



**FUNDAÇÃO EDSON QUEIROZ
UNIVERSIDADE DE FORTALEZA-UNIFOR
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL
Tese de Doutorado em Direito Constitucional**

**LEGITIMIDADE DO DIREITO E DO PODER JUDICIÁRIO
NA DEMOCRACIA BRASILEIRA:
O restabelecimento da primazia do poder constituinte, do poder
legislativo e de um positivismo ético na teoria constitucional**

Cynara Monteiro Mariano

Fortaleza
Dezembro - 2009

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

CYNARA MONTEIRO MARIANO

**LEGITIMIDADE DO DIREITO E DO PODER JUDICIÁRIO
NA DEMOCRACIA BRASILEIRA:
O restabelecimento da primazia do poder constituinte, do poder
legislativo e de um positivismo ético na teoria constitucional**

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional como requisito parcial para a obtenção do Grau de Doutora em Direito, sob a orientação do Prof. Doutor Martônio Mont'Alverne Barreto Lima.

Fortaleza - Ceará
2009

M3331 Mariano, Cynara Monteiro.

Legitimidade do direito e do poder judiciário na democracia brasileira : o restabelecimento da primazia do poder constituinte, do poder legislativo e de um positivismo ético na teoria constitucional / Cynara Monteiro Mariano. - 2009.

182 f.

Tese (doutorado) – Universidade de Fortaleza, 2009.

“Orientação: Prof. Dr. Martonio Mont'Alverne Barreto Lima.”

1. Legitimidade (Direito). 2. Democracia. 3. Poder constituinte. I. Título.

CDU 342.36

CYNARA MONTEIRO MARIANO

**LEGITIMIDADE DO DIREITO E DO PODER JUDICIÁRIO
NA DEMOCRACIA BRASILEIRA:
O restabelecimento da primazia do poder constituinte, do poder
legislativo e de um positivismo ético na teoria constitucional**

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Martonio Mont'Alverne Barreto Lima – UNIFOR (Orientador)

Prof. Dr. Gilberto Bercovici – USP (Membro)

Prof. Dr. Alexandre Ronaldo da Maia – UFPE (Membro)

Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR (Membro)

Profa. Dra. Lilia Maia de Moraes Sales – UNIFOR (Membro)

Tese aprovada em: ____/____/____

RESUMO

A presente tese propõe-se a tecer uma crítica à abordagem positivista do direito, de feição formalista, que teve em Kelsen seu maior expoente, para demonstrar que a identificação da legitimidade do direito com a legalidade ou a efetividade do governo é incompatível com a democracia, especialmente depois do segundo pós-guerra e o advento do Estado Social, em que os valores da sociedade democrática foram positivados nos textos constitucionais, sendo, portanto, impossível, nos dias de hoje, insistir na tese da separação entre o direito e os valores, ainda mais nos países em desenvolvimento, como é o caso do Brasil, que ainda está trilhando os primeiros passos na direção de uma efetiva implementação dos direitos sociais. Essa conclusão, contudo, não deve resultar num abandono do positivismo jurídico na teoria constitucional, pois isto significaria amesquinhar a soberania popular e a primazia do poder legislativo, chancelando, assim, a teoria do “neoconstitucionalismo”, em grande expansão no Brasil, a qual, partindo da mudança do paradigma constitucional, vem propondo a transferência do centro decisório para os tribunais, especialmente, para a jurisdição constitucional, em franco desrespeito à soberania do poder constituinte e gradual indiferença aos trabalhos parlamentares que são desenvolvidos na atividade legislativa, aquela que, numa verdadeira democracia, é que a que mais legitimamente pode contribuir com a concretização dos direitos fundamentais, conforme o entendimento extraído do legado filosófico racionalista. Todavia, também de acordo com o princípio democrático, é salutar aglutinar forças e órgãos na defesa da Constituição e não suprimi-los, de modo que se faz necessário um novo arranjo institucional na sistemática da separação dos poderes no Brasil, não para excluir o papel do judiciário na realização dessa tarefa, mas para restabelecer a soberania do poder constituinte e a primazia do poder legislativo, como instância representativa da vontade popular.

Palavras-chave: Legitimidade e democracia. “Neoconstitucionalismo”. Soberania do poder constituinte.

ABSTRACT

This thesis proposes to criticize the positivist approach of law, with a normative feature, which had Kelsen as its greatest exponent, in order to demonstrate that the identification of the law legitimacy with the government legality or effectiveness is incompatible with democracy, especially after the second post-war and the advent of the Welfare State, in which the democratic society values were made positive in the constitutional texts, being, therefore, impossible, nowadays, to insist on the thesis of separation between the law and the values, especially in developing countries, such as the case of Brazil, which is still taking the steps towards an effective implementation of social rights. This conclusion, however, must not result in an abandonment of the juridical positivism within the constitutional theory, because that would mean to belittle the popular sovereignty and the primacy of the legislative power, thus, sealing, the “neo-constitutionalism” theory, now booming in Brazil, which, based on the change of the constitutional paradigm, has been proposing the transference of the decision center to the courts, especially, for the constitutional jurisdiction, in a clear disrespect to the sovereignty of the constituent power and gradual indifference to the parliamentary work developed in the legislative activity, the one that can most legitimately contribute to the achievement of fundamental rights in a true democracy, according to the understanding extracted from the rationalist philosophic legacy. However, also according to the democratic principle, it is beneficial to unite forces and organs to defend the Constitution, but not suppress them, so that a new institutional arrangement is necessary in the scheme of separation of powers in Brazil, not to exclude the judiciary role in carrying out this task, but to restore the sovereignty of the constituent power and the primacy of the legislative power, as a representative instance of the popular will.

Key-words: Legitimacy and democracy. “Neo-constitutionalism”. Sovereignty of the constituent power.

RÉSUMÉ

Cette thèse a le but de présenter une critique face à l'approche positiviste du droit d'aspect formaliste qui a trouvé chez Kelsen son plus grand représentant montrant que l'identification de la légitimité du droit avec la légalité ou l'efficacité du gouvernement est incompatible avec la démocratie, en particulier, après la deuxième guerre et l'arrivée de l'Etat Social, dont les valeurs de la société démocratique ont été positives dans les textes constitutionnels, étant alors impossible, aujourd'hui d'insister au sujet de la séparation entre le droit et les valeurs, surtout dans le pays en voie de développement, comme le Brésil qui fait ses premiers pas vers une implantation plus efficace des droits sociaux. Cette conclusion, pourtant, n'aura pas par conséquent l'abandon du positivisme juridique dans la théorie constitutionnelle car cela pourrait apporter à la souveraineté du peuple et à l'excellence du pouvoir législatif un air de méchanceté en légitimant la théorie du « nouveau constitutionalisme », en expansion au Brésil. D'après le changement du paradigme constitutionnel, cette théorie propose le transfert du centre décisionnaire aux tribunaux, en particulier, pour la juridiction constitutionnelle, face au manque de respect à la souveraineté du pouvoir constitutionnel et à l'indifférence aux travaux du parlement qui sont développés dans l'activité législative dans une vraie démocratie qui peut contribuer d'une façon plus légitime à la concrétisation des droits fondamentaux, selon ce qu'on a retenu de l'héritage philosophique rationaliste. Toutefois, d'après le principe démocratique, il est très important qu'on rejoigne les forces et les organismes pour la défense de la Constitution et qu'on ne les supprime pas. Il est nécessaire qu'on ait une nouvelle organisation institutionnelle dans la systématique de la séparation des pouvoirs au Brésil pour ne pas exclure le rôle du pouvoir judiciaire dans l'exécution de cette tâche mais pour rétablir la souveraineté du pouvoir constitutionnel et l'excellence du pouvoir législatif comme une instance représentative de la volonté du peuple.

Mots-clé: Légitimité et démocratie. « Nouveau constitutionalisme ». Souveraineté du pouvoir constitutionnel.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 O LEGADO POSITIVISTA DA LEGITIMIDADE.....	21
1.1 O fundamento legal-racional	27
1.2 A Constituição de Weimar e a experiência do nacional-socialismo	35
2 A NECESSÁRIA RELAÇÃO ENTRE DIREITO/ VALORES/FINS	46
2.1 O moralismo jurídico.....	53
2.2 A dialética kantiana entre moralidade e legalidade	58
3 A REDEFINIÇÃO DA LEGITIMIDADE DO DIREITO NO GARANTISMO JURÍDICO, NA ATUALIDADE DO CONTRATUALISMO DE ROUSSEAU E NA PERSPECTIVA “ÉTICA” DO ESTADO HEGELIANO.....	64
3.1 A tradição contratualista da vontade geral em Rousseau	69
3.2 A realidade “ética” e “concreta” do Estado em Hegel	77
4 LEGITIMIDADE DO DIREITO E PLURALISMO.....	85
4.1 A introdução do valor “consenso” na teoria marxista do Estado	88
4.2 O pluralismo discursivo.....	93
5 A LEGITIMIDADE OU QUASE-LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL.....	109
5.1 (I) Legitimidade de origem?.....	119
5.2 Titularidade da jurisdição constitucional e o Poder Moderador.....	131

6	A INTRODUÇÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO E SUA (IN)SUFICIÊNCIA PARA GARANTIR A LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....	141
6.1	A relação entre a jurisdição constitucional e a política	1
6.2	O “resgate” do Legislativo e a formação do “sentimento constitucional”	148
	CONCLUSÃO.....	160
	REFERÊNCIAS	164

INTRODUÇÃO

Do ponto de vista filosófico, a legitimidade de um poder, um regime ou governo depende da justificação de seus ordenamentos institucionais e de seus êxitos políticos; já do ponto de vista psicológico ou sociológico, ao se falar em legitimidade, refere-se à prevalência de atitudes de confiança num sistema político dado.¹

Para a ciência do direito, que se rendeu durante muito tempo às teses do formalismo jurídico positivista, especialmente de Kelsen, a legitimidade da ordem jurídica foi entendida como a tomada de decisões segundo a legalidade ou o procedimento juridicamente institucionalizado. Ou seja, segundo a tradição jurídica legada por essa corrente do positivismo, a legitimidade possui um conceito meramente normativista ou formalista, identificando-se ora com a pura legalidade, ora com a efetividade de um sistema ou ordem jurídica.² Legitimidade é, todavia, um termo de significado valorativo, pois dizer que um poder é legítimo equivale dizer que é justo, que é merecedor de aceitação, ou seja, significa atribuir-lhe, em qualquer caso, uma valoração positiva.³

O conceito de legitimidade, para o campo do direito, e no âmbito das sociedades ocidentais, teria sido extraído, originariamente, do direito romano, mais precisamente na *lex curiata de imperio*, que instituiu, a partir do século VI a.C., a vontade do *populus* como uma das instâncias competentes no processo de elaboração das leis romanas.⁴ Com a Idade Média,⁵

¹ ROMERO, Ricardo Montoro. Crisis de legitimación y crisis económica em el Estado de bienestar. **Revista de Estudios Políticos**, Madrid: CEC, n. 48, p. 177-197, 1985.

² Utiliza-se, assim, a expressão “normativismo jurídico” ou “formalismo jurídico” para indicar a concepção sobre a validade do direito que pretende a sua redução à pura norma, e da ciência jurídica a uma ciência de natureza puramente normativa, o que teve em Kelsen o seu maior expoente.

³ CASTIGNONE, Silvana. Legittimazione e potere. Elementi per una riflessione analítica. **Sociologia del diritto**, Milano: FAE, n. XI, 1984, p. 15. Também nesse sentido, cf. Lucio Levy, autor do *Dicionário de Política*, que, juntamente com Bobbio, vincula a categoria da legitimidade a uma “situação” e a um “valor”, na configuração do Estado Democrático de Direito. A “situação” é a “aceitação do Estado por um segmento relevante da população”; e o “valor”, por sua vez, “o consenso livremente manifestado por uma comunidade de homens autênticos e conscientes.” BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. 2. ed. Brasília: UnB, 1986, p. 678.

⁴ MOMMSEN, Theodor. **Le droit public romain**. Tradução: Paul Frédéric Girard. Paris: Boccard, 1984. t. II, p. 275-279.

esse conceito deslocou-se para a origem divina dos comandos dos reis e imperadores. No entanto, com o advento do Estado moderno,⁶ houve uma transformação radical dessa ideia teológica para uma concepção que teve por fundamento da legitimidade o indivíduo, enquanto ser livre e racional, de modo que não se tratava mais de obedecer à autoridade no interior de uma organização estatal em função de prescrições divinas, mas de situar-se numa comunidade política em virtude de um imperativo da própria razão humana legisladora e da autonomia da vontade, pelo que os súditos passaram, então, a dar lugar aos cidadãos politicamente ativos.

Com isso, a soberania popular impôs-se como critério de edificação do Estado e legitimação do exercício do poder, encontrando na Constituição escrita (“a lei como expressão da vontade geral”) a sua forma mais perfeita de concretização histórica.⁷ Tanto é assim que a legitimidade do poder teria alcançado sua máxima universalização com a Declaração francesa de 1789, ao enunciar que “*toute la société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n’a point de constitution*”, uma vez que a legitimidade passou a consistir em princípio fundamental a toda ordem jurídica,⁸ e não significou apenas uma manifestação formal da vontade popular, mas uma manifestação valorada, ou seja, de conteúdo racionalmente elaborado, que pudesse ter aceitação universal, na concepção kantiana. A partir da declaração francesa, a legitimidade significava o exercício do poder, em nome do povo, segundo uma constituição que contivesse um conteúdo valorativo mínimo: a proteção à liberdade dos indivíduos e mecanismos para a contenção dos abusos estatais.

⁵ Tomou-se a liberdade de admitir a velha seriação dos tempos em “idades” (a antiga, a média e a contemporânea), apesar de consciente de sua equivocidade, apenas para as finalidades narrativas específicas desta introdução.

⁶ Da mesma forma, embora não seja possível precisar o evento que teria marcado o seu surgimento, utiliza-se a expressão “Estado moderno” para significar a passagem para uma idade histórica em que irromperam os postulados iluministas e as formulações atinentes à separação de poderes, igualdade de direitos, Estado de Direito etc. Ou, como nas palavras de Pietro Barcellona: “o surgimento da modernidade significou a liberação do indivíduo dos vínculos da dependência pessoal, das hierarquias e dos poderes absolutos, mediante a construção de um ordenamento jurídico baseado no predomínio da lei, na igualdade formal e na generalização das relações de mercado”. BARCELLONA, Pietro. **Postmodernidad y comunidad**. Madri: Trotta, 1992, p. 122-123. Ou, ainda, segundo a síntese de Touraine: “Não existe uma face única da modernidade, e sim duas faces viradas uma para a outra e cujo diálogo constitui a modernidade: a racionalização e a subjetivação”. TOURAINE, A. **Crítica de la modernidad**. Madri: Temas de Hoy, 1993, p. 264-265.

⁷ DINIZ, Marcio Augusto. **O princípio de legitimidade no direito público romano e sua efetivação no direito público moderno**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 3.

⁸ Maurice Hauriou considerava que esses princípios da declaração francesa davam forma, inclusive, a uma legitimidade supraconstitucional. HAURIOU, Maurice. **Précis de droit constitutionnel**. Paris: Sirey, 1923, p. 267, 298, 370 e ss. Dessa mesma forma, Leon Duguit concordava com Hauriou e ainda afirmava que os postulados de 1789 possuíam uma autêntica força positiva. DUGUIT, Leon. **Traité de droit constitutionnel**. 2. ed. Paris: Boccard, 1923. t. II, p. 159, t. III, p. 562 e ss. Já de acordo com Robert Alexy, as bases para o princípio de legitimidade supraconstitucional datam de 1776 com o Virginia Bill of Rights, anteriormente, portanto, à declaração francesa. ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução: Luis Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 93 e segs.

O seu significado, contudo, teria adquirido maior importância no cenário político com o segundo pós-guerra e o Tribunal Militar Internacional de Nuremberg,⁹ que, apesar de ter-se limitado apenas aos fatos relacionados com os crimes de guerra, constatou a natureza criminosa do regime nazista e, por via de consequência, a ilegitimidade do sistema normativo por ele instalado, o que serviu de alerta para a necessidade de estabelecer a distinção entre as categorias da legalidade e da legitimidade, diversamente do que sustentava Kelsen.

A partir de então os conceitos positivistas, no tocante à identificação da legalidade com a legitimidade, perderam força,¹⁰ enfraquecendo-se ainda mais com o advento do Estado Social, pois, com este, as leis passaram a veicular prestações sociais, desencadeando o surgimento de uma racionalidade já não mais formal, correspondente ao Estado Liberal, mas material.¹¹ Ou seja, a racionalidade do direito passou a vincular-se a objetivos de bem-estar-social, equidade, ou a uma ética determinada,¹² ou, no dizer de Luigi Ferrajoli, com a expansão do paradigma constitucional presente no constitucionalismo da atualidade, houve uma verdadeira mudança de fundamento de validade das normas jurídicas, que não valem mais somente em virtude de sua conformação com o procedimento de elaboração, mas também porque guardam correspondência, de conteúdo, com os valores e princípios constitucionais.¹³

Assim, embora a temática sobre a relação entre o direito e os valores tenha permanecido durante muito tempo distante da agenda intelectual contemporânea - e isso se deveu sobretudo em função do positivismo de feição normativista, cuja teoria sobre a legitimidade da ordem jurídica promoveu um encaixe hermético dos fundamentos do poder e da justiça em certos moldes esquemáticos, notadamente em virtude da concepção formalista das relações éticas, que identificou o conceito de valor com o de validade e o de legitimidade com o da legalidade, o segundo pós-guerra e o advento do Estado Social desencadearam o surgimento de uma aguda consciência política e cultural sobre os valores da sociedade democrática. Esse fenômeno social e político, que é peculiar a todas as sociedades, vem ocorrendo de forma

⁹ Sobre o debate em torno da legitimidade e da democracia terem surgido efetivamente somente após a segunda grande guerra, cf. SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **O paradoxo de Rousseau**. Uma interpretação democrática da vontade geral. Rio de Janeiro: Rocco, 2007, p. 46-47.

¹⁰ SANCHÍS, Luis Prieto. **Interpretación jurídica y creación judicial del derecho**. Lima: Palestra, 2007, p. 63.

¹¹ CADEMARTORI, Sergio. **Estado de direito e legitimidade**. Uma abordagem garantista. 2. ed. Campinas: Millennium, 2006, p. 184. Ainda sobre a superação do positivismo pelo advento do Estado social, cf. BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 18-19.

¹² PALOMBELLA, Gianluigi. Legittimità, legge e costituzione. **Sociologia del diritto**, Milano: Franco Angeli, ano XX, n.2, p. 127-168, 1993.

¹³ FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo**. Una discusión sobre derecho y democracia. Madrid: Trotta, 2006, p. 16-17.

ainda mais acentuada nos países recém-saídos de regimes autoritários, como é o caso do Brasil.

Certamente, é preciso ter uma clara compreensão dos fundamentos das tomadas de decisões, pois até hoje as discussões que surgem frequentemente nos cenários político e social quase sempre deixam de aprofundar questões fundamentais sobre a ética, sobretudo deixam de buscar a fundamentação racional para o agir humano. Se isso ocorre é porque o pensamento positivista, de matiz weberiana-kelseniana, ainda exerce forte influência na cultura institucional, em que pese o fato de os dogmas positivistas terem sido fortemente abalados pelo advento do “(neo)constitucionalismo”,¹⁴ a teoria constitucional que, partindo da mudança do paradigma constitucional introduzido pelo Estado Social, sobre o qual se referiu Ferrajoli, legitima e estimula a ascensão da jurisdição constitucional como a instância de tutela dos direitos fundamentais e de legisladora final em questões sobre moralidade, ética e política, desvalorizando, com isso, o papel do poder legislativo no arranjo institucional das democracias constitucionais contemporâneas.¹⁵

Deste modo, a presente tese, ao criticar o positivismo normativista de Kelsen, que deita raízes na tese weberiana sobre as razões da obediência, não tem por objetivo uma crítica ao princípio da primazia da lei em si. A reflexão teórica não pode desprezar o contexto histórico e, com isso, esquecer a grande contribuição que o positivismo jurídico teve no final do século

¹⁴ Para as finalidades e limites da presente tese, não assume relevância a classificação doutrinária em neoconstitucionalismo ideológico, teórico ou metodológico, realizada, por exemplo, por Paolo Comanducci. COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: Uma análise metateórica. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

¹⁵ Como exemplo da sedimentação dessa doutrina no Brasil, cite-se o caso da ADIN 3.510, em que o Supremo Tribunal Federal, por maioria de seis votos a cinco, declarou constitucionais dispositivos da Lei de Biossegurança (Lei n.11.105, de 24.04.2005) que permitiram a realização de pesquisas científicas e tratamentos terapêuticos com células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos. Na ocasião, conforme veiculado na REVISTA VEJA, ed. 2063, ano 41, n. 22, de 04 jun. 2008, p. 65-68, vários ministros, em seus votos, propuseram acréscimos à lei, pretendendo legislar por meio de “sentenças aditivas”, ao passo que os ministros Ellen Gracie e Marco Aurélio foram os únicos a encaminhar seus votos respeitando o dever de autorrestrrição judicial em face do princípio da separação de poderes. Já o Presidente Gilmar Mendes, que apesar de não ter proposto acréscimos, condicionou a declaração de constitucionalidade à interpretação de que a permissão da pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro, fossem precedida de autorização e aprovação por Comitê (Órgão) Central de Ética e Pesquisa, vinculado ao Ministério da Saúde (Informativo STF n.º 508, de 26 a 30 de maio de 2008), em seu voto, afirmou o seguinte: “É em momentos como este que podemos perceber, despidos de qualquer dúvida relevante, que a aparente onipotência ou o caráter contra-majoritário do Tribunal Constitucional em face do legislador democrático não pode configurar subterfúgio para restringir as competências da Jurisdição na resolução de questões socialmente relevantes e axiologicamente carregadas de valores fundamentalmente contrapostos”. Ao final do voto, ele disse ainda: “é possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alie à mais progressista linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já dotadas pelas principais Cortes Constitucionais européias.”

XIX no combate aos excessos monárquicos e da nobreza e que ainda tem nos tempos atuais na luta contra os abusos estatais de qualquer natureza.

A crítica é destinada tão-somente à concepção do formalismo jurídico e, mais precisamente, aos seus dogmas de identificação da legitimidade com a legalidade e a separação entre direito e moral, tendo em vista que tais postulados são incompatíveis com o Estado Constitucional do século XXI. Direito e moral possuem uma conexão genética, mas isso não resulta na ideia de que o direito já contenha em si a moralidade, ou seja, de que é possível inferir os qualificativos de “justo” ou “legítimo” pela mera positividade, o que significaria impedir, por óbvio, a crítica ético-política do direito e cancelar a autolegitimação dos procedimentos.

Por outro lado, o estabelecimento da relação entre o direito e os valores nesta tese não levará à conclusão que vem sendo proposta pela teoria neoconstitucionalista, pois num regime autenticamente democrático a soberania deve residir no povo e, indiretamente, na primazia da lei, motivo pelo qual, contrariamente ao que vem sendo defendido por essa teoria, a democracia exige a compatibilização da interpretação moral da Constituição com a soberania do poder constituinte e a primazia parlamentar, e não o desencantamento com a atuação que o poder legislativo pode desempenhar na concretização dos direitos fundamentais.¹⁶

Assim, trata-se, portanto, de restabelecer a soberania do poder constituinte e a primazia do legislativo na teoria constitucional, em face de seu amesquinçamento pelo ativismo e

¹⁶ Evidenciando as incompatibilidades entre o “(neo)constitucionalismo” e o positivismo, assim aponta Lenio Streck: “Daí a possibilidade de afirmar a existência de uma série de oposições/incompatibilidades entre o neoconstitucionalismo (ou, se assim se quiser, o constitucionalismo social e democrático que exsurge a partir do segundo pós-guerra) e o positivismo jurídico. Assim: a) o neoconstitucionalismo é incompatível com o positivismo ideológico, porque este sustenta que o direito positivo, pelo simples fato de ser positivo, é justo e deve ser obedecido, em virtude de um dever moral. Como contraponto, o neoconstitucionalismo seria uma ‘ideologia política’ menos complacente com o poder; b) o neoconstitucionalismo não se coaduna com o positivismo enquanto teoria, estando a incompatibilidade, neste caso, na posição soberana que possui a lei ordinária na concepção positivista; c) também há uma incompatibilidade entre o neoconstitucionalismo com o positivismo visto como metodologia, porque este separou o direito e a moral, expulsando esta do horizonte jurídico. Tal separação, e a conseqüente afirmação de que o direito pode ser estudado simplesmente como fato social por um observador neutro, determinaria a incompatibilidade, já que o direito do Estado constitucional necessitaria, para ser estudado e compreendido, de uma tomada de postura moral, enfim, requereria uma atitude ética.” STRECK, Lenio Luiz. *A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo*. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Coord.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p.175-183, p. 153. Tendo em vista as incompatibilidades apontadas por Lenio Streck, corrobora-se, portanto, com a teoria neoconstitucionalista nos aspectos de que o direito posto não deve ser obedecido simplesmente porque é válido e da discordância da rígida separação entre direito e moral e da neutralidade defendida pelo positivismo, e refuta-se as teses de que o neoconstitucionalismo é uma ideologia “menos complacente com o poder” e de que a soberania da lei é incompatível com a postura ética de compreender o direito no atual constitucionalismo democrático.

expansão da jurisdição constitucional, fenômenos que já se solidificaram no direito norte-americano e alemão, e que vêm se tornando crescente no Brasil, e de harmonizar a relação entre o direito e os valores, não numa abordagem neoconstitucionalista, mas na defesa de um positivismo ético,¹⁷ isto é, de um positivismo que, ao afirmar a preponderância da lei, faça-o em cotejo com a instância valorativa que justifica e antecede não somente a lei como a Constituição: a soberania popular.

Por sua vez, também é preciso romper o legado de Kelsen, o qual trouxe consequências negativas ao processo de formação da vontade democrática. O dogma da legalidade simplesmente formal de sua teoria pura afetou a ideia de legitimidade do direito e do poder, e esta passou a ser concebida como uma questão de mera validade ou efetividade, destituída de qualquer instância valorativa, o que acabou por fazer da força, e não da justiça ou da ação do poder constituinte, o vetor propulsor do fenômeno jurídico. Exemplo triste dessa herança positivista foi o recurso a essa identificação entre as instâncias de validade e de legitimidade como justificativa para os atos praticados durante a vigência do regime nazista. Nos dias de hoje, inclusive, verifica-se ainda a influência positivista quando se percebe que o poder constituinte é relegado e resumido, por meio de uma abordagem puramente positivista e neoliberal, ao poder de reforma constitucional.

Dessa forma, a relação entre os direitos e os valores será abordada, visando a demonstrar que as reduções positivistas do valor à validade e da legitimidade à legalidade ou efetividade, como defendeu Kelsen, são incompatíveis com a democracia, que não pode prescindir de um princípio legitimador exterior ao sistema jurídico, o qual não pode ser outro senão o reconhecimento de um vínculo indissociável e dialético entre positividade e legitimidade, pois o direito não é um simples dever ser, mas “um dever ser ético e axiológico, um dever-ser-para-ser justo e legítimo.”¹⁸

De fato, segundo os modernos reclamos democráticos, notadamente, após o Estado Social, as normas do sistema não devem ser apenas formalmente corretas, válidas e eficazes, mas também devem traduzir os valores tidos como necessários para a existência de uma sociedade livre, justa e pluralista, sem os quais não existe efetivamente democracia.

¹⁷Utiliza-se, assim, a expressão “positivismo ético” para indicar uma visão mediatizada entre as duas concepções extremadas e opostas do positivismo e do jusnaturalismo, significando a adoção de um termo médio entre essas duas concepções, em direção do qual parece pender inevitavelmente a evolução do direito atual, em tempos de Estado Social, Estado Constitucional e de Estado Democrático de Direito.

¹⁸ VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria pura do direito**: Repasse crítico de seus principais fundamentos. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 116.

Por outro lado, reconhecer o vínculo entre positividade e legitimidade também significa admitir um retorno (e não um retrocesso) do jusnaturalismo laico e racional, especialmente na versão do contratualismo de Rousseau, que inspirou a dialética kantiana entre moralidade e legalidade. Isto se diz porque a legitimidade da ordem jurídica guarda laços íntimos com o poder constituinte e a soberania popular, resultando no valor fundamental de sustentação do poder com base no consenso valorativo dos governados, o que se traduziu no conceito rousseauiano de vontade geral.

Essa relação, todavia, no tocante ao direito natural, obviamente não ocorre em função da crença ou de um ideal de justiça presente na natureza ou de origem divina, nem mesmo numa proposta universalizadora de conceitos imutáveis no tempo e no espaço, mas sim em virtude da concepção de que os homens obedecem à autoridade numa comunidade política em virtude de um imperativo da própria razão e da autonomia da vontade, isto é, de que a legitimidade da ordem jurídica não se identifica com a mera legalidade, mas com uma adesão valorada.¹⁹

Ou seja, a perspectiva jusnaturalista em análise não é a do direito natural na sua dimensão teológica e estratificada, que se confundia com a crença, mas sim enquanto razão natural, que permite a distinção entre a legitimidade revelada e/ou costumeira e a legitimidade racionalista, como fundamento da ordem e do poder. Tanto é que, com o *Contrato Social* de Rousseau, que resultou no Estado de Direito, o direito natural racional tratou de justificar moralmente o poder exercido por meio do direito positivo, revelando-se, portanto, uma filosofia política que fundamenta a legitimidade do sistema político e, por consequência, do direito, num ponto de vista externo ao sistema jurídico.

Embora o direito natural tenha arrefecido com o advento do positivismo jurídico, a influência dos valores e da moral jamais foi eliminada do debate sobre a definição, as

¹⁹ Nem mesmo todos os adeptos do positivismo jurídico negam o direito natural ou criticam-no por limitar-se a uma teoria que fundamenta o direito com base na autoridade divina ou na universalidade e imutabilidade de conceitos. Herbert Hart, por exemplo, afirma que existe “um mínimo de Direito natural”, que corresponde a certas verdades elementares que devem estar presentes e ser regulamentadas pelo direito: “O Direito Natural, contudo, nem sempre tem estado associado à crença num Governador ou Legislador Divino do Universo, e mesmo quando tem estado, os seus princípios característicos não têm estado logicamente dependentes dessa crença. Quer o sentido relevante da palavra ‘natural’, que entra na expressão Direito Natural, quer a sua visão geral que minimiza a diferença, tão óbvia e tão importante para os espíritos modernos, entre leis prescritivas e descritivas, têm as suas raízes no pensamento grego, o qual foi, para esta finalidade, perfeitamente laico. Na verdade, a reafirmação continuada de alguma forma da doutrina do Direito Natural deveu-se em parte ao facto de que o seu atractivo é independente, quer da autoridade divina, quer da humana, e ao facto de que, apesar de uma terminologia e de muita metafísica que poucos podem aceitar nos nossos dias, contém certas verdades elementares de importância para a compreensão não só da moral como do direito.” HART, Herbert. **O conceito de direito**. Tradução: A. Ribeiro Mendes. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 204.

características e, principalmente, a legitimidade do direito moderno. Pelo contrário: depois da derrocada do nacional-socialismo e do segundo pós-guerra, abundaram correntes teóricas que passaram a pregar um “retorno do direito aos valores.”²⁰ Ademais, como confirma a lição de Pablo Lucas Verdú, o papel do direito natural é hoje desempenhado pelos princípios constitucionais, positivados com o Estado Social.²¹

Logo, a abordagem jusnaturalista empregada justifica-se para demonstrar a conexão necessária entre o direito e os valores, não como oposição ao positivismo em si - dado que este, como atestam o *Contrato Social* de Rousseau e até mesmo a República de Kant, insere-se no legado racionalista, mas sim como contraponto ao formalismo jurídico ou a todas as concepções positivistas que possam desprezar essa relação, propondo que a legitimidade do direito seja desprovida de qualquer comprometimento com a ética, a justiça ou a moralidade.

É nessa perspectiva garantista da legitimidade do direito²² que se faz necessária também uma investigação acerca da legitimidade do poder judiciário no Brasil, especialmente de seu órgão de cúpula, o Supremo Tribunal Federal, pois a transferência do foco decisório para a esfera judicial, proposta pelo “(neo)constitucionalismo” e que se encontra em pleno vigor, encontra obstáculos na soberania do poder constituinte.

Como o direito é um dever-ser ético e axiológico, ou seja, que não se sustenta pela pura positividade, não é possível admitir que essa questão se encontra superada pela circunstância (possivelmente simbólica²³) de o legislador constituinte ter conferido a competência do exame da constitucionalidade das leis e atos normativos ao STF, pois é necessário questionar se a outorga dessa competência e a forma de investidura dos membros da mais alta corte do País

²⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 8.

²¹ VERDÚ, Pablo Lucas. El horizonte iusnaturalista del derecho constitucional occidental. In: _____. **Curso de derecho político**. Madrid: Tecnos, 1972. t. I, p.371 e ss.

²² Atribui-se a postura da pesquisadora como uma abordagem garantista do direito à compreensão de que o garantismo, inspirado na lição de Ferrajoli, é uma teoria que se propõe a redefinir os conceitos tradicionais de validade, vigência, legitimidade e eficácia da norma jurídica, ao defender valores que necessariamente devem estar presentes enquanto finalidades a serem perseguidas pelo Estado de Direito. Ferrajoli não concorda que os valores, como a moral, só por assim o serem, devem modelar o direito positivo, como enunciavam as teorias jusnaturalistas, mas também discorda da pretensão de que as normas jurídicas sejam justas só por serem jurídicas. E, assim, ele conclui que a norma jurídica somente possa ostentar a qualidade de “justa” quando corresponder, positivamente ou não, a determinado critério de valoração ético-político. Dessa forma, como o direito possui a finalidade de realizar a justiça, especialmente após o constitucionalismo do século XX, o legislador e o aplicador da lei não estão submetidos apenas à forma de produção do direito, mas também ao conteúdo do direito produzido. Esta forma de abordagem do direito coloca, então, em xeque um dos dogmas do positivismo: a função meramente descritiva e avaliativa do jurista em relação ao direito. Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Madrid: Trotta, 1995, p. 851 e ss.

²³ O termo aqui é empregado no sentido que lhe atribui Marcelo Neves. NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

harmonizam-se com o princípio da soberania popular, e, igualmente, se as suas decisões, que vêm alterando o significado da Constituição e definindo o que se entende por moralidade e ética pública, podem ser tomadas sem a participação dos verdadeiros titulares do poder numa sociedade democrática.

Desse modo, essa temática será tratada na presente tese em seis capítulos. O primeiro abordará as principais formulações do normativismo positivista, ressaltando a identificação autopoiética da legitimidade do direito com a legalidade procedimental em autores paradigmáticos, como Max Weber e Kelsen (este último, a partir da segunda versão da Teoria Pura do Direito). Este mesmo capítulo ainda tratará das possíveis influências dessa identificação da legitimidade com a pura legalidade para o estabelecimento do regime nazista, ou melhor, para a justificação *a posteriori* dos atos praticados pelos juristas que aplicaram cegamente as leis do sistema de Hitler, ao qual, inclusive, Carl Schmitt manifestou sua histórica adesão, contribuindo para a “legitimação” do nacional-socialismo, já que Schmitt defendeu a primazia da pura legalidade e do mero poder fático do soberano para sustentar a legitimidade de um regime político, mesmo um autoritário, como o do III *Reich*.

O segundo capítulo estabelecerá uma relação necessária entre o direito e os demais fenômenos e sistemas normativos, fundada na teoria dos valores, na dialética kantiana entre moralidade e legalidade, bem como no moralismo jurídico, embora, quanto a este, não deixarão de ser feitas as ressalvas necessárias no sentido de sua aparente contribuição com o “(neo)constitucionalismo”.

No terceiro capítulo, essa mesma relação entre o direito e os valores também será defendida com base na teoria do garantismo jurídico e da filosofia contratualista de Rousseau, a primeira por propor uma redefinição dos conceitos de validade e legitimidade da ordem jurídica, diversos do positivismo jurídico normativista; a segunda porque, embora revestida de certo grau de subjetivismo e abstração, ainda nutre forte atualidade para o princípio democrático e para o retorno aos valores com a formulação do tradicional conceito de vontade geral.

