

Doutrina Nacional



EM DEFESA DA DEMOCRACIA: UMA (RE)LEITURA DAS CONDIÇÕES DE LEGITIMIDADE DO GOVERNO PELA INCLUSÃO DOS DIREITOS SOCIOECONÔMICOS

Diogo Valério Félix

Doutorando em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá – UniCesumar, tendo como linha de pesquisa os Instrumentos de Efetivação dos Direitos de Personalidade, sob orientação do Prof. Dr. Gustavo Noronha de Ávila (2019-). Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Maringá – UniCesumar (2012). Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Maringá – UniCesumar (2008). Atualmente é professor assistente (CBO 234515) do curso de Direito do Centro Universitário Cidade Verde – UniFCV. Professor do curso de Direito da Faculdades Maringá. Tem experiência na área de Teoria Geral do Direito, Filosofia do Direito, e Direito e Educação.

Zulmar Fachin

Doutor em Direito Constitucional (UFPR). Mestre em Direito (UEL). Mestre em Ciência Política (UEL). Bacharel em Direito (UEM). Licenciado em Letras (UniCesumar). Professor na UEL e no Programa de Doutorado e Mestrado em Ciência Jurídica na Universidade Cesumar – UniCesumar. Coordenador do Mestrado Profissional em “Direito, Sociedade e Tecnologias” da Escola de Direito da Faculdades Londrina. Membro eleito da Academia Paranaense de Letras Jurídicas. Presidente do IDCC – Instituto de Direito Constitucional e Cidadania. Pesquisador do Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação. Bolsista Produtividade em Pesquisa do ICETI. *E-mail:* zulmarfachin@uol.com.br / ORCID: <https://orcid.org/0000.0001.5514.5547>

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 Ernst 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 direitos socioeconômicos no sistema dos direitos humanos como condição de tutela integral da pessoa. Para tanto, a pesquisa mobiliza, em seus movimentos iniciais, as obras de Platão, a partir do conceito de *nómos*, e Cícero, pelo conceito de *recta ratio*, para o fim de apresentar o instrumental teórico no qual está inscrito o fundamento – nos primórdios da civilização ocidental – da legitimidade do governo. Em razão da ruptura com as instâncias teológica e metafísica, engendrada pelo ideário das luzes, e, no intuito de justificar a eleição do referencial teórico anteriormente mencionado, o terceiro movimento mobiliza as obras de Augusto Comte, Thomas Hobbes e Max Weber, como instrumental teórico sob o qual será fixado o objeto de investigação da presente pesquisa.

Palavras-chave: Legitimidade. Legalidade. Direitos socioeconômicos. Estado Democrático de Direito. Tutela integral da pessoa humana.

Sumário: **1** Introdução – **2** A legitimidade da lei e do governo em Platão – **3** Cícero e a legitimidade pelo direito natural – **4** Legitimidade e legalidade: uma (re)leitura a partir de Hans Kelsen e Ernst Tugendhat em defesa do Estado Democrático de Direito – **5** Considerações conclusivas – Referências

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 Ernst Tugendhat, no sentido de apresentar como a Constituição de Estados Democráticos e o reconhecimento dos direitos humanos, em particular, dos direitos socioeconômicos, 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 a resgatar o conceito de legitimidade na Antiguidade Clássica¹ pela obra de Platão. Dentro dessa perspectiva, será apresentado o conceito de *nómos* como ideia de ordem social natural e elemento fundacional do governo pautado pela concepção de títulos ou direitos naturais que determinam o mando e impõem a obediência como condição epistemologicamente metafísica.

Na sequência, trabalha-se o conceito de legitimidade na obra de Cícero, no sentido de demonstrar a continuidade da base metafísica na qual a filosofia grega se apoiava para promover a estruturação da ordem social. Desta maneira, reconhecendo um Direito Natural, universal e imutável, como elemento ordenador não só das leis, mas do próprio governo, Cícero propõe que a legitimação do mando se constitui à medida em que o *sábio*, aquele que dispõe da *recta ratio*, tem a sabedoria necessária para conduzir o Estado (*Res Pública*) à virtude, sendo esta entendida como a máxima excelência, instituída pelo Direito Natural.

Nesse sentido, restando fixadas as condições em que se funda 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

¹ Cumpre esclarecer, desde já, que o presente estudo não tem a pretensão de promover uma historiografia do conceito de legitimidade, mas de apresentar, com alguma dimensão histórica, a concepção de legitimidade relacionada ao conceito de democracia no mundo antigo – em particular na obra de Platão e Cícero – a fim de demonstrar, em que medida há a ruptura, no que se refere à legitimidade das relações de mando e obediência, com qualquer instância epistemológica metafísica.

temas na contemporaneidade.² 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 Ernst 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 substanciais.

Cumprido 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 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.

2 A legitimidade da lei e do governo em Platão

A temática proposta nos leva a questionar as condições em que se verifica a legitimidade do direito, ou seja, dos elementos fundamentais (*arké*) que legitimam as relações de mando e obediência que constituem a base da soberania do direito e do Estado. Dentro dessa perspectiva, um resgate teórico e histórico de tais condições se mostra como um caminho necessário ao atendimento dos propósitos do presente estudo, na medida em que se pretende promover uma investigação da legitimidade do Estado moderno, e, portanto, em quais condições o governo – mando – se mostra legítimo.

