE: A PROTEÇÃO DA PESSOA A PARTIR LEGITIMIDADE DA LEI NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

IN THE NAME OF FREEDOM: THE PROTECTION OF THE PERSON FROM THE LEGITIMATE OF LAW IN THE DEMOCRATIC STATE OF LAW

Diogo Valério Félix
Daniela Menengoti Ribeiro

Resumo

O presente estudo tem por finalidade apresentar uma leitura possível quanto ao reconhecimento e efetivação dos direitos socioeconômicos como condição de legitimação de um Estado Democrático de Direito, pelo método dedutivo. Acompanhando a leitura de Hans Kelsen e Ernest Tugendhat, o estudo apresenta os elementos conceituais para se estabelecer a legitimidade de um Estado Democrático de Direito, a partir da inclusão e tutela dos respectivos direitos no sistema dos direitos humanos como condição de tutela integral da pessoa.

Palavras-chave: Legitimidade, Legalidade, Direitos sócio-econômicos, Estado democrático de direito, Tutela integral da pessoa humana

Abstract/Resumen/Résumé

The purpose of this study is to present a possible reading regarding the recognition and realization of socioeconomic rights as a condition of legitimation of a Democratic State of Law, by the deductive method. Following the reading of Hans Kelsen and Ernest Tugendhat, the study presents the conceptual elements to establish the legitimacy of a Democratic State of Law, from the inclusion and protection of the respective rights in the human rights system as a condition of integral protection of the person.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Legitimacy, Liberalism, Democratic state, Integral protection of the human person

1. **INTRODUÇÃO**

A relação entre o Direito, a Política e a Moral na modernidade tem fomentado o debate acerca do fundamento último das relações de mando e obediência, e ainda, das condições de legitimação dos Estados modernos.

Dentro dessa perspectiva, o presente estudo promoverá uma leitura a partir da obra de Hans Kelsen e Ernest Tugnedhat, no sentido de apresentar como a Constituição de Estados Democráticos e o reconhecimento dos direitos humanos, em particular, dos direitos sócio-econômicos, na ordem jurídica estadual se mostram como condições ou critérios de legitimação de tais ordens sociais.

Assim, no movimento inicial, antes mesmo de se apresentar as propostas anteriormente mencionadas, o estudo se propõe à demonstrar a problematização acerca da relação entre legitimidade e governo (mando) nos primórdios da civilização ocidental, a pesquisa se propõe a promover o enfrentamento de tais temas na contemporaneidade[1]. Para tanto – no terceiro movimento – em razão da ruptura epistemológica engendrada pelo ideário das luzes em relação às instâncias teológicas e metafísicas, a pesquisa mobilizará as obras de Augusto Comte, Thomas Hobbes e Max Weber, como instrumental teórico sob o qual se fundará a legitimidade das relações de mando e obediência na modernidade.

Após a fixação da base teórica anteriormente mencionada, a problematização quanto a relação entre legalidade e legitimidade será empreendida a partir das obras de Hans Kelsen e Ernest Tugendhat, a fim de demonstrar que desde o século XX, e sobretudo no século XXI, as condições da legitimidade do Estado e do governo – sob a ótica do liberalismo – passam pelo crivo do conceito de democracia, tanto em termos formais, quanto em termos substâncias.

Cumpre desde já destacar, que o presente trabalho não tem por finalidade esgotar qualquer dos temas abordados, dada a sua importância e complexidade, e, ainda, por conta das limitações impostas por um artigo dessa natureza. Dentro da problemática

---

[1] O termo “contemporaneidade” é utilizado como uma referência ao período compreendido a partir do século XX, da civilização ocidental.

apresentada, pretende-se demonstrar uma leitura possível a partir do referencial teórico eleito, no sentido de fixar, as condições de legitimação dos Estados modernos, pelas exigências da democracia e do reconhecimento e tutela dos direitos socioeconômicos, tendo em vista os direitos da personalidade.

A partir desse cenário inicial, em termos históricos e filosóficos, que o debate da legitimidade dos Estados Modernos se mostra como uma agenda necessária à compreensão da legitimidade dos governos constituídos, como da própria ordem jurídica em vigor que promove a fundação e mediação das relações de mando e obediência na modernidade. É a esse enraizamento histórico-filosófico, que uma (re)leitura das condições de legitimidade das relações políticas, e, ainda, da fundação da autoridade política, a partir da antiguidade clássica, a fim de capturar a gênese conceitual da "legitimidade da lei", não pode deixar de fazer remissão em um projeto de edificação de Estados Democráticos de Direito na contemporaneidade.

2. LEGALIDADE E LEGITIMIDADE NA MODERNIDADE POLÍTICA

A problematização acerca da legalidade e legitimidade encontra maiores complexidades na medida em que se localiza, historicamente, na modernidade, dado que esta é caracterizada, do ponto de vista de sua estrutura epistemológica, pela ausência de uma instância, ou base, metafísica e teológica capaz atuar como sistema de representação do mundo e, propriamente do direito, deslocando, assim, a legitimidade da lei dessas mesmas instâncias.

Esse tema recebe uma inflexão decisiva na aurora da modernidade política, no século XVII, depois do esfacelamento do poder espiritual concentrado no papado romano, por força dos movimentos de reforma do protestantismo, assim como o surgimento dos modernos estados nacionais, que aparecem em decorrência do

desmoronamento da autoridade ainda centrada na unidade política do sacro império romano-germânico[2] (GIACOIA, 2013, p. 60).

Daí porque, sobretudo desde o século XVII, pode constatar a transição, perfeitamente justificável em termos de racionalidade (GIACOIA, 2013, p. 60), entre a legalidade e legitimidade, de modo que os deveres impostos pelas "leis não escritas" acabaram por assumir a forma histórica dos direitos políticos fundamentais (GIACOIA, 2013, p. 60).