Esse conceito, por sua vez, influenciou inicialmente Hegel, pois, a partir dele (e distanciando-se do contratualismo), o filósofo alemão desenvolveu a ideia do Estado como a síntese ética das liberdades e interesses individuais, mas harmonizando tal concepção com a realidade concreta e a historicidade. Embora tenha sido adepto de um Estado forte, no que

muitos identificam uma perspectiva totalitária e antiliberal em sua doutrina, Hegel propôs um Estado bem distinto do de Schmitt, já que na ordem estatal hegeliana, além de o pluralismo ter sido conciliado e não eliminado, o papel interventivo do Estado na busca da reforma social foi estabelecido, em oposição à neutralidade do Estado total schmittiano, a serviço dos interesses burgueses.

No quarto capítulo será feita uma abordagem sobre o pluralismo jurídico, para evidenciar que, com o seu surgimento nas sociedades modernas, a legitimidade passou a residir no equacionamento entre legalidade e consenso, sem o desprezo da pluralidade, o que foi muito bem equacionado no pensamento de Antonio Gramsci, que introduziu o consenso no interior da teoria marxista do Estado e ressaltou a soberania na perspectiva da sociedade civil, quer dizer, na contra-hegemonia burguesa que deve ser perseguida pelas classes e grupos “privados” empenhados na reforma social.

Como numa abordagem mais recente essa mesma conciliação em torno do pluralismo vem sendo tratada pela teoria da democracia deliberativa, esse capítulo ainda se destina a registrar a contribuição de Jürgen Habermas que, apesar de idealista quando propõe que o discurso comunicativo aconteça dentro de condições perfeitas, adiciona a instância valorativa dentro da legalidade procedimental, demonstrando que a legitimidade pode ser atingida pela legalidade, mas não pela mera positividade do direito, e sim pela harmonização da legalidade com a pluralidade, por meio da instituição de mecanismos participativos que possibilitem o agir comunicativo de todos os interessados nos processos decisórios.

Já o quinto e o sexto capítulo serão dedicados à crítica ao “(neo)constitucionalismo” e à titularidade e legitimidade da jurisdição constitucional no Brasil. Primeiramente, no quinto, dissertar-se-á sobre o déficit de legitimidade da jurisdição constitucional, inclusive, em análise comparada com outros sistemas jurídicos, especialmente o francês, que é dotado das particularidades de somente admitir o exercício dos poderes legítimos por delegação da vontade popular e por prever o exercício do controle de constitucionalidade pelo Conselho Constitucional apenas de forma preventiva, sem poderes, portanto, para invalidar as leis editadas pelo legislativo.

Isto se mostra distinto do que ocorre no sistema brasileiro, em que o controle de constitucionalidade também é realizado pelo poder judiciário de forma repressiva e o exercício do poder na jurisdição constitucional não decorre de expressa delegação do povo,

mas sim de ato de pura vontade do executivo, referendado por uma aprovação do Senado Federal, que já se tornou meramente simbólica no cenário político.

Por outro lado, tendo em vista espelhar grande contribuição para a problemática em torno da titularidade da jurisdição constitucional, serão também trazidos à baila os debates entre Kelsen e Schmitt: o primeiro, partidário da instituição do Tribunal Constitucional; o segundo, defensor do decisionismo político do soberano.

No último capítulo, será analisada a compatibilização do princípio da soberania popular com a jurisdição constitucional por meio da adoção do Tribunal Constitucional no Brasil, nos moldes europeus, procurando investigar se, efetivamente, é a medida que mais contribuiria para o aperfeiçoamento da democracia brasileira e se ela seria suficiente para solucionar o déficit de legitimidade da jurisdição constitucional.

Isto porque a instituição da Corte Constitucional não teria o condão, por si só, de eliminar os riscos da politização que atualmente se faz presente nos tribunais brasileiros e, particularmente, no Supremo Tribunal Federal, até mesmo porque a atividade do órgão de defesa da Constituição, em qualquer sistema jurídico, é de índole inegavelmente política. Por sua vez, a instituição do Tribunal Constitucional também não suplantaria o questionamento em torno da sua plena legitimidade, tendo em vista que, numa sociedade efetivamente democrática, onde a soberania reside no povo e não nas instituições, há de prevalecer a primazia do poder constituinte. No tocante ao agenciamento entre os poderes constituídos, deve também ser conferida primazia ao legislativo, já que este é o poder representativo da soberania popular, e, portanto, aquele que talvez, mais legitimamente, possa desempenhar, por meio da atividade parlamentar, a função de guarda e concretização da Constituição.

Dessa forma, o objetivo central da tese é expor que a legitimidade de origem da jurisdição constitucional brasileira é necessária para resguardar o princípio democrático, mas que ela não é suficiente, pois que ainda que seja instituído o Tribunal Constitucional no Brasil ou seja alterada a forma de investidura dos membros do STF e decretado o fim de sua vitaliciedade (ou incorporadas outras receitas para a reforma do Judiciário), as decisões proferidas pela Corte Constitucional teriam ainda sua legitimidade condicionada à fidelidade da vontade constituinte e ao reconhecimento do dever de autorrestrrição judicial em face do princípio da separação de poderes.

E mais: mesmo que restabelecida a primazia do poder constituinte e do legislativo, ainda se faz necessário, na busca da legitimidade, que a democracia deliberativa se torne possível, ou seja, que haja a abertura dos procedimentos decisórios, judiciais e legislativos, a uma efetiva participação discursivo-racional do povo, de modo a renovar permanentemente o pacto social, (re)construído em torno de uma consciência ou “sentimento constitucional.”²⁴

²⁴ A expressão é utilizada no sentido proposto por Pablo lucas Verdú, que enuncia a existência desse sentimento quando um ordenamento jurídico é capaz de suscitar ampla adesão afetiva e efetiva das camadas populares quanto à sua normatividade e, sobretudo, quanto às instituições mais enraizadas em suas bases sociais. VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional**: aproximação ao estudo do sentir constitcional como modo de integração política. Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 6-7.

1 O LEGADO POSITIVISTA DA LEGITIMIDADE

Comte, inspirado em Condorcet, que dividira a evolução da história em nove períodos, afirmando que a humanidade progredia sempre para etapas melhores e superiores em direção ao aperfeiçoamento ilimitado dos homens,¹ criou a lei dos “três estados”, que relacionava ciência e desenvolvimento histórico, anunciando que o conhecimento humano passou pelas fases da teologia, da metafísica e da ciência,² esse sim, segundo ele, o verdadeiro conhecimento.³

Com isso, adveio a época do cientificismo: crença na razão como fonte única; crença na ciência como produto maior da inteligência humana. Os que trataram de filosofia ou de ciências sociais sob a ótica cientificista, como o fizera Hans Kelsen no campo do direito, passaram a omitir, portanto, a alusão aos valores e à perspectiva histórica, acreditando num saber de base lógico-matemática capaz de orientar todo o pensamento. O direito, contudo, é insuscetível de ser pensado com o método próprio das ciências naturais, pois é ciência reguladora do comportamento humano, e, por isso, não dispensa um legitimador externo às normas jurídicas postas.

A propósito dessa ideia que associa desenvolvimento e progresso com o transcorrer da história, Hegel alertou que o progresso histórico não é linear, e que ocorre segundo um processo dialético que concede, inclusive, amplo espaço para períodos de involução e retrocesso.⁴ Inspirados nessa elaboração hegeliana, dois outros críticos do progresso e fundadores da Escola de Frankfurt, Adorno e Horkheimer, buscaram, na *Dialética do Esclarecimento*, explicitar as características contraditórias inerentes ao esclarecimento, tanto as de autoconservação e libertação do homem como as de autodestruição e dominação, em

¹ CONDORCET, J.A.N.C. **Esboço de um quadro histórico dos progressos do espírito humano**. Campinas: Unicamp, 1993.

² COMTE, A. **Catecismo positivista, ou sumária apresentação da religião universal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Apostolado Positivista do Brasil, 1934, p. 479.

³ Como Hegel, Comte pensava não ser possível conhecer o espírito humano senão através de obras sucessivas, isto é, obras de civilização e história dos conhecimentos e das ciências, que a inteligência alternadamente produziu no curso da história. O espírito não poderia conhecer-se interiormente, vez que se desenvolve através do tempo. COMTE, A. **Opúsculos de filosofia social**. São Paulo: EDUSP, 1972, p. 153.

⁴ HEGEL, G. W. Friedrich. **Leçons sur la philosophie de l'histoire**. Paris: Vrin, 2004.

toda sua trajetória através da história da civilização, demonstrando, portanto, que ela (a história) não está fadada necessariamente ao progresso e ao desenvolvimento, como foi o entendimento reinante nos últimos dois ou três séculos.⁵ Esse esclarecimento, prestado por Hegel e pelos citados frankfurtianos, demonstrou, assim, que não existe uma correlação entre o passar dos tempos e a melhora ou aperfeiçoamento das coisas, e por isso a humanidade vivencia períodos de ceticismo e pessimismo sempre que o aperfeiçoamento, notadamente o técnico, não se faz acompanhar de um correlato progresso ético.

Retornando, então, à temática da relação entre direito e ética, verifica-se que o assunto foi tema corrente durante muito tempo na história, mais associado à relação entre direito e moral do que propriamente com a ética, já que a herança clássica tratava mais da moral e dos deveres do que desta. Ocorreu, no entanto, que com o advento do cristianismo, da psicologia e da sociologia, que deslocaram os problemas da consciência individual para as estruturas sociais, com o capitalismo e com a predominância do positivismo na cultura jurídica ocidental, a discussão em torno da relação entre ética e direito perdeu o destaque no debate público, que passou a girar em torno do cientificismo e do relativismo axiológico, refratários da ideia de justiça e de valores, que tanto permearam a cultura da Antiguidade clássica.

O capitalismo, mais propriamente, com a sua expansão para o consumo de massas, entronizando na sociedade a cultura do efêmero e do hedonismo individual, foi o maior responsável pela dissolução da consciência e dos valores coletivos, como sintetiza Sébastien Charles, ao retratar a sociedade “hipermoderna” de Gilles Lipovetsky:

É evidente que a sociedade hipermoderna, ao exacerbar o individualismo e dar cada vez menos importância aos discursos tradicionais, caracteriza-se pela indiferença para com o bem público; pela prioridade freqüentemente conferida ao presente e não ao futuro; pela escalada dos particularismos e dos interesses corporativistas; pela desagregação do sentido de dever ou de dívida para com a coletividade.⁶

Já no assim chamado mundo antigo,⁷ houve o primado do todo sobre as partes, ou seja, uma concepção rígida sobre a moral da *polis*, a exigir a preponderância dos interesses da cidade sobre as pretensões pessoais dos indivíduos. Tratou-se, como assinala Nelson Saldanha, “da supervalorização do sentido de unidade, com a correlata desestima da

⁵ ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento**: fragmentos filosóficos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

⁶ LIPOVETSKY, Gilles; CHARLES, Sébastien. **Os tempos hipermodernos**. Tradução: Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004, p. 43. Também sobre o assunto, conferir BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008.

⁷ A expressão é utilizada com as mesmas ressalvas já feitas na nota de número 5, da parte introdutória.

pluralidade. Esta aparecia como um mal, tal como o diverso, a diversidade, a diversificação, tanto que foi inclusive simbolizada pelos hebreus na Torre de Babel: Babel era a Babilônia, a detestada cidade cosmopolita e pluralista.”⁸

É bem verdade, no entanto, que a preponderância dos interesses coletivos sobre os individuais na Antiguidade clássica pode ser explicada, em boa parte, pelo fato de ter havido em Atenas um camada do estrato social – os escravos - dedicada exclusivamente aos trabalhos materiais, o que deixava os cidadãos, portanto, inteiramente livres para o exercício da política e para o trato dos assuntos coletivos.

Apenas para lembrar, na democracia ateniense do tempo de Péricles, os escravos, os estrangeiros e as mulheres atenienses não tinham qualquer direito político e não eram considerados, portanto, cidadãos. Os estrangeiros, além dos impostos, eram obrigados a pagar uma taxa especial e prestar serviço militar, mas estavam autorizados a atuar em diversas profissões e acabavam exercendo grande parte das atividades econômicas, artesanais e comerciais, justamente as atividades que os cidadãos atenienses costumavam desprezar. Desse modo, eram os responsáveis por boa parte do desenvolvimento e da prosperidade de Atenas. Já os escravos eram, na sua maioria, prisioneiros de guerras e seus descendentes, que trabalhavam nas minas de prata, de onde se extraía metal para armamentos, ferramentas e moedas, ou ocupavam-se das mais variadas tarefas e ofícios, permitindo, em qualquer dos casos, que seus “donos” se dedicassem aos assuntos públicos da pólis.

Ou seja, a preponderância do interesse coletivo sobre os individuais na Antiguidade pode encontrar parcial justificativa na incompatibilidade da democracia defendida por Péricles: escravidão e democracia.⁹ Afinal, era justamente pelo fato de os escravos - e também os estrangeiros - desempenharem os trabalhos manuais que garantiam o substrato material da cidade que os chamados cidadãos podiam assim dedicar-se inteiramente aos negócios e interesses públicos.

De qualquer sorte, o primado do uno sobre o individual foi entronizado na cultura clássica especialmente pelas ideias de Platão. Ele percebeu que o autoconhecimento defendido por Sócrates, do qual era discípulo, não podia ser alcançado enquanto o homem permanecesse destituído de uma visão real sobre o caráter e extensão da vida política. A alma

⁸ SALDANHA, Nelson. **Ética e História**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 64.

⁹ VASCONCELOS, Arnaldo. **Direito, humanismo e democracia**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 10.

do indivíduo, segundo Platão, estava ligada com a natureza social, não sendo possível separar uma da outra, ou seja, a vida pública da vida privada. Se a última é má e corrupta, a primeira não pode desenvolver-se e alcançar seu fim. Dessa forma, em *A República*, Platão faz uma impressionante descrição de todos os perigos a que um indivíduo se encontra exposto num Estado injusto e corrupto. E assim, o filósofo passou a acreditar não ser possível fazer filosofia se não se começar antes pela reforma do Estado, único caminho para mudar a vida ética dos homens.¹⁰ Essa ideia, como será demonstrado no terceiro capítulo, influenciou profundamente a concepção hegeliana do Estado.

Esse reinado do uno sobre o particular não foi, contudo, peculiar somente à cultura clássica. No racionalismo político moderno, também se pode encontrar a valorização da unidade, como ocorreu em Hobbes,¹¹ e também com o próprio Rousseau, o qual, no *Contrato Social*, rejeitava a ideia de partidos e buscava a unidade incindível do corpo político.¹² Mas, justamente procurando superar a abstração e o subjetivismo da concepção rousseauiana, Hegel transformou o conceito de vontade geral, sem desprezar o pluralismo, uma vez que, com ele, as vontades individuais não foram eliminadas, mas sim elevadas, conservadas e sintetizadas no Estado, fonte suprema de toda a ética.¹³

Logo, interessa ressaltar, como o faz Nelson Saldanha, a constância de um conteúdo ético nas grandes teorias filosóficas, tanto clássicas quanto modernas. Isto, no seu entender, corresponde à presença de uma peculiar preocupação com o *ethos*, no sentido da referência a padrões estáveis de comportamento e a normas gerais vinculadas à própria visão do mundo e do homem.¹⁴ Esse conteúdo ético, contudo, e como já se disse acima, arrefeceu com o relativismo axiológico que passou a dominar a cultura com o advento do cristianismo e do capitalismo, atingindo o seu ápice na postura formalista do positivismo jurídico, dedicado unicamente aos juízos de fato, avesso aos valores.

Nesse sentido, as concepções de Max Weber e Hans Kelsen, que dominaram a cultura jurídica durante muito tempo, representam as mais bem sucedidas tentativas positivistas de isolar a influência de outros sistemas normativos sobre o direito. O primeiro, afirmando que a

¹⁰ PLATÃO. *A República*. Tradução: Edson Bini. Florianópolis: Edipro, 2006, p. 491.

¹¹ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. 3. ed. Brasília: Imprensa Nacional, 2002, p. 146-147.

¹² ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social: Princípios do direito político*. Tradução: Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 114-115.

¹³ HEGEL, G. W. Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Tradução: Norberto de Paula Lima. 2. ed. São Paulo: Ícone, 1997, p. 205-213.

¹⁴ SALDANHA, Nelson. *Ética e História*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 70.

razão de obediência do povo à ordem jurídica posta ocorre, nas modernas sociedades ocidentais, em virtude da crença na legalidade; o segundo, construindo uma teoria meramente descritiva e avaliativa do direito, com a finalidade de afirmá-la científica, portanto, imune aos juízos de valor.

Ambos, no entanto, com tais formulações, findaram por deslocar o fundamento da legitimidade da ordem jurídica, que reside no consenso racional e valorativo dos governados, para o exercício da força. O poder, todavia, nunca se justifica tão-somente pelo uso da força. É impensável uma relação política que descanse exclusivamente na coerção dos indivíduos, mas antes exige uma fundamentação.¹⁵ A força ou coação não integra a essência do dever jurídico.¹⁶ Ela tem, ao contrário, caráter aleatório e instrumental, como sintetizou Hannah Arendt, ao tratar da questão do poder governamental: “a violência é por natureza instrumental; como todos os meios, sempre necessita de orientação e justificação pelos fins que persegue. E o que necessita ser justificado por alguma coisa não pode ser a essência de coisa alguma.”¹⁷

A força, na verdade, é elemento indispensável para o exercício do poder, porém ela nunca pode ser o seu fundamento exclusivo; é fator necessário do poder, mas nunca suficientemente por si só para obter uma relação de obrigação política por parte dos governados.¹⁸ A obrigação, como dever-ser, implica considerações axiológicas, e estas, a noção superior de justiça, de modo que a norma jurídica obriga porque contém preceito capaz de realizar, em cada época, aquilo que se entende por justiça. Dessa forma, a norma jurídica obriga não simplesmente porque é válida ou porque o seu descumprimento é sancionável; ela obriga porque contém valor. Obriga por ser justa e legítima, como já dizia Rousseau: “Já que nenhum homem tem autoridade natural sobre seu semelhante e a força não cria nenhum (sic) direito, restam portanto as convenções como base de toda autoridade legítima entre os homens.”¹⁹

Portanto, a razão última da obrigatoriedade da norma jurídica não é de caráter científico, mas de caráter filosófico. Dado, então, que a força não justifica por si só o cumprimento da

¹⁵ CADEMARTORI, Sergio. **Estado de direito e legitimidade**. Uma abordagem garantista. 2. ed. Campinas: Millennium, 2006, p. 115.

¹⁶ VASCONCELOS, Arnaldo. **Direito e força**. Uma visão pluridimensional da coação jurídica. São Paulo: Dialética, 2001, p. 14 e 75.

¹⁷ ARENDT, Hannah. **Crises da república**. Tradução: José Volkmann. São Paulo: Perspectiva, 1973, p. 128.

¹⁸ CADEMARTORI, 2006.

¹⁹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Textos filosóficos**. São Paulo: Paz e Terra, 2002, p. 63.

obrigação política num Estado de Direito, e que isto ocorre em virtude de um outro fator, capaz de fundamentar a aceitação do poder e da ordem por parte dos indivíduos, a análise das razões dessa aceitação, a que Max Weber chamou de obediência, tem sido posta ao longo de toda a história do pensamento político e filosófico. Isso, porém, não significa que seja possível uma análise meramente descritiva do poder, como realizada em Weber, e posteriormente em Kelsen, mas sim, como alerta Sergio Cademartori, “que existe um elemento na legitimidade que foge ao campo do meramente factual, abrindo-se para os aspectos psicológicos e valorativos dos indivíduos”.²⁰

Embora a preocupação com a legitimidade perpassasse o pensamento político desde as suas origens, a análise a seguir partirá das abordagens do positivismo de Max Weber e Hans Kelsen, pois é em face destas que se fará uma crítica quanto ao fundamento da legitimidade para estes autores: a mera legalidade procedimental. Esse recorte assim se justifica porque nem todos os juristas adeptos do positivismo defendem uma postura meramente formalista/normativista da legitimidade.

Radbruch e Dworkin, por exemplo, sustentam a soberania da ordem estatal, mas não entendem que a validade e legitimidade do direito se afirmam independentemente de conexões com a moral e a justiça. O próprio Herbert Hart admite explicitamente a influência dos valores sobre o direito e afirma que a sua regra de reconhecimento pode incorporar, como critérios de validade jurídica, a conformidade não apenas com o modo e a forma de criação do direito, mas com princípios morais ou com valores substantivos e, por isso, definia a sua teoria como “positivismo moderado.”²¹

Já Hermann Heller, militante social democrata durante a República de Weimar, procurou enfrentar o problema da crise da democracia e do Estado de Direito, não apenas para salvá-lo da ditadura nazista, mas também para combater os efeitos nocivos que as teses de Carl Schmitt causaram. Sua concepção positivista era inteiramente distinta da lógica normativista de Kelsen e do decisionismo de Schmitt. Para ele era essencial determinar a função social do Estado e do direito, superando o formalismo político e jurídico. Por outro lado, ele também colocou, acima de toda vontade criadora de direito, princípios jurídicos de conteúdo ético, que geram e limitam o conteúdo do direito positivo, atitude essa que, no

²⁰ CADEMARTORI, Sergio. **Estado de direito e legitimidade**. Uma abordagem garantista. 2. ed. Campinas: Millennium, 2006, p. 116

²¹ HART, Herbert. **O conceito de direito**. Tradução: A. Ribeiro Mendes. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p.312.

contexto weimariano, desempenhou um esforço impressionante para afastar a dogmática do positivismo.²²

1.1 O fundamento legal-racional

A abordagem dogmática do positivismo, que originou a concepção formalista/normativista, iniciou-se na sociologia de Comte. Mas Pareto²³ e Weber²⁴ foram os mais rígidos defensores da condenação de qualquer contaminação da ciência pelos juízos de valor. Ambos acreditavam que competia ao cientista a responsabilidade de preservar o caráter neutro do conhecimento, de modo a impedir a corrupção do saber científico pelos valores, assim reputados por eles como irracionais.

Em Pareto e em Weber, como analisa Norberto Bobbio,

a feroz defesa de uma ciência destituída de procedimentos valorativos caminha *pari passu* com uma concepção fundamentalmente irracionalista do universo ético: a ética do cientista consiste, precisamente, na defesa do único e limitado reduto da razão face aos assaltos da não-razão, como se revela na enunciação dos juízos de valor.²⁵

Kelsen, por sua vez, inspirado pelo contexto cultural da época, em que as ciências sociais utilizavam-se do método e raciocínio próprio das ciências da natureza, perseguiu esse mesmo objetivo no campo do direito e, assim, formulou a sua teoria pura, que representou um verdadeiro divisor de águas na filosofia do direito em face da maneira pela qual ele propôs o entendimento sobre o direito.²⁶ Essa concepção teve pressupostos filosóficos na Escola neokantiana, segundo a qual o importante era o método. Somente com rigor metodológico poder-se-ia fazer ciência.²⁷

Tendo em vista, assim, o caráter meramente descritivo, Kelsen elegeu as normas jurídicas como seu objeto de estudo, construindo uma teoria formal, desvinculada da

²² HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução: Lycurgo Gomes da Mota. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

²³ PARETO, Vilfredo. Tratado de sociologia geral. Preliminares e as ações não-lógicas. In: RODRIGUES, José Albertino (Org.). **Vilfredo Pareto: sociologia**. São Paulo: Ática, 1984.

²⁴ WEBER, Max. **Sociologia del derecho**. Granada: Comares, 2001.

²⁵ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**. Novos estudos de teoria do direito. São Paulo: Manole, 2007, p. 89.

²⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 2-4, p.84-109.

²⁷ Nesse tocante, é oportuna a ressalva de que a inspiração de Kelsen na Escola neokantiana se deve à adesão às conclusões da primeira parte do sistema kantiano, pois como esclarece BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 100-103, ao desenvolver a segunda parte do seu sistema, isto é quando chega à *Razão Prática*, Kant teria fundado a parte mais importante do seu idealismo e da sua filosofia, passando a contemplar a liberdade e a moralidade nos seus conceitos de Direito e Estado, aproximando-se, assim, de Rousseau.

metafísica e dos valores, e profundamente obstinada em propor uma necessária separação entre juízos de fato e juízos de valor, de modo a coibir que estes últimos “corrompessem” a pureza da pesquisa científica. Já no prefácio da *Teoria Geral do Direito e do Estado*, afirmou o pensador austríaco:

[...] chamando tal doutrina de ‘teoria pura do direito’, pretende-se dizer que ela permanece livre de todos os elementos estranhos ao método específico da ciência cujo único objetivo é o conhecimento do direito, e não a sua formação. Uma ciência deve descrever o próprio objeto como ele efetivamente é, e não prescrever como ele deveria ou não deveria ser com base em alguns juízos de valor específicos. Este último é um problema político e, como tal, diz respeito à arte do governo, uma atividade que se ocupa dos valores e não é um objeto da ciência, a qual se ocupa da realidade.²⁸

Também em Kelsen, portanto, assim como em Weber e Pareto, houve uma concepção irracionalista dos valores. Ele acreditava que para ter êxito, a ciência jurídica deveria ser neutra, ou seja, avalorativa. Em consequência, como conclui Bobbio, para não se deixar influenciar pelas próprias preferências ético-políticas, o cientista kelseniano deveria renunciar à pretensão de oferecer receitas para a ação, de modo que a tarefa da ciência seria apenas a de descrever, e não prescrever.²⁹

Aliás, o próprio Kelsen afirma isso expressamente, ao pretender construir, com a *Teoria Pura*, uma teoria realista e descritiva do direito. O objeto da ciência do direito, para ele, é o direito que é, o direito possível, e não o direito ideal, o direito como dever-ser.³⁰ Por outro lado, dado que não se pode responder se uma norma ou um ordenamento jurídico é justo ou injusto a não ser por meio de um juízo de valor, o problema da justiça, para Kelsen, não é um problema do qual a ciência possa se ocupar, de modo que a teoria pura do direito, para ser ciência, deveria desinteressar-se dele, até mesmo por se tratar de um conceito relativo:

Se a Justiça é tomada como o critério da ordem normativa a designar como Direito, então as ordens coercitivas capitalistas do mundo ocidental não são de forma alguma Direito do ponto de vista do ideal comunista do Direito, e a ordem coercitiva comunista da União Soviética não é também de forma alguma Direito do ponto de vista do ideal de Justiça capitalista. Um conceito de Direito que conduz a uma tal consequência não pode ser aceito por uma ciência jurídica positiva. Uma ordem jurídica pode ser julgada como injusta do ponto de vista de uma determinada norma de Justiça. O fato, porém, de o conteúdo de uma ordem coercitiva eficaz poder ser

²⁸ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

²⁹ BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*. Novos estudos de teoria do direito. Tradução: Daniela Beccaccia Versiani. São Paulo: Manole, 2007, p. 191.

³⁰ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 1.

julgado como injusto, não constitui de qualquer forma um fundamento para não considerar válida essa ordem coercitiva.³¹

Ao tangenciar, portanto, a problemática da justiça, Kelsen acabou retirando da ciência jurídica o debate em torno do fim do direito, e este passou a ser entendido numa concepção meramente instrumental, ou seja, apenas como forma de controle social, o que se mostra perfeitamente de acordo com o relativismo ético e o irracionalismo dos valores. Assim, como suas formulações passaram a dominar a cultura jurídica a partir do século XIX, o direito foi compreendido, portanto, como uma realidade meramente instrumental e procedimental. Ao deslocar a justiça e os valores para fora da ciência jurídica, Kelsen obteve o êxito, em sua ótica, ressaltando-se, de apresentar uma solução definitiva para o problema da finalidade e legitimidade do direito: a obediência ao devido processo legal.

Antes disso, no campo sociológico, Max Weber já havia introduzido um conceito positivista do direito, segundo o qual direito é aquilo que o legislador, democraticamente legitimado ou não, estabelece como direito, seguindo um processo institucionalizado juridicamente, o que resultou no entendimento de que a força legitimadora da ordem jurídica não deriva de qualquer comunicação com a justiça ou a moral.

Assim, de acordo com a tradicional formulação weberiana, falar em legitimidade do poder e da ordem jurídica é referir-se a razões de obediência ao comando dos governantes dirigido aos governados. Por essa via, o mero poder transforma-se em dominação. E esta (a dominação) distingue-se da força porque tem a capacidade de obter a obediência dos sujeitos, não necessariamente mediante o uso da força, mas, sobretudo, pela adesão.³² Por entender por dominação a “[...] probabilidade de obediência a um determinado mandato”, Weber formula o seguinte conceito de legitimidade: “probabilidade de uma dominação ser tratada praticamente como tal e mantida em uma proporção importante.”³³

Logo, segundo Weber, é pela crença na sua legitimidade que o poder ou dominação se instala ou se mantém independentemente dos motivos internos e subjetivos que cada um dos

³¹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 53.

³² CADERMATORI, Sergio. **Estado de direito e legitimidade**. Uma abordagem garantista. 2. ed. Campinas: Millennium, 2006, p. 121.

³³ WEBER, Max. **Economía y sociedad**. México: Fondo de Cultura Económica, 1984. v. , p. 705.

dominados possui para obedecer aos comandos impostos, o que significa que, para ele, o direito dispõe de uma racionalidade própria, que independe dos valores.³⁴

Disso resultou, na obra *Economia e Sociedade*, sua classificação dos três tipos puros de dominação: aquele que depende do mero costume ou da habituação a um comportamento, cujo princípio de legitimidade é a tradição; aquele fundado na mera afeição do súdito a um líder (dominação carismática); e, por último, o tipo de dominação fundado na identificação da legitimidade com a institucionalização por meio da lei (dominação legal-racional), sendo este último tipo de dominação legítima o traço característico das sociedades ocidentais modernas, pautadas que são pelo conceito de competência, princípio da hierarquia, racionalidade administrativa e burocracia.³⁵

Dessa forma, e como analisa José Renato Gaziero Cella, o fundamento racional ocupa lugar de destaque na abordagem de Weber sobre a legitimidade do direito, pois é ele que justificaria a estabilidade da dominação legal própria dos tempos modernos. Isto é, seria a crença na legalidade que geraria a adesão dos dominados a essa espécie de dominação, que se caracteriza pela positivação do direito e pela burocracia estatal. Vê-se, pois, que ao fundar a legitimidade da dominação na crença na legalidade Weber desloca o problema para o conceito de legalidade, de modo que a definição do que seja ou não legal se torna o ponto central para a legitimidade. Com isso, ele transfere a problemática da legitimidade do direito positivo para a questão em torno do procedimento pelo qual é produzido e modificado.³⁶

Assim, como conclui o autor supracitado, a fórmula weberiana introduziu a legitimidade no interior da legalidade, pois “à medida que o direito se autolegitima por um procedimento jurídico formal próprio, dispensa qualquer fundamentação externa a ele”. E é exatamente essa concepção que reafirmará a autonomia do direito e sua independência com relação aos valores. Por isso é que o fundamento legal-racional de Weber ganhou destaque no debate jusfilosófico da modernidade, pois a autonomia do direito, justificada pela crença na legalidade, segundo os positivistas, logrou êxito em estabelecer a distinção do direito

³⁴ CADERMATORI, Sergio. **Estado de direito e legitimidade**. Uma abordagem garantista. 2. ed. Campinas: Millennium, 2006, p. 123.

³⁵ WEBER, Max. **Economía y sociedad**. México: Fondo de Cultura Económica, 1984. v. 1, p. 706-707.

³⁶ CELLA, José Renato Gaziero. A crítica de Habermas à idéia de legitimidade em Weber e Kelsen. **XXII Congresso Mundial de Filosofia do Direito e Filosofia Social**. Granada, Universidade de Granada (Espanha), 2005, p. 8.

moderno do direito antigo, em que imperavam os tipos de dominação tradicional e carismático, ambos dependentes de fatores externos ao direito: a tradição e o carisma.³⁷

Partindo de tais conclusões weberianas, Kelsen propôs-se a “purificar” ainda mais o objeto da ciência do direito, e o fez por meio de sua *Teoria Pura*, enunciando o sistema de validade das normas jurídicas segundo uma concepção hierárquica escalonada, fundada, em última instância, na norma hipotética fundamental, que é pressuposta pelo pensamento jurídico.³⁸

De acordo com esse sistema, as normas são consideradas válidas desde que provenientes de uma autoridade competente, indicada pelo próprio ordenamento jurídico, e que retirem seu fundamento de validade de uma norma superior, obedecendo aos procedimentos também indicados pelo sistema. Ou seja, para Kelsen, a validade das normas se impõe pelo simples fato de pertencerem à ordem jurídica e terem sido produzidas segundo a hierarquia normativa, isto é, valem por terem sido editadas segundo o procedimento legalmente institucionalizado, independentemente do seu conteúdo:

Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser deduzido pela via de um raciocínio lógico do conteúdo de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada de uma forma determinada – em última análise, por uma norma fixada por uma norma fundamental pressuposta. Por isso, e somente por isso, pertence ela à ordem jurídica cujas normas são criadas de conformidade com esta norma fundamental. Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser Direito. Não há qualquer conduta humana que, como tal, por força do seu conteúdo, esteja excluída de ser conteúdo de uma norma jurídica.³⁹

Assim, por não ser seu objeto, pouco importa à ciência jurídica, segundo Kelsen, como as normas são produzidas ou como deveriam ser, posto que isso seria objeto da política. Com esse desiderato, a tarefa científica deveria restringir-se à descrição, sem a necessidade de discussões valorativas por parte dos juristas, fiéis, sempre, ao seu objeto e desprovidos de preocupações decorrentes, por exemplo, da justiça, em decorrência da neutralidade pressuposta:

Embora as normas jurídicas, como prescrições de dever-ser, constituam valores, a tarefa da ciência jurídica não é de forma alguma uma valoração ou apreciação do seu

³⁷ CELLA, José Renato Gaziero. A crítica de Habermas à idéia de legitimidade em Weber e Kelsen. **XXII Congresso Mundial de Filosofia do Direito e Filosofia Social**. Granada, Universidade de Granada (Espanha), 2005, p. 8-9.

³⁸ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 25, 34, 50, 205-219.

³⁹ Ibid, 1987, p. 210.

objeto, mas uma descrição do mesmo alheia a valores (*wetfreie*). O jurista científico não se identifica com qualquer valor, nem mesmo com o valor jurídico por ele descrito.⁴⁰

Por conseguinte, à semelhança de Weber, Kelsen terminou por isolar o direito de quaisquer influências externas, determinando o objeto da ciência do direito completamente separado da justiça, da moral e da política. Seguindo a tradição weberiana, ele identificou novamente a legitimidade de um ordenamento jurídico com a questão do procedimento, ou seja, da validade: “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.”⁴¹

A inovação de Kelsen, relativamente a Weber, ocorre, contudo, quando aquele percebe que esse conceito de legitimidade só faz sentido em uma ordem jurídica estável, não podendo ser aplicado na hipótese de uma revolução, que é “toda 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”.⁴² Nesse caso, Kelsen entende que a norma fundamental, que serve de fundamento de validade para todas as outras, é substituída por uma nova, modificando, portanto, o fundamento de validade de toda a ordem jurídica.⁴³

Se a nova Constituição, no entanto, modifica o procedimento pelo qual se dá a produção de normas válidas, como, por exemplo, “se porventura a antiga Constituição tinha o caráter de uma monarquia absoluta e a nova tem o caráter de uma república parlamentar”,⁴⁴ surge então a questão das normas que haviam sido produzidas sob a égide da antiga Constituição. Em resposta, Kelsen afirma que ocorre apenas uma mudança no fundamento de validade, mas as normas antigas continuam com o mesmo conteúdo, mas sob um fundamento de validade novo, a nova Constituição.⁴⁵

Dessa forma, ao constatar a possibilidade de coexistirem normas produzidas sob procedimentos diferentes, com fundamentos de validade distintos, e a possibilidade de

⁴⁰ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987 p. 74.

⁴¹ Ibid., 1987, p. 224.

⁴² Ibid, 1987.

⁴³ Cf. CELLA, José Renato Gaziero. A crítica de Habermas à idéia de legitimidade em Weber e Kelsen. **XXII Congresso Mundial de Filosofia do Direito e Filosofia Social**. Granada, Universidade de Granada (Espanha), 2005, p. 11.

⁴⁴ KELSEN, Hans, op. cit, 1987, p. 224.