Para tanto, um retorno à reflexão grega – a Antiguidade clássica – acerca da necessidade das leis para os homens, e a identificação de seu legislador, apresenta-se como um recurso promissor à compreensão da legitimidade do governo contemporâneo, e, ainda, à compreensão do ponto de ruptura que a modernidade apresenta em termos epistemológicos quanto às condições de constituição de um governo legítimo, em especial, o de um governo que se funda sob o ideário da democracia liberal.

² O termo “contemporaneidade” é utilizado como uma referência ao período compreendido a partir do século XX, da civilização ocidental.

Desde a Antiguidade clássica, filósofos e juristas têm se dedicado a uma reflexão profunda sobre a identificação do legislador e da legitimidade da constituição das leis e do governo, pois há uma intuição, quase que compulsória, da necessidade de fixação de um fundamento para o mando e a obediência.

Não por acaso, que ao iniciar o diálogo *As Leis*, Platão³ apresenta um questionamento, feito pelo cidadão ateniense ao estrangeiro, a quem é atribuída a autoria das disposições legais de seu estado, ao que o cretense responde: a um deus (*As Leis*, I, 67, a 1-3). A análise do questionamento inicial, nos propõe que a intenção platônica aponta no sentido da reflexão acerca da necessidade das leis para os Homens, e a identificação de seu legislador.

A ideia de deus firmada no texto corresponde à ideia do divino, do eterno, remetendo, conseqüentemente, à ideia de *nómos*,⁴ à ordem fundante e necessária à manutenção da ordem da *pólis* como garantia de atendimento à Ordem Cósmica. Portanto o fundamento das leis (*nómoi*) em Platão, corresponde ao *nómos*, de modo que a legitimidade de uma lei positiva é verificada à medida que *nómoi* e *nómos* estão em equilíbrio, ou seja, em exata correspondência. A lei, para que seja legítima, em Platão, deve obter correspondência, sustentáculo, no fundamento em que lhe é outorgada.

Antes mesmo de Platão, Sófocles, em *Antígona*, já havia apresentado o debate acerca da legitimidade do governo e das leis positivas, na medida em que constitui ideia fundadora e fonte de recurso legítimo à fonte da legitimidade em leis não escritas (GIACOIA JÚNIOR, 2013, p. 61), como recurso jurídico à constituição e mediação das relações políticas – de mando e obediência.

Quando Creonte se dirige a Antígona com a pergunta:

Sabias que um édito proibia o sepultamento de teu irmão? – ou seja, sabias dos limites prescritos pelo direito positivo, a heroína trágica responde: ‘mas Zeus não foi o arauto delas para mim, nem essas leis são as ditadas entre os homens pela Justiça, companheira e morada dos deuses infernais; e não me pareceu que tuas determinações tivessem força para impor os mortais até a obrigação de transgredir normas divinas, não escritas, inevitáveis; não é de hoje, não é

³ A eleição da obra de Platão, no presente estudo, tem por finalidade promover uma mera contextualização histórica das condições epistemológicas de legitimação das relações de mando e obediência, em termos metafísicos, bem como do próprio conceito de democracia no sentido de *Anarkhé*, ou seja, do mando (governo) que se fundamenta na ausência de um título natural, mas que repousa na ideia de sorte – sorteio, eleição.

⁴ *Nómos* é entendida como a ordem natural que promove a organização da vida social, sendo, portanto, o fundamento último de constituição e regulação das relações políticas, ou seja, das relações de mando e obediência.

de ontem. É desde os tempos mais remotos que elas vigem, sem que ninguém possa dizer quando surgiram. E não seria por temer homem algum, nem o mais arrogante, que me arriscaria a ser punida pelos deuses por violá-las'. (SÓFOCLES, 2001, p. 2019)

A análise da passagem acima transcrita registra a aguda consciência, desde os primórdios de nossa civilização ocidental, de ordenações não escritas, iniludíveis, as quais constituem a fundação e mediação da base política, não se podendo dizer quando, nem onde surgiram, mas que são cogentes como princípios objetivos, transcendendo fronteiras e limites tanto espaciais quanto temporais, de modo que puderam ser interpretadas (GIACOIA JÚNIOR, 2013, p. 61), como a fonte de legitimação do governo e do direito positivo.

É essa condição de legitimação que Platão chama a atenção quando propõe que a ordem jurídica – *nomina* – é *aquilo* que garante a estabilidade da constituição (*politeuma*) como reflexo do cosmos, e como substância da norma (*nomói*), a qual uma vez ameaçada poderia redundar em desequilíbrio (*hýbris*) o caminho para a tirania ou *stasis* – entendida como caos, guerra civil interna, intestina –, no sentido de ausência de possibilidade de civilização, que é justamente o que a ordem natural do mundo preserva, o que está fixado naturalmente. Em certo sentido, o *nómos* garante as condições para que a ordem cósmica (*thémis*) seja observada, sendo possível a vida civilizada.