É nesse sentido que se caminha a abordagem que se pretende fazer da localização da problematização da legitimidade da autoridade política moderna. Parafraseando o Prof. Oswaldo Giacoia Júnior (2013, p. 60), a importância da questão, para a discussão jusfilosófica atual mal pode ser exagerada, tanto mais quando se atenta para o fato de que este direito natural, expresso em leis não escritas, a que Antígona recorre contra o édito positivo, sacrilégio e autoritário de Creonte, encontra-se positivado a partir das modernas constituições dos estatutos democráticos de direito, sob a forma de direitos humanos e fundamentais em nosso constitucionalismo moderno.

> São esses direitos, constitucionalmente assegurados como liberdades públicas, que, desde sua positivação, demarcam as trincheiras de resistência do cidadão contra os excessos de arbítrio do poder soberano. Neles se concentram as razões da verdadeira justiça contra a violência, mesmo que revestida de legalidade. (GIACOIA, 2013, p. 60-61).

Enquanto nos períodos anteriores a legitimidade da lei residia na sua correspondência com a ordenação metafísica ou teológica, a modernidade, dada sua ruptura com os respectivos regimes, inaugura uma nova forma de representação do Direito (teoria do conhecimento), e, consequentemente, das bases constitutivas da legitimidade e da soberania, sobretudo no que concerne a ideia de um Direito Universal, como direitos naturais ínsitos à própria natureza humana.

Segundo o Prof. Oswaldo Giacoia Júnior (2013, p. 61),

---

[2] Não se despreza, de modo algum, a importância dos autores da Idade Média no que se refere à conceituação da legitimidade das relações de mando e obediência. Contudo, como o presente estudo não tem a pretensão de promover a reconstrução histórica do conceito de legitimidade e democracia a utilização das obras de Platão e Cícero têm, como destacado no texto, apenas e tão somente capturar a gênese conceitual da "legitimidade da lei", para que se possa abrir a discussão da legitimidade dos Estados Democráticos de Direito na contemporaneidade a partir do reconhecimento e tutela dos direitos humanos socioeconômicos.

> são esses direitos que, como resultado de uma das memoráveis e prodigiosas epopeias democráticas da história do Ocidente, foram positivados nos ordenamentos jurídicos dos modernos estados de direito, inicialmente nas constituições brotadas dos movimentos revolucionários inspirados no ideário filosófico das *Luzes*, no final do século XVIII. Testemunham-no a Declaração da Virgínia de 1776 e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (...) de 1789.

Percebe-se, assim, como consequência das *Luzes*, e do surgimento dos modernos estados democráticos de direito, que o fundamento e justificação da autoridade política, e, portando, da legitimação as relações de mando e obediência, não se encontram mais na vontade de Deus, nos costumes herdados pela tradição, nem mesmo na história, mas solidariamente plantados na natureza humana. Dela brotam direitos fundamentais e inalienáveis, legitimamente atribuíveis a todos os homens em função de sua humanidade, prerrogativas éticas e jurídicas universais, cuja validade se sobrepõe aos ordenamentos jurídico-políticos empíricos, que, com efeito, teriam a função precípua de assegurá-los e torna-los efetivos (GIACOIA, 2013, p. 61).

É dentro desse contexto que o Positivismo, movimento intelectual que encontra expressão com Augusto Comte, aparece como um novo sistema, racional, global e uniforme, de estruturação dos saberes, em negação às bases teológicas e metafísicas, em prol de um pensamento científico (positivo).

O pensamento de Comte apresenta uma preocupação fundamental no sentido de propor uma filosofia da história na qual se encontram as bases de sua filosofia positivista e as três fases da evolução do pensamento humano: o teológico, o metafísico e o positivo. Após passar pelos três estágios históricos, no estágio científico abandona-se a referência às causas últimas, ou seja, às não observáveis. A organização científica da sociedade irá atender à necessidade de estabilidade.

> O conhecimento das leis da sociedade permitirá aos cidadãos verem os limites das reformas possíveis, ao passo que os governos serão capazes de usar o conhecimento social científico como base para reformas paulatinas e efetivas que aumentarão mais ainda o consenso (BOTTOMORE, 1988, p. 291).

A fim de libertar a teoria social da teologia e da metafísica, Comte apoia-se no que ele chama de "espírito autêntico" do positivismo, ou seja, a invariabilidade das leis físicas, pois,

> a filosofia teológica e a filosofia metafísica nada mais dominam hoje em dia senão o sistema do estudo social. Elas devem ser expulsas deste último refúgio. Isto será feito principalmente pela interpretação básica do movimento social como necessariamente sujeito a leis físicas invariáveis, em lugar de ser governado por qualquer espécie de vontade (COMTE, 1978, p.16).

É neste sentido, que não só a organização natural do mundo encontra uma base epistemológica para além de qualquer dimensão teológica ou metafísica, mas, inclusive, a própria organização social, o que o inclui os elementos fundacionais do direito positivo, e as bases constitutivas da soberania moderna.

Contudo, foi com Thomas Hobbes, anteriormente no século XVII, em sua obra *Leviatã,* que a ruptura da racionalidade político-jurídica teológica, de matriz medieval é substituída por uma feição técnico-racionalista e laica (MATOS, 2006, p. 09-29). Na respectiva obra, em oposição a tradição teórica jusnaturalista, Hobbes aponta que o Estado não é um dado da natureza, antes o contrário, é o resultado de um pacto, de uma convenção, que surge como – soberano, como ideia do absoluto – aquele que é capaz de garantir o cumprimento das leis, ao mesmo tempo em que pune aqueles que as transgridam (HOBBES, 1997, p. 136-137).

É de se destacar que, com o surgimento do corpo estatal, a monopolização do poder corresponde à monopolização do processo legislativo pois apenas as leis postas pelo soberano, qualquer que seja ele, devem ser cumpridas (BOBBIO, 1999, p. 35).