⁴⁵ Cf. CELLA, José Renato Gaziero, op. cit., 2005, p. 12.

extinção de normas pelo modo determinado por uma ordem jurídica diversa da que havia instituído as mesmas normas, Kelsen conclui ser impossível continuar sustentando que a legitimidade está exclusivamente associada ao procedimento.⁴⁶ Desse modo, ele se vê compelido a introduzir um elemento novo no conceito de legitimidade: a efetividade do governo: “o governo efetivo, que, com base numa Constituição eficaz, estabelece normas gerais e individuais eficazes, é o governo legítimo do Estado.”⁴⁷

Como consequência, a dominação legítima, a que aludia Weber, passa então a se identificar com a efetividade, de modo que o procedimento só passará a legitimar a ordem jurídica a partir do momento em que estiver fundado em um poder efetivo. Só que a efetividade de Kelsen, identificada com a eficácia da norma, é bom recordar, significa apenas a correspondência da conduta dos indivíduos ao ordenamento jurídico, sem levar em consideração os motivos dessa conformidade, isto é, seu conceito de eficácia tem significado exclusivamente normativo e não causal.⁴⁸

Nesse ponto, Kelsen modificou substancialmente o conceito de legitimidade proposto por Max Weber. Na formulação weberiana sobre o conceito de dominação legal, o fundamento de legitimidade é indicado como sendo de ordem racional e identificado como a crença na legalidade e no procedimento. Kelsen também comunga com essa noção de legalidade procedimental para conferir legitimidade a um sistema jurídico autônomo, mas quando analisa o fundamento da ordem jurídica sob uma nova Constituição imposta por uma revolução, ele percebe que o procedimento não serve mais como fator de legitimação e o substitui pela noção de efetividade, passando a efetividade do poder instituidor a ser o fundamento da legitimidade da nova ordem.

Com isso, e dado que o seu conceito de efetividade identifica-se com o de eficácia⁴⁹ e tem significado meramente normativo e não causal, Kelsen, diferentemente de Weber, retirou da legitimidade a análise dos motivos da obediência dos governados, reforçando a irrelevância do conteúdo do direito.

⁴⁶ CELLA, José Renato Gaziero. A crítica de Habermas à idéia de legitimidade em Weber e Kelsen. **XXII Congresso Mundial de Filosofia do Direito e Filosofia Social**. Granada, Universidade de Granada (Espanha), 2005, p. 12.

⁴⁷ KELSSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 225.

⁴⁸ Ibid, 1987, p. 29.

⁴⁹ Além de ter identificado inicialmente a legitimidade com a legalidade, Kelsen também fez outra redução: a identificação da validade com a eficácia. Essa última, assim como a primeira, não é correta, o que é explicado pelo simples fato de a norma jurídica conviver com a possibilidade de ser descumprida e, portanto, a possibilidade de ser ineficaz, e isso não lhe subtrair o atributo de validade.

Aliás, é justamente em virtude dessa inovação relativamente à concepção de Weber, isto é, a identificação da legitimidade agora com a efetividade do poder, que a teoria de Kelsen foi tradicionalmente acusada de contribuir para o estabelecimento do nacional-socialismo, o que não foi de sua intenção.⁵⁰ Diferentemente de Carl Schmitt, por exemplo, que, além de ter defendido o Estado de Exceção e o decisionismo político, prestou serviço como jurista ao regime nazista até 1937, defendendo, inclusive, o governo do III *Reich* no processo que o opôs à Prússia em 1932, Kelsen foi, nos termos schmittianos, inimigo do regime, tendo que se refugiar primeiramente na Suíça e depois na América, em virtude da origem judaica de sua família.

Sua teoria pura, na verdade, teria sido indevidamente utilizada como justificativa para os atos praticados pelos juristas e demais autoridades que aplicaram fielmente as leis do regime nazista, dado que, segundo o postulado de que a ciência do direito não poderia emitir juízo de valor sobre a legitimidade de um sistema de direito efetivamente coercitivo, como o governo de Hitler, as leis por ele editadas constituíam uma autêntica ordem jurídica.

Kelsen, de fato, e para ser coerente com a sua teoria formal sobre a validade do direito, não desconsiderava o caráter jurídico do direito de países submetidos a regimes autoritários, pois na medida em que as normas são criadas de acordo com os procedimentos previstos,⁵¹ a

⁵⁰ Essa premissa pode ser confirmada pela afirmação do próprio Kelsen de que a sua *Teoria Pura* era inteiramente anti-ideológica, não tendo sido o seu intento, portanto, servir a quaisquer interesses políticos, até mesmo diante de sua clara opção pelo rigor metodológico, traduzido na “pureza” da ciência jurídica por ele proposta: “Neste sentido, a Teoria Pura do Direito tem uma pronunciada tendência antiideológica (sic). Comprova-se esta sua tendência pelo fato de, na sua descrição do Direito positivo, manter este isento de qualquer confusão com um Direito ‘ideal’ ou ‘justo’. Quer representar o Direito tal como ele é, e não como ele deve ser: pergunta pelo Direito real e possível, não pelo Direito ‘ideal’ ou ‘justo’. Neste sentido é uma teoria do Direito radicalmente realista, isto é, uma teoria do positivismo jurídico. Recusa-se a valorar o Direito positivo. Como ciência, ela não se considera obrigada senão a conceber o Direito positivo de acordo com a sua própria essência e a compreendê-lo através de uma análise da sua estrutura. Recusa-se, particularmente, a servir quaisquer interesses políticos, fornecendo-lhes as ‘ideologias’ por intermédio das quais a ordem social vigente é legitimada ou desqualificada. Assim, impede que, em nome da ciência jurídica, se confira ao Direito positivo um valor mais elevado do que o que ele de fato possui, identificando-o com um Direito ideal, com um Direito justo; ou que lhe seja recusado qualquer valor e, conseqüentemente, qualquer vigência, por se entender que está em contradição com um Direito ideal, um Direito justo. Por essa razão, a Teoria Pura do Direito surge em acentuada contradição com a ciência jurídica tradicional que – consciente ou inconscientemente, ora em maior ora em menor grau – tem um caráter ‘ideológico’, no sentido que acaba de ser explicitado. Precisamente através desta sua tendência antiideológica se revela a Teoria Pura do Direito como verdadeira ciência do Direito.” KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 119.

⁵¹ Conforme narra François Rigaux, a respeito da ascensão de Hitler ao poder, “sua designação como chanceler em 30 de janeiro de 1933 foi perfeitamente regular graças à complementação dos votos dos partidos conservadores, aliás representados em um gabinete de coalisão. Sem dúvida provocado pelos próprios nazistas, o incêndio do *Reichstag* sustenta a ficção de um complô comunista e permite ao novo chanceler fazer que o *Reichspräsident*, o Marechal Von Hindenburg, assine, em 28 de fevereiro de 1933, o decreto que confere amplos poderes ao governo do *Reich*, isto é, ao chanceler, e suspende provisoriamente a aplicação de

elas não pode ser negada a qualidade de jurídica. Todavia, talvez na condição de cidadão, ele declarou expressamente, no prefácio da *Teoria Geral do Direito e do Estado*, que lamentava a “tirania política” instalada na Europa continental e o fato de muitos juristas terem se colocado a serviço das ditaduras.⁵²

Ele próprio, ainda, conhecedor de que toda teoria jurídica pode dar azo a diferentes interpretações, e, portanto, que pode facilmente ser utilizada por diferentes regimes políticos para justificar suas ações ou para identificar os “inimigos”, sabia das diversas interpretações que eram conferidas à sua *Teoria Pura*, todas movidas por fundamentos ideológicos e políticos:

Os fascistas declaram-na liberalismo democrático, os democratas liberais ou os sociais-democratas consideram-na um posto avançado do fascismo. Do lado comunista é desclassificada como ideologia de um estatismo capitalista, do lado capitalista-nacionalista é desqualificada, já como bolchevismo crasso, já como anarquismo velado.⁵³

Independentemente da contribuição da *Teoria Pura* kelseniana, portanto, o certo é que os treze anos de arbítrio da experiência alemã serviram, mesmo que seja aceita a regularidade ou legalidade da ordem jurídica do III *Reich*, para o surgimento da contestação da legitimidade do novo regime, deixando claro, portanto, que legalidade e legitimidade são categorias distintas. Por outro lado, é interessante apontar também que essa experiência deixou um alerta no sentido de haver uma aptidão no direito (ou nos seus cientistas e intérpretes) a se apropriar de qualquer situação e qualquer teoria científica ou filosófica para justificar e “legalizar” a barbárie.

1.2 A Constituição de Weimar e a experiência do nacional-socialismo

Quer com a formulação weberiana, que identifica a legitimidade com a legalidade procedimental, quer com a concepção kelseniana, que termina por deslocar a legitimidade para a efetividade de governo, o certo é que o conceito de legitimidade concebido por ambas é insuficiente para compreender a problemática em torno da justificação do poder, da finalidade e da legitimidade do direito, que caracteriza a modernidade.

seis artigos da Constituição. Esse ato, como alguns decretos anteriores, era formalmente regular.” RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. Tradução: Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 108.

⁵² KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. XXXIII.

⁵³ Id. *Teoria pura do direito*. Tradução: João Baptista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987. Prefácio à Primeira Edição.

Essa redução da legitimidade à legalidade, como conclui o garantista Sergio Cademartori, até que pode fazer certo sentido no direito continental europeu, pois nesse sistema, a lei é a expressão da vontade do povo, sendo, pois, a soberania popular o fundamento da legitimidade do sistema jurídico.⁵⁴ Por óbvio, nos países ainda em desenvolvimento, ou melhor, ainda situados na periferia do capitalismo, essa concepção é muito estreita e inadequada para justificar o processo de formação da vontade democrática, sendo preciso buscar um conceito mais largo que seja capaz de realizar essa tarefa, até mesmo diante da experiência histórica que o nacional-socialismo na Alemanha já forneceu, no sentido de demonstrar que legalidade e legitimidade são categorias bem distintas.

No Brasil, por exemplo, a soberania popular ainda não ocupa seu lugar de destaque na democracia, dada a tradição de desprestígio do poder legislativo e da expansão da jurisdição constitucional, que vêm sendo crescentemente sufragadas no sistema jurídico brasileiro, em acolhida à teoria do “(neo)constitucionalismo.” Por esse motivo é que a crítica é dirigida ao positivismo kelseniano também como forma de retratar com mais concretude a realidade brasileira, pois se o sistema jurídico brasileiro não pode, por tradição, espelhar-se inteiramente nas práticas multisseculares do direito continental europeu, muito menos deve incorporar todas as receitas norte-americanas, como infelizmente o tem feito.

Além disso, a abordagem do normativismo positivista da legitimidade, como a história conheceu, deu grande contribuição para a justificativa *a posteriori* dos atos praticados pelos juízes e demais autoridades durante o nacional-socialismo, ao passo que as teses de Carl Schmitt, porta-voz do conservadorismo nos debates de direito público em torno da Constituição de Weimar, contribuíram para a própria instalação do regime e, de fundo, não se distanciaram da concepção positivista de Kelsen, embora Schmitt tenha criticado o positivismo e o liberalismo.⁵⁵

⁵⁴CADEMARTORI, Sergio. **Estado de direito e legitimidade**. Uma abordagem garantista. 2. ed. Campinas: Millennium, 2006, p.125. Em França, por exemplo, em que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 ainda integra a ordem constitucional, a lei é a expressão da vontade geral (art. 6.º) e a soberania reside na Nação; não podendo órgãos ou indivíduos exercerem qualquer autoridade que não emane dessa soberania (art. 3.º).

⁵⁵Dessa forma, ao abordar a relação entre o positivismo e o nazismo, não se busca fazer uso do argumento geral contra o positivismo jurídico chamado por Norberto Bobbio de *reductio ad Hitlerum*. BOBBIO, Norberto. **O Positivismo jurídico**. Lições de filosofia do direito. Tradução: Márcio Puglesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 225, a significar uma crítica despida de conteúdo, que apela apenas para a retórica e para a identificação com a arbitrariedade do regime nazista como forma de rejeitar o positivismo ou qualquer outra teoria. DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**. Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006, p. 257-264. Kelsen, como será esclarecido ainda neste capítulo, não pretendeu dar qualquer contribuição ao regime nazista, embora, para ser coerente

Sendo assim, a experiência nazista, que vigorou após a tese conservadora prevalecer, interessa para o estudo sobre a legitimidade do direito porque demonstrou que ela não pode coincidir puramente com a legalidade, dado que isto confere uma “aparência de legitimidade” a qualquer sistema político autoritário que venha a se instalar segundo os procedimentos da lei.

Por outro lado, essa identificação da legitimidade com a legalidade também se revela insuficiente para promover a integração política e econômica das classes populares menos favorecidas numa ordem capitalista, para o que se faz indispensável a revolução cultural, como nova forma de hegemonia, na linguagem gramsciana, ou o forte Estado hegeliano, e não o Estado Total de Schmitt, ou seja, um Estado forte não apenas para assegurar os privilégios burgueses como este último, mas para intervir efetivamente no domínio econômico em busca da realização da justiça social, como o de Hegel (ou como assim o interpretam os partidários da esquerda hegeliana).

A contribuição de Schmitt para o ataque à República de Weimar consistiu precisamente na sua concepção de soberania, a qual, inspirada nos ensinamentos de Jean Bodin, alicerçou-se numa clara separação entre a questão política, encarnada na figura do soberano, e o problema da ordem jurídica. Não só separar, mas subordinar a ordem jurídica à política, isto é, ao soberano. Se o soberano é “aquele que decide sobre a exceção”, como dizia Schmitt,⁵⁶ a política não deve, assim, coincidir com a ordem jurídica, já que esta se caracteriza pela permanência e normalidade, e a política, pela exceção.⁵⁷ Dessa forma, ao deslocar o conceito de soberania para a pessoa do soberano, Schmitt trouxe à tona a questão do mito da autoridade pessoal.⁵⁸

com a sua teoria pura, tenha reconhecido como regular e legítima a ordem jurídica por ele instalada. Todavia, as formulações de seu pensamento, que chegaram a essa conclusão, por óbvio serviram de justificativa por aqueles que cumpriram as leis do III *Reich*. Já as teses de Schmitt, que não se afastaram dos postulados de Kelsen, como também será demonstrado neste capítulo, contribuíram efetivamente para o estabelecimento do nacional-socialismo. Logo, a *reductio ad Hitlerum* é um argumento falacioso: existem sim fortes razões para que seja estabelecida a relação entre o positivismo e o nazismo, ao menos no tocante à identificação da legitimidade com a legalidade.

⁵⁶ SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Tradução: Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 7.

⁵⁷ Nesse sentido, o monismo jurídico de Kelsen, que identifica o Estado, um ente político, à sua forma legal, vai de encontro à concepção de Schmitt. Na verdade, os dois mestres do Direito público germânico travaram célebres debates em torno da República de Weimar, tanto sobre as relações entre política e direito, quanto no tocante ao controle de constitucionalidade das leis, conforme será tratado em capítulo seguinte.

⁵⁸ Essa defesa do poder pessoal, encontrada em muitos publicistas e reforçada em Schmitt, deita raízes no berço da história da filosofia. Xenofonte foi o primeiro autor da Antigüidade que, ao tecer uma análise do fenômeno do poder, fez a apologia da autoridade militar personalizada num chefe. De acordo com esse pensador, o poder não é um fenômeno jurídico, mas um fenômeno psicológico; não resulta das leis, mas da aptidão natural dos

A visão de Schmitt, todavia, não era centrada exclusivamente na figura do soberano. Ela traduzia a visão conservadora de parcelas importantes das classes abastadas alemãs, contrárias ao potencial que a Constituição de Weimar tinha para promover a mudança do *status quo* social.⁵⁹ Sentindo-se, portanto, ameaçadas em seus privilégios burgueses, essas classes desejaram romper a ordem constitucional, lançando então um apelo à política, o que acabou encontrando assento na defesa de Schmitt pela autoridade pessoal do soberano. Assim, o pensador alemão, também fazendo uso de uma abordagem positivista da legitimidade, identificou uma possibilidade na própria Constituição que pudesse encarnar o soberano: o Presidente da República. De fato, foi o presidente que acabou abrindo o caminho para a destruição da República de Weimar, ao nomear Hitler como chanceler, via decreto, e, com isso, justamente o líder do partido que mais sabidamente buscava o fim da Constituição de Weimar.⁶⁰

Essa Constituição, elaborada em 1919, foi polemizada porque, como outras que se seguiram à Primeira Guerra Mundial, instalou a declaração dos chamados direitos sociais, ao

homens e de suas atitudes. Logo, o poder não pressupõe uma investidura conforme ao Direito; ele é conquistado. Mais vale, então, segundo Xenefonte, a eficácia demonstrada no exercício do poder do que a legitimidade da investidura no cargo. Cf. AMARAL, Diogo Freitas. **História das idéias políticas**. Coimbra: Almedina, 1999. v. I, p.77-80. A esse propósito, Diogo Freitas do Amaral assim verifica: “Xenofonte é o primeiro grande defensor do regime político ditatorial: quer porque não respeita as fórmulas consagradas pela lei para garantir o acesso ao poder por via legítima e pacífica, quer pelo elogio que faz da violência e da guerra, quer pela confiança cega que preconiza num chefe definido pelo modelo militar do general, quer pela redução da posição de cidadão à obediência passiva, sem debate prévio e sem aprovação dos representantes do povo, às ordens dadas pelo chefe onisciente e onipotente – a que Xenofonte chama, sugestivamente ‘semi-deus.’” Ibid., 1999. v. I, p. 80-81. Guardando semelhança com essa exaltação do poder pessoal da autoridade militar em Xenofonte, mais modernamente também ficou bastante conhecida a teoria do culto do herói de Thomas Carlyle, desenvolvida em 1840, podendo ser conferida em CARLYLE, Thomas. **On heroes, hero-workshop and the heroic In history**. Nebraska, USA: Nebraska University, 1966.

⁵⁹ As teses de Schmitt, na verdade, não refletiam apenas a vontade conservadora do empresariado alemão, mas de grande parte do próprio povo alemão. Hitler e o nacional-socialismo não teriam conseguido impor-se não fosse a adesão do povo alemão. Trata-se de uma questão polêmica, mas também é certo que os desejos de ordem, de unidade, nacionalismo e até mesmo de autoritarismo estavam presentes nos sentimentos e consciência da sociedade alemã. Nesse sentido, faz-se oportuno remeter à lição do antropólogo e investigador francês Edmond Doutté, elaborada em torno da busca por uma definição do mito, em que o autor retrata que os deuses e diabos encontrados nas sociedades primitivas nada mais são do que os desejos coletivos personificados. O mito, diz Doutté, é “le désir collectif personifié”. DOUTTÉ, Edmond. **Magie et religion dans l’Afrique du Nord**. Argel: Adolphe Jourdan, 1909, p. 602 e segs. Não obstante a obra ter sido escrita em 1909, em que o autor, portanto, não conhecia os problemas políticos atuais, essa fórmula de pensamento diz muito sobre a idéia moderna de liderança ou ditadura. A necessidade de uma ou de outra, de fato, só se faz sentir quando um desejo coletivo atinge uma força avassaladora e quando falham as esperanças de satisfazer esse desejo pelos meios ordinários. Direito, justiça e constituições perdem seu valor e o que fica é apenas o poder e a autoridade mística do líder e de sua vontade. É óbvio, contudo, que a personificação de um desejo coletivo não pode ser satisfeita por uma grande nação civilizada da mesma forma que uma tribo selvagem. Para isso, ou como ressalta Ernst Cassirer, para que o homem moderno possa “crer”, ele não pode esquecer ou ignorar inteiramente a racionalidade e, assim, deve elaborar uma teoria para justificar as suas crenças e essa teoria é altamente sofisticada. CASSIRER, Ernst. **O mito do Estado**. Tradução: Álvaro Cabral. São Paulo: Códex, 2003, p. 325.

⁶⁰ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e Estado de exceção permanente** – Atualidade de Weimar. Rio de Janeiro: Azougue, 2004, p. 12.

lado dos tradicionais direitos individuais, buscando, com isso, um ideal de igualdade material e de democracia social. Boa parte dos célebres debates de métodos do direito público travados durante a República de Weimar deu-se, mais precisamente, em torno do alcance e das possibilidades da segunda parte da Constituição, que limitava os direitos individuais em prol da coletividade.

Como analisa Gilberto Bercovici, o que ocorreu foi que, ao estabelecer os direitos sociais num momento histórico em que a Alemanha passava por uma aguda crise econômica, a Constituição de Weimar teve sua legitimidade política abalada porque os conservadores facilmente retrataram-na como um texto repleto de compromissos constitucionais que não estabeleceu, contudo, as condições efetivas de seu cumprimento.⁶¹

Dado esse contexto de crise econômica, o povo alemão rendeu-se às formulações teóricas de Carl Schmitt, especialmente sua preocupação em torno da ideia de “Estado de Exceção econômico” e de “Estado Total”. Para Schmitt, o Estado Total representa o fim da distinção entre Estado e sociedade e entre Estado e economia, com a perda do monopólio do político por parte do Estado.

A alternativa que ele então propõe, e que acaba agradando aos diversos setores do empresariado alemão, é o estabelecimento de um Estado forte em uma economia livre, ou seja, um Estado dotado de mecanismos hábeis e suficientes para garantir, sem oposição, os privilégios econômicos já conquistados pelas classes alemãs mais abastadas. Ou seja, o que defende Schmitt, diferentemente do conceito de Estado forte em Hegel, é um Estado neutro em relação à sociedade.

Hermann Heller, no entanto, adepto do reformismo da social-democracia, foi um dos poucos que defendeu a Constituição e a República de Weimar, buscando demonstrar que havia alternativa ao caminho autoritário proposto por Schmitt por meio da própria ordem constitucional, com o aprofundamento do papel do Estado e dos direitos sociais, o que resultaria no Estado Social de direito, apto a incluir a totalidade da população, inclusive, as massas desafortunadas, num sistema de democracia política, econômica e social.

Como a história conheceu, porém, a tese que prevaleceu em torno da República de Weimar foi a de Schmitt, notadamente, o seu conceito de soberania e de Estado Total. Ao

⁶¹ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e Estado de exceção permanente** – Atualidade de Weimar. Rio de Janeiro: Azougue, 2004, p. 21 e ss.

definir soberania como decisão sobre o estado de exceção, ele quis dizer que o ordenamento está à disposição de quem decide, e o soberano, assim, está, ao mesmo tempo, dentro e fora do ordenamento jurídico.⁶² Essa formulação schmittiana inaugurou, portanto, o decisionismo político, pois a partir de então o soberano é quem decide sobre a existência da normalidade ou da exceção, e sobre quem é amigo ou inimigo. E precisamente nisso residiria a soberania do Estado: o monopólio da decisão última pelo soberano.

Nesse tocante, bem se vê que Schmitt partiu da legalidade procedimental, quando encontrou um fundamento na própria Constituição para a investidura da autoridade do poder pessoal, para depois tentar fundar a legitimidade na mera posse do poder fático do soberano e de seu monopólio decisionista.

Além desse deslocamento da legitimidade, que atingiu seu pior grau com o decisionismo político de Schmitt, o objetivo do Estado schmittiano não guarda qualquer relação com a justiça ou com os valores democráticos. Seu fim é neutralizar o pluralismo que encontrou assento na Constituição de Weimar e, com isso, produzir dentro de seu território uma pacificação completa do povo alemão, no que é possível identificar uma clara inspiração de Schmitt na filosofia política de Hobbes.⁶³ Este, por sua vez, ao introduzir na teoria do Estado o conceito de burocracia, decorrente da revolução técnico-industrial, desencadeou um processo de neutralização e tecnicização do direito em lei, e o Estado, então, transformou-se “em um sistema positivista de legalidade, em um Estado de Direito, formal e neutro, reduzindo a legitimidade à legalidade.”⁶⁴

Além da influência dos conceitos hobbesianos, Jean François Kervégan entende que Schmitt também é tributário da sociologia política de Max Weber:

⁶² SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Tradução: Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 8.

⁶³ De fato Schmitt expressamente refere Hobbes como o representante clássico do decisionismo: “Hobbes também apresentou um argumento decisivo que contém a relação desse decisionismo com o personalismo e que recusa toda tentativa de firmar uma ordem, abstratamente vigente, no lugar da soberania estatal concreta. Ele explica a prerrogativa pela qual o poder estatal deve estar submetido ao poder intelectual/espiritual, pois este seria uma ordem superior. Ele oferece a resposta a tal fundamentação: se um ‘poder’ (Power, potestas) deve estar submetido aos outros, isso somente significa que aquele que detém o poder deve submeter-se àquele que detém o outro poder”. SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Tradução: Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 31. Da mesma forma, na obra SCHMITT, Carl. **Le léviathan dans la doctrine de L'état de Thomas Hobbes**. Paris: Éditions du Senil, 2002, p. 18-19, Schmitt não cessa em designar Hobbes como o verdadeiro fundador do decisionismo político-jurídico e de proclamar sua grandeza especialmente pela formulação dos conceitos de “*fonction d'unité du corps politique, et par conséquent les catégories de totalité, d'ordre, de commandement (ou autorité) et de sujétion.*”

⁶⁴ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e Estado de exceção permanente** – Atualidade de Weimar. Rio de Janeiro: Azougue, 2004, p. 73.

Carl Schmitt teve a idéia de censurar Weber por ter definido o Estado como uma empresa (*Betrieb*) dotada de um aparelho administrativo (*Verwaltungsstab*). É, no entanto, esse mesmo vocabulário que ele emprega a respeito do Estado administrativo ou quantitativamente total; além disso, a análise de Weber, que faz do desenvolvimento de uma economia capitalista, da tecnização codificada do direito e da burocratização do Estado as três facetas de um mesmo processo histórico de racionalização e, mais precisamente, de imposição da racionalidade em finalidade (*Zweck-rationalität*) como único modelo de legitimação e de efetuação do agir social, está longe de contradizer a genealogia schmittiana do Estado total administrativo.⁶⁵

De fato, o modelo defendido por Schmitt, dentro da sua classificação dos tipos de Estado em jurisdicionais, legislativos ou administrativos, conforme a zona de atividade política na qual se encontra o centro de sua atividade,⁶⁶ é o do Estado Administrativo, onde ocorre a substituição das leis por medidas executivas, motivadas por critérios técnicos, para satisfazer as necessidades reais e concretas, dada a impossibilidade de sua realização por via legislativa.

Dessa forma, além de defender o Presidente do *Reich* como a instância neutra e capaz de promover a defesa ativa da ordem constitucional, em oposição à competência que Kelsen julgava ser do Tribunal Constitucional - tema que será tratado no quinto capítulo, Schmitt também defendeu a supremacia das medidas legislativas editadas pelo Presidente como forma de solucionar, no seu entender, os problemas de direção econômica resultantes dos antagonismos partidários do Parlamento. Assim, na obra *Legitimidade e Legalidade*, de 1932, publicada no auge da crise que se debruçou sobre a República de Weimar, Schmitt tece severas críticas ao Parlamento e ao Estado Legislativo, que era o Estado de Direito do século XIX.

Sua crítica ao Parlamento é dirigida, precisamente, contra a ameaça que o pluralismo representava aos interesses da burguesia alemã, já que, com a Constituição de Weimar, a lei passou a beneficiar também grupos antes desprivilegiados, mas que agora tinham representação no Parlamento. Dessa forma, a heterogeneidade dos interesses socioeconômicos passou a se refletir na especialidade dos conteúdos legislativos e, como isso era contrário aos interesses do empresariado alemão, Schmitt tratou de esvaziar a legitimidade da atuação parlamentar, reputando-a incapaz de solucionar os problemas de unidade política e direção

⁶⁵ KERVÉGAN, Jean-Francois. **Hegel, Carl Schmitt** – O político entre a especulação e a positividade. Tradução: Carolina Huang. Barueri, SP: Manole, 2006, p. 85.

⁶⁶ SCHMITT, Carl. **Legalidade e legitimidade**. Tradução: Tito Lívio Cruz Romão. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. v. 11, p. 3-4. (Coletânea Del Rey Internacional).

econômica, o que justificava a transferência do centro decisório do Parlamento para o soberano.

Com esse intuito, Schmitt reforçou primeiramente o princípio da primazia da lei para depois defender que o Parlamento deve respeitar a generalidade da lei. Assim, no sistema do Estado Legislativo parlamentar, palavras como “legítimo” ou “autoridade” são expressão da legalidade ou dela derivada, sendo, pois, legítima a norma jurídica que possuir o caráter de permanência (duração), de abstração e generalidade. Logo, para Schmitt, a legitimidade do Estado legiferante parlamentar reside num conceito de lei unicamente formal, desprovido de toda conexão com o direito e com a justiça, um conceito absolutamente político.⁶⁷

Num segundo momento, Schmitt buscou claramente o deslocamento do centro decisório do Parlamento para o Presidente do *Reich*. E como o pluralismo presente no Parlamento e a promessa de um Estado Social desagradavam as classes burguesas, a substituição da lei pelas medidas legislativas do Executivo foi vista, pelos setores privilegiados, como a única saída para garantir seus privilégios, sendo esse o contexto no qual as ideias schmittianas de instalação do Estado de Exceção econômico e de monopólio da decisão do soberano acabaram correspondendo às necessidades históricas das classes abastadas alemãs e, no plano prático, fomentaram a consolidação do nacional-socialismo.⁶⁸

Dessa forma, embora tenha tecido críticas ao positivismo e ao normativismo da teoria de estado alemã da época, especialmente de Laband e Kelsen, por considerá-la liberal e burguesa,⁶⁹ Schmitt não rompeu com o positivismo. O seu Estado forte não se opunha ao Estado Liberal, pois ele deveria ser forte o suficiente apenas no sentido de concentrar poderes nas mãos do soberano e, com isso, eliminar o pluralismo do Parlamento e a potência da Constituição de Weimar para promover a mudança do *status quo*.

No que diz respeito à sua crítica quanto ao fundamento da ordem jurídica, ou seja, que enquanto “o puro normativista pensa em regras impessoais, o decisionista realiza, em uma decisão pessoal, o bom direito da situação política corretamente avaliada”,⁷⁰ Schmitt também

⁶⁷ SCHMITT, Carl. **Legalidade e legitimidade**. Tradução: Tito Lívio Cruz Romão. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. v. 11, p. 27-28. (Coletânea Del Rey Internacional).

⁶⁸ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e Estado de exceção permanente** – Atualidade de Weimar. Rio de Janeiro: Azougue, 2004, p. 85-86.

⁶⁹ É importante tecer a ressalva de que a crítica de Schmitt ao liberalismo, como também ao positivismo, é feita como forma de “legitimar” o decisionismo político e combater, portanto, a democracia parlamentar.

⁷⁰ SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Tradução: Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 4-5.

não rompeu com a tradição positivista.⁷¹ Pelo contrário: ele levou ao extremo a primazia da lei, no caso, das medidas legislativas do soberano, ao fazer o deslocamento da legalidade para a decisão. Quer dizer, a legalidade, com ele, deixou de ser uma forma de legitimidade para se converter em pura legalidade ou no mero poder fático do soberano, o que de qualquer forma induz a uma “absolutização da positividade”.⁷²

E o que é mais grave, ao fazer residir a legitimidade na mera posse do poder fático, Schmitt acabou por cancelar a efetividade do governo de Kelsen, advogando, claramente, a irrelevância do conteúdo da lei para a legitimidade de um sistema autoritário, mas que sem dúvida foi efetivo, como o nacional-socialismo.

Por isso, o “peso” da tradição positivista e a grande aceitação das ideias de Schmitt pelo povo alemão serviram como justificativa, *a posteriori*, para os atos praticados pelos juízes e demais autoridades que atuaram sob o III Reich, que aplicaram cegamente o direito nacional-socialista. Aliás, nesse sentido, Herbert Hart chegou a dizer, numa abordagem essencialmente positivista, que seria necessária uma lei retroativa para incriminar, depois de 1945, os atos conformes à legalidade formal do III Reich.⁷³

⁷¹ A propósito da crítica de Schmitt a Kelsen, Jean-François Kervégan elucida que ela se dirige mais especificamente quanto a idéia de uma autofundamentação da ordem jurídica, o que suprime o fator que institui a normatividade, o qual, segundo Schmitt, é a decisão: “A decisão é, assim, a condição primeira de efetividade e validade da norma, quer se trate do ato que constitui o soberano ou daquele que instaura a ordem do direito civil ou penal. Não se trata, portanto, somente da decisão que, como aquela do juiz, aplica a norma: Carl Schmitt sabe, tanto quanto Kelsen, que a validade de uma norma, jurídica ou moral, é de uma outra ordem, diferente de sua aplicação factual, e que, reciprocamente, a existência do crime, ainda que impune, não anula a lei. A afirmação é muito mais forte: a decisão é o que torna possível a norma, instituindo-a como tal. Uma norma, segundo Schmitt, resulta sempre de um ato decisório; o que o ‘decisionismo’ não admite é a idéia de uma auto-fundamentação da ordem jurídica, a supressão do gesto que institui a normatividade e que, a seu ver, é qualquer coisa menos um elemento de história empírica.” KERVÉGAN, Jean-François. **Hegel, Carl Schmitt** – O político entre a especulação e a positividade. Tradução: Carolina Huang. Barueri, SP: Manole, 2006, p. 9-10.

⁷² Ibid, 2006, p. 352.

⁷³ HART, Herbert L. A. *American jurisprudence through english eyes: The nightmare and the noble dream. Essays in jurisprudence and philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1983, p. 72-78. Em outra obra, HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução A. Ribeiro Mendes. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 227-228, apesar de condenar o regime nazista, Hart reafirma a validade da ordem jurídica do nacional-socialismo, independentemente da imoralidade de seu conteúdo: “Mas além da questão moral de obediência (devo fazer esta coisa má?), há a questão da submissão posta por Sócrates: devo sujeitar-me ao castigo pela desobediência, ou fugir? Há também a questão que foi posta aos tribunais alemães do pós-guerra, ‘devemos punir aqueles que fizeram coisas más quando eram permitidas por regras más, então em vigor’? Estas questões suscitam problemas muito diferentes de moral e justiça, que precisamos considerar independentemente uns dos outros: não podem ser resolvidos por uma recusa, feita de uma vez para sempre, de reconhecer as leis más como válidas para todo e qualquer fim. Trata-se de uma atitude demasiado brutal para com complexas e delicadas questões morais. Um conceito de direito, que permita a distinção entre a invalidade do direito e a sua imoralidade, habilita-nos a ver a complexidade e a variedade destas questões separadas, enquanto que um conceito restrito de direito que negue validade jurídica às regras iníquas pode cegar-nos para elas. Pode admitir-se que os informadores alemães, os quais com fins egoístas levaram outros a

Já Hermann Heller, que também era positivista, trabalhou arduamente durante a República de Weimar para contestar as teses de Schmitt, e mesmo as de Kelsen, sendo o seu pensamento um exemplo de que a primazia da lei e a soberania do Estado podem conviver pacificamente com preocupações em torno da ética, da moral e dos demais valores, ou seja, de que é perfeitamente possível um positivismo ético na teoria constitucional.

Entendendo que a lógica normativa sem Estado de Kelsen⁷⁴ e o decisionismo sem normas de Schmitt eliminaram o substrato social do Estado, Heller buscou a afirmação dessa função social e do conteúdo ético do direito. Ele assim o fez por meio da defesa de princípios jurídicos suprapositivos, que limitam o conteúdo do direito positivo,⁷⁵ e da superação da tese positivista que estabelece a distinção entre ser e dever ser, ou seja, da superação de uma concepção de Estado e de direito meramente abstrata por uma visão da Teoria do Estado como ciência da realidade.⁷⁶

Com tais formulações, Heller teceu uma crítica robusta à concepção positivista da legitimidade, pois ela não podia resumir-se à legalidade, dado que o poder do Estado só se legitima com a sua justificação, ou seja, com a justificação moral das normas jurídicas ou convencionais positivas, de modo que, mesmo positivista e crítico do direito natural, Heller acreditava que a legitimidade do Estado e do direito reside na sua justificação por referência a valores, sendo essa a função social do Estado:

Por tais razões técnicas, o poder do Estado é, pois, sempre legal, isto é, poder político juridicamente organizado. Um complexo de relações sociais organizadas sistematicamente em unidade de poder torna-se um complexo de relações jurídicas ordenadas sistematicamente em uma unidade de ordenação – derivado da constituição positiva. Mas, por causa da sua função social, o poder do Estado não deve contentar-se com a legalidade técnico-jurídica; por necessidade da sua própria subsistência, deve também preocupar-se da justificação moral das suas normas jurídicas ou convencionais positivas, quer dizer, procurar a legitimidade. Dissemos anteriormente que a legitimidade gera poder. O poder do Estado é tanto mais firme quanto maior for o voluntário reconhecimento que se empresta por quem o sustenta, aos seus princípios ético-jurídicos e aos preceitos jurídicos positivos legitimados por aqueles. Só goza de autoridade aquele poder do Estado ao qual se reconhece que o

ser punidos no domínio de leis monstruosas, fizeram o que a moral proibia; contudo, a moral pode também exigir que o Estado puna só os que, ao fazerem o mal, tenham feito o que o Estado nesse tempo proibia. Isto é o princípio de *nulla poena sine lege*. Se tiverem de introduzir-se limitações a este princípio para evitar algo considerado como um mal maior do que o seu sacrifício, é vital que as questões em jogo sejam claramente identificadas. Um caso de punição retroactiva não deve fazer-se aparecer como um caso vulgar de punição por um acto ilegal ao tempo da sua prática. Pelo menos, pode ser reivindicado a favor da doutrina positivista simples que as regras moralmente iníquas podem ainda ser direito, e que tal não mascara a escolha entre males que, em circunstâncias extremas, pode ter de ser feita.”