Segundo Platão, as condições, pressupostos e finalidades da lei é a harmonia do Estado – conciliação interna entre os cidadãos que garante a manutenção da constituição (*politeuma*). A finalidade do legislador (o governante) é a busca do bem maior, bem este que escapa tanto à vontade do legislador quanto à vontade do próprio povo (governado), de tal modo que o fundamento da legitimidade da lei se encontra para além das respectivas vontades. O bem maior é a virtude suprema, é somente ela, que consistem, segundo Platão, a consecução dos bens divinos, sabedoria, racional moderação da alma, justiça e coragem. As virtudes, a perfeição, a política e o governo, são aquilo que proporcionam a obtenção da máxima excelência (*As Leis*, I, 72 b 1-19).

O decreto público, ou seja, a lei (*nómoi*), é o resultado da avaliação, governo, pelo Estado como corpo político, quanto ao que é bom e o que mal, e a medida para avaliação, para a legitimidade do decreto, é o *nómos* – a ordem social. O Estado, que age pelo governo, precisa contar com governantes e governados, de modo que a legitimidade para a fundação da autoridade política e a obediência encontra-se em títulos e leis que são naturalmente ordenados, revelando que o fundamento da autoridade política está na desigualdade natural entre os indivíduos.

[...] Nossos Estados, presumo, necessitam contar com governantes e governados. [...]. Muito bem. Quais e quantos são os títulos ou direitos,

sob consenso, de autoridade e de obediência existentes tanto nos Estados, grandes ou pequenos, como nos ambientes domésticos? Não será um deles o do pai e da mãe? E, no geral, não será o direito dos pais de governar seus descendentes universalmente justo? [...] E depois desse o direito de o nobre governar o não-nobre, e a seguir com o um terceiro direito, o dos mais velhos governarem e os mais jovens serem governados. [...] O quarto direito é o que exige a obediência dos escravos diante do mando dos senhores. [...] E o quinto é, eu o imagino, o do mando do mais forte sobre o mais fraco. [...] O mais importante título ou direito é, aparentemente, o sexto, o qual determina que aquele que carece de entendimento deve acatar, e o sábio conduzir e comandar. [...]. O favor dos deuses e da fortuna caracteriza a sétima forma de governo, na qual um homem se adianta para um lance da sorte e declara que se ganhar será com justiça o governante, e se não o conseguir assumirá seu lugar entre os governados. (*As Leis*, III, 154, a b c d, 5-29)

São os sete títulos ou direitos acima transcritos que, como resultado de uma ordenação natural da vida social e política, condicionam e legitimam o governo e, portanto, as relações de mando e obediência. Uma leitura atenta demonstra que até o sexto título a autoridade é exercida sem o constrangimento pela lei sobre os governados, que a aceitam, pois há um consenso de que as desigualdades naturais constituem a condição natural do governo. Apenas no sétimo título, correspondente ao favor dos deuses e da fortuna – sorte, sorteio, acaso –, aquilo que em Platão se entende por *democracia*,⁵ é que o governo é exercido com o constrangimento pela lei, uma vez que em tal condição o mando não se fundamenta em nenhuma das seis leis naturais, sendo absolutamente aleatório, razão pela qual a *democracia* em Platão é a forma de governo que não tem fundamento.

O constrangimento pela lei ocorre na exata medida em que aqueles que não foram eleitos – pela sorte ou fortuna dos deuses – para o exercício do governo, independente dos seis títulos naturais que ostentam, colocam-se na condição de governados, de tal modo que o elemento jurídico garante o exercício do governo eleito, e a obediência do mesmo por parte dos governados.

Portanto, a democracia em Platão não se fundamenta em nenhuma das seis leis naturais, mas no acaso, é aleatório. A democracia em Platão é a forma de governo que não tem fundamento – *Anarkhé* –, motivo pelo qual a legitimidade do governo – mando – se encontra na eleição.

⁵ O termo *democracia* encontra-se em itálico na medida em que há uma conceituação própria em Platão a respeito desta forma de governo, sendo, aqui, entendido como governo anárquico, uma vez que a constituição desse governo não pressupõe nenhuma *arkhé* (fundamento).

Não é por acaso que Platão não demonstra nenhum apressamento pela democracia, pois como “representante legítimo” da aristocracia ateniense, descreve, no Livro VIII da *República*, que se trata de uma das formas mais degeneradas de governo, uma vez que todos os cidadãos se colocam em uma condição de igualdade política, não importando os outros seis títulos naturais para a definição da posição do mando e da obediência, na medida em que se submeteram à sorte, ao sorteio, ou seja, à eleição.

Percebe-se, pois, que independente da forma que o governo será constituído, ou seja, por qual título ou direito será definida a posição do governante e governado, aquele – o governo –, em razão dos pressupostos epistemológicos que definem e orientam a ordem social, política e jurídica, a legitimidade da atuação do governo e do direito positivo, exige um acoplamento, correspondência, às determinações prescritas e exigidas pelo *nômos*.

3 Cícero e a legitimidade pelo direito natural

Foi com a obra de Marco Túlio Cícero⁶ (106-43 a.C.) que o debate sobre a legalidade e legitimidade ganha seus contornos mais conhecidos até a contemporaneidade,⁷ na medida em que Cícero busca no conceito de Direito, o fundamento universal para a legitimação das relações de mando e obediência. Ao buscar uma definição de Direito, do fundamento (*arkhê*) de um Direito Universal e das leis, Cícero (1967, p. 40) esclarece que a lei é razão suprema da Natureza, que ordena o que se deve fazer e proíbe o contrário. Para se falar de Direito, é preciso começar pela Lei, e a Lei é a força da Natureza, é o espírito e a razão do homem dotado de sabedoria prática, é o critério do justo e do injusto. A função da lei, enquanto razão prática, é exigir as boas ações e evitar as más.