> E, por outro lado, somente o governante tem o direito de criar leis, que, evidentemente, correspondem ao direito positivo, e não mais ao etéreo direito natural. Dessa maneira, a passagem da mítica jusnaturalista à técnica juspositivista se dá pela mediação do Estado-Leviatã, o que, para Hobbes, constitui um arranjo irreversível e destinado a perdurar, pois, no seu próprio dizer, pactos sem espada não passam de palavras. (MATOS, 2006, p. 09-29).

A referência a Hobbes apresenta-se de maneira necessária e incontornável à problematização que ora se propõe, pois, em razão da substituição operada em sua obra do direito natural do Cosmos, pelo direito natural do indivíduo, racional e mecanicista, o autor inglês é tido como um dos principais fundadores do direito moderno, dada suas justificações teóricas emancipadas de preocupações teológicas e metafísicas. Assim, segundo Hobbes, a razão humana é capaz de constituir, por si só, a mecânica estrutural da comunidade – o Estado-Leviatã – sem que seja necessário qualquer apelo à

divindade. Isso porque o Estado apresenta-se como artefato, motivo pelo qual o direito, pensado pela corrente positivista, é entendido como um conjunto sistemático, unitário e coerente de normas jurídicas – isto é, comandos – criadas e mantidas pela vontade humana, sem a intervenção de qualquer deidade ou força sobrenatural. Ao direito positivo repugna qualquer metafísica ou consideração axiológica capaz de obscurecer os limites reais, efetivos e empíricos da experiência jurídica, que se resume no direito posto, ou seja, existente (MATOS, 2006, p. 09-29).

Essa problematização moderna a respeito da constituição do Estado, e, consequentemente, da legitimidade das relações de mando e obediência, baseia-se, segundo Max Webber[3] (1999, p. 157), no prestígio que lhes concede a crença específica, difundida entre os participantes das associações políticas, numa especial sagração, dada pela "conformidade à lei" da ação social por elas ordenada".

Entendendo por dominação a "probabilidade de obediência a um determinado mandato" (WEBER, 1999, p. 171), Weber define o conceito legitimidade como a "probabilidade [de uma dominação] ser tratada praticamente como tal e mantida em uma proporção importante" (WEBER, 1979, p. 128). "É pela crença na sua legitimidade que uma dominação se mantém independentemente do motivo especifico e subjetivo de cada um dos dominados para obedecer aos mandatos que lhe são impostos, é a crença genérica em sua legitimidade que repousa a estabilidade de uma dominação" (CELLA, 2010, p. 12).

> Esta crença na "conformidade à lei" específica da ação de associação política pode intensificar-se - o que de fato é o caso nas condições modernas - até o ponto em que, exclusivamente, certas comunidades políticas (sob o nome de "Estados") são consideradas capacitadas a ordenar ou admitir a aplicação de coação física "conforme a lei" por parte de outras comunidades quaisquer. Em consonância com isso, para o exercício e a ameaça desta coação, existe, na comunidade política plenamente desenvolvida, um sistema de ordens casuísticas, às quais se costuma atribuir aquela "legitimidade" específica: a "ordem jurídica", da qual a única criadora normal é considerada hoje a comunidade política, porque de fato tem usurpado, em regra, o monopólio de impor, mediante coação física, a observação daquela ordem (WEBER, 1999, p. 157).

---

[3] A eleição e abordagem de Weber no presente estudo não é arbitraria e nem aleatória, uma vez que o referido autor construiu um conceito positivista de legitimidade que permeia todas as discussões sobre o tema até os dias de hoje. Tanto é assim, que é com base nele que Kelsen examina a legitimidade na sua Teoria Pura do Direito.

A subsistência de toda dominação, no sentido que Weber atribui à palavra como uma relação de mando e obediência, depende de uma autojustificação mediante a recorrência aos princípios de sua legitimação, dentre os quais a validade[4] – da dominação – repousa na expressão de um sistema de regras racionais (pactuadas ou impostas) que, como normas universalmente compromissórias encontram obediência quando a pessoa por elas autorizada a exige que o mando (poder) seja exercido de acordo com aquelas regras, revelando o caráter da dominação burocrática[5] (WEBER, 1999, p. 197-198). É de registrar que a ideia – básica – da dominação legal-racional[6] é de que "qualquer direito pode ser criado e modificado mediante um estatuto sancionado corretamente quanto à forma" (WEBER, 1979, pág. 128).

Ao fundar a legitimidade da dominação legal na crença na legalidade, e, portanto, na possibilidade de criação e modificação do direito, Weber desloca o problema da legitimidade do direito positivo para a questão do procedimento pelo qual o direito é produzido e modificado. "É o procedimento formal concreto que vai permitir uma identificação do que é ou não legal, e, por sua vez, é a crença naquilo que identificamos como legal que residirá a legitimidade deste tipo de dominação" (CELLA, 2010, p. 13). Nesse sentido, a legitimidade do "edifício jurídico" passa a ser a crença em um determinado procedimento que permita a identificação do conteúdo substancial do direito.

3. **LEGITIMIDADE E LEGALIDADE: UMA (RE)LEITURA A PARTIR DE HANS KELSEN**

---

[4] Weber apresenta, ainda, como princípios de legitimação da dominação, a autoridade pessoal, cujo fundamento reside em uma *tradição* tida como sagrada, e, ainda, o *carisma,* isto é, na revelação atual ou na graça concedida a determinada pessoa - em redentores, profetas e heroísmo de qualquer espécie (WEBER, 1999, p. 197-198). Contudo, tendo em vista os objetivos do presente estudo, e, também, as limitações impostas por estudo dessa natureza (artigo), essas a problematização quanto a essas formas de dominação não será objeto de análise.

[5] A respeito da teorização da dominação burocrática, fundada no sistema de regras racionalmente concebidas, referencia-se a obra de Max Weber *Economia e Sociedade*, vol. 2, uma vez que essa análise não constitui objeto do presente estudo.

[6] "O fundamento racional identificado por Weber é de especial importância para este trabalho, pois é nele em que o autor acredita resistir a estabilidade da dominação legal característica de nosso tempo. Seria a crença na legalidade que levaria à submissão dos dominados a esta forma de dominação caracterizada pela positivação do direito e por um quadro administrativo predominantemente burocrático" (CELLA, 2010, p. 12).