⁷⁴ HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução: Lycurgo Gomes da Mota. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 78 e 238.

⁷⁵ Ibid, 1968, p. 265-268.

⁷⁶ Ibid, 1968, p. 232-233.

seu poder está autorizado. A sua autoridade baseia-se unicamente na sua legalidade enquanto esta se fundamenta na legitimidade.⁷⁷

Logo, para Heller, a legitimidade do Estado e do direito não encontra fundamento na legalidade procedimental de Weber, na efetividade de governo de Kelsen ou no decisionismo político de Schmitt. Como sintetiza Bercovici, Heller entende que as pretensões do Estado não se justificam pelo fato de ele assegurar qualquer ordenação socioterritorial, mas somente se o Estado aspirar a uma ordenação mais justa. Ou seja, a justificação do Estado, portanto, não se dá em Heller pela força ou pela legalidade, mas “enquanto ele representar a organização necessária para assegurar o direito em uma determinada etapa de sua evolução histórica.”⁷⁸ Como para o referido pensador alemão a justificação é essencial ao Estado, sendo a sua verdadeira função social, “quando o povo perde a fé na legitimidade do Estado enquanto instituição, o Estado chegou ao seu fim.”⁷⁹ Dessa forma, com Heller, o povo é erigido novamente como titular da soberania.

Apesar dos apelos de Heller, que tentaram evitar as graves consequências na identificação da legitimidade com a pura legalidade, a tese que prevaleceu sobre os debates ocorridos durante a República de Weimar foi, contudo, a schmittiana e, com isso, a história registrou um período de terror cancelado pelo direito e pela tradição do positivismo de feição normativista. Todavia, após a queda do nacional-socialismo e da instalação do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, que declarou a natureza criminosa do regime nazista e a ilegitimidade do sistema normativo por ele instalado, ficou claro no cenário político e jurídico mundial que as categorias da legitimidade e da legalidade não se confundem, e que a ordem jurídica não pode se justificar independentemente da presença de um conteúdo ético e valorativo, de modo que “a validade do direito depende da qualidade do seu conteúdo, não apenas do autoritarismo de sua fonte.”⁸⁰

⁷⁷ HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução: Lycurgo Gomes da Mota. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 288-289.

⁷⁸ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e Estado de exceção permanente** – Atualidade de Weimar. Rio de Janeiro: Azougue, 2004, p. 113.

⁷⁹ Ibid, 2004, p. 113-114.

⁸⁰ SUMMERS, Robert. **Lon L. Fuller**. Stanford: Stanford University Press, 1984, p. 1.

2 A NECESSÁRIA RELAÇÃO ENTRE DIREITO/ VALORES/FINS

Conforme se expôs no capítulo anterior, a tese veiculada pelo positivismo jurídico normativista, que encontrou suas formulações mais ortodoxas e dogmáticas em Weber e Kelsen, como também em Schmitt, significou uma fundamentação da ordem jurídica em princípios interiores ao próprio sistema, isolando, dessa forma, qualquer influência de outros sistemas normativos sobre o direito, o que resultou durante muito tempo no desprezo pela cultura jurídica acerca do conteúdo da norma e da finalidade do direito. Isto, por óbvio, contribuiu para a crise de legitimidade do direito, dos poderes e do próprio Estado que se verifica nos tempos atuais, pois esse desprezo aos valores pelos atores jurídicos criou um estado de profunda distância entre as atividades de elaboração e aplicação da norma jurídica e o sentimento popular de justiça, dignidade e legitimidade.

Clássico das análises modernas sobre o problema da legitimidade referido a um critério de valor, Ferrero condensa com clareza esse ponto de vista:

Em suma, os princípios de legitimidade são justificações do poder, isto é, do direito de comandar; porque entre todas as desigualdades humanas nenhuma tem conseqüências tão importantes e por isso mesmo tanta necessidade de justificar-se quanto a desigualdade derivada do poder. Salvo algumas raras exceções, um homem equivale a outro: por que então um deve ter o direito de comandar e os outros o dever de obedecer? Os princípios de legitimidade respondem a este objeção.¹

Assim, não se pode deixar de concluir que a legitimidade somente pode se referir a princípios justificadores externos ao sistema jurídico. As teses autopoieticas do positivismo de Weber e Kelsen são insuficientes em virtude do déficit de legitimidade que produzem. Não basta, pois, a autojustificação. A legitimidade exige uma justificação subjetiva, mas também objetiva, isto é, perante os demais que não participam diretamente dos procedimentos. É como diz Legaz y Lacambra, ao entender que a legalidade implica um elemento material que, no Ocidente, seria, em última instância, o respeito à dignidade do indivíduo.²

¹ FERRERO, G. **Potere**. Milão: Comunità, 1947, p. 59-60.

² LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. **Filosofia del derecho**. Barcelona: Ariel, 1973, p. 618-23.

A tradição positivista que identifica a legitimidade com a mera legalidade procedimental é, portanto, hostil à democracia e possui equívocos em suas formulações. Em primeiro lugar, destaca-se que, sendo o direito espécie do gênero ética, a ciência do direito não pode se furtar aos juízos de valor, excluídos da doutrina positivista. Santi Romano já mostrara a impossibilidade de dimensionar o *quantum* de moral, de economia, de hábitos sociais etc., que se contém no direito.³

A ética, por seu turno, corresponde ao conjunto de todas as formas de normatividade vigentes nas agrupações humanas, sendo o gênero do qual são espécies o direito e a moral.⁴ Nesse sentido, cabe destacar a contribuição de María José Rossi:

O que funda o direito, não se distingue a priori da moral propriamente dita: todos os deveres, simplesmente por ser [sic] deveres, pertencem à ética [...], e neste sentido, o direito não adiciona nada à moral no plano dos princípios. O que separa o direito da moral é o recurso à coerção exterior, e a exigência, derivada daquela divisão, de uma conduta legal para o agente do direito (a qual comporta uma adesão meramente exterior à lei jurídica), e de moralidade para o sujeito moral (adesão íntima à lei moral, na qual o móvel da ação é a idéia mesma do dever). A diferença é, pois, meramente formal: moral e direito são formas legislativas diferentes que em nada se diferenciam quanto aos princípios, pois ambas não dependem dos indivíduos empíricos -, e têm por fundamento – e por propósito – a liberdade.⁵

A filosofia clássica, inclusive, ao distinguir entre o agir e o fazer, o que ficou conhecido na concepção socrático-platônica da conexão entre pensar e agir, isto é, da dependência do correto agir sobre o correto pensar, já distinguia entre regras éticas e regras técnicas, e sempre referia a ética aos seres humanos. Referindo-se ao homem, portanto, significa que, filosoficamente, toda teoria é ética.⁶

Desse modo, todas as doutrinas sociais, socioeconômicas ou políticas são sempre teorias éticas, pois todas são teorias sobre o ser humano e a vida social, e um sistema ético pretende sempre corrigir ou melhorar o comportamento dos seres humanos.⁷ Platão, por exemplo, traça na *República* um plano de reforma da cidade e das almas. Kant propõe, na segunda seção da *Metafísica dos Costumes*, uma universalidade da razão prática e de seu imperativo categórico como ponto de referência para a absoluta validade das condutas. Hegel, por sua vez, fortalece o Estado e imprime-lhe o fim ético de sintetizar e elevar todas as vontades individuais na

³ SANTI ROMANO. **El ordenamiento jurídico**. Tradução: Sebastián Martin-Retortillo y Lorenzo Martin-Retortillo. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1963, p. 133-134.

⁴ ROSSI, María José. Moral e derecho en la filosofía jurídico-política kantiana. **Studia Kantiana**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 139-152, 2000.

⁵ Ibid, 2000, p. 139-152.

⁶ SALDANHA, Nelson. **Ética e História**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 7.

⁷ Ibid., 2007, p. 17.

vontade estatal, para promover a completa harmonização entre pluralismo e liberdade. Ou seja, valorar, com o objetivo seja de melhorar a vida social ou a vida privada, é, pois, da essência do ser humano, como entende Johannes Hessen:

Todos nós valoramos e não podemos deixar de valorar. Não é possível a vida sem proferir constantemente juízos de valor. É da essência do ser humano conhecer e querer, tanto como valorar. E até, se pretendermos ver na vontade o centro de gravidade da natureza humana – como já Santo Agostinho pretendia a crer – mais uma razão para afirmar que o valorar pertence à essência do homem. Todo o querer pressupõe um valor. Nada podemos querer senão aquilo que de qualquer maneira nos pareça valioso e como tal digno de ser desejado.⁸

Se valorar é da essência do ser humano, como a ciência jurídica é uma ciência referida ao comportamento humano, não pode prescindir de fatores legitimadores externos, como é o caso dos valores. Logo, é equivocada a defesa do positivismo normativista por um cientificismo avalorativo ou da pretensão de uma ciência jurídica meramente descritiva, como propunha Kelsen.

Aliás, essa corrente positivista provocou a distorção de situar o direito nas chamadas ciências do ser, em oposição às ciências dos valores. As primeiras, como se sabe, ocupam-se dos seres, daquilo que é, para focarem exclusivamente a estrutura do seu objeto, e traduzem-se em meros juízos de fato ou existência. Pelo contrário, as ciências dos valores fundam-se em juízos de valor, e a sua particular visão das coisas e dos seres é uma visão valorativa que só foca a existência no aspecto da sua referência aos valores. Ao grupo das ciências do ser pertencem, portanto, as ciências da natureza, cujo objeto é inteiramente estranho a valores, posto que tais ciências averiguam os fatos e procuram compreendê-los por meio da sua explicação causal. Ora, isto é justamente o contrário do que se passa com as ciências de valores, dentre as quais se situa o direito. Estas têm por função, precisamente, tomar posição e valorar.

Por outro lado, importa ainda ressaltar que ao pretender se afirmar como um cientificismo avalorativo, o positivismo normativista incorreu em contradição, pois é avesso aos valores e, ao mesmo tempo, essa aversão já é, em si mesma, um desvalor. Ou seja, todo o

⁸ HESSEN, Johannes. **Filosofia dos valores**. 5. ed. Coimbra: Armendio Amado, 1980, p. 40.

esforço do positivismo de índole formalista foi inspirado por uma determinada atitude de valoração: a certeza e pureza do direito, que já são valores; enquanto que a influência dos valores é, na ótica positivista, um desvalor.

Merece também crítica o desinteresse do positivismo pela finalidade do direito. Se pretendeu afirmar a ciência do direito como ciência, o positivismo jamais poderia ter descuidado de sua finalidade de correção ou melhoramento do comportamento e da condição humana. Embora o evoluir técnico-científico nem sempre produza resultados favoráveis ao homem e à sociedade, como já alertaram Hegel, Adorno e Horkheimer, e, como aliás, demonstrou e ainda demonstra a história, a empreitada científica deve, ao menos, guiar-se por esse objetivo, isto é, de correção e/ou melhoramento da vida humana e social, pretendendo, no entanto, perseguir esse ideal sempre tendo como ponto de partida a realidade concreta. É como pondera Gilles Lipovetsky, nesse sentido:

Se a mitologia do progresso contínuo e necessário está caduca, nem por isso se parou de esperar e acreditar nos “milagres da ciência” – a idéia de aprimoramento da condição humana pelas aplicações do saber científico continua a fazer sentido. Simplesmente, tornou-se incerta e ambivalente a relação com o progresso, esse último estando associado tanto à promessa de um mundo melhor quanto à ameaça de catástrofes em cadeia. Assistimos não ao fim de toda crença no progresso, mas ao surgimento de uma idéia pós-religiosa do progresso, ou seja, de um porvir indeterminado e problemático – um futuro hipermoderno.⁹

Além disso, como não se pode dizer que uma norma jurídica ou um ordenamento jurídico é justo ou injusto sem se aludir a valores, a concepção positivista de que a ciência deve se desinteressar da justiça representa uma verdadeira fuga epistemológica. Afirmar, como o fez Kelsen, que o direito não é um fim, mas um meio, jamais permitirá que se apreenda a essência do fenômeno jurídico. E o que é pior: se o direito é meio e não fim, ele pode dar azo a quaisquer regimes políticos autoritários, sendo essa a razão pela qual a doutrina do positivismo jurídico, de feição formalista, pode, ainda que não tenha pretendido, fornecer suporte teórico ao arbítrio.

Nesse aspecto, além da ressalva já feita no capítulo anterior, convém esclarecer de que não cabe censura a Kelsen por haver distinguido o gênero lógico do direito de seu caráter valorativo. A juridicidade, de fato, impõe-se independentemente do mérito ou demérito do direito positivo.¹⁰ O mesmo não se pode dizer, no entanto, da legitimidade da ordem jurídica.

⁹ LIPOVETSKY, Gilles; CHARLES, Sébastien **Os tempos hipermodernos**. Tradução: Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004, p. 67.

¹⁰ VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 253.

Mas, certo é que, à semelhança da teoria kelseniana, as de Rousseau e de Hegel, também de conformação positivista, igualmente poderiam atender tanto às intenções ideológicas dos regimes democráticos como dos totalitários. O equívoco de Kelsen, como, aliás, de todo formalismo jurídico, e que nele já não incorreram Hegel e Rousseau, esteve em não ter estabelecido a cisão entre as instâncias de validade e de valor. Encontra-se ele, mais precisamente, em haver tornado as instâncias valorativas dispensáveis na conceituação e finalidade do Direito. Assim, Kelsen contorna o problema da legitimidade por meio do simples afastamento da sua teoria.

Contudo, até mesmo pelo que foi dito acima, deve-se concluir que a legitimidade não pode se fundamentar na simples legalidade procedimental. O fundamento de legitimidade do direito só pode residir na sua relação com a justiça, a moral e os demais valores. A própria lei de Hume, que se debruçava sobre a relação entre ética e ciência, e que é muito invocada pelos juspositivistas para afirmar a separação entre o direito e a moral, já enunciava que não é possível tirar proposições prescritivas, isto é, atinentes ao dever ser, de proposições descritivas, isto é, que dizem respeito ao ser das coisas.¹¹ Logo, para o campo do direito, isto significa não ser possível deduzir logicamente o direito justo do direito positivo, ou seja, que o direito válido seja por si mesmo direito justo, o que reforça a conclusão de que validade e legitimidade são categorias distintas, algo não muito bem compreendido por alguns adeptos do positivismo.

Por outro lado, esse entendimento que preza, no tocante à legitimidade, a indissociável relação entre o direito e os valores e, mais, que afirma que estes é que fundamentam o primeiro, e que os valores são os únicos capazes, portanto, de gerar a aceitação ou a obediência weberiana do direito positivo, remonta aos postulados filosóficos jusnaturalistas e contratualistas.¹²

Isto se diz porque o direito natural foi a primeira tentativa de construir essa relação entre direito e legitimidade. Enquanto noção supralegal ou metajurídica, a legitimidade estava estreitamente ligada à ideia de um conteúdo racionalmente elaborado e valorado. Nesse contexto, o contrato social representou o fundamento que justificava ética e moralmente o

¹¹ HUME, David. **Tratado da natureza humana**. Tradução: Débora Danowski. Livro III, Parte I, Seção II. São Paulo: UNESP, 2000, p. 509.

¹² Aliás, segundo Arthur Kaufmann, a divergência sobre o lugar onde reside o fundamento de legitimidade do direito sempre expressou a diferença entre jusnaturalismo e positividade. KAUFMANN, Arthur. La struttura ontológica del diritto. **Rivista Internazionale de Filosofia del diritto**, Milano: Giuffrè, ano XXXIX, serie III, settembre-ottobre, fascicolo V, 1962, p. 556.

poder exercido por meio do direito positivo,¹³ sendo essa a razão pela qual a ciência jurídica precisa resgatar as clássicas formulações de Kant e Rousseau, se pretende solucionar ou amenizar o déficit de legitimidade que se verifica nos dias de hoje na atuação dos poderes públicos.

De fato, com o contratualismo, instalou-se a ideia da dependência da ordem relativamente à justiça. Foi com base na anterioridade desta, aliás, que os filósofos dos séculos XVII e XVIII elaboraram suas teorias contratualistas sobre a origem da sociedade e do Estado. O pacto pressupunha a existência do direito, que o autoriza e o garante. É claro, no entanto, que essa concepção, até então abstrata e metafísica, foi superada com a teoria hegeliana, que conciliou a racionalidade com a realidade. E é claro também que a relação intrínseca entre o direito e os valores foi reavivada e atualizada com o advento do Estado Social, pois este trouxe para as cartas constitucionais uma pauta de valores a serem realizados pelos poderes públicos, os quais passaram a constituir os fatores de justificação e fundamentação de toda a sua atuação. Ou seja, com o Estado Social, observa-se que a problemática em torno da legitimidade do Estado e do direito voltou à tona com status, inclusive, de direito positivo, bem diversamente do que ocorria no antigo Estado Liberal.

Nesse tocante, o garantista Luigi Ferrajoli assevera que com o constitucionalismo da segunda metade do século XX houve uma dupla positivação: a do ser do direito e do dever-ser jurídico, estando o legislador vinculado, a partir de então, não somente à forma da produção jurídica, mas também ao conteúdo normativo do direito produzido:

La segunda actualización es aún más importante, pues tiene que ver con la estructura del paradigma constitucional. El constitucionalismo rígido, como se ha desarrollado y ha ido generalizándose en la segunda mitad del siglo XX, equivale al perfeccionamiento y la completa realización del positivismo jurídico: por así decir, a su forma más extrema y acabada. En efecto, gracias al sometimiento al derecho de la producción del derecho mismo, es el propio 'debe ser' del derecho, y no solo su 'ser' – su modelo normativo y no solo su existencia, las opciones substanciales que guían su producción y no solo sus formas de producción – lo que ha sido positivizado como derecho sobre el derecho, dirigido a limitar y a vincular los contenidos de la legislación a los principios constitucionales. Al mismo tiempo, esta doble positivación – del ser del derecho y de su deber ser jurídico – equivale a la completa realización y la ampliación del estado de derecho, pues el legislador deja de ser omnipotente y queda igualmente subordinado a la ley constitucional, no

¹³ A esse propósito, disserta Paulo Bonavides: “se consideramos a legitimidade como um valor na ordem abstrata dos conceitos, verificaremos que o direito natural no século XVIII, com as formulações do poder constituinte, o colocou na ordem do dia das cogitações mais agudas e trágicas do debate racionalista, tornando-se o primeiro, talvez, dos problemas políticos da filosofia iluminista. A tese do século, levantada com palavras tanto quanto possível fiéis à linguagem da época, era esta: sem contrato social não há legitimidade.” BONAVIDES, Paulo. **A constituição aberta**. Temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 34.

*solo en lo que atañe a las formas de la producción jurídica sino también en lo relativo a los contenidos normativos producidos.*¹⁴

Sendo assim, se anteriormente ao Estado Social, a teoria positivista, no tocante à legitimidade e à neutralidade axiológica, já era insustentável, após o seu surgimento, ficou muito mais clara ainda a sua insuficiência para dar o fundamento da aceitação da ordem jurídica e, especialmente, para atender às finalidades do direito e do Estado. A efetiva prática democrática e o melhoramento da vida social tornar-se-ão possíveis não com a conquista de soluções definitivas e fáceis, como propunha o positivismo, de matiz kelseniana, mas, ao contrário, pressupõem o alargamento e o aprofundamento da consciência exata dos complexos e variados problemas da vida humana, o que exige que o direito busque a sua razão de ser nos valores.

Sem o retorno dos valores, portanto, não se tem filosofia ou ciência jurídica, apenas o recorrente e avalorativo cientificismo positivista,¹⁵ que “não poderia jamais estabelecer autêntico fundamento de coisa alguma.”¹⁶ Ou, ainda, no dizer de Bobbio, que, mesmo positivista, reconhece que o verdadeiro filósofo do direito não pode desprezar os valores, pois ele “não se contenta em conhecer a realidade empírica, mas quer investigar-lhe o fundamento, a justificação: e ei-lo assim colocado diante do problema do valor do direito.”¹⁷

O influxo dos valores sobre o direito, de fato, é inerente à democracia, como sustenta José de Albuquerque Rocha, ao rechaçar o modelo de democracia procedimentalista, herdado das teses positivistas:

Com efeito, na medida em que a democracia exige das pessoas formas de conduta que implicam a aceitação de valores, como, por exemplo, o reconhecimento da igual dignidade dos outros, a obediência ao poder e suas leis, a democracia deve ser definida não só em termos de mecanismos procedimentais, como querem os partidários da democracia mínima ou procedimentalista, mas igualmente em razão de valores e princípios essenciais, como afirmamos, os quais transcendem esses procedimentos estruturados por regras de natureza técnica. Se a sociedade se baseasse só em regras técnicas de procedimento, não passaria de um aglomerado informe de pessoas, incapaz de resistir aos conflitos que desencadeiam em seu interior e, o que é mais importante, sem nenhum motivo superior para se submeter ao poder e suas normas, o que a tornaria insuscetível de se manter coesa. Daí por que só os valores ou princípios que servem de guia na orientação das condutas

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo**. Uma discusión sobre derecho y democracia. Madrid: Trotta, 2006, p. 28.

¹⁵ SALDANHA, Nelson. **Ética e História**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 10.

¹⁶ VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria pura do direito**: Repasse crítico de seus principais fundamentos. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.167.

¹⁷ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Lições de filosofia do direito. Tradução: Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p.138.

podem fazer com que as pessoas aceitem conviver de modo pacífico e se submeter ao poder, o que não nega a existência de conflitos e de condutas desviantes.¹⁸

Desse modo, faz-se necessário à democracia, ao cumprimento das promessas do Estado Social e ao evoluir de todo o conhecimento humano a superação desse legado positivista que se iniciou em Comte, para que, resgatando a dimensão ética da legitimidade, seja possível afirmar e/ou reafirmar a conexão indissociável entre o direito e os valores, de modo a tornar realizável, no discurso democrático da atualidade, a crítica ético-política do direito positivo e da atuação dos poderes públicos.

2.1 O moralismo jurídico

Contrariamente também à abordagem juspositivista do direito sobre a legitimidade, uma parte significativa dos juristas e teóricos contemporâneos tem defendido a concepção, a que Dimitri Dimoulis atribui o termo “moralismo jurídico”,¹⁹ que faz depender o reconhecimento da validade das normas jurídicas e sua interpretação de elementos vinculados a valores, admitindo, assim, a tese da necessária conexão entre direito e moral, como em Radbruch: “a idéia do direito não pode ser outra senão a justiça [...]. O direito é a realidade cujo sentido é servir a justiça [...]. A moral, por um lado, é fim do direito, e, por outro, exatamente por isso, é fundamento de sua validade obrigatória.”²⁰

Logo, segundo essa corrente, na tarefa interpretativa, o aplicador do direito deve recorrer aos valores, mesmo quando isso não for estipulado por normas vigentes, pois ele deve realizar uma interpretação conforme a moral e/ou as exigências da justiça, adaptando o material normativo para satisfazer a pretensão de correção do direito, criando a solução justa. No entanto, deve ser feita a ressalva de que o que essa tese defende não é a correção do conteúdo normativo em todo e qualquer caso, e a pretexto de adequar a qualquer critério de moralidade, mas sim que há distinção entre validade e legitimidade do direito e que esta

¹⁸ ROCHA, José de Albuquerque. **Súmula vinculante e democracia**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 65.

¹⁹ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**. Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006, p.85-87. Embora o citado autor afirme ter denominado essa corrente doutrinária de moralismo jurídico, o termo, no entanto, não é novo, seja na doutrina estrangeira ou mesmo na nacional. Dele já havia tratado, por exemplo, Miguel Reale, enunciando a corrente de pensamento daqueles juristas “que não compreendem juridicidade indiferente à licitude ou à ilicitude moral da conduta prescrita ou proibida, vinculando o Direito à Moral de maneira absoluta.” REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 481. Como se vê, a expressão é utilizada para indicar uma concepção sobre a validade do direito oposta ao positivismo, que nega a conexão do direito com os valores e a moral. Na verdade, essa abordagem representa uma substituição da referência tradicional aos princípios do direito natural pela invocação de princípios morais, que são vigentes em determinada sociedade, e devem influenciar, ou, se necessário, corrigir o direito positivo.

²⁰ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 47, 52, 66.

última não se funda na legalidade, mas sim numa conexão mínima do conteúdo normativo com os valores.²¹

Essa mesma abordagem está presente em Dworkin, para quem é necessário justificar toda e qualquer decisão jurídica com base em sua correção moral, não sendo possível nem desejável distinguir entre direito e moral:

[...] as condições para que sejam verdadeiras proposições sobre o direito incluem considerações morais;²²
[...] em sistemas normativos complexos [...] nenhuma distinção definitiva pode ser feita entre padrões jurídicos e morais, como insiste o positivismo.²³

Dworkin, portanto, não deseja “corrigir” o direito com base na moral. Ele apenas entende, de forma acertada, por sinal, que definir e aplicar o direito é uma tarefa inseparável da reflexão sobre a moral e sua aplicação, acreditando não somente na impossibilidade de distinguir entre o direito e a moral, mas também na impossibilidade de considerar o conjunto das normas jurídicas como um conjunto fechado, em razão da contínua possibilidade de influência da moral nas práticas jurídicas.²⁴ Assim entende porque, para ele, o direito não é composto só por normas, mas também por princípios, que fazem referência à justiça e à equidade, e por diretrizes políticas, que se referem aos objetivos sociais justos que devem ser perseguidos na aplicação do direito. Tanto diretrizes como princípios devem ser levados em consideração pelo juiz na interpretação e aplicação das normas.

Dworkin, todavia, ressalva que esses padrões morais não são os afetos à subjetividade do aplicador do direito, nem aqueles tidos como corretos por determinados filósofos, por serem decorrentes da “razão” ou do consenso após deliberação racional, como Habermas propõe. As crenças morais decisivas para o direito positivo decorrem, no seu entender, da moral peculiar de cada comunidade política.

Embora não seja possível estabelecer uma diferença significativa entre o que Dworkin e Habermas defendem nesse tocante – pois a racionalidade do discurso habermasiano, como fator de legitimação para as deliberações, por óbvio traz implícito que a moral dos sujeitos dos discursos compõe essa racionalidade, interessa registrar que o primeiro, ao estabelecer a harmonia com a moral comunitária, como critério de limite à atividade de interpretação e

²¹ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 47, 52, 66.

²² DWORKIN, Ronald. **Justice in Robes**. Cambridge: Belknap Press, 2006, p. 234.

²³ Ibid., 2006, p. 4 e 225.

²⁴ Ibid., 2006, p. 239.

aplicação do direito, logra êxito em construir um parâmetro à discricionariedade e à arbitrariedade do intérprete, evitando distorções essencialmente positivistas, como as de Hart, no sentido de que “o direito (ou a constituição) é o que os tribunais dizem que é.”²⁵ Prova disso é que mesmo as constituições flexíveis, como a britânica, têm na tradição, que guarda identidade com a moral comunitária de Dworkin, um poderoso elemento de contenção da atuação legislativa, e, da mesma forma, pode funcionar, nos sistemas jurídicos que não adotam a supremacia parlamentar, como limite à discricionariedade judicial.

Desse modo, Dworkin não admite a textura aberta do direito, defendida por Hart,²⁶ isto é, ele rejeita a idéia de que o direito possa ser incompleto, deixando amplos espaços para serem preenchidos pelo exercício do poder discricionário judicial. Essa ideia, que vem sendo empregada com vigor nos Estados Unidos da América, recebendo o nome de realismo jurídico,²⁷ também vem sendo seguida pelas instâncias judiciais brasileiras, sobretudo pelos tribunais, o que tem gerado um amesquinçamento do princípio democrático brasileiro, haja vista que dá ensejo a um ativismo judicial que usurpa paulatinamente as competências legislativas.

Isto sem falar no fato de que essa discricionariedade judicial, ao menos nos países ainda em desenvolvimento, vem sendo utilizada apenas no interesse do capital e não é dirigida contra o cerne da desigualdade social. Caso assim o fosse, certamente o ativismo judicial encontraria apoio na moral comunitária de Dworkin, mas talvez resultaria numa direção contrária.²⁸

²⁵ HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução: A. Ribeiro Mendes. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 155.

²⁶ Ibid., 2007, p. 148-149 e 335.

²⁷ O realismo jurídico é o nome dado à teoria, de origem norte-americana, que entende pela indeterminação do conteúdo das leis (incerteza do direito) até que elas sejam interpretadas judicialmente. O direito seria constituído, assim, pelas regras emanadas dos juízes e tribunais, sendo as leis meras fontes de direito. Todo o direito é, portanto, jurisprudencial. Essa teoria, que encontrou em John Chipman Gray. (GRAY, John Chipman. **The nature and sources of law**. New York: Columbia University Press, 1916) e Benjamin Cardozo (CARDOZO, Benjamin. **A natureza do processo judicial**. Tradução: Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004) dois de seus maiores expoentes no direito norte-americano, guarda, portanto, forte identificação com os postulados do “(neo)constitucionalismo”.

²⁸ A esse respeito, isto é, sobre a relação entre Dworkin e o realismo, Habermas conclui o seguinte: “Com a análise do papel desempenhado pelos argumentos de princípios e pelos argumentos de colocação de fins, na prática da decisão judicial, e com a descoberta de uma camada mais elevada de normas no próprio sistema jurídico, Dworkin capta o nível de fundamentação pós-tradicional do qual o direito positivado depende. Depois que o direito moderno se amancipou de fundamentos sagrados e se distanciou de contextos religiosos e metafísicos, não se torna simplesmente contingente, como o positivismo defende. Entretanto, ele também não se encontra simplesmente à disposição de objetivos do poder político, como um médium sem estrutura interna própria, como é defendido pelo realismo.” HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1, p.259.

Luigi Ferrajoli, por sua vez, também entende que os valores e os princípios constitucionais devem ser considerados nas atividades de elaboração e aplicação do direito, e, assim como Dworkin, sustenta que os mesmos servem de limites à discricionariedade do exercício do poder, especialmente no caso da jurisdição constitucional:

Pero es cierto, sin embargo, que, aun siendo discrecionales, las valoraciones de inconstitucionalidad son siempre un factor de limitación de los poderes públicos en garantía de los derechos y de los principios constitucionalmente establecidos. En efecto, estas valoraciones reducen la discrecionalidad de los poderes legislativos, judiciales y administrativos, delimitando lo que podríamos denominar la ‘legítima esfera de lo decidible’ en su competencia. Esto vale claramente en el caso de la jurisdicción de constitucionalidad, la cual actúa en defensa de lo que yo llamo la ‘esfera de lo indecidible’ anulando o dejando de aplicar (y en un momento todavía anterior previniendo la aprobación de) leyes substancialmente inválidas por constitucionalmente ilegítimas. Pero vale también para la jurisdicción ordinaria, pues la incorporación limitativa de principio o valores en la constitución reduce su discrecionalidad en la interpretación de las leyes, limitada y vinculada por el imperativo de la coherencia con las normas constitucionales. Es este un hecho habitualmente ignorado. Por mucho que sean vagos y estén formulados en términos valorativos, los principios constitucionales sirven en todo caso para aumentar la certeza del derecho, ya que limitan el abanico de las posibles opciones interpretativas, obligando a los jueces a asociar a las leyes únicamente los significados normativos compatibles con aquellos.²⁹

Logo, diferentemente da tese veiculada pelo normativismo/formalismo positivista de Weber e Kelsen, há também positivistas, a exemplo de Dworkin, Radbruch, Hermand Heller, e dos próprios adeptos do garantismo jurídico, que, sem deixar de reconhecer a soberania do Estado, defendem a impossibilidade de considerar a ordem estatal como um conjunto fechado ou sistema autopoietico, em razão da conexão entre o direito e os demais fenômenos e sistemas normativos, a exigir a contínua possibilidade de influência limitativa da moral e dos valores nas práticas jurídicas.

Apesar disso, é necessário fazer a ressalva de que atualmente há uma corrente interpretativa na teoria constitucional, que vem recebendo o nome de “(neo)constitucionalismo”, que, partindo dessa conexão necessária entre o direito e os valores, incorporada nos textos constitucionais com o advento do Estado Social, propugna pela consignação da tarefa de integração do direito à jurisprudência e, assim, defende a soberania da jurisdição constitucional para decidir sobre todas as controvérsias constitucionais, quer

²⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo**. Uma discusión sobre derecho y democracia. Madrid: Trotta, 2006, p. 66-67.

envolvam a aplicação de regras, quer tenham por objeto princípios, valores e moralidade pública.³⁰

Ingeborg Maus, por exemplo, entende que a doutrina de Dworkin, a despeito de suas boas intenções, encobre moralmente um decisionismo judicial, especialmente na identificação que o norte-americano faz da atividade “hercúlea” do intérprete judicial em *Justice in Robes* :

Assumindo o pressuposto explícito de que nenhum grupo social possui mais do que os juízes a capacidade moral de argumentação, Dworkin está convencido de que se pode resolver o dilema fazendo do próprio entendimento do juiz acerca do que seja o conteúdo objetivo da moral social (‘community morality’) o fator decisivo da interpretação jurídica. Deste modo, porém, a moral que deve dirigir a interpretação do juiz torna-se produto de sua interpretação. A inclusão da moral no direito, segundo este modelo, imuniza a atividade jurisprudencial perante a crítica à qual originariamente deveria estar sujeita.³¹

Nesse tocante, contudo, é bom esclarecer que não é que as concepções de Dworkin, Radbruch, Heller, bem como a de todos os demais que reconhecem a relação entre o direito e os valores, isto é, positivistas ou não-positivistas, justifiquem e apontem o caminho em direção aos postulados do “(neo)constitucionalismo”. O próprio Hart, que, com a sua textura aberta do direito, reconheceu a existência de um amplo espaço para a discricionariedade judicial, repudiou o que considerava o exagero dos autores partidários do realismo jurídico,³² afirmando que, da constatação de que parte da tarefa realizada pelos aplicadores oficiais do direito é volitiva, não poderia ser extraída a conclusão de que as regras gerais, editadas pelo legislativo, não têm qualquer relevância na formação do direito.³³

Hart questiona, então, a tese do realismo de que as leis só se tornam direito após a sua aplicação pelos tribunais, sendo, antes disso, meras fontes de direito.³⁴ Logo, apesar de compartilhar com os realistas que há incerteza na aplicação do direito e que esta só é

³⁰ Como exemplo da utilização das correntes moralistas para legitimar a interpretação da teoria (neo)constitucionalista, cite-se passagem do voto do ministro Gilmar Mendes, na já referida ADIN 3.510, em que o Presidente do STF enfrenta a questão sobre o obstáculo da representatividade popular para a expansão da jurisdição constitucional: “Lembro, em contra-argumento, as palavras de Ronald Dworkin que, na realidade norte-americana, ressaltou o fato de que *os Estados Unidos são uma sociedade mais justa do que teriam sido se seus direitos constitucionais tivessem sido confiados à consciência de instituições majoritárias*”(grifos no original).

³¹ MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Novos Estudos CEBRAP**, Tradução do alemão: Martonio Lima e Paulo Albuquerque, São Paulo, n. 58, p. 186-187, nov. 2000.

³² HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução: A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 149.

³³ Ibid., 2001, p. 149-150.

³⁴ Ibid., 2001, p. 150.

eliminada na decisão judicial, ele discorda do raciocínio de que essa circunstância possa induzir à conclusão de que as regras não possuem qualquer valor.

Inclusive, em *American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream*, Hart referiu-se ao realismo jurídico fazendo uso do nome “Pesadelo”, contrapondo-o à teoria de Dworkin, a qual atribuiu a alcunha de “Nobre Sonho.”³⁵ Esta última, segundo ele, traduz a concepção de que, quando as normas inicialmente não oferecem qualquer parâmetro determinado para a decisão, o juiz, mesmo assim, aplica ao caso um direito pré-existente à decisão, e não elabora para esse caso um direito novo. Isso porque, no sistema jurídico, do qual a disposição normativa é parte, existem outros recursos, que não o texto legal, aptos a conduzir o juiz a um resultado determinado, a exemplo da moral comunitária de Dworkin.³⁶

Assim, embora Dworkin defenda a relação necessária entre o direito e a moral, e tenha traçado um paralelo entre a atividade judicial e a figura mitológica de Hércules, na obra *Justice in Robes*, no que muitos identificam sua transição do *law's empire* para o *judge's empire*,³⁷ a interpretação de suas formulações não autoriza o raciocínio de que os tribunais devem ter primazia sobre as leis e o legislador na concretização dos direitos fundamentais. Deve-se recolher de sua doutrina apenas a contribuição de que a moral se relaciona com o direito, estabelecendo-lhe a justificação e impondo limites à discricionariedade interpretativa, e, na hipótese em que o judiciário estiver autorizado, na defesa da Constituição, a superar possíveis omissões legislativas, ele poderá fazê-lo socorrendo-se dos valores constitucionais e comunitários.