A respeito dessa Natureza que se apresenta como fonte do Direito, e fundamento da lei, Michel Villey (2005, p. 474) destaca que não se trata da natureza “cósmica” da *pólis* e dos grupos sociais naturalmente constituídos, mas sim da

⁶ Sem desprezar a importância de outros autores no mundo antigo, a eleição de Cícero no presente estudo tem a pretensão de demonstrar em que medida é problematizada a relação entre legalidade e legitimidade a partir da ideia de um Direito Natural, fundado em uma natureza racional do homem, que vincula, em termos de legitimidade, a validação da lei. Nesse sentido, o presente tópico tem a pretensão de demonstrar, com recurso à obra *De Legibus*, de Cícero, a distinção entre o Direito e a Lei, e em particular, de como Cícero irá promover a tradução de *Nômos* por *Lex*.

⁷ Esta afirmação se justifica no presente estudo, em razão da distinção entre o Direito e a lei promovida por Cícero, que em alguma medida contextualiza, em termos históricos e teóricos, a problematização quanto à legitimidade da lei na contemporaneidade, sobretudo da relação entre ser e dever-ser do direito positivo imprimida a partir do referencial teórico eleito para o presente estudo.

“natureza do homem”. É da “natureza do homem” que se deve partir, a qual explica a gênese do direito e da sociedade.

O direito nasce das tendências próprias do homem, que fazem sua natureza específica. O homem se distingue dos animais e dos outros seres vivos porque traz em si a razão que o leva a se reunir com seus semelhantes, com os quais comunga por esse elemento racional, porque o *logos* faz apenas um. É daí que nascerá o direito. (VILLEY, 2005, p. 476)

Para o jusfilósofo romano, a fonte do direito, seu princípio universal, fundamento, é a Natureza – Razão –, sendo esta entendida como a lei suprema que pertence a todos os séculos e que já era vigente quando não haviam leis escrita e nem Estado constituído (CÍCERO, 1967, p. 41). Um conceito de direito com tal fundamento, remeteria à *fonte* do Direito na Natureza (racional), apresentando uma justificação semelhante para as relações políticas.

Assim, o Direito e a lei, para o jusfilósofo em questão, teriam por finalidade a virtude, que é a Natureza elevada ao seu mais alto grau de perfeição, pois

os que receberam a razão da Natureza, também receberam a justa razão – *recta ratio* – no campo das concessões e proibições. E se receberam a Lei, também receberam o Direito. [...] Como a razão foi dada a todos, temos que receberam o Direito. (CÍCERO, 1967, p. 46)

A lei não era para Cícero uma simples convenção dos homens, mas uma exigência racional de se seguir o modelo da natureza. Antes de conhecerem as leis, os homens tinham que conhecer a eles mesmos e a sua relação com o meio natural que os cercava, no qual as divindades (razão) se manifestavam e indicavam os melhores caminhos para as ações humanas, dependendo da interpretação dos indícios naturais, chamados augúrios ou auspícios.

É a Natureza que proporcionava aos homens a faculdade de distinguir o bem do mal, o honesto do desonesto. Agir bem, honestamente e com justiça era agir de acordo com a natureza, de acordo com a vontade das divindades. O homem, pelo conhecimento de si mesmo, alcançaria a visão das divindades, dos legisladores máximos, e essa identificação transformaria o mundo numa grande comunidade onde deveria reinar a fraternidade (BRITO, 1967, p. 20-21). Tratava-se de uma concepção interessante a ser defendida para uma população não apenas romana, pois justificava a conquista pelo fato de o poder levar a lei e a civilização aos povos conquistados.

Ao descrever a relação entre a Natureza, a Virtude e os homens, Cícero (1967, p. 51) esclarece que as virtudes, como não dependem de convenções, e nem mesmo das opiniões dos homens, estão intrínsecas na Natureza, razão pela qual não só valem e são por si mesmas, como o seu conhecimento não depende de qualquer opinião, dado que as opiniões, atos e finalidades, podem estar corrompidos pelos vícios. Ainda que existam várias divergências entre os filósofos, há um consenso de que o bom e o virtuoso é sempre aquilo que é conforme a Natureza (CÍCERO, 1967, p. 54), motivo pelo qual, a independência da Natureza em relação às suas condições de conhecimento, não a invalidam como fonte do Direito.

A origem do Direito, e, portando, das relações de mando e obediência, não se encontra nos mandamentos do povo, nos decretos dos líderes (governantes), ou nas sentenças judiciais, pois decisões e mandamentos tolos e equivocados não podem alterar a natureza das coisas. Ainda que o povo, o governante e os juízes, desejassem por suas meras vontades alterar aquilo que é próprio da Natureza, seria o mesmo que fazer da injustiça um direito, não se podendo distinguir o bem do mal, na medida em que não existiria o bem em si mesmo, ou seja, a virtude (CÍCERO, 1967, p. 50).