Nessas condições, a obra de Kelsen representa uma importância ímpar à concepção positivista – científica – do direito, na medida em que é graças ao jusfilófoso de Viena que

> a teoria do direito natural foi banida do pensamento jurídico contemporâneo, não se podendo conceber qualquer ordem jurídica concorrente em relação à do direito positivo, o único direito efetivamente existente. A ideia de direito natural permanece viva apenas no plano jusfilosófico, confundindo-se com a noção de justiça. Hoje a teoria do direito natural apresenta importância apenas retórica, servindo unicamente para criticar e propor mudanças nas normas de direito positivo, e não para negar sua validade, como ocorria na Antiguidade, no medievo e na modernidade. (MATOS, 2006, p. 09-29).

Desde o prefácio da primeira edição da Teoria Pura do Direito, Kelsen (1999) esclarece que sua pretensão é desenvolver uma teoria jurídica livre de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural. Uma teoria jurídica consciente de sua especificidade porque consciente da legalidade do seu objeto, aproximando tanto quanto possível os seus resultados do ideal de toda a ciência: objetividade e exatidão.

É preciso esclarecer, que uma leitura desatenta da *Teoria Pura do Direito*, divorciada das bases epistemológicas e das condições sócio-políticas fixadas por Kelsen, pode levar a interpretações equivocadas quanto à pretensão e consequências da obra do autor de Viena. Muito embora o projeto de epistemologia jurídica é apresentado na *Teoria Pura do Direito*, a ciência do direito não pode ser dissociada das condições políticas em que o mesmo é concebido a aplicado, de tal modo que a proposta teórica apresentada no respectivo texto exige uma conjugação com o texto *A Democracia*, não só para uma compreensão do propósito teórico de Kelsen quanto à ciência do direito, mas, em especial, para o objeto de estudo do presente trabalho.

Ao discorrer sobre a validade normativa, Kelsen (1999, p. 146) destaca que

> As normas de uma ordem jurídica valem enquanto a sua validade não termina, de acordo com os preceitos dessa ordem jurídica. Na medida em que uma ordem jurídica regula a sua própria criação e aplicação, ela determina o começo e o fim da validade das normas jurídicas que a integram. As constituições escritas contêm em regra determinações especiais relativas ao processo através do qual, e através do qual somente, podem ser modificadas. O princípio de que a norma de uma ordem jurídica é válida até a sua validade terminar por um modo determinado através desta mesma ordem jurídica, ou até ser substituída pela validade de uma outra norma desta ordem jurídica, é o princípio da legitimidade.

Neste sentido, a legitimidade é apresentada, na *Teoria Pura do Direito*, como princípio que estabelece as condições para a aferição da validade normativa. Uma norma jurídica será válida e eficaz se estiver de acordo com a Constituição, ou seja, se for legítima. Kelsen apresenta uma limitação importante ao princípio em questão, destacando que o mesmo não encontra nenhuma aplicação em caso de revolução ou de golpe de estado, ambos entendidos como toda e qualquer modificação ilegítima da Constituição, isto é, toda modificação da Constituição, ou a sua substituição por uma outra, não operadas segundo as determinações da mesma Constituição (KELSEN, 1999, p. 146). É de se destacar que a referência de Kelsen à Constituição, e de sua alteração, diz respeito às condições jurídico-políticas da constituição do corpo político e sua mediação pela norma fundamental[7], a qual vincula, em termos jurídicos, a validade normativa e as condições de legitimação do governo[8].

Assim, a modificação da Constituição corresponde a modificação da norma fundamental de uma ordem jurídica estadual, pois é a norma fundamental quem funda a ordem social, e, portanto, a ordem jurídica. O termo *Constituição* empregado por Kelsen, diz respeito à constituição do corpo político, o que inclui a sua forma política e o seu governo.

Segundo Kelsen, a Constituição, legítima e eficaz, só permitirá considerar como autoridade jurídica um parlamento eleito pelo povo. De acordo com a norma fundamental de uma ordem jurídica estadual, o governo efetivo, que, com base numa Constituição eficaz, estabelece normas gerais e individuais eficazes, é o governo legítimo do Estado. Uma Constituição é eficaz se as normas postas de conformidade com ela são, globalmente e em regra, aplicadas e observadas (KELSEN, 1999, p. 147).

O Estado, que concentra em si a personificação da ordem jurídica, apresenta-se como Estado de Direito, pois somente é possível falar em Estado na medida em que os direitos e deveres a ele atribuídos são estatuídos pela mesma ordem jurídica que

---

[7] Kelsen descreve a norma fundamental como um "puro" dever ser dito dinâmico, já que vazio de conteúdo. Trata-se, em linhas gerais, de uma norma que somente "pode fornecer o fundamento de validade, mas não o seu conteúdo de validade das normas sobre ela fundadas" (KELSEN, 2006, p. 219). Kelsen, ainda, sintetiza a norma fundamental (*Grundnorm*) segundo a máxima, dirigida a partir da ordenação dos Estados nacionais, de que "devemos nos conduzir como a constituição prescreve" (KELSEN, 2006, p. 225).

[8] Kelsen entende o governo como a capacidade jurídica de criação de normas individuais e gerais na ordem jurídica.

representa e personifica. Esta atribuição ao Estado, isto é, a referência à unidade de uma ordem jurídica e a personificação desta mesma ordem, daí mesmo resultante, é, como importa sempre acentuar, uma operação mental, um instrumento auxiliar do conhecimento. O que existe como objeto do conhecimento é apenas o Direito (KELSEN, 1999, p. 218).