2.2 A dialética kantiana entre moralidade e legalidade

Também como superação da abordagem sobre a legitimidade do positivismo jurídico normativista, convém discorrer sobre a dialética kantiana entre moralidade e legalidade, notadamente porque Kant, num primeiro momento, aproximou-se dos postulados positivistas para depois, num encontro com Rousseau, deles distanciar-se, introduzindo um princípio de

³⁵ HART, Herbert L. A. *American jurisprudence through english eyes: The nightmare and the noble dream. Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1983, p. 125.

³⁶ *Ibid.*, 1983, p. 138.

³⁷ MAUS, Ingeborg. **O direito e a política**. Teoria da democracia. Tradução: Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 293.

autonomia pública na justificação do direito, ou seja, conferindo uma fundamentação jusnaturalista a toda legislação jurídico-positiva.

Com a dialética entre moralidade e legalidade, o filósofo de Königsberg aprofundou ainda o conteúdo da soberania popular e do poder constituinte, no qual reside a legitimidade, ao concluir que a razão da obediência à ordem, numa comunidade política, não se dá, como acreditavam Weber e Kelsen, em virtude da simples positividade do direito ou da efetividade do governo, mas sim em função da ideia de autodeterminação da vontade racional dos indivíduos.

A obra de maior expressão da ética kantiana talvez seja a *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, na qual Kant buscou fazer a transição da ética para o direito. Na primeira Seção da *Metafísica*, que trata da *passagem do conhecimento racional comum da moralidade ao conhecimento filosófico*, Kant procurou estabelecer os conceitos de boa vontade e de dever. Todavia, ao concluir que o homem necessita de motivos (móveis) para poder agir e que nenhuma ação procedente de um motivo tirado da mera sensibilidade merece ser qualificada como moral, ele afirma que não há outro motivo para a ação de quem queira agir por dever senão o respeito à lei que lhe ordena cumprir o dever.

É, pois, somente a representação da lei, num ser racional, que pode determinar a boa vontade. E mais: como a ação moral, portanto, não tira o seu valor do fim a que se lhe propõe, Kant entende que a obediência à lei deve independer do seu conteúdo, o que o aproxima inicialmente das doutrinas do positivismo de Weber e Kelsen, conferindo-lhe a pecha de formalista, dado que a simples conformidade com a lei em geral é que, para ele, constitui o princípio de uma boa vontade.

Na segunda Seção da *Metafísica*, intitulada “passagem da filosofia moral popular à metafísica dos costumes”, Kant, no entanto, propõe-se a retrair o conceito de dever e, assim, inicia seu afastamento do formalismo. Possivelmente influenciado pela ideia de Rousseau, que no *Contrato Social* entendia por república um Estado em que o povo, submisso às leis, deve ser o seu autor, Kant percebeu que o homem não deve se tratado como instrumento ou um simples objeto da legislação, e, então, conclui que é necessário que o homem seja ele próprio o seu autor, e a isso chama de princípio da autonomia da vontade.

Assim, Kant passa a entender que a obediência à lei não se funda na busca de um interesse qualquer, muito menos no mero respeito à legalidade. O homem obedece a lei

porque é ele mesmo quem a faz. E, por outro lado, o filósofo se dá conta de que a ideia de autonomia da vontade prende-se à ideia da dignidade da pessoa, pois, autor de sua própria lei, o homem não tem apenas um valor relativo, mas uma dignidade, ou seja, um valor intrínseco: “a autonomia é, pois, o princípio da dignidade da natureza humana, bem como de toda natureza racional.”³⁸

Já na *Crítica da Razão Prática*, mais precisamente no terceiro capítulo da *Analítica* (“*dos motivos da razão pura prática*”), Kant diz que como cabe somente à moral determinar os conceitos do bem e do mal, somente ela pode determinar os motivos da vontade. Se a vontade fosse determinada em conformidade apenas com a lei, ou seja, movida por outra coisa que não a própria lei, então haveria simples legalidade, mas não moralidade:

O essencial de todo o valor moral das ações depende de que a lei moral determine imediatamente a vontade. Com efeito, se a determinação da vontade acontecer conforme à lei moral, mas somente através de um sentimento, ou seja, ele de que espécie for e que tenha de ser pressuposto para que a lei moral se torne um fundamento determinantes suficiente da vontade, por conseguinte não por causa da lei, nesse caso a ação em verdade conterá legalidade, mas não moralidade.³⁹

Dessa forma, ao estabelecer a dialética entre moralidade e legalidade, Kant passa a tratar da liberdade interna do indivíduo, do motivo interno de sua liberdade. Para ele, o direito, por sua vez, trata da liberdade externa do indivíduo, e, assim, ética e direito em Kant tratam do mesmo assunto: a liberdade, só diferenciando-se na abordagem. As leis da liberdade são chamadas de morais. Quando se referem somente a ações externas são chamadas de jurídicas. Porém, se, além disso, exigem que as próprias leis sejam os princípios determinantes da ação, então são chamadas de éticas. Então, ele entende que a simples conformidade da ação externa com as leis jurídicas constitui a sua legalidade; sua conformidade com as leis morais é sua moralidade.

Logo, é possível extrair dessa dialética kantiana entre moralidade e legalidade que a obediência à lei motivada simplesmente pela sua positividade não é capaz de fornecer o fundamento suficiente para a legitimidade do direito, haja vista que ela reside no fato de o homem só aceitar a lei porque ela é fruto de sua ação. Na verdade, a pedra angular dessa dialética é a ideia de liberdade, ou melhor, de liberdade como autonomia, sendo a expressão do princípio de que o sujeito moral não tem de obedecer a outros comandos que não sejam os

³⁸ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 79.

³⁹ Id. **Crítica da razão prática**. Tradução: Valério Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 114.

que ele mesmo a si impõe. Disso resulta que, para Kant, o controle da legislação não é possível através de um outro aparato estatal – como atualmente defende a teoria neoconstitucionalista, mas sim somente “a partir de baixo”, isto é, do povo, titular da soberania.⁴⁰

Definida, assim, a liberdade do homem como autodeterminação de sua vontade racional, para Joaquim Carlos Salgado, o conceito de liberdade de Kant não encontra similar nos pensadores que lhe foram precedentes, à exceção de Rousseau, que muito influenciou o seu pensamento, pois sua obra representa a fundamentação política do conceito de liberdade na época da Ilustração; a Kant, coube sua fundamentação filosófica: a ideia de que a liberdade é a razão pura prática legislando para si mesma.⁴¹ Dessa forma, o mérito de Kant, como salienta ainda Joaquim Salgado, foi o de “ter introduzido, do ponto de vista da fundamentação teórica, em definitivo, a ideia da liberdade no conceito de justiça, que nunca mais poderá ser dela separada, por já constituir um valor da nossa cultura”.⁴²

No tocante à sua dialética entre moralidade e legalidade, seu maior mérito reside ainda em ter fundamentado a legitimidade da lei na aceitação moral resultante da participação dos indivíduos no seu processo de elaboração, com o que o filósofo de Königsberg contribuiu em muito para enriquecer o conteúdo da soberania popular, tornando-se “*le législateur de la raison, de la morale et de liberté*”, de modo que “*a cet égard, il n’est pas étonnant que Kant soit reconnu à la fois comme l’un des plus grands moralistes et l’un des meilleurs défenseurs de la démocratie.*”⁴³

Com tais formulações, no entanto, não se pode olvidar que, com Kant, o Estado atingiu um conceito muito mais abstrato ainda que o contrato originário de Rousseau, passando a traduzir uma ideia, um postulado racional-normativo, a saber: a de que este contrato é um imperativo da razão, que os seres humanos agrupam-se politicamente sob a forma de Estado porque a razão assim o prescreve.⁴⁴ Assim, apesar de ter introduzido os conceitos de liberdade e igualdade como fundamento da ideia de justiça, a conhecida cisão metodológica que Kant faz entre o inteligível e o sensível resultou em que tais postulados permanecessem puramente

⁴⁰ MAUS, Ingeborg. **O direito e a política**. Teoria da democracia. Tradução: Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 280.

⁴¹ SALGADO, Joaquim. **A Idéia de justiça em Kant**. Seu fundamento na liberdade e na igualdade. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 1995, p. 226-234.

⁴² Ibid., 1995, p. 334.

⁴³ DUBOUCHET, Paul. **De Montesquieu le moderne à Rousseau l’ancien**. La démocratie et la republique em question. Paris: L’Harmattan, 2001, p. 59.

⁴⁴ SALGADO, Joaquim Carlos, op. cit., 1995, p. 282-286.

abstratos, sem contato com a realidade, o que somente foi superado com a filosofia hegeliana, por meio da introdução, no conceito de liberdade, das determinações concretas do pensamento inserido no mundo objetivo.⁴⁵

Nesse diapasão, merece ressalva o desacerto da conclusão de que, em virtude da abstração de que é dotada a concepção metodológica de Kant entre o sensível e o inteligível, toda a sua obra seria idealista, notadamente em virtude do que ele propôs em *À Paz Perpétua*, de 1795, que revelou o seu pragmatismo. Na referida obra, a paz não se caracteriza como simples utopia, mas se apresenta como o único caminho a ser percorrido para o estabelecimento e manutenção de um Estado pacífico mundial, cujas premissas básicas para a pacificação seriam um governo republicano, liberdade de pensamento para os cidadãos e respeito à autonomia das federações, o que demonstra a concretude do pensamento de Kant e sua inegável reflexão sobre a realidade.

Kant não foi o primeiro pensador a tratar da questão da paz, mas foi o primeiro a tratá-la com argumentos filosóficos que justificavam um projeto para a paz mundial, e não só europeia. Com efeito, e segundo narra Martonio Mont'Alverne Barreto Lima:

O ponto de partida mais importante do escrito sobre a constituição de uma paz perpétua entre os povos como proposta por Kant é aquele de que a constituição do bom não representa objetivo passível de realização em outro mundo. A paz perpétua traduz o esforço de uma construção para o mundo em que todos vivemos, conduzindo de maneira inequívoca que à política cabe o que é necessário e não o que é simplesmente possível. Ao trocar a discussão em torno da possibilidade objetiva de uma paz para o mundo, tendo a realidade européia como cenário de observação, na verdade Kant deseja a extensão do acontecimento para as outras nações do planeta, confirmando o caráter universalista de suas proposições. A paz na comunidade internacional deixará de ser o terreno da utopia para adquirir realidade, e foi exatamente isso que estava no pensamento de Kant quando estruturou o seu trabalho.⁴⁶

De fato, em *À Paz Perpétua*, entendendo que um simples tratado de paz não conseguiria garanti-la, Kant propôs a criação de uma liga de nações, com a ideia de um contrato original entre os Estados, objetivando um congresso permanente entre os Estados. Disso se infere a clara influência kantiana como fundamento, por exemplo, para a criação de um órgão responsável por promover a união entre as nações, papel hoje desempenhado pela Organização das Nações Unidas (ONU), e para os processos de integração regional, sobretudo

⁴⁵ SALGADO, Joaquim Carlos. **A Idéia de justiça em Kant**. Seu fundamento na liberdade e na igualdade. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 1995, p. 326-332.

⁴⁶ LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Idealismo e realismo: desafio constante de realização das utopias. In: TORRES, Heleno Taveira (Coord.). **Direito e poder**: nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos. Estudos em homenagem a Nelson Saldanha. Barueri, SP: Manole, 2005, p. 118-119.

no âmbito europeu, no qual se verificou o nascimento da União europeia que, num primeiro momento, teve como objetivo a manutenção da paz, mais do que o fortalecimento econômico.

O projeto de paz de Kant, portanto, não é idealista. Pelo contrário, Martonio Mont'Alverne Barreto Lima assinala que é uma proposta apoiada por uma base material jurídica organizada, que não ignora as dificuldades naturais que exigem enfrentamento por parte de governantes e governados para a obtenção da paz mundial:

A república como parâmetro para formação do Estado – que pressupõe a transparência e a participação de todos, o abandono da fixação em definir as ações governamentais como boas ou más, bem como a defesa de que produção e manutenção de paz entre os povos é uma exigência racional da realidade, dissipam dúvidas quanto ao idealismo imobilizador que se atribui, tradicionalmente, à filosofia de Kant.⁴⁷

Desse modo, longe de uma construção utópica, esse cenário de alianças entre os Estados, vislumbrado por Kant há mais de dois séculos, legou um estudo contundente e realista sobre as perspectivas políticas da ordem mundial e sugeriu uma relação necessária entre ética e política por intermédio do direito, agora direito internacional. Ou seja,

a proposta de Kant não pode ser vista como utópica pela razão de que essa mesma paz deverá ser fundada pelo homem, haverá de ser produto da razão humana – e não cairá do céu – além de possuir como base o Direito, o que faz 'da teoria da paz de Kant, conseqüentemente, uma teoria do Direito'.⁴⁸

Logo, se a sua concepção de Estado e de direito era, porém, puramente abstrata, no seu projeto para a *A Paz Perpétua*, Kant demonstra um contato inegável com a realidade. O conteúdo de suas leis proibitivas, traduzidas nos artigos preliminares para a paz, já revelam muito sobre o seu realismo. Afinal, *A Paz Perpétua* consiste num tratado sobre os mecanismos da política e do direito internacional, embasado numa análise sensível e concreta de Kant sobre a realidade política e o momento histórico em que vivia.

⁴⁷ LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Idealismo e realismo: desafio constante de realização das utopias. In: TORRES, Heleno Taveira (Coord.). **Direito e poder**: nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos. Estudos em homenagem a Nelson Saldanha. Barueri, SP: Manole, 2005, p. 134-135.

⁴⁸ Ibid., 2005, p. 135.

3 A REDEFINIÇÃO DA LEGITIMIDADE DO DIREITO NO GARANTISMO JURÍDICO, NA ATUALIDADE DO CONTRATUALISMO DE ROUSSEAU E NA PERSPECTIVA “ÉTICA” DO ESTADO HEGELIANO

Ainda sobre a relação entre o direito e os valores, é indispensável retratar que o contratualismo, inspirado nas doutrinas do jusnaturalismo laico e racional, e, posteriormente, a eticidade do Estado hegeliano forneceram grande contribuição para o estabelecimento dessa conexão, pois, buscando harmonizar a liberdade e a igualdade entre os homens com a necessidade de garantia de uma convivência pacífica, conseguiram explicar com mais propriedade, ou ao menos de forma mais consentânea com a democracia, como se dá a aceitação/legitimação dos comandos estatais pelos indivíduos, já que estes ora o fazem por acreditar que o Estado é a superação dos antagonismos das vontades individuais e, portanto, a instância hábil a harmonizar a ordem com a liberdade (Rousseau), ora por acreditar que o Estado é a elevação e conservação de todas as vontades, nele residindo a síntese ética da vontade geral coletiva (Hegel).

O contratualismo, notadamente o de Rousseau, influenciou, portanto, várias das correntes do pensamento mais recente que se propõem a reafirmar a conexão necessária entre direito/moralidade/racionalidade e restabelecer a soberania do poder constituinte, como exigência do princípio democrático. Especialmente depois que a teoria contratualista foi atualizada para ser conciliada com a perspectiva histórica do Estado, como ocorreu com Hegel, o que se observou foi o surgimento de duas concepções que forneceram sólidos argumentos para uma crítica do capitalismo e do neoliberalismo, notadamente com a ideia hegeliana de que a concretização dos direitos sociais somente é possível por meio do Estado forte.

Hegel também influenciou Heller, dando-lhe substrato para opor-se ao Estado Total de Schmitt e ao seu princípio democrático de unidade hegemônica do povo alemão: o Estado,

para Heller, é uma unidade de ação e de vontade resultante da pluralidade de vontades, cuja unificação se dá pelo princípio democrático da maioria parlamentar.¹

Por sua vez, num trabalho intitulado *Como es Posible la Legitimidad por Via de la Legalidad?*, Habermas (1988), que critica o capitalismo na sua filosofia e a legalidade meramente procedimental de Weber e Kelsen, defende a tese de que o direito moderno não se encontra separado da moral e da política; ao contrário, é na relação com a moral, limitada pela sua relação com a política, que reside a legitimidade do direito positivo característico das sociedades contemporâneas.²

Ao investigar o fundamento para o direito moderno, ele entende que só no momento em que surge uma moral convencional é que se torna possível o surgimento de um poder político organizado por meio de um direito coercitivo. Ou seja, apenas no momento em que o poder de fato recebe uma autoridade normativa conferida por uma norma jurídica, e que tenha este caráter moral e convencional, é que passa a ser legítimo.

Essa constatação leva Habermas a concluir que o fundamento do direito moderno só pode estar na sua relação com a moral, mas não numa moral tradicional, e sim numa moral convencional, autônoma, que apresenta uma racionalidade própria, de onde se pode inferir da concepção habermasiana da moral convencional a nítida influência do direito natural e do contratualismo rousseauiano no pensamento do filósofo alemão.

O jusnaturalismo laico e racionalista, supostamente superado no século XIX, devido ao positivismo e à complexidade que a sociedade moderna atingiu, foi a primeira tentativa de construir, com o contrato social, essa relação entre a moral e o direito. O contratualismo apresentou-se como uma filosofia política que fundamenta a legitimidade do sistema político e, por consequência, do direito, num ponto de vista externo ao sistema, o que, no dizer de Ferrajoli, implica em afirmar-se como uma teoria heteropoiética da legitimação,³ francamente em oposição ao positivismo jurídico, que objetivou, com Weber e Kelsen, fundamentar a ordem positiva dentro do próprio sistema jurídico.

¹ HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução: Lycurgo Gomes da Mota. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 273-292.

² Cf. CELLA, José Renato Gaziero. A crítica de Habermas à idéia de legitimidade em Weber e Kelsen. **XXII Congresso Mundial de Filosofia do Direito e Filosofia Social**. Granada, Universidade de Granada (Espanha), 2005, p. 15.

³ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Madrid: Trotta, 1995, p. 882.

Na verdade, Ferrajoli faz uso da expressão “autopoiese” empregada por Niklas Luhmann para apontar o caráter autorreferencial atribuído por Luhmann aos sistemas políticos, designando aquelas doutrinas que fundamentam o Estado e o direito sobre si mesmos, enquanto denomina de “heteropoiéticas” as doutrinas que os fundamentam num fator externo ao sistema.⁴ Nestas últimas, o ponto de vista é externo ao Estado, partindo da sociedade e dos indivíduos que a compõem, numa tradição, portanto, iniciada pelo jusnaturalismo laico e racionalista.

Para as doutrinas heteropoiéticas, o Estado e, conseqüentemente, o direito, foram criados pelo homem como poderes e normas que têm por finalidade proteger os interesses vitais dos indivíduos. É por essa razão que Ferrajoli entende ser possível reinterpretar o contrato social como uma grande metáfora da democracia:

Se se comparte esta reinterpretação do contratualismo clássico como esquema de justificação do estado enquanto instrumento de tutela dos direitos fundamentais, é lícito reconhecê-lo como a primeira embora embrionária doutrina da democracia: não só da democracia política ou formal, a qual permite fundar sobre o consenso dos contratantes, mas também – e eu diria sobretudo – da democracia substancial, a qual possibilita fundar sobre a garantia de seus direitos.⁵

Logo, a teoria do garantismo jurídico, que encontra no italiano Ferrajoli um de seus principais expoentes, admite a influência dos postulados contratualistas para o resgate da dimensão propriamente democrática do Estado Constitucional de Direito.⁶

No entender de Ferrajoli, a proposta de reconstruir os conceitos de legitimidade e validade do direito e de estabelecer a consideração necessária dos valores e princípios constitucionais enquanto finalidades a serem perseguidas pelo Estado de Direito, como, por exemplo, a dignidade humana, a paz, a liberdade e a igualdade substancial, como o fizera a doutrina contratualista e o faz o seu garantismo jurídico, implica numa importante conseqüência: o Estado e o direito não são vistos como valores ou fins em si mesmos, que se autojustificam, mas sim devem ser entendidos como meios ou instrumentos que buscam realizar fins extrajurídicos, úteis e desejáveis pela sociedade, e ainda politicamente justos.⁷

Ferrajoli, no entanto, não é jusnaturalista, no sentido de acreditar na existência de direitos inatos e naturais ao homem, oponíveis à ordem estatal. É adepto do positivismo

⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Madrid: Trotta, 1995, p. 882.

⁵ Ibid., 1995, p. 883.

⁶ CADERMATORI, Sergio. **Estado de direito e legitimidade**. Uma abordagem garantista. 2. ed. Campinas: Millennium, 2006, p. 92.

⁷ FERRAJOLI, Luigi, op. cit., 1995, p. 851 e ss.

jurídico, mas de uma concepção inteiramente diversa da de Kelsen, pois, mesmo positivista, reconhece a influência dos postulados jusnaturalistas na fundamentação do direito positivo.⁸

De fato, as bases ideológicas do moderno Estado de Direito fundamentam-se em pressupostos jusnaturalistas.⁹ O direito natural que o inspirou foi, de início, de índole individualista porque baseado no homem, titular de direitos imprescritíveis anteriores à sociedade e ao Estado. Esses direitos, ressalte-se, não estão fundados na lei natural de origem divina, mas procedem do indivíduo racional, que passa a integrar a sociedade, com o contrato social, para ter os seus direitos respeitados.

Na medida, porém, em que a vontade do Estado passa a se impor em relação à vontade do indivíduo, a justificação jusnaturalista perde valor, pois os direitos e liberdades humanas passam a encontrar fundamento na lei positiva, única fonte do direito, segundo a doutrina do positivismo. Assim, o Estado Liberal de Direito, dominado pela dogmática positivista, acabou afastando-se de seus precedentes jusnaturalistas, os quais somente voltaram à tona com o advento do Estado Social.

Isto porque, no Estado Liberal, em sendo admitido que a ordem estatal é a única fonte do direito, o que se tem é apenas a concepção de um Estado cujo único fim é garantir a legalidade, isto é, o respeito e a aplicação das normas criadas pelos órgãos competentes segundo os procedimentos previstos pela Constituição. Nesse Estado, eminentemente formal, não há injustiça na lei e nos processos decisórios enquanto ambos tiverem sido originados em conformidade com a legalidade procedimental.

Já em se admitindo a concepção contrária, ou seja, de um direito natural justificador do direito positivo, o Estado de Direito, pautado por essa ideia, passa a ser um Estado de Direito Material, substancial, ou, como entende Pablo Lucas Verdú, um verdadeiro Estado ético.¹⁰ Por isso, Verdú entende que com o advento do Estado Social, que busca realizar a justiça social, o Estado não pode mais negar o direito natural, uma vez que não é possível a justiça social que não esteja baseada na lei moral.¹¹ E isso tanto é verdade que, como assinala ainda esse mesmo autor, todas as Constituições da atualidade, especialmente as alemãs, que nasceram após a

⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo**. Uma discusión sobre derecho y democracia. Madrid: Trotta, 2006, p. 36.

⁹ VERDÚ, Pablo Lucas. El horizonte iusnaturalista del derecho constitucional occidental. In: _____. **Curso de derecho político**. Madrid: Tecnos, 1972. t. I, p. 371 e ss.

¹⁰ VERDÚ, Pablo Lucas. **A luta pelo Estado de direito**. Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 13.

¹¹ Ibid., 2007, p. 13.

amarga experiência do regime nazista, recorrem aos postulados jusnaturalistas na busca da justiça social, invocando a moral e reconhecendo a dignidade humana e os direitos fundamentais como direitos sagrados, invioláveis e inalienáveis do homem.¹²

Comungando também com o entendimento de que os direitos fundamentais presentes nas Constituições da atualidade traduzem uma positivação dos princípios e valores do direito natural, Sergio Cadematori afirma que:

Com a formação dos modernos Estados constitucionais de Direito , foram incorporados pelo Direito positivo os conteúdos e valores de justiça elaborados pelo jusnaturalismo racionalista e ilustrado: o valor da pessoa humana, a igualdade, os direitos civis e políticos, bem como as garantias processuais de liberdade e certeza. Todos esse princípios ou valores, afirmados na forma de direitos naturais, foram consagrados nas constituições modernas como direitos fundamentais que contêm limitações ou imperativos negativos, ou também positivos, como aqueles expressados pelos Direitos sociais.¹³

Se o Estado Constitucional de Direito implicou a positivação dos princípios e valores do direito natural, por outro lado, a retomada do jusnaturalismo resultou numa expansão das atividades dos órgãos encarregados da defesa da Constituição, o que trouxe à tona a atual problemática em torno da harmonização dos poderes e da legitimidade da jurisdição constitucional. De fato, se os textos constitucionais englobam agora não somente normas e padrões constitucionais, mas também valores constitucionais, tais como dignidade humana, e por eles prescreverem não apenas direitos subjetivos, mas também uma ordem objetiva, é consequência natural que as Cortes e Tribunais Constitucionais tenham assumido um papel mais expansivo que outrora, como de fato vem acontecendo.

Ou seja, se antes o juiz constitucional podia invalidar leis, como legislador negativo, apenas na medida em que elas infringissem requisitos constitucionais formais, após o advento do Estado Social e a Segunda Guerra Mundial, juízes constitucionais passaram a invalidar leis com base tanto em fundamentos formais como em fundamentos substantivos, ficando, dessa forma, cada vez mais parecidos com legisladores positivos, de modo que o retorno dos postulados jusnaturalistas do poder e do Estado também vem tornando controvertida a questão em torno da legitimidade da jurisdição constitucional.

¹² VERDÚ, Pablo Lucas. **A luta pelo Estado de direito**. Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 81-84.

¹³ CADERMATORI, Sergio. **Estado de direito e legitimidade**. Uma abordagem garantista. 2. ed. Campinas: Millennium, 2006, p. 99.

Na verdade, o retorno do jusnaturalismo estabeleceu um paradoxo: se, de um lado, a jurisdição constitucional expandiu-se em face da ampliação do conteúdo material do direito, do outro, esse alargamento encontra obstáculo na soberania popular e no poder constituinte, que também devem suas formulações ao legado jusnaturalista.

De qualquer forma, o certo é que não é mais possível negar a existência do direito natural, como entende Pablo Lucas Verdú, ou, no mínimo, a influência dos valores sobre o direito ou o estabelecimento de um positivismo ético no seio da teoria constitucional.

O próprio Herbert Hart, adepto do positivismo moderado, pareceu contestar a tradicional defesa juspositivista de fazer independender por completo a validade e legitimidade jurídicas de uma avaliação de conteúdo, ao apresentar, em *O Conceito de Direito*, uma teoria sobre o “conteúdo mínimo de direito natural”.

Hart afirmou que qualquer sistema jurídico deve incluir certos elementos normativos ou “verdades elementares” para que possa adquirir a qualidade de direito e qualificou tais elementos como expressão mínima de jusnaturalismo, a saber: tutela da vida e da integridade corporal, existência de procedimentos que possibilitem o consenso social, limitação da liberdade, proteção da propriedade em razão da escassez dos recursos e previsão de sanções para os transgressores das normas, em virtude das imperfeições da natureza humana. De modo que as sociedades humanas, segundo ele, devem necessariamente regulamentar esses assuntos, se quiserem sobreviver.¹⁴

Portanto, admitindo ser inolvidável, até mesmos para alguns adeptos do positivismo, negar a influência dos fundamentos jusnaturalistas da legitimidade, faz-se necessário revisitar a tradição racionalista de Rousseau e a eticidade do Estado em Hegel, as quais, com o contrato social e o conceito de Estado forte, respectivamente, fundaram e aprofundaram o conteúdo do Estado, sem, no entanto, abandonar os princípios justificadores e os valores do poder legal, o que resultou em duas abordagens sobre o direito e o Estado que mesmo hoje em dia ainda desempenham papel fundamental na teoria político-jurídica do Estado Democrático de Direito.

3.1 A tradição contratualista da vontade geral

¹⁴ HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução: A. Ribeiro Mendes. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 204-215.

Rousseau foi o primeiro pensador não-liberal que defendeu a ideia de que uma sociedade só é legítima, qualquer que seja a sua forma de governo, quando se funda na vontade geral, no interesse comum ou na soberania popular.¹⁵ Assim, no campo filosófico, foi ele quem promoveu a harmonia entre ordem e liberdade, operando a transição entre o individualismo e o coletivismo na teoria do Estado moderno.

Embora haja quem qualifique sua doutrina como a da soberania popular ilimitada, aproximando-a do totalitarismo, notadamente em virtude de sua influência nas mentes jacobinas, que supostamente teriam conduzido a França ao Terror, com Rousseau ficou o legado de que o homem só pode desenvolver-se plenamente na sociedade política, e de que a soberania é inalienável, não devendo ser exercitada apenas por meio da representação, duas grandes contribuições, portanto, imprescindíveis à teoria do poder constituinte.

Para Rousseau era essencial buscar uma forma de organização política que protegesse todos os indivíduos e, ao mesmo tempo, resguardasse seus direitos naturais à liberdade e à igualdade. No entanto, a liberdade, para ele, não significa apenas livre-arbítrio, mas independência. O cidadão decide livremente obedecer às leis do Estado, não se sujeitando a uma vontade particular, mas à lei, que é expressão da vontade geral. E o Estado surge, assim, racionalmente legítimo porque oriundo de um contrato social, em que cada um, enquanto cidadão, não será submetido à dominação de outrem, mas será obrigado pela lei que decorre da vontade geral.

No seu *Contrato Social*, portanto, Rousseau propõe uma forma de sociedade em que cada qual, unindo-se a todos, permanece livre como antes e não obedece senão a si mesmo, porquanto obedece às leis para cuja criação ele mesmo, racionalmente, participou mediante o processo democrático de formação da vontade geral.¹⁶ Esses, inclusive, foram supostamente os conceitos que inspiraram Kant, na formulação da sua dialética entre moralidade e legalidade.

Logo após criticar o contratualismo liberal de Locke, no *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*, Rousseau propôs no *Contrato Social* um outro tipo de sociedade, uma sociedade legítima, que também se funda num contrato, mas num tipo

¹⁵ COUTINHO, Carlos Nelson. **Marxismo e política**: A dualidade de poderes e outros ensaios. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1994, p. 124.

¹⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Textos filosóficos**. São Paulo: Paz e Terra, 2002, p. 70.

de contrato radicalmente diverso daquele proposto por Locke, que tinha por objetivo central apenas a conservação da propriedade privada.¹⁷

Esse contrato, que fundaria a sociedade legítima, manifestar-se-ia na criação de uma vontade geral, tendo como base o interesse comum, que é condição subjetiva da soberania popular. Por meio do contrato, o povo se constituiria como sujeito coletivo, cujas ações seriam orientadas pela vontade geral, ou seja, por uma vontade que tem como conteúdo não uma mera soma de interesses particulares ou privados, mas sim o interesse comum da coletividade.¹⁸

Assim, ao contrário do liberalismo clássico, Rousseau só conseguiu enxergar a solução para a antinomia entre a liberdade e autonomia dos cidadãos e o poder de comando do Estado mediante a superação desse antagonismo no próprio Estado, e, por isso, a sua versão do contrato social é muito diferente da do contrato social liberal. A proposição central do contrato rousseauiano é estabelecer a igualdade jurídica e moral. A desigualdade da propriedade, para Rousseau, como salienta Ernest Cassirer, só se tornaria relevante na medida em que ameaçasse a igualdade jurídica e, dessa forma, ele não combate, no seu pacto social, a desigualdade econômica em si, mas a privação dos direitos morais e políticos:

¹⁷ Sustentando a idéia liberal de que o objetivo do governo, com o contrato social, é o de preservação da propriedade privada, assim diz Locke: “O poder supremo não pode tirar de nenhum homem qualquer parte de sua propriedade sem seu próprio consentimento. Como a preservação da propriedade é o objetivo do governo, e a razão por que o homem entrou em sociedade, ela necessariamente supõe e requer que as pessoas devem ter propriedade, senão isto faria supor que a perderam ao entrar em sociedade, aquilo que era seu objetivo que as fez se unirem em sociedade, ou seja, um absurdo grosseiro demais que ninguém ousaria sustentar. Visto que os homens que vivem em sociedade são proprietários, têm o direito de possuir todos os bens que lhe pertencem em virtude da lei da comunidade social, dos quais ninguém tem o direito de privá-los ou de qualquer parte deles, sem seu próprio consentimento; sem isso, eles não são proprietários de nada. Eu realmente não tenho nenhum direito de propriedade sobre aquilo que outra pessoa pode por direito tomar de mim quando lhe aprovar, sem o meu consentimento. Por isso é um erro acreditar que o poder supremo ou legislativo de qualquer comunidade social possa fazer o que ele desejar, e dispor arbitrariamente dos bens dos súditos ou tomar qualquer parte delas como bem entender. Isso não deve ser muito temido em governos em que o legislativo consiste inteiramente, ou em parte, de assembleias de composição variável, e cujos membros, quando elas são dissolvidas, retornam à condição de súditos e estão sujeitos, da mesma forma que o restante das pessoas, às leis comuns de seu país. Mas em governos em que o poder legislativo reside em uma assembleia permanente ou em um único homem, como nas monarquias, pode-se sempre recear que eles criem ter um interesse distinto do resto da comunidade e então sejam capazes de aumentar suas próprias riquezas e seu poder, tomando do povo o que mais lhe convier. Pois a propriedade do homem só está absolutamente segura se houver leis boas e justas que estabeleçam os limites entre ela e aquelas de seus vizinhos, e se aquele que comanda estes súditos não tiver poder para tomar de qualquer indivíduo a parte que lhe aprovar de sua propriedade, usando-a dela dispendo a seu bel-prazer.” LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**. Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2001, p. 166-167.

¹⁸ COUTINHO, Carlos Nelson. **Marxismo e política**: A dualidade de poderes e outros ensaios. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1994, p. 126.

Neste sentido, a verdadeira tarefa fundamental do Estado, ao invés da desigualdade física entre os homens, que é irrevogável, é estabelecer a igualdade jurídica e moral. Não se pode evitar a desigualdade física – e tampouco lamentá-la. A ela, Rousseau acrescenta também a desigualdade da propriedade que, puramente como tal, enquanto distribuição diferenciada dos bens, desempenha para ele apenas um papel acessório e secundário. *O Contrato Social* não desenvolveu em parte algumas idéias verdadeiramente comunistas. A desigualdade da propriedade é para ele uma adiaforia (*uma questão desprovida de significado moral*), um fato que o homem pode aceitar, do mesmo modo que tem de aceitar a distribuição diferente das habilidades e forças físicas e dos dons espirituais. Aqui, o reino da liberdade tem a sua fronteira e começa o reino do destino. Em parte alguma o Estado é concebido por Rousseau como mero Estado de bem-estar-social; para ele o Estado não é simplesmente o ‘distribuidor de bem-aventurança’, como para Diderot e a maioria dos enciclopedistas. Por isso, não garante ao indivíduo a mesma proporção de bens, mas assegura-lhe exclusivamente a proporção equilibrada de direitos e deveres. Por conseguinte, está autorizado e habilitado a intervir na propriedade à medida que a disparidade da posse coloque em perigo a igualdade dos sujeitos jurídicos – e condene classes isoladas de cidadãos à completa dependência econômica ameaçando assim tornar-se um joguete nas mãos dos ricos e poderosos.¹⁹

Desse modo, em que pesem as críticas que foram dirigidas ao pensamento de Rousseau, é indubitável que o contrato rousseauiano reforçou a teoria do poder constituinte, pois propõe que só é legítima uma sociedade fundada na soberania popular, em que o corpo ou o sujeito coletivo atue segundo o interesse comum, subordinando a ele os interesses puramente privados. Aliás, segundo Ernest Cassirer, é essa concepção normativa e utópica de Rousseau em concatenar a perfectibilidade do homem à perfeição do Estado que torna o seu pensamento importantíssimo como crítica, pois o homem bom, que não existe na desigualdade, será criado por uma sociedade igualitária, por meio da *volonté générale*, na vontade do Estado.²⁰

Uma das principais críticas ao contrato rousseauiano, inclusive feita por Marx em *A questão judaica*, foi no sentido de pressupor a vontade geral como algo oposto às vontades particulares que, no final, são por aquelas eliminadas. Ou seja, para Rousseau, diversamente de Hegel, a vontade geral não seria um potenciamento ou um aprofundamento das vontades particulares, mas o seu oposto, de modo que a formação da vontade geral somente seria possível com a repressão e eliminação das vontades particulares.