Assim, para se conhecer o justo e o injusto, e separar o bem do mal, tanto em Aristóteles quanto em Cícero, há, necessariamente, que se recorrer à Natureza, pois é ela quem nos permite discriminar o Direito e a justiça, como também o honroso e o desonroso em geral.

A Natureza nos deu inteligências comuns e implantou seus germes em nossos espíritos para que pudéssemos relacionar o honroso com a virtude e o desonroso com o vício. Seria preciso ser um louco para crer que essas distinções se baseiam nas convenções e não na Natureza. (CÍCERO, 1967, p. 50)

É nesse sentido, que a constituição das relações políticas, e sua mediação pelas leis positivas, encontram tanto em Platão como em Cícero, guardadas as devidas diferenciações, uma vinculação a uma ordenação metafísica. Particularmente, em Cícero, haverá uma dificuldade semântica quanto à tradução do termo grego *Nómos*, para o latim *Lex*, e este, por sua vez, será traduzido para o português por *Lei*. A ressalva a ser encontrada na obra de Cícero é que sua utilização pelo termo *Lex* é uma referência direta à Lei da Natureza, ou seja, ao Direito como princípio ordenador natural, universal e imutável, se distinguindo, portanto, das leis de direito positivo as que serão constituídas pelos governos, e que, portanto, são mutáveis.

Cícero esclarece, com propriedade, que

a Lei não é produto da inteligência humana, nem da vontade popular, mas algo eterno que rege o Universo por sábios mandatos, e sábias proibições. Logo, esta Lei que é, por sua vez, a primeira e a última, identifica-se com a mente divina, enquanto esta trabalha racionalmente, dando ou tirando impulso a todas as coisas. Portanto é legítimo celebrar uma Lei que é presente dos deuses ao gênero humano e que é a razão e a inteligência dos sábios que é capaz de mandar e proibir. (CÍCERO, 1967, p. 64)

É precisamente essa Lei Natural – Razão – que em Cícero aparece como elemento constitutivo das relações políticas e de sua mediação pelas leis positivas. Dentro desta perspectiva, as leis são feitas para o bem viver, para a vida conforme a Natureza (Lei – *Lex*) e, portanto, a vida virtuosa, motivo pelo qual a condição necessária para essa forma de vida só é possível mediante a constituição de uma unidade territorial:

Fica certo que em nenhuma outra discussão se evidenciam melhor os dons que o homem recebeu da Natureza, as qualidades excelentes que possui a mente humana, a tarefa para cuja execução ou realização viemos ao mundo e em que consistem a união dos homens e a sociedade natural entre eles. (CÍCERO, 1967, I, p. 5)

A Natureza, e, portanto, também, a Lei, é aquilo que é específico e comum a todos os homens, dado que:

possuem a Lei em comum também participam em comum do Direito, e os que partilham a mesma Lei e o mesmo Direito devem considerar-se como membros de uma mesma comunidade. Muito mais evidente ainda é tudo isto se obedecem às mesmas autoridades e aos mesmos poderes. (CÍCERO, 1967, p. 7)

Nessas condições, para que os homens possam viver na virtude, ou seja, na justiça como consecução da realização da própria natureza, se faz necessária a participação comum do Direito, o que se dará com a constituição de uma comunidade política, de um corpo político, e, ainda, de uma autoridade que promove o governo desse corpo, que diz o Direito, e que promove, portanto, o mando. Esse corpo político em que os homens participam em comum do Direito, segundo Cícero é a *Res Pública* (a forma do corpo político), a forma do Estado, e que, portanto,

depende, para sua manutenção, continuidade e estabilidade, da organização (ordem) das leis, pois estas servem para conservar essa melhor forma – *tipo* – de Estado: “A lei [...] importa não só à religião, mas também à estabilidade do Estado [...]. O fato, pois, de que o povo sempre necessita do conselho e da autoridade dos aristocratas é um fator de coesão política” (CÍCERO, 1967, p. 12).

Tal como em Platão, em Cícero há um reconhecimento de uma desigualdade natural entre os homens, que, muito embora partilhem de um mesmo Direito, não dispõem das mesmas condições naturais para conhecer a Lei da Natureza, de modo que a manutenção, continuidade e estabilidade do Estado depende da constituição de um governo legítimo, decorrente da autoridade dos aristocratas, entendidos como os sábios, e, portanto, aqueles de dispõem da *recta ratio* (reta razão) para apreender os mandamentos da Natureza e de reproduzi-los, na condição de governo, no corpo político na forma da lei positiva. A constituição do governo e a disposição das leis positivas não é o resultado da opinião qualquer dos homens, da arbitrariedade de sua vontade, nem, sobretudo, do capricho do povo. Sem dúvida, destaca Michel Villey (2005, p. 478), a Natureza, ou seja, a Razão, imprime nas almas de todos “noções comuns”, certos princípios gerais nos quais há um acordo quase que universal. Contudo, a Razão está longe de se encontrar igualmente presente nas almas de todos; no vulgo ela só existe em germe, não cultivada, sem ter alcançada sua perfeita eclosão; somente os sábios a têm em estado puro. A Lei é a Razão do sábio, perfeita apenas na mente do sábio; é essa força da natureza, o espírito do prudente, que é a regra do justo e do injusto.