> Se o Estado é reconhecido como uma ordem jurídica, se todo Estado é um Estado de Direito, esta expressão representa um pleonasmo. Porém, ela é efetivamente utilizada para designar um tipo especial de Estado, a saber, aquele que satisfaz aos requisitos da democracia e da segurança jurídica. "Estado de Direito" neste sentido específico é uma ordem jurídica relativamente centralizada segundo a qual a jurisdição e a administração estão vinculadas às leis - isto é, às normas gerais que são estabelecidas por um parlamento eleito pelo povo, com ou sem a intervenção de um chefe de Estado que se encontra à testa do governo os membros do governo são responsáveis pelos seus atos, os tribunais são independentes e certas liberdades dos cidadãos, particularmente a liberdade de crença e de consciência e a liberdade da expressão do pensamento, são garantidas (KELSEN, 1999, p. 218).

O governo legítimo, ou seja, a validade e legitimidade das normas jurídicas criadas pelo Estado – como representação e personificação da ordem jurídica – se constitui mediante a satisfação das exigências da democracia e da segurança jurídica, exigindo, metodologicamente, a superação do dualismo entre Estado e Direito, a fim de se construir uma legítima teoria geral do direito fundada em um positivismo jurídico coerente. O Direito, precisamente como o Estado, não pode ser concebido senão como uma ordem coerciva de conduta humana - com o que nada se afirma sobre o seu valor moral ou de Justiça. E, então, o Estado pode ser juridicamente apreendido como sendo o próprio Direito - nada mais, nada menos. Esta superação metodológico-crítica do dualismo Estado-Direito é, ao mesmo tempo, a aniquilação impiedosa de uma das mais eficientes ideologias da legitimidade. Daí a resistência apaixonada que a teoria tradicional do Estado e do Direito opõe à tese da identidade dos dois, fundamentada pela *Teoria Pura do Direito* (KELSEN, 1999, p. 223).

Tais pressupostos, já traçados desde a *Teoria Pura do Direito*, impedem toda e qualquer tentativa de vinculação de Kelsen ao regime nazista, ou, ainda, a qualquer regime autocrático e totalitário, revelando a falácia do argumento *reductio ad hitlerum*,

se apresentando como o resultado de uma leitura desatenta e descompromissada da obra do professor de Viena.

Em *A Democracia*, Kelsen reafirma os pressupostos democráticos quanto à legitimidade do governo. Ao definir a democracia como um governo do povo – participação dos governados no governo, ou seja, na participação da criação e aplicação das regras gerais e individuais da ordem social que constitui a comunidade, sendo este o critério essencial da democracia, Kelsen destaca esta não se define pelo conteúdo da ordem jurídica, mas ao processo em que esta ordem é constituída (KELSEN, 2000, p. 142).

> O método de criação da ordem é sempre regido pela própria ordem, desde que a mesma seja uma ordem jurídica. Pois é característico do direito o fato de ele reger sua própria criação e aplicação. Sem dúvida, o moderno conceito de democracia, que prevalece na civilização ocidental não é exatamente idêntico ao conceito original da Antiguidade, na medida em que este foi modificado pelo liberalismo político cuja tendência é restringir o poder do governo no interesse da liberdade do indivíduo. Sob essa influência, a garantia de certas liberdades intelectuais, em especial a liberdade de consciência foi incluído no conceito de democracia, de tal modo que uma ordem social que não contenha tal garantia não seria considerada democrática mesmo que seu processo de criação e aplicação garantisse a participação dos governados no governo (KELSEN, 2000, p. 142-143).

A posição de Kelsen é absolutamente clara no sentido de definir a democracia não só em uma perspectiva formal – como o governo *do* povo –, mas, também, em uma perspectiva substancial, de um certo tipo ideal de conteúdo (ainda que secundário) que define conceitualmente a democracia como um sistema político através do qual uma ordem social é criada pelos que estão sujeitos à ordem, de tal modo que a liberdade política, no sentido de autodeterminação, esteja assegurada, de tal modo que, necessariamente, em qualquer lugar e circunstância, a democracia estará a serviço desse ideal de liberdade política (KELSEN, 2000, 144).

Ao promover a definição de liberdade política como ideal da democracia, Kelsen o faz a partir do princípio da autodeterminação, destacando que

> O problema da liberdade política é: como é possível estar sujeito a uma ordem social e permanecer livre? [...] um sujeito é politicamente livre na medida em que sua vontade individual está em harmonia com a vontade "coletiva" (ou "geral") expressa na ordem social. Tal harmonia da vontade "coletiva" com a vontade individual é garantida

> apenas se a ordem social for criada pelos indivíduos cuja conduta ela regula. Ordem social significa determinação da vontade do indivíduo. A liberdade política, isto é, a liberdade sob a ordem social, é a autodeterminação do indivíduo por meio da participação na criação da ordem social. A liberdade política é liberdade, e liberdade é autonomia (KELSEN, 2005, p. 408).

Se em uma tal conjuntura a liberdade política (na sua acepção mais ampla) não for atendida, se em um caso concreto a ordem social criada não atenda ao ideal da liberdade, das liberdades públicas e individuais, significa que a democracia foi abandonada (KELSEN, 2000, 144), motivo pelo qual um governo, e, consequentemente, a ordem social, somente poderá ser consideradas legítima se atendidas as exigências da democracia, a saber: a constituição de um governo do povo, e da garantia da liberdade política (na sua concepção mais ampla).

Observa-se que desde obra de Kelsen a ideia da legitimidade do governo e da ordem social se apresenta como uma pauta do liberalismo, na medida em que o autor pontua que a vontade da comunidade, numa democracia, é sempre criada através da discussão contínua entre maioria e minoria, através da livre consideração dos argumentos a favor e contra certa regulação de uma matéria, a qual não fica restrita ao âmbito do parlamento, mas está permeada em todo o *lócus* social e veículos de opinião. Uma democracia sem opinião pública é uma contradição em termos. Uma vez que "a opinião pública somente pode surgir onde são garantidas a liberdade intelectual, a liberdade de expressão, imprensa e religião, a democracia coincide com o liberalismo político, embora não necessariamente com o econômico" (KELSEN, 2005, p. 412).