Rousseau, de fato, deixa isso bem claro ao comentar o conteúdo das cláusulas de seu contrato social: “quando bem concebidas, estas cláusulas reduzem-se todas a apenas uma, a saber: a alienação total de cada associado, com todos seus direitos, à(sic) toda a comunidade,”²¹ o que resultou uma concepção de Estado meramente abstrata, uma vez que, no

¹⁹ CASSIRER, Ernest. **A questão Jean-Jacques Rousseau**. Tradução: Erlon José Paschoal. São Paulo: UNESP, 1999, p. 59-60.

²⁰ Ibid., 1999, p. 32-33.

²¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Textos filosóficos**. São Paulo: Paz e Terra, 2002, p. 71.

ato de sua criação, ele (o Estado) desvincula-se completamente da vontade geral que lhe deu causa, passando a existir por si mesmo, como produto apenas da razão.

É por isso que, segundo alguns, notadamente para Hegel, a proposta de Rousseau, sendo profundamente metafórica e subjetiva, é passível das mesmas críticas a que pode ser submetida a ética kantiana do “imperativo categórico”, que contrapõe a razão (universal) ao interesse (particular).²² Mais precisamente sobre o subjetivismo do conceito de Estado em Rousseau, assim diz Hegel:

na investigação deste conceito, teve Rousseau o mérito de definir, como fundamento do Estado, um princípio que não só na sua forma (como, por exemplo, o instinto social, a autoridade divina), mas também no seu conteúdo constitui ao pensamento, isto é, o pensamento mesmo, pois é a vontade. Mas, ao entender a vontade apenas na forma definida da vontade individual (o que mais tarde Fichte também faz), e a vontade geral não como o racional em si e para si da vontade que resulta das vontades individuais quando conscientes, a associação dos indivíduos no Estado torna-se um contrato cuja base é, então, a vontade arbitrária, a opinião e uma adesão expressa e facultativa dos indivíduos, de onde resultam as conseqüências puramente conceituais que destroem aquele divino em si e para si, das absolutas autoridades e majestades do Estado. Ao chegarem ao poder tais abstrações produziram, por um lado, o mais prodigioso espetáculo jamais visto desde que o gênero humano apareceu: restaurar, *a priori* e pelo pensamento, a constituição de um grande Estado real, anulando tudo o que existe e é concedido e querendo dar-lhe como fundamento um sistema racional imaginado; por outro lado, como tais abstrações são desprovidas de idéia, a tentativa de impô-las promoveu os mais horríveis e cruéis acontecimentos.²³

Essa crítica de Hegel, que acusa a formulação de Rousseau de subjetivismo e abstração, não é, contudo, inteiramente válida, pois Rousseau não estava interessado na origem empírica, concreta ou histórica do Estado. O seu ponto de vista fundamental não é a história, mas a validade de uma ordem social e política, isto é, o que lhe interessava era a base legal do Estado, não a história, e é à questão dessa base legal que a sua teoria do contrato social procurou responder.

Outra crítica que tem sido feita ao pensamento de Rousseau é a de que a defendida contraposição entre vontade particular e vontade geral despreza o pluralismo típico das sociedades modernas, pois ele não teria esclarecido o modo pelo qual a multiplicidade de

²² Kant formula essa dicotomia entre a vontade universal e a vontade particular da seguinte forma: “O imperativo categórico, que enuncia de uma maneira geral o que é obrigatório, pode ser formulado assim: age segundo uma máxima que possa ao mesmo tempo ter valor de lei geral. Podes, portanto, considerar tuas ações segundo seu princípio subjetivo; mas não podes estar seguro de um princípio tem valor objetivo exceto quando seja adequado a uma legislação universal, isto é, quando este princípio possa ser erigido por tua razão em legislação universal.” KANT, Immanuel. **Doutrina do direito**. Tradução: Edson Bini. 3. ed. São Paulo: Ícone, 1993, p. 39.

²³ HEGEL, G. W. Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. Tradução: Norberto de Paula Lima. 2. ed. São Paulo: Ícone, 1997, p. 206.

vontades poderia se articular com a vontade geral e, dessa forma, teria deixado em aberto o enfrentamento dessa importante questão, legando a conclusão de que a pressuposição da vontade geral seria incompatível com o pluralismo e com a diversidade.²⁴

Em que pese o acerto dessa crítica, que deve, no entanto, ser relativizada face o grau de complexidade da sociedade em que Rousseau vivia, bem menor do que o presente nos dias atuais ou na sociedade em que Gramsci atuou, por exemplo, para os objetivos da presente tese, é necessário ressaltar que Rousseau aprofundou, talvez como ninguém, o conteúdo da soberania popular e do poder constituinte, e, assim, embora o pluralismo não tenha ocupado lugar em sua doutrina, é possível concluir que ele não teria desejado essa incompatibilidade, isto é, certamente não teria chegado a defender um total distanciamento das vontades particulares da atuação do corpo coletivo, como critica Habermas, a esse propósito:

[...] de fato, Rousseau imaginara a constituição do soberano popular como um ato de socialização, através do qual os indivíduos particulares se transformam em cidadãos orientados pelo bem comum. E estes se transformam então em membros de um corpo coletivo, passando a ser sujeito de uma prática de legislação que se distanciou dos interesses particulares das pessoas privadas, apenas submetidas às leis.²⁵

[...] a adoção das virtudes republicanas só é realista para uma comunidade que possui um consenso normativo assegurado previamente através de tradição e do ethos: 'Quanto menos as vontades individuais se referirem à vontade geral – isto é, aos costumes e leis –, tanto maior tem que ser o poder coercitivo'. Deste modo, as objeções liberais contra o rousseunismo podem apoiar-se no próprio Rousseau: as sociedades modernas não são homogêneas.²⁶

Ora, Rousseau, por certo, não pretendeu o distanciamento entre as vontades particulares e a atuação do corpo coletivo. Ele apenas era favorável à inalienabilidade e indivisibilidade da soberania que, no seu entender, não se esgotaria com a eleição de representantes, mas permaneceria no povo, formulação essa que apresenta grande contribuição para a ideia de um poder constituinte permanente:

A soberania... não pode ser representada; reside fundamentalmente na vontade geral e a vontade não admite representação; ou se tem uma ou outra. Não existe uma possibilidade intermediária. Os deputados do povo, portanto, não são e não podem ser seus representantes; são apenas seus agentes, e não podem levar a cabo nenhum ato definitivo. Qualquer lei que não tenha sido sancionada pelo povo é irrita e nula – não é, na verdade, uma lei. O povo inglês se considera livre, mas está grosseiramente enganado; só é livre durante a eleição dos membros do parlamento.

²⁴ COUTINHO, Carlos Nelson. **Marxismo e política**: A dualidade de poderes e outros ensaios. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1994, p. 129-130.

²⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 2, p. 259-260.

²⁶ Ibid., 2003, p. 260.

Tão logo eles são eleitos, a escravidão se instaura sobre o povo e este se transforma em nada.²⁷

Por outro lado, como sintetiza Cassirer, Rousseau também não elaborou sua concepção de Estado como mera associação ou simples equilíbrio dos interesses de vontades isoladas. A lei que resulta da vontade geral, ou do comando estatal, é, ao contrário, o princípio constitutivo dos próprios interesses individuais: “ela pretende dominar os cidadãos à medida em que, em cada ato individual, ao mesmo tempo os torna cidadãos e os educa para serem cidadãos”.²⁸ Ou seja, Rousseau guardava também uma preocupação fundamental com a educação do povo, que foi inclusive explicitada no *Emílio*, ou da Educação:

as boas instituições sociais são aquelas que conseguem desnaturalizar melhor o homem, tirar-lhe a existência absoluta para lhe dar uma relativa e transportar o eu para dentro da unidade comum, de sorte que cada particular já não se acredite uno, mas parte da unidade e já não seja sensível senão dentro do todo.²⁹

Assim, é de se concluir que a concepção de vontade geral em Rousseau foi inspirada num conteúdo inegavelmente ético ao imprimir, já no século XVIII um papel educativo ao Estado, como também ao associar o princípio democrático à ideia do contrato, no caso rousseauiano, a um contrato que se funda precisamente na vontade geral ou coletiva, ou seja, na prioridade do público sobre o privado.

Com o contrato social, já não mais existem direitos anteriores e superiores ao Estado, direitos que não foram abrangidos pelo pacto social, de modo que, com Rousseau, afirma-se o primado da razão, pois retirando o homem do domínio das forças e instintos naturais, o filósofo coloca-o sob o domínio da vontade moral, personificada no Estado, e com isso, dá-se uma positivação social da liberdade.

De fato, Rousseau, com a *volonté générale*, que é o tema central de sua teoria democrática, foi, na doutrina, o teórico que deu início a uma compreensão social da liberdade, revigorada, no entanto, com a proposta de retorno à concepção clássica da liberdade na Antiguidade. Com ele, o homem passa a não mais existir no particular, senão no geral; é social, e não individual, e foi isso o que Hegel viu de notável em Rousseau, o único que teria

²⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**: Princípios do direito político. Tradução: Antonio de Pádua Danesi. Livro III. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 114-115.

²⁸ CASSIRER, Ernst. **A questão Jean-Jacques Rousseau**. Tradução: Erlon José Paschoal. São Paulo: UNESP, 1999, p. 63.

²⁹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Textos filosóficos**. São Paulo: Paz e Terra, 2002, p. 91.

enxergado claro, já no século XVIII, a essência da liberdade.³⁰ Com Rousseau, os homens renunciam à independência do estado natural, mas a trocam pela verdadeira liberdade, a liberdade na sociedade política, que consiste na ligação de todos com a lei.

Desse modo, o contrato social de Rousseau surgiu para fundamentar a lei do Estado, isto é, o direito positivo, que assim tem seu nascimento fixado, em oposição ao direito natural. Assim, o filósofo genebrino faz a transição do Estado imposto pela necessidade para o Estado justificado pelo uso da razão:

*Trouver une forme d'association qui défende et protège de toute la force commune la personne et les biens de chaque associé, et par laquelle chacun s'unissant à tous n'obéisse pourtant qu'à lui-même et reste aussi libre qu'auparavant. Tel est le problème fondamental dont le contrat social donne la solution.*³¹

O conceito rousseauiano de lei pressupõe a vontade geral, soberana, e esta, uma sociedade de classes integradas. Só assim, a lei seria o ato pelo qual “*tout le peuple statue sur tout le peuple*”.³² O direito, tanto como o Estado, resulta do pacto social. E, como este, é a expressão da vontade geral. O fundamento da norma jurídica é a vontade geral. Toda norma que dela emana é justa por definição. Trata-se de concepção positivista não monista, de caráter indubitavelmente democrático, mas passível de crítica por conduzir à identificação da lei com a justiça, sendo essa imperfeição reconhecida pelo próprio Rousseau: “*Il faudrait des dieux pour donner des lois aux hommes.*”³³

Em que pese, todavia, a procedência inegável dessa última crítica, o fato é que o Estado de Direito que Rousseau defendia não foi sinônimo apenas de sistema de leis, mas sim de Estado de Justiça, de legitimidade. A verdadeira tarefa fundamental do Estado, em vez de limitar-se a combater a desigualdade física e econômica entre os homens, foi a de estabelecer a igualdade jurídica e moral e educar os cidadãos.

³⁰ Segundo a análise de Joaquim Carlos Salgado, “Hegel aponta Rousseau como a origem da moderna concepção do Estado, por operar a síntese do iluminismo racional francês com a interioridade sentimental. A partir de Rousseau, a justificação do Estado não se dá mais na realização da felicidade dos indivíduos. Seu fundamento está na vontade livre que é a essência do homem enquanto determinação de si mesmo e que não tem outro objeto senão a si mesmo, visto não ser determinada por qualquer outra coisa de externo. É querer universal que não pode ter outro objeto senão a si mesmo. Por isso tem a vontade a mesma dimensão do pensamento, é livre.” SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia de justiça em Hegel**. São Paulo: Loyola, 1996, p. 297.

³¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Du contract social ou principes du droit politique**. Paris: Garnier-Flammarion, 1966, p. 51.

³² Ibid, 1966, p. 74.

³³ Ibid., 1966, p. 75.

Portanto, apesar do desacerto da identificação da lei com a justiça, o seu contrato social nunca esteve desvinculado de princípios justificadores e dos valores do poder legal. Por isso, nesse tocante, a proposta de Rousseau afastou-se do positivismo. Ele, por certo, recusou um fundamento transcendente da doutrina do Estado e da sociedade ao abandonar a necessidade da natureza para introduzir a razão, consubstanciada na força moral, como móvel para a conduta humana.

Ao mesmo tempo, porém, para Rousseau, a ideia de liberdade estava indissociavelmente ligada à ética, o que distancia sua filosofia das concepções positivistas puramente formalistas. Sua doutrina, assim, apesar de ter contribuído para a transição do jusnaturalismo para o positivismo, não abandonou a íntima conexão da justificação do Estado e do direito com os valores de uma sociedade democrática, ainda que consubstanciados em princípios suprapositivos.

Dessa forma, embora formulada no século XVIII, a doutrina da vontade geral de Rousseau continua desempenhando um papel fundamental na teoria político-jurídica do Estado democrático de direito contemporâneo. Além de representar a mais elaborada forma de contratualismo, sintetizando de maneira extraordinária o espírito da época liberal, Rousseau ofereceu o caminho da transição pacífica do liberalismo à democracia, e do jusnaturalismo para um positivismo ético, que não desprezava a conexão do direito com os valores, mais precisamente, um positivismo que se fundava no reconhecimento de que a lei é a expressão da vontade geral e que, justamente nessa representatividade, tanto o Estado como o direito encontravam a sua verdadeira justificação.

3.2 A realidade “ética” e “concreta” do Estado

Assim como Rousseau, Hegel, que foi um entusiasta do pensador genebrino na juventude, também buscou a compatibilização entre a vontade geral e as vontades particulares. Todavia, na tentativa de superar o subjetivismo e a abstração que ele imprimia à vontade geral em Rousseau e sua incompatibilidade com as vontades individuais, Hegel procurou, em sua filosofia política, conciliar a liberdade do particular com a prioridade do público sobre o privado, pois acreditava que essa compatibilização era uma condição necessária da realização humana na modernidade.³⁴ E isso acontece mais precisamente na

³⁴ COUTINHO, Carlos Nelson. **Marxismo e política**: A dualidade de poderes e outros ensaios. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1994, p. 130-131.

terceira parte do sistema hegeliano, ou seja, na *Filosofia do Espírito*, quando a ideia passa da esfera do subjetivo para o objetivo. No campo subjetivo, Hegel insere a Antropologia e a Psicologia. Ao domínio objetivo pertencem os conceitos jurídicos e éticos.

Assim, segundo a ótica hegeliana, as contradições existentes no seio da sociedade civil poderiam ser harmonizadas com a subordinação da sociedade civil ao Estado, o que implicaria não uma repressão, mas uma superação e elevação das vontades particulares à vontade universal, personificada agora no Estado.³⁵ Logo, a vontade, como princípio do Estado, ressurge em Hegel não como a *volonté générale* de Rousseau, vontade que tem origens na vontade individual, mas sim como vontade que existe racionalmente, em si e para si, com rigorosa autonomia:

O Estado, como realidade em ato da vontade substancial, realidade esta que adquire na consciência particular de si universalizada, é o racional em si e para si: esta unidade substancial é um fim próprio absoluto, imóvel; nele a liberdade obtém seu valor supremo, e assim este último fim possui direito soberano perante os indivíduos que, em serem membros do Estado, têm o seu mais elevado dever.³⁶

Mas a *volonté générale*, com que Hegel abre praticamente o seu capítulo sobre a essência objetiva do Estado, depois de definir este como a realidade da ideia moral, perde o tom de imprecisão de que Rousseau a revestira, para se converter no racional, na vontade substancial, a que serve de realidade o Estado. Coube a ele, portanto, assinalar uma das transições mais importantes e fundamentais na história das doutrinas políticas: a passagem da ideia de Estado como exigência da natureza das coisas para a concepção do Estado enquanto realidade. Até então, as teorias jusnaturalistas delineavam o Estado como criação filosófica, abstrata, hipotética e normativa. O Estado existencial, histórico, concreto, carregado de dimensão social, só passou a ser concebido com Hegel.

De fato, Hegel professou um idealismo objetivo. Diversamente de Platão, ele não procurava a ideia na metafísica. Procurava-a na vida social do homem e na realidade concreta:

Embora estejamos exclusivamente ocupados com a Idéia do Espírito e na História do Mundo tudo consideremos com suas manifestações, temos, ao atravessar o passado – por longos que sejam os seus períodos – de nos importar somente com o que é presente, porque a Filosofia, ocupando-se da Verdade, tem de lidar com o eternamente presente. Nada no passado se perdeu para ele, porque a Idéia está

³⁵ HEGEL, G. W. Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. Tradução: Norberto de Paula Lima. 2. ed. São Paulo: Ícone, 1997, p. 213.

³⁶ Ibid., 1997, p. 205.

sempre presente; o Espírito é imoral; com ele não existe passado, nem futuro, mas um agora essencial.³⁷

Desse modo, a concepção hegeliana do Estado depreende-se da de história. Para Hegel, o Estado não é somente uma parte, mas o próprio núcleo da vida histórica. E se a realidade deve ser definida em termos de história, e não em termos de natureza, o Estado é o pré-requisito da história, devendo-se ver nele a suprema e mais perfeita realidade. Nenhuma teoria anterior a Hegel postulou isso, haja vista que as teorias políticas precedentes, inspiradas no direito natural, afirmavam que o Estado tinha sua origem num contrato e que tal contrato refletia a consciência moral coletiva dos indivíduos.

Hegel, nesse sentido, afastou-se do contratualismo e teve de mudar a própria idéia de moralidade que tinha prevalecido até então, ou seja, uma concepção subjetiva que não podia exigir uma validade verdadeiramente objetiva. A moralidade, no sentido em que era concebida pelos sistemas éticos anteriores, como o de Kant, por exemplo, pretendia ser uma lei universal. Só existe um imperativo categórico, dizia Kant, que é este: atua sempre segundo um princípio que possa erigir-se em lei universal.³⁸

Esse imperativo categórico, no entanto, segundo Hegel, era capaz de fornecer apenas uma lei abstrata e formal, uma lei que vincula a vontade individual, mas que é inteiramente impotente contra a realidade das coisas. Não é possível descobrir a verdadeira ordem ética numa lei meramente formal; ela se exprimiria, no entender hegeliano, num sentido muito mais elevado, na realidade concreta e atual, na vida do Estado.³⁹

³⁷ Id. **Leçons sur la philosophie de L'histoire**. Paris: Vrin, 2004, p. 82.

³⁸ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 83.

³⁹ CASSIRER, Ernst. **O mito do Estado**. Tradução: Álvaro Cabral. São Paulo: Códex, 2003, p. 306-307. Nesse mesmo sentido, Jorge Luis Acanda analisa que, no entender de Hegel, para servir de fundamento a uma verdadeira comunidade, a moralidade não pode ser alcançada “pela existência apenas de indivíduos racionais que, guiados por sua consciência individual, restrinjam suas ações egoístas em benefício da coexistência, mas unicamente numa sociedade formada por pessoas que possuam uma eticidade comum e se guiem por essa.” ACANDA, Jorge Luis. **Sociedade civil e hegemonia**. Rio de Janeiro: UFRJ, 2006, p. 125. Relativamente à crítica por parte de Hegel à ética kantiana, que centraliza sua reflexão na racionalidade subjetiva do indivíduo, o que teria inspirado a necessidade, sentida por Hegel, de objetivar a racionalidade no Estado, operando a síntese ética entre as vontades particulares e os interesses gerais, assim também disarta Acanda: “A não-aceitação por parte de Hegel do princípio jusnaturalista do contrato, e da interpretação do indivíduo que esse contém, manifesta-se na crítica que dirigiu à ética kantiana, ao censurar seu universalismo vazio, que levou a uma concepção atomizada do Estado. Para Hegel, Kant edificou a racionalidade do Estado tomando como ponto de partida a racionalidade do indivíduo. Porém, uma interpretação da racionalidade do Estado que se fundamente na pluralidade de indivíduos isolados, cada um deles perseguindo seus fins específicos, não pode ser eficaz para legitimar uma ordem política que busque expressar os interesses do todo social. Consciente disso, Hegel tentou abrir espaço em sua filosofia política para a necessidade de uma razão que se objetiva no Estado, visando assim efetuar a síntese entre os interesses particulares e os gerais.” Ibid, 2006, p. 131.

Assim, para Hegel, o Estado é a representação plena da liberdade na história e somente nele é possível realizá-la, isto é, “é somente como Estado que um povo se torna um povo e é apenas nessa medida em que está assim constituído e integrado”.⁴⁰ A realização da liberdade, dentro do Estado, todavia, não consiste em promover os interesses individuais, mas sim em promover sua completa integração na universalidade que o Estado representa. É como sintetiza Joaquim Carlos Salgado:

O Estado está na filosofia da história de Hegel como o seu próprio fim. Assim, a finalidade de um povo consiste em fazer-se Estado. O povo que não se constitui em Estado não entra, para Hegel, na história, pois, sendo a liberdade o conteúdo da história, um povo somente entra na história se se realiza como Estado.⁴¹

Para legitimar, contudo, a prioridade do público sobre o privado, Hegel elaborou o conceito de “moralidade objetiva”, “vida ética” ou “eticidade”, passando a sustentar que o Estado personificaria a comunhão dos valores universalmente aceitos pelos indivíduos, no que se pode identificar a nítida inspiração também em Hegel para o conceito habermasiano da moral convencional. Aliás, a moralidade, em Hegel, constitui precisamente a subordinação da mentalidade subjetiva do indivíduo aos mandamentos da consciência coletiva.

Já na formulação do conceito de eticidade, Hegel defende, diferentemente de algumas abordagens jusnaturalistas, que os valores e as normas surgem objetivamente da vida social interativa dos indivíduos, e que por isso a vontade geral não é o resultado da ação de vontades singulares, mas algo que as antecede e as determina.⁴² Logo, para ele, a vontade geral não resulta de um contrato entre vontades singulares, como sustentava Rousseau, mas é um fenômeno social-objetivo, ou seja, um produto da história.

Bobbio, a esse respeito, conclui que Hegel, na verdade, partiu das teorias jusnaturalistas (de Hobbes a Rousseau e a Kant), que propõem modelos ideais de Estado e o delineiam tal como deveria ser para realizar seu próprio fim, para aproximar-se das teses realistas, que descrevem o Estado tal como é (de Maquiavel aos teóricos da razão de Estado). Ou seja, que a filosofia de Hegel contém idealismo e realismo, mas que esse último caráter predominou em seu pensamento, pois, com a concepção de que o Estado não seria mais apenas uma exigência da natureza das coisas, e sim uma realidade, um evento da história, o reflexo de suas

⁴⁰ KERVÉGAN, Jean-Francois. **Hegel, Carl Schmitt** – O político entre a especulação e a positividade. Tradução: Carolina Huan. Barueri, SP: Manole, 2006, p. 323.

⁴¹ SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia de justiça em Hegel**. São Paulo: Loyola, 1996, p. 411.

⁴² COUTINHO, Carlos Nelson. **Marxismo e política**: A dualidade de poderes e outros ensaios. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1994, p.132-133.

teorizações resultou na passagem do processo de racionalização do Estado (o Estado como sociedade racional), que é próprio das teorias jusnaturalistas, para o processo de estatização da Razão, que é próprio das teorias realistas. Assim, Hegel representaria a dissolução e, ao mesmo tempo, a realização dessa história.⁴³

De fato, pretendendo superar o conteúdo que supõe abstrato da formulação rousseauiana, Hegel propõe que a vontade universal seja concretamente determinada, pois é fruto do fenômeno social, ocorrendo no seio da própria sociedade civil. Para ele, portanto, diversamente do que Rousseau idealizara, as “corporações” não representam um obstáculo à formação da vontade geral, já que inexistente antinomia entre vontade singular e vontade universal. O que ocorre, na verdade, é que as vontades singulares dos indivíduos, veiculadas por meio da vontade das corporações, são então conservadas e elevadas na vontade geral da coletividade estatal.⁴⁴

Logo, o Estado defendido por Hegel é um Estado pluralista, só que o pluralismo é sintetizado no Estado. Embora, contudo, tenha se proposto a conciliar a vontade universal com o pluralismo, Hegel distanciou-se do contratualismo, pois entendia que o contrato, como criação subjetiva e abstrata, não serviria para explicar a realidade política e, ainda, representava um grande equívoco na medida em que, segundo sua concepção de Estado, profundamente inspirada na lição dos gregos, o Estado antecede e determina as vontades particulares, e não o contrário.⁴⁵

Hegel, portanto, contrapôs-se, nesse particular, à concepção individualista da filosofia anglo-francesa, que teve na Alemanha em Kant um dos seus maiores expoentes. Mais

⁴³ BOBBIO, Norberto. **Ensaio sobre Gramsci e o conceito de sociedade civil**. Tradução: Marco Aurélio Nogueira e Carlos Nelson Coutinho. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002, p. 43-44. Ainda sobre essa passagem em Hegel da concepção do Estado como abstração para o Estado como realização da razão, isto é, produto da História, Herbert Marcuse acrescenta que isto ocorre, em boa parte, devido à influência que a Revolução Francesa teve no pensamento hegeliano: “na visão de Hegel, a reviravolta dada pela História, com a Revolução Francesa, foi que o homem veio a confiar no seu espírito e ousou submeter a realidade dada aos critérios da razão. Hegel evidenciou este progresso, opondo o uso da razão à aquiescência não-crítica às condições de vida dominantes. ‘Nada é razão que não resulte do pensar’. O homem se dispôs a organizar a realidade de acordo com as exigências do seu pensamento racional livre, em lugar de simplesmente se acomodar à ordem existente e aos valores dominantes. O homem é um ser pensante. Sua razão o capacita a reconhecer suas próprias potencialidades e as do seu mundo. Ele não está, pois à mercê dos fatos que o cercam, mas é capaz de sujeitá-los a um critério mais alto, ao critério da razão.” MARCUSE, Herbert. **Razão e revolução**. Hegel e o advento da teoria social. Tradução: Marília Barroso. 5. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004, p. 17.

⁴⁴ COUTINHO, Carlos Nelson. **Marxismo e política**: A dualidade de poderes e outros ensaios. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1994, p. 133-134.

⁴⁵ *Ibid.*, 1994, p. 134-136.

precisamente, ele propôs a inversão do critério de valoração ética, que residia até então no indivíduo, para a coletividade, sintetizada na ordem estatal.

Desse modo, a suprema inovação de Hegel se dá quando ele busca reconciliar essas duas posições (indivíduo x sociedade), ficando, porém, suas simpatias com o Estado forte, e não com o Estado abstencionista e neutro, ou na perspectiva da sociedade civil e da contra-hegemonia de Gramsci.

Inspirando-se na concepção platônica de Estado, Hegel chega à reconciliação ao inverter a referida tese individualista sobre o valor ético máximo, que, em vez de radicar-se no indivíduo, passa a se alojar no Estado. Assim, família e sociedade civil, como camadas ou degraus do espírito objetivo, são, na dialética hegeliana, meios de que se vale o Estado para a realização de seus fins, enquanto que este (o Estado), como a mais alta concretização do espírito objetivo, põe-se acima de ambos. Dessa superioridade decorre a adesão de Hegel à ideia platônica do Estado, mediante a qual o indivíduo existe para o todo e não o todo para o indivíduo.

Assim, embora, dentro da perspectiva democrática, tenha recuado em relação ao contratualismo de Rousseau, reconhecendo a soberania do povo apenas na medida em que ele se organiza em Estado, o que enfraquece a teoria do poder constituinte,⁴⁶ Hegel teve o grande mérito de reafirmar a prioridade do público sobre o privado, resgatando a ética no exercício da vida pública, hoje cada vez mais subordinada aos interesses mercantis.

Seu maior mérito reside ainda no fato de ter percebido que o terreno em que se aprofundavam as raízes das lutas individuais não era econômico, mas constitucional, cuja solução se daria, portanto, com a construção de um Estado forte. Por isso é que o Estado hegeliano contém e supera a sociedade civil, transformando-a numa universalidade, ao contrário do Estado lockeano e do schmittiano, ambos de matiz liberal, que contêm a sociedade civil não para transcendê-la, mas para legitimar suas exigências e finalidades. A sociedade civil de Hegel, ao contrário da de Locke, não é o reino de uma ordem natural, que

⁴⁶ Justamente em virtude de desprezar a soberania popular, isto é, os sujeitos reais da história, Marx tece severas críticas à filosofia hegeliana, apontando que a soberania do Estado de Hegel é abstracionista, optando por conferi-la como idéia – “a soberania real do Estado” - ao invés de atribuí-la ao povo, porque somente “o povo é o *concretum*.” MARX, Karl. **Crítica da filosofia do direito de Hegel**. Tradução: Rubens Enderle e Leonardo de Deus. São Paulo: Boitempo, 2005, p. 43-48.

deve ser libertada das restrições impostas por más leis positivas, mas sim o reino que deve ser regulado e vivenciado na ordem superior do Estado.⁴⁷

Em relação aos filósofos jusnaturalistas, fica claro, por sua vez, que Hegel teve uma compreensão mais vasta do Estado, pois este passara a ser entendido não como instrumento da vontade particular, individual, singular, a vontade do racionalismo de Rousseau, mas como expressão unificada da vontade individual e da vontade social, encontrando a primeira na última, quando esta se transmuda em vontade estatal, o seu verdadeiro sentido e significação.

Nesse sentido, porém, importa tecer a ressalva de que o Estado hegeliano não representou uma exacerbação absolutista do poder por si mesmo, desprovido de conteúdo ético, como o Estado total de Schmitt, concebido unicamente para promover a unidade política do povo alemão e garantir a intervenção no domínio econômico apenas a serviço dos interesses particulares da classe dominante. Hegel pode até ter exaltado e glorificado o Estado (no caso, o Estado prussiano), mas existe uma clara e inconfundível diferença entre a sua idealização do poder do Estado e a idolatria que é característica dos sistemas totalitários.⁴⁸

Seu pensamento é no sentido, como se viu, de identificar o Estado com a moralidade, e só o fato de semelhante identificação é suficiente para excluir a concepção do Estado como aparelho substancialmente coativo, à maneira do que foi o Estado nacional-socialista de Hitler. Ademais, um dos principais objetivos do Estado totalitário é a eliminação de todas as outras formas de vida social e cultural e apagar todas as distinções e diversidades. Segundo o conceito de vontade geral de Hegel, tais eliminações nunca conduziriam a uma verdadeira unidade orgânica. Uma unidade real não apaga as diferenças; deve, antes, protegê-las e conservá-las. Desta forma, Hegel não entendia, como Schmitt, que para fortalecer o poder e a

⁴⁷ BOBBIO, Norberto. **Ensaio sobre Gramsci e o conceito de sociedade civil**. Tradução: Marco Aurélio Nogueira e Carlos Nelson Coutinho. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002, p. 52.

⁴⁸ Essa interpretação é conferida pelos partidários da esquerda hegeliana, que não atribuem à visão do Estado de Hegel uma concepção totalitarista e antiliberal por si mesma. Martonio Mont'alverne Barreto Lima, por exemplo, confirma esse entendimento ao ressaltar que “não há como se imaginar, nos dias atuais da realidade brasileira, que os conglomerados internacionais – e não o Estado – exercerão papel fundamental na eventual redução das desigualdades sociais ou poderão realizar a tarefa de distribuir riquezas em favor de nossos contingentes sociais pobres.” LIMA, Martônio Mont'alverne Barreto. Idealismo e efetivação constitucional: a impossibilidade da realização da constituição sem a política. In: COUTINHO, Carlos Nelson; LIMA, Martônio Mont'alverne Barreto. **Diálogos constitucionais**: Direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.375-385, p. 383.

unidade do Estado seria necessário abolir todas as distinções no corpo político e social. Afinal, isto significaria o fim da liberdade, nunca desejado pela teoria hegeliana.⁴⁹

Com Hegel, portanto, e segundo a interpretação conferida pela esquerda hegeliana, o Estado ganhou um papel de destaque na promoção da reforma social, especialmente nos países periféricos. Contrariamente aos ideários liberais, com ele, o Estado deixou de ser limitado ao papel de não intervir na sociedade, ou de intervir apenas em favor dos interesses das classes dominantes; deixou de existir para o indivíduo apenas como meio, passando a existir como fim.

Hegel, então, superou com eficiência a concepção liberal que traçara uma fronteira entre o Estado e a sociedade, passando aquele a ser o fim de todo o corpo social, fonte de realização e concretização de todos os direitos. Seu pensamento é, assim, atualíssimo, pois com ele o Estado assumiu concretamente o pluralismo social, ou seja, sua função de ordenar a sociedade enquanto pluralidade,⁵⁰ de acomodar os quadros sociais e evitar os desequilíbrios econômicos que agravam especialmente as classes mais desfavorecidas. Desse modo, Hegel foi decisivo para legitimar o intervencionismo do Estado Social de Direito, trazendo à tona, portanto, as finalidades e valores que devem pautar a atuação dos poderes públicos e a aplicação do direito, especialmente na periferia do capitalismo.

⁴⁹ Como esclarece Jorge Luis Acanda a respeito da pecha de antiliberal atribuída a Hegel, “não é possível interpretar a polêmica de Hegel contra o contratualismo como prova de sua aceitação do caráter incondicional do poder. Sua rejeição ao contratualismo não significa rejeição ao jusnaturalismo moderno em si, nem negação da existência de direitos inalienáveis ou imprescritíveis que condicionam o exercício do poder. Para ele, a liberdade do indivíduo era justamente o primeiro e o mais importante desses princípios.” Acontece que, “à luz das experiências históricas concretas que marcaram o seu tempo, Hegel não podia aceitar as concepções do liberalismo clássico sobre a possibilidade de construir uma estrutura política estável fundamentada em princípios *a priori* divorciados das experiências históricas e dos valores tradicionais de um povo. Diante disso, Hegel entendeu que a estabilidade do Estado só podia ser alcançada se os súditos compartilhassem valores éticos comuns (...)” ACANDA, Jorge Luis. **Sociedade civil e hegemonia**. Rio de Janeiro: UFRJ, 2006, P. 122-123. Sobre o contexto histórico em que viveu Hegel, Domenico Losurdo aponta para o fato de existirem na época de Hegel teorias contratualistas de caráter conservador ou reacionário, o que justificaria também a crítica hegeliana ao contratualismo. Segundo Losurdo, três exemplos influenciaram particularmente a crítica de Hegel: as discussões sobre a constituição que ocorreram no Parlamento de Württemberg em 1815 e 1816 (e que foram tema de um trabalho de Hegel em 1817), as idéias do pensador inglês Edmond Burke contra a Revolução francesa e os argumentos utilizados pelos reacionários da Prússia para oporem-se às reformas constitucionais promovidas por Stein e Hardenberg.” LOSURDO, Domenico. **Hegel, Marx e la tradizione liberale**. Roma: Riuniti, 1988, p. 73-85

⁵⁰ Segundo a análise de Jean-François Kervégan, Hegel ofereceu uma base real para uma sociedade política “que supera, sem tentar reduzi-las, as diferenças religiosas, culturais ou raciais. Somente uma identidade política mediatizada por seu outro, o pluralismo social, está de acordo com o princípio da vida ética moderna, com a liberdade objetivada segundo sua universalidade.” KERVÉGAN, Jean-Francois. **Hegel, Carl Schmitt – O político entre a especulação e a positividade**. Tradução: Carolina Huang. Barueri, SP: Manole, 2006, p. 345.

4 LEGITIMIDADE DO DIREITO E PLURALISMO

Como já explicitado no capítulo primeiro, forte na crença de que somente com rigor metodológico seria possível fazer ciência, a teoria kelseniana, que influenciou a cultura jurídica durante muito tempo, conferiu um caráter meramente descritivo à ciência do direito. Kelsen elegeu as normas jurídicas como seu objeto de estudo, elaborando uma teoria formal, desvinculada dos valores e da própria finalidade do direito.

A estrutura do sistema kelseniano estaria representada por uma pirâmide normativa, tendo a norma hipotética fundamental como pressuposto de validade de todo o sistema hierárquico. O conteúdo da norma fundamental, no entanto, é, como toda a teoria kelseniana, meramente formal, sem vinculação valorativa ou material, não justificando o ordenamento jurídico por critérios outros, isto é, de outros sistemas normativos, como a moral. E assim a aparente resolução do problema das fontes do direito foi resolvida mediante a implementação de uma perspectiva unificada do direito, decorrente exclusivamente do Estado.