Por tais razões, o jusfilósofo romano, destaca que:

A missão do magistrado consiste em governar segundo decretos justos, úteis e conforme as leis. Pois assim como as leis governam o magistrado, do mesmo modo os magistrados governam o povo; e com razão pode-se dizer que o magistrado é uma lei falada ou que a lei é um magistrado mudo. [...]. Qualquer poder sem isso não conseguirá fazer subsistir uma casa, uma cidade, uma pátria, nem a humanidade, a natureza ou o próprio universo. Porque o universo obedece aos deuses, os mares e as terras obedecem ao universo, e a vida humana obedecem às ordens da suprema Lei. [...]. Por isso, precisamos de magistrados, pois sem sua prudência e sua vigilância, o Estado não pode existir e todo o equilíbrio da República depende do modo como se organizam suas funções. Mas não basta prescrever-lhes normas de governo; também temos de fixar para os cidadãos regras de obediência. Pois, para bem mandar é preciso ter obedecido alguma vez, e quem sabe obedecer é digno de mandar. [...] E não só pedimos docilidade e obediência, mas também respeito e amor aos magistrados. (CÍCERO, 1967, p. 2)

Cumpra observar como a obediência a estes executores das leis, os mandatários da lei, aparecem como função fundamental para a manutenção do Estado como corpo político. O poder de comandar era inseparável da Lei. Ninguém obedeceria aos que também não obedecessem às leis vigentes e esta concepção tornou-se mais uma vez importante num momento de conflito interno – *stasis* –,⁸ na medida em que a estabilidade do Estado dependia da legitimidade da organização política do governo e suas atribuições e poderes. A principal preocupação de Cícero é a garantia do bom funcionamento das instituições (aristocráticas) republicadas, para a manutenção de um Estado forte, o que não seria possível sem a obediência às leis e aos poderes constituídos (GONÇALVES, 2002, p. 13).

O principal poder, ou seja, aquele que se colocava em uma posição hierarquicamente superior era o Senado, sendo este o órgão que representa não só o governo do Estado pela prudência da Lei na Natureza, mas, também, como a maior autoridade do corpo político:

Pois se o Senado é dono da política geral, se todos os cidadãos apoiam suas decisões e se as demais ordens deixam que se governe o Estado pela prudência da ordem superior, é possível, então, manter este sábio e harmonioso equilíbrio do Estado, que nasce de uma justa distribuição dos direitos entre o povo, investido do poder, e o Senado, investido da autoridade. Esta possibilidade será maior ainda se se observar minha lei seguinte, a qual exige que a ordem senatorial seja imaculada e constitua um modelo para as outras ordens. (CÍCERO, 1967, p. 12)

Merece destaque a ressalva feita por Cícero (1967, p. 13-14) ao advertir que não se referia ao Senado atual, mas a homens futuros que se apresentariam como exemplos para os demais se observassem as leis propostas por ele – o Senado –, destacando, ainda, que a educação não poderia faltar aos aristocratas para que pudessem ter realmente autoridade. À plebe restava, então, merecer a gratidão dos aristocratas. Somente com a criação desta correlação de forças sociais se poderia dar à lei a aparência de liberdade, conservar a autoridade da aristocracia e eliminar toda causa de conflito (CÍCERO, 1967, p. 18).

A partir desse cenário inicial, em termos históricos e filosóficos, é 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

⁸ Guerra civil interna.

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.

4 Legitimidade e legalidade: uma (re)leitura a partir de Hans Kelsen e Ernst Tugendhat em defesa do Estado Democrático de Direito

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 papa do 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-Germânico⁹ (GIACCOIA JÚNIOR, 2013, p. 60).

Daí porque, sobretudo desde o século XVII, pode-se constatar a transição, perfeitamente justificável em termos de racionalidade (GIACCOIA JÚNIOR, 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 (GIACCOIA JÚNIOR, 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 Professor Oswaldo Giacoia Júnior (2013, p. 60), a importância

⁹ Não se despreza, de modo algum, a importância dos autores da Idade Média no que se refere à conceitualização 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 tem, como destacado no texto, apenas e tão somente a captura da 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.

da questão, para a discussão jusfilosófica atual 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, sacrílego 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 JÚNIOR, 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, conseqüentemente, das bases constitutivas da legitimidade e da soberania, sobretudo no que concerne à ideia de um Direito Universal, como direitos naturais ínsitos à própria natureza humana.

Segundo o Prof. Oswaldo Giacoia Júnior,

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. (GIACOIA JÚNIOR, 2013, p. 61)

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 das 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 torná-los efetivos (GIACOIA JÚNIOR, 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 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-jurídico-teológica, de matriz medieval é substituída por uma feição técnico-racionalista e laica (MATOS, 2006, p. 09-29). Na citada obra, em oposição à 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 (HOBBS, 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, conseqüentemente, da legitimidade das relações de mando e obediência, baseia-se, segundo Max Weber (1999, p. 157),¹⁰ no prestígio que lhes concede a crença específica, difundida entre os participantes das associações políticas, numa especial sacração, dada pela “conformidade à lei da ação social por elas ordenada”.

¹⁰ A eleição e abordagem de Weber no presente estudo não é arbitrária 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*.