4. LEGITIMIDADE E DIREITOS SOCIOECONÔMICOS: ERNET TUGENDHAT EM DEFESA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O passo decisivo para que a democracia possa ser alcança, contemporaneamente, segundo Ernest Tugendhat (1999, p. 78), é aquele em que há uma alteração na legitimidade que modifica sua concepção de uma base tradicional para, evoluindo, fundamentar-se sobre a vontade do povo.

> Se a ordem política quer ser legítima, a condição necessária, mas não suficiente, é que tem de ser democrática; o sistema democrático tem que conter garantias, por exemplo, para que a perda de uma votação

> não signifique a aniquilação do adversário; deve conter outras garantias contra os abusos a que está exposto o sistema democrático de votação indireta; independentemente disto, supondo-se o pleno funcionamento parlamentar na máxima perfeição permitida pela realidade, ainda assim, todos os membros do povo deveriam reter espaços que eles mesmos pudessem desenvolver como consequência de suas capacidades e atividades, sendo ainda, que estes espaços não poderiam ser infringidos pelas decisões políticas majoritárias. Estes espaços de liberdade individual constituem um contrapeso necessário dos interesses individuais, não ao poder tradicionalista autoritário, mas ao poder político como tal (TUGENDHAT, 1999, p. 79).

É de se destacar que as condições de legitimidade do Estado moderno, escapam à mera opinião do autor alemão, subsumindo-se nos conceitos de liberalismo e democracia, sendo este o conceito – o de democracia – entendido no seu sentido mais amplo, como suplementação resultante dos direitos humano. Segundo Tugendhat, este é o uso atual do conceito de democracia, mas não se deve esquecer que é complementado por dois fatores, a saber: o democrático em sentido estrito e o fator liberal (TUGENDHAT, 1999, p. 79).

Ingo Sarlet discorre sobre a possibilidade de aplicação de norma constitucional definidora de direito fundamental social diretamente ao caso concreto, sem que, necessariamente, haja a interferência do legislador infraconstitucional.

> Se há alguma questão que merece ocupar um lugar de destaque no âmbito problemático da eficácia dos direitos fundamentais, esta é, sem dúvida, a indagação em torno da possibilidade de se reconhecer, diretamente com base na norma constitucional definidora de um direito fundamental social, e, independentemente de qualquer interposição legislativa, um direito subjetivo individual (ou coletivo) a uma prestação concreta por parte do Estado, isto é, se há como compelir juridicamente os órgãos estatais, na qualidade de destinatários de determinado direito fundamental, à prestação que constitui o seu objeto (SARLET, 2015, p. 313).

Ingo Sarlet, em suas preocupações com a eficácia dos direitos fundamentais, especialmente os de natureza social, considera que estes são direitos subjetivos a prestações. Discorrendo sobre o direito à garantia de uma existência digna, analisa o reconhecimento jurisdicional, especialmente, pela jurisprudência do STF, em casos relativos ao salário mínimo, à assistência social, à previdência social, à saúde e à moradia, apontando as hipóteses em que esses direitos fundamentais sociais, além de estarem formalmente previstos na Constituição Federal, foram implementados mediante atuação do legislador (SARLET, 2015, p. 317-347).

Tem-se propugnado pela indivisibilidade dos direitos fundamentais. Assim, compreende-se que os direitos de liberdade, consubstanciados em direitos civis e políticos, e os direito de igualdade, traduzidos em direitos econômicos sociais e culturais, não podem estar apartados. Embora este debate seja atual e ainda não concluído, reconhece-se que a questão não é recente. A Proclamação de Teerã, promulgada em 1968 pela I Conferência Mundial de Direitos Humanos, advertiu aos países signatários que "a realização dos direitos civis e políticos sem o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais torna-se impossível" (art. 13). Podem-se visualizar, aqui, duas dimensões de direitos fundamentais, a primeira centrada na liberdade e a segunda, na igualdade. Nesta perspectiva, Ingo Sarlet discorre sobre as diversas dimensões dos direitos fundamentais, destacando sua importância nas etapas distintas de positivação de tais direitos no âmbito internacional e no espaço interno de cada país (SARLET, 2015, p. 45-58).[9]

Em que pese a crítica ao liberalismo, sobretudo as que se encontram em Hegel e Marx, o conceito de liberalismo adotado no presente estudo segue a leitura de Ernest Tugnedhar, no sentido de contrapor ao conceito de liberdade negativa, a qual define-se pela ausência de coação, e que define o liberalismo tradicional, ao conceito de liberdade positiva, em que se leva em consideração as condições materiais que uma pessoa pode exercer, efetivamente, sua liberdade.

> Um aspecto curioso da literatura contemporânea, sobre os direitos liberais, é aquele que embasa o conceito de liberdade como aquele fundamental e incontestável para a legitimação política, curiosidade que advém do peso da tradição liberal. É certo que ser livre, possuir autonomia, poder fazer ou não o que nós mesmos queremos é, de fato, um interesse fundamental dos homens, mas, isso não autoriza inferir-se como base de todos os interesses dos homens. Já o direito à sua vida ou, para exprimir isso de uma maneira mais geral, o direito à segurança física, que sempre foi um direito fundamental no liberalismo mesmo (em efeito foi o primeiro) não é um direito à uma ação, à uma liberdade. Uma pessoa só pode fazer uso de sua liberdade, de espaços de ação, se certas condições, quer dizer, certos interesses ainda mais fundamentais, são satisfeitos (TUGENDHAT, 1999, p. 82).

[9] Vale mencionar, neste mesmo sentido, estudo de Zulmar Fachin e Deise Marcelino da Silva, a propósito das dimensões desses direitos, focalizando especificamente no direito fundamental de acesso à água potável (FACHIN & SILVA, 2012, p. 6-58).