Essa identificação entre Estado e direito¹ serviu, portanto, para a eliminação do pluralismo jurídico, pelo que o positivismo kelseniano, nesse tocante, com a criação de seu sistema unitário e lógico-formal, atendeu perfeitamente às necessidades de uniformização e previsibilidade das decisões e, por via de consequência, da desejada segurança jurídica tributável ao modelo liberal-individualista-normativista.²

Com a subtração do pluralismo, Kelsen construiu ainda um sistema inteiramente incapaz de dar conta da complexidade contemporânea. Reduzindo o direito à norma, o pensamento monista de Kelsen não é suscetível de apresentar uma verdadeira teoria da justiça

¹ Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 301-334.

² Nesse sentido, cf. Weber: “naturalmente, cabe sobretudo aos interessados burgueses exigir um direito inequívoco, claro, livre do arbítrio administrativo irracional e de perturbações irracionais por parte de privilégios concretos: direito que, antes de mais nada, garanta de forma segura o caráter juridicamente obrigatório de contrato e que, em virtude de todas estas qualidades, funcione de modo calculável.” WEBER, Max. **Economia e sociedade**. Brasília: UnB, 1999. v. 2, p. 123.

e da legitimidade, não podendo alcançar também um resultado satisfatório para a questão da obrigatoriedade jurídica.

É óbvio que apesar da manifestação histórica da vontade do poder legislativo, a norma jurídica, durante a sua vigência, recebe os influxos de diversos outros fatores componentes do cotidiano – antropológicos, sociológicos, axiológicos etc., de modo que ela não apresenta um sentido primitivo e absoluto, encaixados hermeticamente na moldura ou quadro kelseniano, mas variam no tempo e no espaço.

O próprio Kelsen pareceu admitir isto, pois ao silenciar em relação aos métodos interpretativos que permitiriam constatar os limites da norma, ele defendeu que a atividade interpretativa nada mais era do que um puro ato de vontade,³ no que a sua doutrina, nesse particular, parece distanciar-se do positivismo para se aproximar do realismo jurídico, já que resulta na concepção de que o direito é determinado pelos juízes e as leis possuem um conteúdo indeterminado até serem interpretadas pelos tribunais.⁴

Kelsen percebe que a linguagem é aberta, possui muitos significados e que os métodos de interpretação não levam a uma única decisão correta, mas a uma moldura de possibilidades, cabendo ao intérprete autêntico – o juiz – decidir, em sua discricionariedade, a possibilidade que ele achar mais conveniente. Em razão dessa formulação kelseniana do quadro ou moldura, é que se identifica no positivismo jurídico, notadamente no de Kelsen, a apologia da discricionariedade judicial que, inicialmente no direito norte-americano e depois estendendo-se para vários sistemas jurídicos, deu ensejo ao realismo jurídico.

Se, todavia, é possível identificar em Kelsen um partidário ou precursor dessa teoria, é necessário ressaltar que a pecha de decisionista que muitos autores lhe empregam⁵ despreza o

³ Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 368-370.

⁴ Sobre essa identificação do modelo kelseniano da moldura com a teoria do realismo jurídico, conferir o ensaio de TAVARES, André Ramos; OSMO, Carla. Interpretação jurídica em Hart e Kelsen: Uma postura (Anti) realista? In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (Coord.). **Teoria do direito neoconstitucional: Superação ou reconstrução do positivismo jurídico**. São Paulo: Método, 2008, p. 140-155.

⁵ Cite-se, a propósito, STRECK, Lenio Luiz. A resposta hermênutica à discricionariedade positivista em tempos de pós-positivismo. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (Coord.). **Teoria do direito neoconstitucional: Superação ou reconstrução do positivismo jurídico**. São Paulo: Método, 2008. Sobre a identificação do positivismo de Kelsen com o decisionismo, Jean-François Kervégan considera que isto ocorre mais propriamente devido a um equívoco estabelecido no seio da própria doutrina: “existe no positivismo jurídico um equívoco que transcreve, aliás, a sua compreensão da positividade. O direito positivo é, antes de tudo, aquilo que o legislador quer; mas a lei promulgada se separa, por assim dizer, da decisão que a instaura como fato jurídico, e se torna uma norma auto-suficiente, ‘positiva’, pois é dotada de uma racionalidade

teor democrático que Kelsen confere à titularidade da jurisdição constitucional, pois, conforme será exposto no quinto capítulo, ao defender o Tribunal Constitucional, e, portanto, a titularidade de uma instância colegiada e distinta dos demais poderes constituídos, fruto ainda da composição democrática, em oposição à tese schmittiana do poder do soberano, fica claro que Kelsen não advogou o decisionismo político em sua totalidade ou na sua forma mais pura.

Certo é, no entanto, que as normas não possuem um significado unívoco, tendo Kelsen razão quando afirma que uma mesma norma jurídica pode comportar vários significados. O que não é acertada é a sua conclusão de que o ato de determinação de seu significado é meramente volitivo, isto é, fruto de um juízo de valor político, e que esse juízo é exclusivo dos juízes e tribunais. Isto importa em menosprezar os conteúdos legislativos que muitas vezes já encerram em si todos os sentidos de concretização de seus preceitos, como é exemplo, no caso brasileiro, da Lei de Biossegurança (Lei n.º 11.105, de 24.04.2005), cujos dispositivos, declarados constitucionais pelo STF, bem demonstram que o parlamento exerceu eficazmente a tarefa de concretização do direito.

Por outro lado, também não se pode olvidar que o significado das normas também é construído dentro de um processo de atribuição de sentido instaurado no âmbito de uma sociedade pluralista, não sendo um processo exclusivo, portanto, dos tribunais ou dos próprios parlamentares. Daí a relevância da contribuição de Peter Häberle, que procura inserir o pluralismo na atividade interpretativa.

Defende o filósofo alemão que com a complexidade da sociedade e, dado que a soberania reside na vontade popular, as opiniões de todos devem apresentar alternativas ao processo hermenêutico, que deixa de ser algo enclausurado cientificamente para ganhar foro social, protraindo sua discussão aos atores envolvidos pelas práticas sociais, na busca da efetivação do modelo manifestado na Constituição.⁶ Ou seja, Peter Häberle propõe a possibilidade da conjugação de fontes hermenêuticas, abolindo-se o hermetismo da

intrínseca que a exegese científica e a jurisprudência têm precisamente como tarefa reconstruir.” KERVÉGAN, Jean-Francois. **Hegel, Carl Schmitt** – O político entre a especulação e a positividade. Tradução: Carolina Huang. Barueri, SP: Manole, 2006, p. 4-5.

⁶ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional** – A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997, p. 36-37.

interpretação constitucional efetuada pelos titulares da fala autorizada, ou, nas suas palavras, defende uma ampliação do conceito de “participante do processo constitucional”.⁷

Essa formulação guarda grande sintonia com a teoria sobre a formação da vontade discursiva de Habermas. Ambas, profundamente democráticas, procuram inserir nos procedimentos de deliberação acerca dos relevantes temas constitucionais, o protagonismo da vontade popular, de modo que à legitimidade do direito, tradicionalmente identificada pelo positivismo com a legalidade procedimental, foi acrescida a ideia de consenso valorativo e discursivo, ou seja, a possibilidade de os diversos indivíduos e grupos destinatários das leis ou das decisões judiciais participarem ativamente desses procedimentos.

Apesar dos ataques desferidos ao seu idealismo, essa ideia traz um reforço ao princípio democrático, pois já de há muito tempo o conceito de democracia passou a identificar-se com a obtenção do consenso dentro do pluralismo e da diversidade, especialmente após a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, em que até mesmo a teoria marxista de Estado, formulada sobre o Estado burguês e assentada no monopólio da coerção, perdeu o seu sentido.

Modernamente, portanto, como diz o pensador italiano Antonio Gramsci, a legitimidade da ordem estatal só pode residir na equação entre a coação e o consenso da vontade do Estado com a dos variados grupos e aparelhos de hegemonia que integram a sociedade civil. Tal formulação guarda ainda forte atualidade, podendo ser aplicada à introdução do pluralismo discursivo nos processos deliberativos da sociedade contemporânea, o que reforça o restabelecimento do poder constituinte, dado que, numa democracia, o ideal é que a concretização dos direitos fundamentais se torne possível a partir da ação da própria sociedade civil.

4.1 A introdução do valor “consenso” na teoria marxista do Estado

Pode-se dizer que em Gramsci houve uma superação mais concreta da problemática da vontade geral de Rousseau, pois, dado o contexto histórico das reflexões do pensador italiano, de emergência do capitalismo, o pluralismo ocupou o seu devido lugar, inclusive em virtude

⁷ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional** – A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997, p. 41.

do surgimento dos partidos políticos de massa e dos sindicatos, principais formas de agregação que constituem a estrutura das democracias modernas.

As concepções gramscianas, formuladas a partir de 1870, já com a complexificação da relação entre o Estado e os cidadãos agora “organizados”, inauguram, assim, um novo ambiente político, diferente do de Marx, cuja característica essencial passa a consistir no fato de que o Estado, para funcionar e legitimar sua existência, necessita agora do consentimento ativo ou passivo dos cidadãos.

Isto significa que, em Gramsci, é possível identificar uma importante teoria democrática, que conciliou a existência do pluralismo moderno com a formação da vontade geral, o que ficou bem demonstrado com a formulação do seu conceito de hegemonia, que é um dos principais relevos de seu pensamento.

Esse conceito resultou da percepção por parte de Gramsci de que, nas sociedades mais complexas do “Ocidente”, o Estado ampliou-se, adquirindo novos contornos, que existiam só embrionariamente na época de Marx e Engels e na sociedade russa em que Lenin atuou. Esses novos contornos tiveram origem na socialização da política (nascimento de sindicatos, formação de partidos de massa, conquista do sufrágio universal, etc.), que levou à criação de uma nova esfera do ser social, a que Gramsci chamou de “sociedade civil.”

Com esse aumento da complexidade social, o Estado deixou, portanto, de ser o simples “poder de opressão” de uma classe sobre outra, e passou a adotar também, como recurso de aceitação do poder, a busca do consenso, que se expressou por meio da adoção por uma classe (ou bloco de classes) dos valores inicialmente formulados por outra classe (ou bloco de classes). E foi essa direção intelectual e moral de uma classe sobre as demais que Gramsci designou de hegemonia.⁸

Dessa forma, o pensador italiano, de tradição marxista, possibilitou uma ampliação do conceito de Estado, pois enquanto para Marx e Engels, no *Manifesto Comunista*, o Estado burguês era essencialmente coerção ou “violência concentrada e organizada da sociedade”,⁹

⁸ GRAMSCI, Antonio. **Quaderni del carcere**. Turim: Einaudi, 1975, p. 1.235.

⁹ Marx e Engels divergiram profundamente, nesse tocante, de Hegel. A concepção hegeliana do Estado era orgânica; a de Marx, mecanicista. Naquela, o Estado é um fim em si mesmo, totalidade racional ou ética; nesta, instrumento de poder em mãos de uma determinada classe, utilizado não a favor da sociedade, mas da classe forte e privilegiada contra as fracas e oprimidas. Ou seja, o pensamento marxista só reconhece um fim ao Estado burguês: a opressão de uma classe por outra. MARX, Karl. **Crítica da filosofia do direito de Hegel**. Tradução: Rubens Enderle e Leonardo de Deus. São Paulo: Boitempo, 2005.

para Gramsci ele passa a ser dotado de uma nova dimensão: a do consenso ou da legitimidade,¹⁰ isto é, um equilíbrio entre sociedade política e sociedade civil.

Por isso é que, com a socialização da participação política, por meio do que chamou de “aparelhos privados de hegemonia”, ou, noutras palavras, com a “ocidentalização” das sociedades,¹¹ Gramsci já não mais acredita ser possível aos governantes governar estavelmente sem o consenso dos governados. Cumpre agora ao Estado gramsciano combinar o uso da coerção e do consenso, pois a ordem estatal não se resume mais ao monopólio da violência, devendo buscar a síntese da dicotomia, percebida pelo pensador italiano, entre sociedade política, de um lado, e sociedade civil, de outro:

O exercício normal da hegemonia (...) se caracteriza por uma combinação de força e consenso, que se equilibram de diferentes maneiras, sem que a força predomine demais sobre o consenso e buscando que a força apareça apoiada na aprovação da maioria, expressa por meio dos chamados órgãos de opinião pública.¹²

Gramsci estabeleceu, assim, dois grandes níveis na superestrutura de Marx, que estão em permanente relação dialética: o nível da sociedade civil, a significar o conjunto dos organismos comumente ditos “privados”, e o nível da sociedade política ou Estado, que corresponde quer à função da “hegemonia” que os grupos dominantes exercem sobre a sociedade, quer à de “dominação direta” ou de comando que se exprime no Estado e no Governo jurídico.”¹³

Dessa forma, Gramsci introduziu a problemática do contrato social no núcleo da teoria marxista do Estado e da política. A hegemonia gramsciana implicaria, em primeiro lugar, um contrato que é feito no próprio nível da sociedade civil, gerando em consequência sujeitos coletivos como sindicatos, partidos, movimentos sociais etc., mas implicaria também, por outro lado, um contrato entre governantes e governados, fundado na aceitação consensual de regras e valores.¹⁴

Disso resulta que, do mesmo modo como há em Rousseau um vínculo indissociável entre contrato e vontade geral, também em Gramsci se verifica uma íntima relação entre

¹⁰ COUTINHO, Carlos Nelson. **Marxismo e política**: A dualidade de poderes e outros ensaios. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1994, p. 138-139.

¹¹ A expressão é utilizada por Gramsci em alusão ao fato de, nessas sociedades “ocidentais”, a obrigação política se fundar não na força ou na religião, como ocorre em algumas sociedades do Oriente, mas na aceitação consensual e racional, por governantes e governados, de um mínimo de regras e valores coletivamente partilhados.

¹² GRAMSCI, Antonio. **Quaderni del carcere**. Turim: Einaudi, 1975, p. 1.638.

¹³ STACCONE, Giuseppe. **Gramsci**: 100 anos revolução e política. Petrópolis: Vozes, 1991, p. 91.

¹⁴ COUTINHO, Carlos Nelson, op. cit., 1994, p. 139-140.

hegemonia e o que ele chama de “vontade coletiva nacional-popular”. A hegemonia toma forma na criação dessa vontade coletiva, por meio de um processo no qual os diferentes “aparelhos privados de hegemonia” abrem mão de parte de seus interesses meramente “econômico-corporativos”, em função do surgimento de uma consciência “ético-política”, universalizadora.¹⁵

Assim, diferentemente do que ocorre em Rousseau, a passagem do particular para o universal não se dá em Gramsci com a supressão ou eliminação das vontades individuais, mas sim, tal como em Hegel, mediante uma superação dialética na qual a vontade coletiva conserva e eleva a nível superior os múltiplos interesses singulares e particulares dos diversos e plurais “aparelhos privados de hegemonia”. Mas, à semelhança do contrato rousseauiano, também em Gramsci a democracia é expressão de um contrato que, ao mesmo tempo, funda e se baseia numa vontade geral, porém o contrato do pensador italiano, como se observou, logra formidável êxito em compatibilizar a vontade geral com o pluralismo dos grupos sociais nas assim chamadas sociedades “ocidentais”.

Com seus conceitos de “aparelhos privados de hegemonia” e “vontade coletiva nacional-popular”, Gramsci sedimentou, de forma definitiva, o consenso dentro da teoria da legitimidade da ordem estatal. Todavia, assim como Rousseau, e o próprio Marx, ele acreditava que a plena harmonização de todos os interesses individuais, ou seja, o estabelecimento de um contrato efetivamente democrático, somente seria possível numa ordem situada fora do sistema capitalista.¹⁶

Habermas chegou a essa mesma conclusão, ao reconhecer a idealidade do seu discurso comunicativo para a obtenção da vontade geral, visto pressupor, para a racionalidade do discurso a ser empenhado pelo povo, um sistema político efetivamente igualitário que propiciasse, portanto, o pleno acesso de todos à educação e à cultura, em igualdade de condições. Daí se infere, então, a importância da preocupação de Rousseau, desde o início, com o papel educativo do Estado, no Emilio.

Já Gramsci direcionou suas reflexões para o que chamou de fato cultural,¹⁷ entendendo ser imprescindível a educação política e cultural das massas para que, uma vez organizadas

¹⁵ COUTINHO, Carlos Nelson. **Marxismo e política**: A dualidade de poderes e outros ensaios. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1994, p. 140.

¹⁶ Ibid., 1994, p.141-142.

¹⁷ GRAMSCI, Antonio. **El materialismo histórico y la filosofía de Benedetto Croce**. Havana: Edición Revolucionaria, 1966, p. 189.

nos variados aparelhos privados de hegemonia, evitassem a consolidação da hegemonia da classe dominante, pois esta se torna hegemônica porque controla a produção cultural. Assim, no entender de Gramsci, não pode haver emancipação político-econômica das classes dominadas sem sua emancipação cultural.¹⁸

Ou seja, na formulação do conceito de hegemonia, não foi levado em consideração apenas a relação entre Estado e sociedade civil, no tocante à obtenção do consenso para a obediência política. Também estava presente, em Gramsci, a percepção de que a classe dominante burguesa não atingia o seu domínio apenas pela imposição; ela o obtinha também pela capacidade de estabelecer e preservar sua liderança por meio de instrumentos de produção de direção intelectual e de consenso e adesão das massas. Como a sociedade civil é formada por múltiplas organizações e instituições sociais de caráter cultural, educativo, religioso, político e econômico, por meio desses variados “aparelhos privados” é que são difundidos a ideologia, os valores e os interesses da classe que domina o Estado.

Conforme analisa Jorge Luis Acanda, ao comentar sobre o conceito gramsciano de hegemonia, a habilidade do grupo que detém o poder não reside em tentar impedir as manifestações da diversidade presente na sociedade civil, “e sim em cooptá-las para seu projeto global de construção da trama social. É a isso que Gramsci chama de hegemonia”.¹⁹ Por isso que o pensador italiano defendeu que a revolução comunista deveria ser pensada não apenas como “o assalto de poder político-coercitivo, mas principalmente como produção de contra-hegemonia”,²⁰ o que exige a revolução cultural das massas.

Nesse contexto é que Gramsci defende, então, a elaboração de “uma teoria da hegemonia como complemento da teoria do Estado-força”,²¹ ou seja, a percepção de que o poder, nas modernas sociedades capitalistas, não se impõe apenas pela força, mas, sobretudo, pela capacidade das elites de entronizar na cultura das massas seus valores visando a conformá-las de acordo com seus interesses, de modo que, assim, “o assalto ao poder não começa com o ataque aos centros detentores de violência, mas quando se estimula o questionamento das normas e valores, e o rompimento com a ‘clausura de sentido’ que legitima sua existência”.²²

¹⁸ ACANDA, Jorge Luis. **Sociedade civil e hegemonia**. Rio de Janeiro: UFRJ, 2006, p. 205.

¹⁹ Ibid, 2006, p. 181.

²⁰ Ibid, 2006, p. 173.

²¹ GRAMSCI, Antonio. **Quaderni del carcere**. Turim: Einaudi, 1975, p. 1.235.

²² ACANDA, Jorge Luis, op. cit., 2006, p. 176.

O conceito de hegemonia possui, portanto, um lugar destacado no pensamento gramsciano. Sua importância deve-se à conclusão, sedimentada em várias passagens dos *Cadernos do Cárcere*, de que a resposta para a direção política que o Estado e as elites que o dominam exerce na sociedade não deve ser procurada apenas nas instituições oficiais, como aponta o pensamento hegeliano, mas, principalmente, nas diversas organizações “privadas” que controlam e dirigem a sociedade civil.²³

Disso resulta que a atuação dos grupos empenhados em subverter a hegemonia das elites dominantes não deve ser dirigida apenas contra o Estado, mas também, e precisamente, na confrontação da imposição dos valores no seio da própria sociedade civil, como conclui Jorge Luis Acanda, interpretando o conceito de contra-hegemonia presente no pensamento de Gramsci:

A maior penetração da sociedade política na sociedade civil não serviu apenas para fortalecer a hegemonia burguesa. Abriu novas possibilidades para um projeto contestatório e emancipador. O conflito social se expressa na sociedade civil. Se alguns de seus componentes transmitem a mensagem da aceitação tácita da subordinação, outros são geradores de códigos de dissenso e transgressão. A sociedade civil tem um duplo aspecto em relação ao sistema hegemônico da classe no poder. Uma parte dela é favorável a essa hegemonia. Portanto, a reflexão política dos grupos empenhados em subverter a hegemonia burguesa não deve centrar-se só na confrontação “sociedade civil *versus* Estado”, mas também, e principalmente, na confrontação “sociedade civil *versus* sociedade civil”.²⁴

Dessa forma, o papel dos grupos que se destina a promover a contra-hegemonia burguesa é, para Gramsci, o de universalizar a capacidade de pensamento crítico,²⁵ e por isso a contra-hegemonia ou a construção da hegemonia revolucionária é um ato essencialmente pedagógico: “Toda relação de hegemonia é um ato pedagógico”.²⁶

As lições de Gramsci remetem, assim, à importância da (re)criação do sentimento constitucional ou consciência coletiva, a que alude Pablo Lucas Verdú, e que será objeto de considerações no último capítulo desta tese, como também ao desejo de Habermas pela formação de um povo culturalmente esclarecido, apto a conduzir a racionalidade dos discursos deliberativos numa democracia participativa.²⁷

²³ GRAMSCI, Antonio. **Quaderni del carcere**. Turim: Einaudi, 1975, p. 871.

²⁴ ACANDA, Jorge Luis. **Sociedade civil e hegemonia**. Rio de Janeiro: UFRJ, 2006, p. 181.

²⁵ Ibid, 2006, p. 210.

²⁶ GRAMSCI, Antonio. **El materialismo histórico y la filosofía de Benedetto Croce**. Havana: Edición Revolucionaria, 1966, p. 34.

²⁷ Nessa linha de pensamento, e aludindo sobre as formulações gramscianas, García Marzá ressalta que “o conceito de sociedade civil constitui em nossos dias um conceito-chave a ser utilizado diante da racionalidade

Seus ensinamentos são importantes, sobretudo, para o princípio democrático porque conferem um reforço ímpar, do ponto de vista político, ao resgate do poder constituinte e da soberania popular, já que com Gramsci se percebeu que a própria sociedade civil faz parte do aparato de dominação das elites; só que, também com ele, percebeu-se que ela (a sociedade civil) é igualmente seu mais poderoso antagonista. Ou, como sintetiza Jorge Luis Acanda:

A importância do consenso ativo e, por conseguinte, da conformação de um substrato cultural que permita a independência intelectual de cada indivíduo confirma a idéia(sic) gramsciana do papel essencial a ser desempenhado pela sociedade civil na estruturação da nova hegemonia.²⁸

4.2 O pluralismo discursivo

Para Weber e Kelsen, a legitimidade obtém-se por meio da legalidade, ou seja, pode-se obter validação jurídica para um sistema, ainda que de conteúdo arbitrário, somente pela positividade e validade formal do direito. Para Habermas, contudo, não basta o fato de uma decisão ser legal, ou seja, produzida conforme as normas do sistema, para que se obtenha legitimidade; as decisões, os procedimentos formais e os conteúdos devem ser justificados mediante razões para serem considerados legítimos.²⁹

Isto é, o fundamento da legitimidade dos procedimentos (legislativo, judicial, administrativo), para Habermas, não reside na sua legalidade, como pensava Weber, nem mesmo na sua influência simbólico-expressiva que produz uma confiança geral no sistema, como sustentava Niklas Luhmann, mas sim no fato de o procedimento corresponder com a prática discursiva.

A tese de Luhmann sobre a conexão da legitimidade com a legalidade procedimental, desenvolvida na obra *Legitimação pelo Procedimento*, debruça-se, por sua vez, sobre os mecanismos estruturais e intrassistêmicos dessa identificação. O problema da legitimação é por ele discutido no âmbito de um estudo das estruturas jurídico-políticas e, em especial, dos principais procedimentos previstos pelo Estado de Direito (legislativo, administrativo, judicial). Segundo Luhmann, um poder legítimo é aquele que é capaz de produzir uma

sistêmica do Estado, sempre que seja compreendido primordialmente a partir de um marco conceitual comunicativo, e não econômico. GARCÍA MARZÁ, D. **Teoría de la democracia**. Valencia (Espanha): Nau Llibres, 1993, p. 65.

²⁸ ACANDA, Jorge Luis, op. cit., 2006, p. 213.

²⁹ HABERMAS, Jürgen. **Problemas de legitimación em el capitalismo tardío**. Buenos Aires: Amorrortu, 1975, p. 120-21.

confiança geral no sistema ou uma prontidão generalizada para aceitação de suas decisões, ainda que indeterminadas quanto ao seu conteúdo, do que decorre o seguinte conceito de legitimidade: “pode-se definir a legitimidade como uma disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda não definido, dentro de certos limites de tolerância.”³⁰

O procedimento, por seu turno, é entendido por Luhmann, como analisa Sergio Cademartori, como um sistema de atos juridicamente ordenados e sem conteúdo determinado:

[...] eles servem para criar legitimidade não já em virtude de sua capacidade efetiva ou potencial de tutelar valores ancorados no ordenamento, como aqueles de verdade ou justiça, mas principalmente em virtude dos mecanismos de assunção de papéis que vinculam aquele que participa a sentir-se obrigado a aceitar seu êxito pelo fato de ter, pelos menos em princípio, contribuído para produzi-las e de ser, por isso, socialmente co-responsável (sic) pelo seu conteúdo.³¹

Embora tenha sido mais explícita ao discorrer sobre esse mecanismo de aceitação da decisão oficial produzida no âmbito dos procedimentos judiciário, legislativo e administrativo, a tese de Luhmann, nesse particular, não difere muito da tradição weberiana-kelseniana de fundamentar a legitimidade da ordem jurídica exclusivamente na legalidade procedimental.

Em virtude dessa fundamentação autopoietica que ele acabou propondo em sua teoria sobre a legitimação do direito pelo procedimento, Dimitri Dimoulis afirma que Luhmann fez um fechamento operativo da legitimidade ao expressar o caráter autorreferencial do direito, retomando, assim, alguns pontos centrais da teoria kelseniana:

A dúvida sobre a classificação de Luhmann como adepto do PJ *stricto sensu* surge em relação à tese social. Em suas primeiras obras o autor admitia plenamente essa tese, afirmando que a criação do direito decorre da decisão de titulares de poder que expressam valores e expectativas sociais. Já nas suas últimas e mais interessantes obras, o radicalismo da tese do fechamento operativo fez o autor negar que o direito seja determinado por fatos sociais e, especificamente, políticos. Afirmou que o conceito de ‘validade’ constitui um mero símbolo da unidade do sistema jurídico, sinalizando o fato de que suas variadas operações pertencem ao mesmo sistema. [...] Em nossa opinião, Luhmann retoma a idéia kelseniana da norma fundamental como norma jurídica que confere validade às demais sem interferência de fatos sociais. Luhmann absolutiza a atribuição de validade de maneira interna, negando-se a admitir, como fazia Kelsen, a remissão externa à eficácia social das normas (imposição e reconhecimento) como pré-requisito de reconhecimento da validade do sistema jurídico (neste capítulo, item 3.4). a radicalização consiste na elaboração de um conceito de validade que não necessita de uma norma que conferiria validade às demais (*normfrei*). Isso permite, segundo Luhmann, expressar o caráter autorreferencial(sic) do direito (fechamento operativo), sem recorrer nem ao artifício de

³⁰ LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução: Maria da Conceição Corte Real. Brasília: UnB, 1980, p. 30.

³¹ CADERMATORI, Sergio. **Estado de direito e legitimidade**. Uma abordagem garantista. 2. ed. Campinas: Millennium, 2006, p. 152.

uma norma hipotética que valida as demais nem a instâncias externas que determinariam o conteúdo do direito (vontades humanas, consenso social, poder político etc.). O posicionamento de Luhmann é seguramente original e parece-nos coerente. A avaliação deve ser feita de forma comparativa, examinando se as suas conseqüências práticas divergem daquelas dos posicionamentos de Kelsen e Hart. A nossa impressão é que se trata de uma produtiva combinação de ambos, operando uma junção do imperativo kelseniano da pureza no estudo do direito (fechamento operativo) com a observação hartiana de que a validade depende do reconhecimento (que, no caso de Luhmann, não é externo-social, mas interno ao sistema jurídico consolidado).³²

Refletindo entendimento semelhante, Martonio Mont’Alverne Barreto Lima também acredita no aspecto conservador da legitimidade proposta por Luhmann, com apoio na análise de Ingeborg Maus:

Atualmente há uma outra proposta teórica que reforça o caráter conservador da idéia de uma justiça constituicional. Referida proposta teórica se encontra presente nos escritos de Niklas Luhmann, em especial na “Legitimation durch Verfahren” (“Legitimação pelo Processo”). Por esta ótica “neoconservadora” de legitimidade, na opinião de Ingeborg Maus, “o princípio de separação de poderes passa a ser encarado não como um limitador de poder, mas como um produtor de poder”, o que significa, em outros termos, que a teoria dos sistemas de Luhmann, ao decompor a sociedade em sistemas distintos e independentes quanto a sua organicidade e funcionamento, entende o Judiciário como um produtor de poder e não como um elemento limitador das sempre permanentes tentativas do Estado de ir além dos limites estabelecidos pelo povo via Constituição.³³

O melhor entendimento sobre a legitimidade não está, portanto, com Weber, Kelsen ou Luhmann. Habermas, por exemplo, refuta a ideia de que o procedimento por si só legitima o direito e o poder e tenta desenvolver a tese de que a legalidade pode atingir a legitimidade, mas a partir de uma racionalidade processual rica em conteúdos morais.³⁴ Ele sugere identificar na própria argumentação moral o procedimento mais adequado a uma racional formação da vontade, de modo que cada participante da *práxis* argumentativa, ou seja, todos os eventuais interessados, possam tomar parte do processo, como livres e iguais, na busca cooperativa da verdade.

Dessa forma, a tese de Habermas é a de que o direito procedimental e a justificação moral dos princípios implicam-se necessariamente,³⁵ e a fundamentação das normas encontra-

³² DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**. Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006, p.156-157.

³³ LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. Justiça constitucional e democracia: perspectivas para o papel do Judiciário. **Revista da Procuradoria-Geral da República**, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 8, 1996, p. 97.

³⁴ CADERMATORI, Sergio. **Estado de direito e legitimidade**. Uma abordagem garantista. 2. ed. Campinas: Millennium, 2006, p. 168.

³⁵ Ibid, 2006, p. 169.

se no consenso ao qual chegam os homens (os interessados) através de suas ações comunicativas.

Nota-se, portanto, radical diferença, no tocante à legitimidade procedimental, entre o que Habermas defende e a tradição positivista iniciada em Weber. Como aponta Cademartori, Weber reconhece também que é o consenso o que confere validade às normas, mas, nele, este consenso somente expressa um acordo contingente entre vontades particulares. Habermas, por sua vez, sustenta que no processo tendente a atingir o consenso comunicativo não ocorre somente um equilíbrio entre interesses particulares, mas se verifica a ação de princípios universais, ligados à lógica do discurso prático. Logo, a diferença entre Weber e Habermas torna-se nítida ao se constatar que, para este, não basta sustentar que a validade das normas encontra-se no consenso, sendo necessário localizar um princípio crítico que permita distinguir na multiplicidade de consensos, aqueles que possuem um caráter racional.³⁶

Desta feita, em sua *Teoria da Ação Comunicativa*, Habermas faz uma crítica contundente ao conceito de legitimidade que Weber atribui à dominação legal. Esse conceito que, conforme visto, traduz a crença na legalidade, dá origem à concepção de que a legitimação do direito se dá mediante o procedimento, ou seja, a positividade. Habermas, no entanto, aponta o equívoco dessa concepção: “a fé na legalidade só pode criar legitimidade se se supõe de antemão a legitimidade da ordem jurídica que determina o que é legal.”³⁷

Ao apontar essa contradição, como analisa José Renato Gaziero Cella, Habermas questiona, portanto, a legitimidade do próprio procedimento, pois identificar a legitimidade do direito com o procedimento não resolve o problema, apenas desloca-o para o próprio procedimento, persistindo a indagação do que confere a legitimidade ao procedimento legitimador. E eis então a questão com que se depara Habermas ao pretender analisar o problema da legitimidade do direito moderno.³⁸

Ao tentar identificar o que leva Weber a cometer esse equívoco, Habermas só encontra uma possibilidade: uma tradicionalização secundária do procedimento, desconsiderando os pressupostos racionais materializados nas instituições. Para ele, o que dá o caráter legítimo a

³⁶ CADERMATORI, Sergio. **Estado de direito e legitimidade**. Uma abordagem garantista. 2. ed. Campinas: Millennium, 2006, p. 157.

³⁷ HABERMAS, Jürgen. **Teoria de la acción comunicativa**. Madrid: Taurus, 1987, p. 343.

³⁸ CELLA, José Renato Gaziero. A crítica de Habermas à idéia de legitimidade em Weber e Kelsen. **XXII Congresso Mundial de Filosofia do Direito e Filosofia Social**. Granada, Universidade de Granada (Espanha), 2005, p. 13-14

uma decisão legal é a confiança nos fundamentos racionais subjacentes ao ordenamento jurídico como um todo. Assim, permanece a questão da fundamentação racional que, para o teórico da ação comunicativa, permeia todo o direito moderno.³⁹

Assim, é justamente repensando a questão da fundamentação racional que Habermas desenvolve um novo conceito de legitimidade, capaz agora de compreender a totalidade do fenômeno jurídico, deixando de lado os vícios e preconceitos positivistas que acabaram levando a interpretações equivocadas, o que levou o filósofo alemão a ser apontado como “o adversário mais decidido de toda forma de decisionismo”.⁴⁰

Dessa forma, Habermas sustenta que a legitimidade do direito pode residir na legalidade, mas essa noção de legalidade só pode ser obtida por meio de procedimentos que assegurem a imparcialidade dos juízos (no caso da aplicação das normas) e da vontade (no caso da sua produção) por via de uma argumentação que justifique e fundamente as normas. E esses procedimentos, que se encontram institucionalizados dentro do direito positivo, devem comportar discursos morais.⁴¹

Já supondo possíveis críticas quanto à necessidade de institucionalização das normas, uma vez que defende que a legitimidade reside na presença de princípios moralizantes no procedimento, Habermas defende, ainda conforme análise de José Renato Gaziero Cella, que essa necessidade ocorre porque a moral pós-tradicional possui um déficit motivacional. Os sujeitos de uma dada sociedade podem identificar racionalmente as normas que seguem o procedimento, mas estas não têm aquela força motivacional de outrora que os impelia a realizar na prática os seus juízos morais, de modo que as normas passam a ser exigíveis somente à medida que aqueles que as cumprem possam esperar que todos os outros também ajam na sua conformidade. Disto resulta a necessidade da institucionalização jurídica, e só por essa via é possível evitar os problemas de insegurança gerados num complexo de normas puramente normais.⁴²

Por isso é que, no entender de Habermas, o direito complementa a moral, corrigindo a sua debilidade motivacional por meio da coerção. Ainda nesse sentido, o filósofo afirma que

³⁹ CELLA, José Renato Gaziero. A crítica de Habermas à idéia de legitimidade em Weber e Kelsen. **XXII Congresso Mundial de Filosofia do Direito e Filosofia Social**. Granada, Universidade de Granada (Espanha), 2005, p. 13-14.

⁴⁰ KERVÉGAN, Jean-Francois. **Hegel, Carl Schmitt** – O político entre a especulação e a positividade. Tradução: Carolina Huang. Barueri, SP: Manole, 2006, p. 113.

⁴¹ HABERMAS, Jürgen. **Teoria de la acción comunicativa**. Madrid: Taurus, 1987, p. 344-345.

⁴² CELLA, José Renato Gaziero, op. cit., 2005, p. 17-18.

“[...] o direito se situa entre a política e a moral.”⁴³ Logo, ele defende mais do que uma mera complementação da moral com o direito. Ele sustenta uma relação indissociável entre ambos, tendo em vista que enxerga uma abertura do direito positivo para argumentações morais que o justifiquem, fundamentem e legitimem.