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 específico 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)

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 validade¹¹ – 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 burocrática¹² (WEBER, 1999, p. 197-198). É de registrar que a ideia – básica – da

¹¹ 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 desta natureza (artigo), a problematização quanto a essas formas de dominação não será objeto de análise.

¹² 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.

dominação legal-racional¹³ é de que “qualquer direito pode ser criado e modificado mediante um estatuto sancionado corretamente quanto à forma” (WEBER, 1979, p. 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.

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

¹³ “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 positividade do direito e por um quadro administrativo predominantemente burocrático” (CELLA, 2010, p. 12).

Kelsen, pode levar a interpretações equivocadas quanto à pretensão e consequências da obra do autor de Viena. Muito embora o projeto de epistemologia jurídica seja apresentado na *Teoria Pura do Direito*, a ciência do direito não pode ser dissociada das condições políticas em que o mesmo é concebido e 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 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. (KELSEN, 1999, p. 146)

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,¹⁴ a qual vincula, em termos jurídicos, a validade normativa e as condições de legitimação do governo.¹⁵

¹⁴ 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).

¹⁵ Kelsen entende o governo como a capacidade jurídica de criação de normas individuais e gerais na ordem jurídica.

Assim, a modificação da Constituição corresponde à 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 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.

Se o Estado é reconhecido como uma ordem jurídica, se todo Estado é um Estado de Direito, esta expressão representa um pleonasma. 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.

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, p. 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, p. 144), motivo pelo qual um governo, e, conseqüentemente, a ordem social, somente poderá ser considerada 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 *lôcus* 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).

O passo decisivo para que a democracia possa ser alcançada, contemporaneamente, segundo Ernst 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 humanos.¹⁶

¹⁶ É importante, no âmbito desta pesquisa, estabelecer distinções entre direitos fundamentais, sociais, humanos e da personalidade. Neste sentido, deve-se estabelecer as fronteiras dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, embora, em vasto campo, eles, por assim dizer, confundem-se. Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 29) leciona que “os direitos fundamentais, de certa forma, são também sempre direitos humanos, no sentido de que seu titular será um ser humano, ainda que representado por entes coletivos (grupos, povos, nações, Estado)”. Após reconhecer que os dois termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) são frequentemente utilizados como sinônimos, o autor aponta distinções entre eles: o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados no ordenamento jurídico de um Estado (País), enquanto a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, independentemente de estarem vinculados a uma determinada ordem constitucional, visto que aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, apresentando um inequívoco caráter supranacional (internacional). Os direitos fundamentais não se confundem com os direitos da personalidade, embora existam muitos direitos que, além de serem fundamentais, são também da personalidade. Lembra Gomes Canotilho (2003, p. 396) que “Os direitos da personalidade abarcam certamente os direitos de estado (por ex.: direito de cidadania), os direitos sobre a própria pessoa (direito à vida, à integridade moral e física, direito à privacidade), os direitos distintivos da personalidade (direito à identidade pessoal, direito à informática) e muitos dos direitos de liberdade (liberdade de expressão)”. Em que pese haver esforço doutrinário para estabelecer distinções entre direitos fundamentais e direitos da personalidade, faz-se necessário reconhecer que há entre eles mais semelhanças do que distinções. Esta é a conclusão a que chega Maurício Mazur (2012, p. 6), ao afirmar que a dicotomia entre ambos os termos não os opõem, visto que, em sentido contrário, deve-se construir uma dogmática incentivadora de relacionamento internormativo capaz de fortalecer a proteção da personalidade. Nesta perspectiva, se, por um lado, nem todos os direitos fundamentais são direitos da personalidade, é preciso reconhecer, por outro, que a maioria dos direitos fundamentais são, ao mesmo tempo, direitos da personalidade. Já os

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 direitos 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,

direitos fundamentais não podem ser tomados como sinônimo de direitos sociais. A própria Constituição brasileira de 1988 fez essa distinção, ao inserir, didaticamente, os direitos sociais como uma das espécies de direitos fundamentais, ao lado dos direitos individuais e coletivos, direitos da nacionalidade, direitos políticos e partidos políticos (arts. 5º a 17). Vale ressaltar que uma das características dos direitos sociais é a necessidade da atuação do Estado, o qual deve intervir nas relações econômico-sociais para satisfazer os direitos que cumprem função social e restabelecer o equilíbrio rompido. Não se tratam de disposições abstratas, mas de direitos concretos, tais como assistência social, saúde, segurança alimentar, educação e trabalho. Na perspectiva da própria Constituição brasileira, os direitos sociais terão mais probabilidade de serem efetivados, se houver capacidade de implementar os valores previstos na ordem econômica (arts. 170 a 192).