A superação da concepção tradicional do liberalismo, para uma mais ampla, a qual toma como elemento fundamental a liberdade em sentido positivo, apresenta consequências no que diz respeito às condições de legitimação da ordem sócio-política moderna, em especial, no que diz respeito ao contrato social como elemento fundacional do Estado e do direito positivo. Um sistema sócio-político de igualdade normativa, segundo Tugendhat (1999, p. 82), nunca pode ser o resultado de uma negociação entre pessoas desiguais[10]. Assim, tendo em vista que uma parte da população, como as crianças e os incapacitados, não podem dispensar ajuda, a ideia de um contrato é, para eles, impensável, e isso significa que na base da questão de sua legitimidade não pode conceber-se um estado de natureza senão quando se vislumbra a realidade que estamos imersos num estado de variadas dependências uns dos outros e a questão passa a ser a condição de como poderemos mudar estas dependências de tal maneira que podem ser consideradas como legítimas (TUGENDHAT, 1999, p. 83).

Disso resulta que a conjugação dos conceitos de liberdade negativa e positiva, a fim de propor uma superação do liberalismo tradicional para uma concepção que abrange os direitos humanos, e que se apresente como critério de aferição de legitimidade do Estado moderno, exige a introdução dos direitos socioeconômicos, como por exemplo a previdência social, os direitos trabalhistas, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, etc.

> Devo mencionar que a inclusão dos direitos sócio-econômicos no sistema dos direitos humanos não constitui somente uma extensão do conteúdo senão também uma mudança no sentido formal dos direitos humanos. Os direitos humanos foram considerados classicamente como dirigidos somente ao governo. Foi o governo que esteve obrigado a restringir seu poder. Mas hoje começamos a entender que o perigo para o indivíduo não é somente o poder do estado, senão o poder econômico dos outros indivíduos, e a obrigação do estado legítimo não consiste então em somente respeitar ele mesmo os espaços dos indivíduos senão em protege-los, da mesma forma, contra o poder de outras pessoas e instituições. (TUGENDHAT, 1999, p. 85).

---

[10] O que faz parecer esta base como inadmissível não é, como o foi para a crítica conservadora, o individualismo como tal, senão que esta base seria um ponto de partida somente para a classe privilegiada do liberalismo, quer dizer para os varões adultos e sadios que seriam iguais para a negociação do contrato; não sem razão, os filósofos clássicos que defendiam o estado de natureza, estabeleceram sempre o pressuposto duvidoso de que, naquele estado, todos fossem mais ou menos igualmente fortes (das mulheres naturalmente não se falava e muito menos dos incapacitados) (TUGENDHAT, 1999, p. 82).

É certo que o reconhecimento da inclusão de direitos socioeconômicos no sistema dos direitos humanos implica em graves dificuldades financeiras para a sua implementação, em especial no que diz respeito à globalização da ordem econômica. Contudo, o reconhecimento de tais dificuldades não implica na negação de tais elementos como fundamentais à legitimação do Estado. A questão da dificuldade da instalação dos direitos humanos não se confunde com questão de sua própria legitimidade. A perspectiva da legitimidade exigiria a implantação destes direitos (ademais a globalização não deveria ser uma escusa fácil para não se fazer absolutamente nada) (TUGENDHAT, 1999, p. 86).

Em resumo, o debate acerca da legitimidade do Estado moderno, como Estado Democrático de Direto e, consequentemente da legitimidade do governo exige, a partir da ressignificação do conceito de liberalismo, mediante a conjugação dos conceitos de liberdade negativa e liberdade positiva, o reconhecimento e a tutela dos direitos humanos não só na perspectiva dos direitos clássicos liberais, mas da inclusão dos direitos socioeconômicos na própria ordem jurídica como direitos fundamentais. O reconhecimento da legitimidade dos Estados modernos e de seus respectivos governos, sob a ótica do liberalismo, exigem, necessariamente, o reconhecimento das condições formais e substanciais de definição do Estado Democrático de Direito, revelando-os, via de consequência, como direitos fundamentais.

5. CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

Pode-se, então, compreender com a análise articulada no presente estudo, que a concepção moderna de Estado Democrático de Direito, encontra uma concepção formal e substancial, sobretudo a partir da concepção liberalista de Estado de Direito. O que se observa, com a obra de Hans Kelsen, é uma preocupação em torno do conceito de legitimidade e de sua relação com o Direito e a Política, em especial por conta das estruturações realizadas pelo positivismo, e pela barbárie perpetrada por regimes autocráticos e totalitários, tais como o nazismo, o fascismo e o stalinismo.

A ausência de instância superior à condição do Homem exige que a reflexão seja localizada na mesma instância epistemológica em que se apresenta a validade do

Direito, exigindo, em termos de legitimação de uma ordem social, uma dimensão para além da forma jurídica, que em Kelsen se define pela democracia como governo *do* povo, e a garantia das liberdades políticas.

Dessa forma, uma (re)leitura da obra de Kelsen, demonstra que o governo se legitima mediante a sua Constituição a partir do ideal da democracia, argumento este que não só afasta as "críticas" rasteiras acerca do jusfilófoso de Viena, como a falácia do *reductio ad hitlerum*, e de seu suposto desprezo pelo conteúdo normativo, mas, em especial, como toda a proposição da *Teoria Pura do Direito*, como um projeto de epistemologia jurídica, dentro de uma perspectiva formal, o qual toma a legitimidade como princípio de validade normativa, exige um certo tipo ideal de Estado, a saber: o Estado Democrático, sob pena de se considerar ilegítimo o governo, e, ainda a própria ordem social.

Ao localizarmos essa problematização no século XXI, acompanhando a leitura de Ernest Tugendhat, a proposta de identificação da legitimidade do Estado a partir do reconhecimento e tutela dos diretos humanos pela ordem estatal, em particular, os direitos socioeconômicos, se apresenta como uma pauta do liberalismo, exigindo, em termos metodológicos, uma superação do liberalismo tradicional a partir da inclusão, na definição dos pressupostos do liberalismo, do conceito de liberdade positiva, em razão da incapacidade do conceito de liberdade negativa, constituir, por si só, um sistema sociopolítico que possibilita exercício da liberdade e da autonomia, em razão das desigualdades substanciais que se verificam no interior da ordem social.

A consequência dessa superação, engendrada pela contraposição entre os conceitos de liberdade negativa e liberdade positiva, exige a inclusão no rol dos direitos humanos, os direitos socioeconômicos, uma vez que a concepção moderna do liberalismo proposta por Tugendhat apresenta como critério de legitimação do Estado, a garantia das condições materiais mínimas para que seja viabilizado o exercício da liberdade e da autodeterminação.

Em que pese se possa, de algum modo, sustentar uma certa pacificidade quanto as condições de legitimidade do poder pelo ideário do liberalismo político, para a Teoria da Constituição, o que entra em jogo é a problematização em relação às consequências para o indivíduo, sobretudo quanto se estrutura as condições de legitimação a partir de

dimensões procedimentais, aos moldes de Jürgen Habermas, ou, ainda, de um "novo" contratualismo", como pensado por John Rawls.

Se pensarmos no contrastes ou a tensão entre liberalismo clássico e o novo liberalismo[11], sob o viés de uma teoria procedimental, ou, ainda, de um novo contratualismo igualitário, observaremos, igualmente, uma tensão entre a questão da democracia e questão da justiça, a qual exige, de maneira impreterível, uma aceitação, por parte dos indivíduos que compõem a comunidade política, de uma identidade previamente determinada (DAHL, 2012, p. 256-278), o que revela, não só uma carência e um vácuo em termos de autonomia e liberdades políticas – dada a exclusão do que não compõem aquela identidade, mas, também, a exigência de um procedimento legitimador para a resolução de questões controversas, tais como o reconhecimento e a efetivação dos direitos socioeconômicos, cuja decisão é orientada com base em uma identidade ideológica e previamente determinada, e com regra da maioria representativa.

Portanto, não se trata de fixar uma problematização a respeito das condições de legitimação do exercício do poder, mas empreender uma reflexão a respeito de suas consequências para o indivíduo e sua capacidade de autodeterminação e exercício de liberdades políticas.

A aproximação entre os dois autores (Kelsen e Tugnedhat) tem por finalidade demonstrar que a legitimidade dos Estados e governos contemporâneos, exige o escrutínio crítico dos pressupostos da democracia liberal, tendo em vista que qualquer perspectiva revolucionária, ao menos em termos hipotéticos, não se apresenta como possível, e, ainda da insuficiência e consequências das perspectivas procedimentais e neocontratuais para o indivíduo, de tal modo que a defesa da democracia, na sua dimensão mais radical, em detrimento de Estados e governos autocráticos e totalitários, passa pela defesa do reconhecimento, integração e tutela dos direitos humanos, dos direitos fundamentais e dos direitos da personalidade, como condição de tutela integral da pessoa.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

---

[11] A respeito desse contraste, ver o trabalho publicado na revista Lua Nova: Revista de Cultura e Política, sob o título *Legitimidade, justiça e democracia: o novo contratualismo de Rawls*, de autoria de Cícero Araújo

ARAÚJO, Cicero. Legitimidade, justiça e democracia: o novo contratualismo de Rawls. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, n. 57, p. 73-85, 2002.

BOBBIO, Norberto. **As ideologias e o poder em crise**. Brasília: Editora UNB, 1999.

BOTTOMORE, Tom. (ed.). **Dicionário do pensamento marxista**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1988.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 396.

CELLA, José Renato Gaziero. **Weber, Kelsen, Habermas e o problema da legitimidade.** Disponível em: <https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/3465579/Weber_Kelsen_Habermas.pdf?response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DWEBER_KELSEN_HABERMAS_EO_PROBLEMA_DA_LEG.pdf&X-Amz-Algorithm=AWS4-HMAC-SHA256&X-Amz-Credential=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A%2F20200217%2Fus-east-1%2Fs3%2Faws4_request&X-Amz-Date=20200217T214053Z&X-Amz-Expires=3600&X-Amz-SignedHeaders=host&X-Amz-Signature=2bfb1deb0fa46451ce0143b557c691395dd9dbdcdd36e6d4f36024de92069061> Acessado em 17/02/2020.

COMTE, Agusto. **Curso de filosofia positiva**. São Paulo: Abril Cultural, 1978. (Os Pensadores).

DAHL, Robert A. A. **A democracia e seus críticos**. Trad. Patrícia de Freitas Ribeiro. 2012.

FACHIN, Zulmar; SILVA, Deise Marcelino. **Acesso à água potável: direito fundamental de sexta dimensão**. 2ª ed. Campinas, SP: Millenniun, 2012.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. **A Norma Fundamental De Hans Kelsen Como Postulado Científico** Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 58, p. 41-84, jan./jun. 2011.

MAZUR, Maurício. A Dicotomia entre os Direitos de Personalidade e os Direitos Fundamentais. In: **Direitos da Personalidade**. MIRANDA, Jorge. RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. FRURT, Gustavo Bonato. São Paulo: Atlas, 2012, p. 6.

GIACOIA JÚNIOR, Oswaldo. Dissonância em torno do politicamente correto: visões críticas sobre os direitos humanos. In: **Racionalidade, Justiça e Direito: ensaios em filosofia do direito**. Roberto Bueno (org.). Uberlândia: EDUFU, 2013.

HOBBES, Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**; [tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva]. São Paulo: Editora Nova Cultura, 1997.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**; [tradução João Baptista Machado]. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
____. **A Democracia**. 2ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 2000.
____. **Teoria Geral do Direito e do Estado**; [tradução Luiz Carlos Borges]. 4ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2005.

TUGENDHAT, Enest, **A controvérsia dos direitos humanos**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, 'v. 17, 1999, p. 77-87.

WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; Revisão técnica de Gabriel Cohn - Brasília, DF : Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999.
_____. Os três tipos puros de dominação legítima. in Weber - *Sociologia*, vol.13, org. Gabriel Cohn, São Paulo: Ática, 1979.