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). Pode-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).¹⁷

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 Ernst Tugendhat, 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 a uma ação, a 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)

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 sociopolítica moderna, em especial, no que diz respeito ao contrato social como elemento fundacional do Estado e do direito positivo. Um sistema sociopolítico de igualdade normativa, segundo Tugendhat (1999, p. 82), nunca pode ser o

¹⁷ 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).

resultado de uma negociação entre pessoas desiguais.¹⁸ Assim, tendo em vista que uma parte da população, como as crianças e os incapacitados, não pode 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 essas dependências de tal maneira que possam 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 es, teve 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 protegê-los, da mesma forma, contra o poder de outras pessoas e instituições. (TUGENDHAT, 1999, p. 85)

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

¹⁸ 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).

desses 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 Direito e, conseqüentemente 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 jusfilósofo 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, a 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 Ernst Tugendhat, a proposta de identificação da legitimidade do Estado a partir do reconhecimento e tutela dos direitos 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 o 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 quando 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 nos contrastes ou na tensão entre liberalismo clássico e o novo liberalismo,¹⁹ sob o viés de uma teoria procedimental, ou, ainda, de um novo contratualismo igualitário, observaremos, igualmente, uma tensão entre a questão da democracia e a 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 compõe 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,²⁰ cuja

¹⁹ 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

²⁰ O Brasil tem se mostrado como um caso paradigmático para essa problematização, sobretudo no cenário da pandemia da Covid-19, em que não só a prestação do auxílio emergencial para a população hipossuficiente, mas também, quanto aos demais direitos fundamentais sociais, sobretudo os direitos socioeconômicos, os quais têm sido sistematicamente “negados” ante os argumentos – por exemplo – da incapacidade econômica do Estado, da “salvação” da economia, e o do liberalismo econômico, que em

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 Tugendhat) 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.

In defense of democracy: a (re)reading of the government's legitimacy conditions by the inclusion of socioeconomic rights

Abstract: The purpose of this study is to present a possible reading regarding the recognition and realization of socioeconomic rights as a condition for legitimizing a Democratic State of Law, through the deductive method. Accompanying the reading of Hans Kelsen and Ernst Tugendhat, the study presents the conceptual elements to establish the legitimacy of a Democratic State of Law, from the inclusion and protection of socioeconomic rights in the human rights system as a condition of integral protection of the person. Therefore, the research mobilizes, in its initial movements, the works of Plato, based on the concept of nodes, and Cícero, by the concept of straight ratio, in order to present the theoretical instruments on which the foundation is inscribed - in the early days Western civilization - the legitimacy of the government. Due to the rupture with the theological and metaphysical instances, engendered by the ideas of lights, and, in order to justify the election of the aforementioned theoretical framework, the third movement mobilizes the works of Augusto Comte, Thomas Hobbes and Max Weber, as theoretical instruments under which the object of investigation of the present research will be fixed.

Keywords: Legitimacy. Liberalism. Democratic state. Integral protection of the human person.

Summary: **1** Introduction – **2** The legitimacy of law and government in Plato – **3** Cicero and the legitimacy by the Natural Direct – **4** Legitimacy and Modernity: Hans Kelsen and Ernst Tugendhat, in defense of the democratic rule of law – **5** Conclusion – Bibliographic references

última análise refletem uma “identidade” previamente estabelecida que orienta (moralmente) a operacionalização dos procedimentos decisórios quanto ao exercício do governo.

Referências

- 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.
- BRITO, Otávio T. de. Introdução. In: CÍCERO. *Das Leis*. São Paulo: Cultrix, 1967, p. 8-30.
- 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. Acesso em: 17 fev. 2020.
- CÍCERO. *Das Leis*. Tradução: Otávio T. de Rito. São Paulo: Cultrix, 1967.
- COMTE, Augusto. *Curso de filosofia positiva*. São Paulo: Abril Cultural, 1978. (Os Pensadores).
- DAHL, Robert A. *A democracia e seus críticos*. Tradução: Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.
- FACHIN, Zulmar; SILVA, Deise Marcelino. *Acesso à água potável: direito fundamental de sexta dimensão*. 2. ed. Campinas: 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: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; FRURT, Gustavo Bonato. *Direitos da Personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012.
- GIACOIA JÚNIOR, Oswaldo. Dissonância em torno do politicamente correto: visões críticas sobre os direitos humanos. In: BUENO, Roberto (Org.). *Racionalidade, Justiça e Direito: ensaios em filosofia do direito*. Uberlândia: EDUFU, 2013.
- GONÇALVES, Ana Teresa Marques. Lei e ordem na república romana: uma análise da obra de Legibus de Cícero. *Justiça & História*, Porto Alegre, v. 2, n. 3, p. 125-148, 2002. Disponível em: <http://repositorio.bc.ufg.br/tede/handle/ri/13407>.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Tradução: João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Nova Cultura, 1997.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- KELSEN, Hans. *A Democracia*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução: Luiz Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- PLATÃO. *As Leis*. Tradução: Edson Bini. Bauru: Edipro, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos da personalidade na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SÓFOCLES. *A trilogia tebana*. Tradução: Mário da Gama Kury. 9. ed. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2001.

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

VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Tradução: Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Tradução: Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Revisão técnica: Gabriel Cohn. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília/São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999.

WEBER, Max. Os três tipos puros de dominação legítima. In: WEBER, Max. *Sociologia*. Coleção grandes cientistas sociais, n. 13. Tradução: Gabriel Cohn. São Paulo: Ática, 1979.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

FÉLIX, Diogo Valério; FACHIN, Zulmar. Em defesa da democracia: uma (re)leitura das condições de legitimidade do governo pela inclusão dos direitos socioeconômicos. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 15, n. 44, p. 105-135, jan./jun. 2021.

Recebido em: 04.03.2020

Pareceres: 14.07.2020, 03.08.2020

Aprovado em: 01.12.2020