Sobre a relação do direito e da moral também com a política, Habermas entende que os procedimentos jurídicos deixam um certo espaço para que seja realizado o discurso moral, mas que esse espaço é limitado pela ação da política, pois são as lutas políticas que determinam e exigem que esse espaço seja ocupado pelos discursos morais. Dada essa intrincada relação entre moral, direito e política, Habermas traz para o centro da reflexão jurídica questões que os positivistas acreditavam não pertencer à ciência do direito e, dessa forma, traz à tona, portanto, as questões da autonomia do direito, da justiça e da democracia. Desse modo, relegada pelos positivistas à filosofia moral, a questão da justiça é ressuscitada por Habermas e introduzida no debate central sobre o conceito de legitimidade, pois com ele surge a noção de justiça procedimental, a partir do momento em que os procedimentos jurídicos são permeáveis aos discursos de caráter moral.⁴⁴

Posicionada agora a questão da justiça também para o centro da legitimidade, Habermas impõe ao jurista moderno um grande desafio: questionar sempre o procedimento racional pelo qual se dá a fundamentação e justificação das normas, procedimento esse que deve estar sempre aberto a uma crítica racional por meio do discurso.⁴⁵ É dessa forma, acredita o filósofo, que o procedimento estará sempre se autolegitimando, pois, permeável aos discursos morais, ele estará continuamente sendo construído e reconstruído pelos participantes do discurso e refletindo, portanto, a vontade democrática.

Decorrência dessa conclusão é que passa a interessar à democracia quem são os participantes do discurso habermasiano. Segundo o filósofo alemão, são aqueles que serão atingidos pelas normas criadas ou aplicadas. Nesse aspecto, especificamente, é que merece realce a teoria de Habermas, situada, portanto, na tradição de Rousseau e da dialética kantiana entre moralidade e legalidade, pois se pode inferir que ele defende que a democracia seja exercida segundo um princípio de intersubjetividade argumentativa, ou seja, de que sejam

⁴³ HABERMAS, Jürgen. Como es posible la legitimidad por via de la legalidad? **Revista Doxa**, Madrid, n. 5, 1988, p. 42.

⁴⁴ Cf. CELLA, José Renato Gaziero. A crítica de Habermas à idéia de legitimidade em Weber e Kelsen. **XXII Congresso Mundial de Filosofia do Direito e Filosofia Social**. Granada, Universidade de Granada (Espanha), 2005, p. 18-19.

⁴⁵ Ibid, 2005, p. 19.

válidas as normas às quais todos os possíveis atingidos pelas mesmas possam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais.

Para Habermas, “atingido é todo aquele cujos interesses serão afetados pelas prováveis consequências provocadas pela regulamentação de uma prática geral através de normas”, e discurso racional “é toda a tentativa de entendimento sobre pretensões de validade problemáticas, na medida em que ele se realiza sob condições da comunicação que permitem o movimento livre de temas e contribuições, informações e argumentos no interior de um espaço público constituído através de obrigações ilocucionárias.”⁴⁶

Eis o extrato, portanto, em que se denota a grande contribuição habermasiana para os debates em torno da prática democrática. Habermas permite questionar até que ponto o procedimento democrático moderno, fundado nas regras da maioria e da representação política, consegue propiciar a abertura aos discursos morais, de modo a garantir a formação discursiva da vontade coletiva.

Esse questionamento, obviamente, faz repensar a forma de participação dos indivíduos em uma democracia, o que é necessário, notadamente tendo em vista os prejuízos herdados das teses positivistas weberiana e kelseniana (e com muito mais razão, a schmittiana) no pensamento jurídico ocidental.

Em resumo, portanto, embora defenda esse entrelaçamento entre direito, política e moral, e a participação discursiva dos indivíduos na formação da lei e nos procedimentos de institucionalização da norma jurídica, Habermas finda por concluir que o surgimento da legitimidade a partir da legalidade não é paradoxal, pois ele não defende que a norma jurídica e a lei carreguem em si mesmas o peso da legitimação, mas sim que a legitimação da normatização jurídica desloca-se do pressuposto da lei geral para os procedimentos da formação discursiva da opinião e da vontade, institucionalizados juridicamente.⁴⁷

⁴⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1, p. 142

⁴⁷ Ibid., 2003. v. 1, p. 168. Corroborando a tese de Habermas, isto é, da obtenção da legitimidade pela legalidade, José de Albuquerque Rocha afirma que isto ocorre devido à introdução do princípio democrático, que é “o fundamento por excelência da legitimidade do poder político e, por extensão, da constituição por ele produzida”, dentro do ordenamento jurídico, o que faz com que ele passe a desempenhar uma dupla função: “serve de fundamento de validade de toda a legalidade produzida no interior do Estado e, ao mesmo tempo, assegura a legitimidade da legislação que vai sendo produzida pelos órgãos institucionais, constituindo o fenômeno que os teóricos e filósofos do direito denominam de legitimidade pela legalidade”. ROCHA, José de Albuquerque. **Súmula vinculante e democracia**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 71.

As concepções de Habermas, contudo, embora estejam sendo bastante difundidas e celebradas entre os pensadores da atualidade, não pertencem exclusivamente ao autor da *Ação Comunicativa*. Como o próprio confessa na obra *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, antes mesmo de John Stuart Mill ter estabelecido uma conexão entre a igualdade e a liberdade no conceito de uma esfera pública discursiva, no clássico texto *A Liberdade*, escrito em 1859, Julius Fröbel desenvolveu, em 1847, no *Sistema da política social*, a ideia de uma vontade geral pensada de modo não-utilitarista, a qual deve se formar da vontade livre de todos os habitantes dos burgos, através de discussão e de consenso.⁴⁸

O próprio Habermas reconhece ainda que ele atribui ao discurso público o papel que Rousseau conferiu à força universalizadora da lei geral e abstrata. Fröbel, porém, não acredita que o sentido normativo da validade de leis que merecem o assentimento pode ser esclarecido apenas pelas qualidades lógico-semânticas de leis gerais e abstratas. E, em vez disso, ele recorre às condições comunicacionais sob as quais é possível combinar a formação da opinião orientada pela verdade com uma formação majoritária da vontade.

Logo, segundo destaca Habermas, Fröbel entende que as leis exigem o assentimento fundamentado de todos, mas o legislador democrático resolve com maioria. E uma coisa só se combina com a outra se a regra da maioria mantiver uma relação interna com a busca da verdade, isto é, o discurso público tem que mediar entre a razão e a vontade, entre a formação da opinião de todos e a formação majoritária da vontade dos representantes do povo.⁴⁹

Desse modo, Fröbel, segundo ainda sintetiza Habermas, não segue o caminho de Rousseau, que toma a razão prática na simples forma de uma lei geral e abstrata e a impõe à vontade soberana de uma coletividade. Ao contrário, ele assenta essa razão prática num procedimento de formação da opinião e da vontade, o qual vai determinar quando uma vontade política, que não se identifica com a razão, tem a seu favor a suposição da razão.⁵⁰

Assim, nesse tocante, são bastante elucidativas as sugestões de Julius Fröbel, pois de modo a propiciar a racionalidade do discurso, ele sugere a formação do povo, com um alto nível de educação para todos e liberdade para manifestações teóricas da opinião e para propaganda, deixando a entender, portanto, um reconhecimento à importância política e

⁴⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 2, p. 260-263.

⁴⁹ Ibid., 2003. v. 2, p. 260-263.

⁵⁰ Ibid., 2003. v. 2, p. 260-263.

constitucional do pluralismo, dos partidos e da luta partidária pela maioria dos votos, além do relevante papel educativo do Estado.

Desse modo, de tudo o que se expôs, é possível extrair que a tese do formalismo positivista de desprezo aos valores, além de inteiramente incompatível com o direito, é ainda desarmônica com os ideais e postulados democráticos. Modernamente, é insustentável num ambiente democrático que o direito continue alheio à moral e à justiça, alijando do processo de elaboração das normas jurídicas, e sobretudo das decisões judiciais em matéria constitucional, os verdadeiros destinatários e interessados em tais processos, aliás, os autênticos titulares do poder, ou seja, o povo.

Logo, deve-se repudiar o formalismo jurídico, de modo a sepultar definitivamente a tradição positivista da legitimidade do poder, identificada na ideia da mera legalidade procedimental por si mesma, pois esta salutar mudança de perspectiva desloca a visão sobre o problema da legitimidade para a sua verdadeira direção: a formação política da vontade, resultante de sua formação social e cultural, como já alertaram Rousseau e, mais recentemente, Gramsci.

A solução proposta, portanto, não é nova, e pode ser alcançada, atualmente, com a contra-hegemonia cultural a ser perseguida pelos “aparelhos privados” da sociedade civil, na linguagem gramsciana. Pode ser alcançada ainda, como sinalizou Fröbel, com a formação do povo, de modo a habilitá-lo para a *práxis* dos discursos racionais, sendo, portanto, também de importância peculiar para viabilizar concretamente a participação popular a (re)criação das esferas públicas, dotadas de ampla liberdade para as manifestações da opinião, permitindo aos participantes do discurso a igualdade de condições.

Vale acrescentar, no entanto, que Habermas defende que a legitimidade só pode ser alcançada quando esse intercâmbio público de razões ocorrer sob condições ideais de comunicação (plena liberdade de expressão, igualdade cultural e econômica, integridade física e moral etc.),⁵¹ o que, como é sabido, é impossível nas democracias capitalistas, como o próprio filósofo alemão reconhece.⁵²

⁵¹ HABERMAS, Jürgen. **Problemas de legitimación em el capitalismo tardío**. Buenos Aires: Amorrortu, 1975, p. 170-71.

⁵² Ibid. 1975, p. 169.

De fato, num regime capitalista, que traz ínsita a produção da desigualdade, é impensável que cada participante do discurso habermasiano possa contribuir em igual medida para a deliberação e para a formação da vontade, pois, para tanto, são imprescindíveis antes a conquista da liberdade econômica, como já afirmaram Marx e Engels, e a revolução cultural gramsciana, posto que a racionalidade do discurso (bem como a própria participação) é impossível de ser obtida sem a plena consciência cidadã dos indivíduos, o que, por sua vez, exige que estes (os cidadãos) gozem antes de independência pessoal (leia-se: econômica e cultural), indispensável para habilitá-los a uma possibilidade decente (e igualitária) de contribuir com o debate e as decisões públicas.⁵³

Disso emerge a razão pela qual as teses contratualistas vêm ganhando novo vigor e novas interpretações, sob a roupagem de um “neocontratualismo”. A esse respeito, Norberto Bobbio explica que as abordagens mais recentes do contratualismo vêm propondo um novo pacto social, com conteúdo diverso do contrato em sua formulação clássica, em função da “constatação da debilidade crônica que dá provas o poder público nas sociedades econômica e politicamente mais desenvolvidas, ou então – para usar uma palavra coerente – da crescente ingovernabilidade das sociedades complexas.”⁵⁴

O fundamento de um novo pacto social surge, então, como o pensador italiano denuncia, da percepção de que os indivíduos, detentores do poder soberano e protagonistas do contínuo processo de legitimação e relegitimação dos órgãos estatais encarregados de tomar as decisões coletivas, enfim, “os titulares últimos do direito de determinar as cláusulas do novo pacto”, não se contentam mais em pedir, em troca de sua obediência e aceitação, apenas a proteção das liberdades fundamentais e dos direitos de propriedade, mas passam a exigir a inserção de cláusulas que possam assegurar uma distribuição mais igualitária da riqueza, para com isso atenuar e/ou eliminar as desigualdades sociais.⁵⁵

Enquanto, porém, muitas das democracias capitalistas atuais continuarem propiciando para um imenso contingente de desafortunados apenas o acesso às necessidades básicas de alimentação, moradia e limitado lazer, a proposta habermasiana será entendida como utopia, o que não fragiliza a sua grande contribuição porque, em última instância, demonstra a

⁵³ Cf. CADERMATORI, Sergio. **Estado de direito e legitimidade**. Uma abordagem garantista. 2. ed. Campinas: Millennium, 2006, P. 198-199.

⁵⁴ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p.163.

⁵⁵ Ibid., 2000, p. 163.

necessidade de um aprofundamento da democracia e, o que é óbvio, que o Estado Social cumpra efetivamente suas promessas.

Aliás, pode-se colher da doutrina de Habermas que ele parece entender que a concretização dos objetivos do Estado Social é condição anterior à legitimidade do direito e de qualquer sistema político, conclusão essa que se assemelha à abordagem da legitimidade pelos partidários do constitucionalismo dirigente, como é possível inferir da lição de J. J. Gomes Canotilho:

A compreensão material de constituição passa, assim, pela “materialização” dos fins e tarefas constitucionais. A simbiose das duas legitimidades – do processo e normativo-material – pretende ser realizada pelo Estado Democrático-Constitucional. A uma conclusão aproximada chegará a teoria da legitimidade no âmbito de fundamentação última da ordem normativo-constitucional: o Estado Constitucional é um Estado no “direito” (legalidade constitucional) e em “função do direito” (legitimidade). As duas perspectivas fundamentais do problema da legitimidade – justificação do domínio e justificação da validade das normas – cruzam-se na teoria da constituição, quando, por um lado, se afirma que a pretensão de vinculatividade de uma constituição não pode assentar em simples positividade, e, por outro, se salienta que a indagação do “título de legitimidade” para lá da positividade da lei constitucional não deve ser feita à custa da dissolução da normatividade jurídica da constituição. Isto é, porém, apenas o “máximo denominador comum” a que é possível chegar-se. Se o Estado Constitucional Democrático não se identifica com um Estado de Direito formal reduzido a simples ordem de “organização” e de “processo”, e visa “legitimar-se” como um “Estado de justiça (social)”, histórico-concretamente realizável (e não simplesmente como Estado da razão ou de direito abstracto), o problema reconduz-se sempre à concepção de “justiça social”, erguida em “factor” de legitimação constitucional. O problema da constituição dirigente surge, pois, como um problema de legitimação: a conformação social, a distribuição de bens e a direcção do processo económico deslocam a questão da legitimidade da ordem constitucional e da validade do direito constitucional para o campo da legitimação do “capitalismo tardio”, do “reformismo” e do “socialismo”, vindo, assim, a entroncar nos debates sobre o Estado e a “produção da sociedade”.⁵⁶

Tanto a concepção habermasiana, como a tese de Canotilho sobre a legitimidade da ordem jurídica sob uma Constituição dirigente, remetem, no caso do Brasil, à “crise constituinte”, a que alude Paulo Bonavides,⁵⁷ que é a crise do próprio poder constituinte, que não se resolveu desde as origens do Estado brasileiro, em que o poder do povo sempre foi neutralizado pelas forças reais de poder, as quais, num Estado periférico, significam as forças económicas representantes do capital.

Ou, como diz Bercovici, o problema é que, num Estado periférico, como é o caso do Brasil, a soberania popular é uma “soberania bloqueada”, isto é, que “enfrenta severas

⁵⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 23-24.

⁵⁷ BONAVIDES, Paulo. **Do país constitucional ao país neocolonial**: A derrubada da constituição e a recolonização pelo golpe de Estado Institucional. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 43-47.

restrições internas e externas que a impedem de se manifestar em toda sua plenitude.”⁵⁸ Tais restrições são tanto de ordem econômica quanto de natureza política, haja vista que a histórica constitucional brasileira viveu um período ditatorial que gerou a interrupção da construção da Nação ou de uma consciência coletiva constitucional.⁵⁹

Outro grande destaque da contribuição habermasiana é a busca do consenso democrático por meio da racionalidade do discurso, ou seja, racionalidade do argumento e não obtenção de consenso mediante a simples participação ou o critério numérico das majorias, isto é, não à manifestação de uma simples *voluntas* em oposição à *ratio*, na linguagem schmittiana,⁶⁰ pois a simples obtenção da vontade geral, sem a racionalidade da discussão, não é algo muito satisfatório, dado o exemplo histórico da adesão da maioria do povo alemão ao regime nacional-socialista de Hitler.

Esse novo elemento – a racionalidade da discussão – confere, portanto, uma salutar ponderação, inclusive, à tese, hoje defendida por constitucionalistas de grande relevo, da ampliação dos instrumentos de exercício da democracia direta. É como bem pondera Wanderley Guilherme dos Santos:

Não se deveria concluir, no entanto, que substituir permanentemente as instituições representativas por consultas plebiscitárias à população constituiria um avanço democrático. A tese é atraente, porém equivocada. O código de procedimentos democráticos se apóia em algumas crenças, entre elas a de que, inexistindo a onisciência humana, o método mais indicado para aumentar a probabilidade de que se adote uma boa política vem a ser o confronto de opiniões e de argumentos. Sublinhe-se não ser suficiente que alguém tenha formado uma opinião sobre este ou aquele tópico; é indispensável ter argumentos que a justifiquem, não cabendo a pura e simples afirmação dogmática de uma preferência para torná-la legítima. O parlamento vem a ser precisamente o lugar em que são expostos argumentos contraditórios, em que se processa a persuasão de uns, a reconsideração de outros e a deliberação que, afinal, raramente corresponde imaculadamente a alguma das opiniões originárias. A opinião expressa em plebiscito escapa ao contraditório, estando contaminada por maior probabilidade de celebrar um erro entre todas as opiniões possíveis. O senso comum compartilha com os ideólogos a ilusão de que o número assegura a qualidade de uma opinião, mas não há conexão necessária entre uma coisa e outra. O número atribui poder causal à opinião, dele decorrendo, figuradamente, a força desta. Por isso mesmo, a substituição das instituições representativas e parlamentares por mecanismo deliberativos sem mediação equivaleria a transferir poder causal, produtivo, a preferências sustentadas sem o filtro do confronto argumentativo. É claro que a sugestão de que todo o eleitorado,

⁵⁸ BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e constituição**: Para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 36.

⁵⁹ Id. O poder constituinte do povo no Brasil: Um roteiro de pesquisa sobre a crise constituinte. In: COUTINHO, Jacinto de Miranda; LIMA, Martonio Mont'alverne Barreto. **Diálogos constitucionais**: Direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 220-223.

⁶⁰ SCHMITT, Carl. **Legalidade e legitimidade**. Tradução: Tito Lívio Cruz Romão. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. v. 11, p. 65. (Coletânea Del Rey Internacional).

ou aquele que interessadamente mobilizado, se transforme em arena parlamentar e decisória serve apenas para desautorizar o parlamento existente.⁶¹

No sentido de validar empiricamente suas conclusões, com a finalidade de demonstrar os desacertos das decisões resultantes da participação popular sem a mediação dos confrontos argumentativos, ainda acrescenta este autor: “unâнимes condenações à morte, fundamentadas em juízos errôneos, constituem um dramático testemunho do realismo dessa hipótese”.⁶²

Dado, todavia, o conservadorismo que ainda domina o pensamento da maioria dos cidadãos brasileiros, justificado, em sua grande parcela, pela interrupção da educação política e da expansão do pensamento crítico promovidas pelo regime ditatorial, resultando no “bloqueio da soberania” a que alude Bercovici, não resta dúvida de que na hipótese de consulta popular plebiscitária, tendo por objeto a instituição da pena de morte no Brasil, a tese afirmativa prevaleceria, não houvesse, é claro, a mediação do discurso argumentativo defendido por Habermas.

Porque tal proposta, numa sociedade civilizada, que vive sob o manto de um Estado Democrático de Direito, em que pese a seriedade do nível de violência que se verifica hoje em dia nas grandes cidades, atenta contra a dignidade da pessoa humana, de modo que ela não poderia juridicamente ser introduzida ou subsistir no sistema jurídico brasileiro, diante do art. 1.º da Lei Magna, que constitui fundamento constitucional da República Federativa do Brasil.

Também a esse respeito, vale recordar os ensinamentos de Benjamin Constant, que alerta não necessariamente para a extensão do poder às maiorias, mas sim para a qualidade do poder político, o que guarda sintonia com a racionalidade do discurso habermasiano:

A nação onipotente é tão perigosa quanto um tirano, na realidade mais perigosa. A tirania não acontece por causa do número reduzido de governantes. Nem um número avantajado de mandantes é garantia de liberdade. Somente o grau de poder político, independentemente das mãos em que esteja concentrado, torna uma constituição livre ou um governo opressor [...].⁶³

Outra consequência do exercício direto da democracia pelo povo sem a referida mediação é a profunda contradição que seria verificada nas deliberações, no que Wanderley Guilherme dos Santos identifica como o paradoxo de Rousseau:

⁶¹ SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **O paradoxo de Rousseau**. Uma interpretação democrática da vontade geral. Rio de Janeiro: Rocco, 2007, p. 8.

⁶² Ibid., 2007, p. 72.

⁶³ CONSTANT, Benjamin. **Princípios de política aplicáveis a todos os governos**. Tradução: Jourbet de Oliveira Brízida. Rio de Janeiro: Topbooks, 2007, p. 65.

Sustento a existência de um paradoxo no universo rousseauiano, que formulo da seguinte maneira: o que cada cidadão deseja como soberano (o governo de que é elemento constitutivo) – a saber, impostos com que financiar a produção dos bens públicos, redistribuição de renda com o objetivo de minimizar desigualdades etc. – esse mesmo cidadão repudia como súdito, pois, nesta capacidade, deseja pagar o mínimo de impostos, desaprova egoisticamente ver sua renda diminuída em benefício de quem quer que seja etc. E o que aspira como súdito – subsídios especiais, isenções tributárias etc. – é para ele inaceitável, em sua capacidade de soberano, como programa de um governo universalista.⁶⁴

Dessa forma, Habermas tem razão quando ressalta a importância da racionalidade do discurso para as deliberações democráticas. O que ele deseja, portanto, é um povo politicamente e culturalmente esclarecido e, quando assim o for, na utopia habermasiana, o próprio povo reivindicará o aumento de poderes decisórios, com o que sai fortalecida a democracia.

Afinal, sem a racionalidade do discurso, ou sem a revolução cultural de Gramsci, a soberania popular jamais poderá impor-se propriamente, já que a indiferença e a passividade resultantes da alienação política e cultural das massas serve de sustento ao princípio de autoridade de um sistema capitalista, que “detesta o controle, detesta a discussão”.⁶⁵

A teoria de Habermas ainda contribui muito para a problemática do exercício da soberania popular na medida em que propõe um resgate dessa soberania na forma de participação discursiva dos interessados nos processos decisórios, sugerindo um meio de superação da contradição existente nos mecanismos de representação popular, que não são suficientes para garantir a legitimidade do poder, dado que, mesmo após eleições livres e periódicas, ainda persiste no povo o sentimento de ilegitimidade das instituições, das ações governamentais e da atuação parlamentar.

Da mesma forma, a tese de Habermas também lança um alerta no sentido de que a atividade judicial, na jurisdição constitucional, não pode se desenvolver legitimamente numa democracia sem a participação racional e discursiva do povo, ou melhor, em termos habermasianos, dos que serão atingidos pelas decisões judiciais, o que põe em xeque a legitimidade da jurisdição constitucional no Brasil, cujos poderes são investidos sem delegação da soberania popular e cujos poderes são exercidos sem a participação dos cidadãos.

⁶⁴ SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **O paradoxo de Rousseau**. Uma interpretação democrática da vontade geral. Rio de Janeiro: Rocco, 2007, p. 73.

⁶⁵ GRAMSCI, Antonio. “O privilégio da ignorância”. In GRAMSCI, Antonio. **Escritos Políticos**. Organização e tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004. v. 1, p. 116.

Sua contribuição, assim, vai além da tese do *Constitucionalismo Discursivo* de Robert Alexy, a qual defende que a legitimação da jurisdição constitucional pode se dar na medida em que ela seja uma autêntica representação argumentativa dos cidadãos, isto é, que ela será tanto mais legítima quanto mais a decisão do tribunal constitucional seja reconhecida como válida e correta pelos cidadãos, e isto desde que esses cidadãos sejam racionalmente capazes e dispostos a aceitar argumentos válidos e corretos.⁶⁶

Além da racionalidade do discurso, Habermas introduz, dentro do procedimento, a efetiva participação, em igualdade de condições, daqueles que serão diretamente afetados pelas decisões, ou seja, de todos os interessados, com o que ele aprofunda e renova o conteúdo da soberania popular, numa abordagem que, apesar de conter certo idealismo, sugere um caminho para o equacionamento entre o formalismo do procedimento e a prática efetiva dos valores democráticos.

Importa ressaltar, ainda, que o debate em igualdade de condições, tal como defendido pela teoria de Habermas, é mais apropriado para o fórum legislativo, composto de centenas de pessoas, com opiniões e interesses divergentes, e muitas vezes conflitantes, mas que se defrota como iguais num ambiente estruturado e formalizado, o que, obviamente, não é possível se realizar na jurisdição constitucional.

⁶⁶ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução: Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.162-165.

5 A LEGITIMIDADE OU QUASE-LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL

Diante do que foi exposto nos capítulos anteriores, percebe-se, portanto, um núcleo teórico forte que define a legitimidade do direito e do Estado por referência a valores e fins. Acontece que a legitimação com base nos valores e fins, que foi reforçada com a mudança do paradigma constitucional, passou a ser entendida como mais apropriada à jurisdição constitucional, cuja tarefa é orientada pelo cânone do raciocínio que constitui a ligação entre a abstração e a transcendência do valor e a realidade política concreta das finalidades do direito.¹

Com a superação do paradigma liberal-positivista, operou-se, assim, a transferência do foco decisório para o poder judiciário, e a esfera judicial passou, então, a ser a mediadora da realização dos valores e princípios constitucionais, o que significa que esse novo paradigma – o advento do Estado Social – exigiu do judiciário um novo tipo de atuação, como disserta Lenio Streck:

[...] é preciso compreender que o direito – neste momento histórico – não é mais ordenador, como na fase liberal; tampouco é (apenas) promovedor, como era na fase conhecida por ‘direito do Estado Social’ (*que nem sequer ocorreu na América Latina*); na verdade, o direito, na era do Estado Democrático de Direito, é um *plus* normativo/qualitativo em relação às fases anteriores, porque agora é um auxiliar no processo de transformação da realidade. E é exatamente por isso que aumenta sensivelmente – e essa questão permeou, de diversos modos, as realidades jurídico-políticas dos mais diversos países europeus e latino-americanos – o pólo de tensão em direção da grande injeção contramajoritária: *a jurisdição constitucional*, que, no Estado Democrático de Direito, vai se transformar no garantidor dos direitos fundamentais-sociais e da própria democracia.²

Essa concepção insere-se na tese do constitucionalismo dirigente - termo trazido da obra do constitucionalista português J. J. Gomes Canotilho (“Direito Constitucional”, de 1983) ou, também possivelmente, das reflexões do constitucionalista Peter Lerche (“Übermass und

¹ PALOMBELLA, Gianluigi. Legittimità, legge e costituzione. **Sociologia del diritto**, Milano: Franco Angeli, ano XX, n. 2, 1993, p. 147-148.

² STRECK, Lenio. A resposta hermenêutica à discricionariedade positivista em tempos de pós-positivismo. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (Org.). **Teoria do direito neoconstitucional**: Superação ou reconstrução do positivismo jurídico? São Paulo: Método, 2008, p. 289.

Verfassungsrecht”, de 1961) -, a qual defende, no caso brasileiro, uma clara opção do constituinte de 1988 pela inclusão na Lei fundamental de inafastáveis linhas programáticas que estabelecem os caminhos e comportamentos a serem seguidos pelos poderes públicos, e não exclusivamente pelo judiciário, bem como fins, tarefas e objetivos para o Estado e para a sociedade.

Portanto, é verdade que o judiciário, agora, está comprometido com uma nova atuação, que deve ser voltada para a busca pela defesa e concretização dos direitos fundamentais, em oposição à concepção clássica do constitucionalismo francês, imortalizada na imagem do juiz “boca da lei”. Só que a diferença entre o que o constitucionalismo dirigente defende e a proposta do “(neo)constitucionalismo” é que o primeiro, diferentemente do segundo, não entende que a tarefa de concretização dos direitos fundamentais seja desempenhada primordialmente ou exclusivamente pelo judiciário, em detrimento da soberania do poder constituinte e do *status* de legítimo representante da soberania popular de que é revestido o poder legislativo. Essa tarefa compete mais apropriadamente ao executivo e legislativo.

Por isso é que o problema do constitucionalismo latino-americano não é apenas um problema de efetividade do judiciário e dos demais poderes, mas de legitimidade.³ Isto até poderia fazer certo sentido em países cujo sistema jurídico tenha entregado a delicada função da jurisdição constitucional a um dos poderes constituídos - o Tribunal Constitucional, o que não é o caso brasileiro, que ainda permanece sob a égide da concepção tripartida do poder. Por outro lado, não se deve esquecer que Kelsen já identificou a legitimidade com a efetividade do governo, criando, com isso, um suporte teórico para a legitimação de regimes totalitários, apesar de não ter sido esse o seu desejo.

No contexto brasileiro, a problemática da jurisdição constitucional, em que pese também apresentar inconvenientes quanto à efetiva concretização dos direitos fundamentais (especialmente os de natureza política, econômica e social), é, antes de tudo, uma questão de legitimidade. A instância brasileira a quem foi outorgada a competência para decidir por

³ E assim discorda-se da opinião de alguns constitucionalistas nesse sentido, a propósito do colombiano Eduardo Cifuentes Munõz: “*De otra parte se considera que la constitución es, em últimas, un tratado de límites. Los límites entre el individuo y la sociedad. Los límites que tienen que ser resguardados entre la esfera del yo y la esfera del nosotros. E igualmente, em la constitución se establecen las divisiones horizontales o verticales del poder. Esse tratado de límites no puede ser dejado expósito. Es necesario que exista um órgano imparcial que objetivamente determine, cuándo estos límites son traspasados y, por lo tanto, le asegure la efectividad del acuerdo básico. El problema del constitucionalismo em América Latina no es un problema de legitimidad. Es un problema de efectividad.*” MUNÓZ, Eduardo Cifuentes. O problema da legitimação do Poder Judiciário e das decisões judiciais no Estado Democrático de Direito. In: **A constituição democrática brasileira e o poder judiciário**, n. 20, São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 1999, p. 195.

último em matéria constitucional não integra propriamente um dos poderes constituídos, quer dizer, pelo menos não nos termos do constitucionalismo francês, que pratica com a máxima dignidade a doutrina da soberania popular.⁴ Disso resulta, portanto, a necessidade de aprofundar essa questão, pois, para traduzir fielmente o princípio democrático, a atuação da jurisdição constitucional brasileira também deve ter origem em processos democráticos.

Assim, falar em legitimidade do judiciário, no Estado Democrático de Direito brasileiro, exige, precipuamente, investigar em que medida esse poder se vincula ou se desvincula do poder constituinte e do princípio da soberania popular, e se a atuação judicial tem correspondido às expectativas coletivas de realização dos direitos e da justiça, pois enquanto ao judiciário, no sistema jurídico brasileiro, é reservado o papel de juiz da legalidade, o povo, nos termos do art. 1.º, parágrafo único, da Constituição brasileira de 1988, permanece como o titular da legitimidade.

Ou seja, falar em legitimidade do judiciário é falar sobre democracia, pluralismo e cidadania no poder, o que vem faltando ultimamente no exercício da jurisdição constitucional brasileira, dada a discutível legitimidade de origem na investidura dos membros do Supremo Tribunal Federal, assim como também em virtude da dúvida existente acerca da sua própria legitimidade de exercício; esta, por sua vez, fundada na ausência de uma maior e concreta participação popular na deliberação de temas caros à democracia, como o são as decisões em matéria constitucional.

Relativamente à investidura dos membros do STF, a doutrina constitucional brasileira muito tem debatido sobre a instituição do Tribunal Constitucional no sistema jurídico brasileiro, nos moldes teorizados por Kelsen.

Isto porque, de composição democrática e majoritariamente fruto da vontade popular, com membros detentores de mandato, a adoção da Corte Constitucional poderia vir a solucionar o vício de legitimidade que possui atualmente o Supremo Tribunal Federal, dado que a investidura de seus membros é fruto da vontade unilateral da Presidência da República (o que não raras vezes resulta na falta de independência do Ministro frente ao Chefe do Executivo que o indicou), com a aprovação anterior do Senado Federal, órgão que, inclusive, nem representa sequer indiretamente a vontade do povo, e sim dos Estados da Federação, e

⁴ Desde a Assembléia Constituinte que aprovou a primeira Constituição, o sistema jurídico francês, inspirado em Sieyès, somente admite o exercício dos poderes mediante a delegação popular (Art. 2.º: “A Nação, de onde emanam todos os Poderes, só pode exercê-los por delegação”).

que jamais na história constitucional brasileira rejeitou a indicação do Chefe do Executivo federal.

É como questiona, em resumo, Arend Lijphart:

La lógica en la que se fundamenta esta alternativa es la de un principio democrático: tales decisiones de importancia vital, como las de la conformidad de la ley a la Constitución, deben tomarlas los representantes electos del pueblo en lugar de un cuerpo jurídico dado, y frecuentemente nada representativo.⁵

Assim, a objeção que se tem feito à legitimidade de origem do judiciário para a defesa da Constituição é de se atribuir a um órgão não eleito democraticamente, e, portanto, sem responsabilidade popular, o poder de indicar aos órgãos representativos do povo – executivo e legislativo - a forma de governar e de legislar.

Ademais, há ainda o entendimento, na teoria política, de que os tribunais têm forte tendência a adotar posturas conservadoras quando são instados a pronunciar-se sobre leis que objetivam promover mudanças sociais, bastando lembrar o episódio da história americana de invalidação de diversas leis do *New Deal*, de Franklin Roosevelt, pela Suprema Corte dos Estados Unidos.

Esse caráter conservador, inclusive, teria sido levado particularmente em consideração pelos *Founders and Fathers* da nação americana como justificativa para o fortalecimento do judiciário no sistema anglo-saxão, segundo anota Carl J. Friedrich:

La razón de que los tribunales fosen para Hamilton y Marshall el árbitro final adecuado era, sin duda, que es probable que un tribunal se incline del lado conservador. Basar sus decisiones en 'el derecho' significa, políticamente hablando, que esas decisiones se dictan por referencia a puntos de vista aceptados. Por la misma razón, la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes sigue resultando atractiva para todos los conservadores. Este hecho se debe en realidad a la función neutralizadora de la Corte. Ningún poder es absolutamente neutral, so pena de no ser en absoluto poder.⁶

E sobre essa desconfiança existente nos membros das Cortes de Justiça, em virtude de seu conservadorismo e ausência de neutralidade, Pablo Pérez Tremps considera, por exemplo, que

⁵ LIJPHART, Arend. **Las democracias contemporáneas**: Un estudio comparativo. Tradução: Elena de Grau. 2. ed. espanhola. Barcelona: Ariel, 1991, p. 208.

⁶ FRIEDRICH, Carl J. **Teoría y realidad de la organización constitucional democrática**: Em Europa Y América. Tradução: Vicente Herrero. México: Fondo de Cultura Económica, 1946, p. 185.

Esta desconfianza es una constante en los sistemas jurídicos adscritos a la familia del derecho romano, del derecho continental, desde sus respectivos procesos revolucionários hasta nuestros días. La experiencia histórica da muestras suficientes de ello; hechos como el origen de la institución de la casación, la exclusión, en un principio, del control judicial de la Administración y la posterior configuración del contencioso-administrativo como jurisdicción ‘retenida’ y luego ‘delegada’ o, en definitiva, la creación de un tribunal constitucional especial son, al menos parcialmente, manifestaciones de esa desconfianza del poder hacia el juez ordinário. En todo ello hay razones políticas, consecuencia de la vinculación, más o menos general, según el lugar y el momento histórico, del juez a determinadas ideologías; las fidelidades del juez de la Revolución al Antiguo Régimen, las de ciertos sectores de la judicatura a los regímenes autoritários o totalitários o, incluso, la supuesta alienación de muchos jueces con posiciones conservadoras han creado un perjuicio ideológico, justificado en mayor o menor medida, que, sin duda, ha pesado a la hora de configurar el contenido de la función jurisdiccional durante los dos últimos siglos.⁷

Nessa mesma linha, Mauro Cappelletti conclui que: “por fim, não se deve desprezar a observação de que os juízes, especialmente dos tribunais superiores, ‘por educação, temperamento e idade’, são geralmente contrários a mudanças profundas e portanto por demais conservadores [...]”.⁸

Por outro lado, a par de tais considerações, o déficit de legitimidade que se verifica atualmente no exercício da jurisdição constitucional brasileira também ocorre em função da ampliação progressiva dos instrumentos de controle concentrado da constitucionalidade das leis e atos normativos - como ocorreu com o exemplo recente da instituição da súmula vinculante no art. 103-A da Constituição Federal, pela EC 45/2004,⁹ pois esvaziar a instância inferior de controle difuso de constitucionalidade em proveito da instância superior de controle concentrado é uma forma de amesquinhar o teor democrático do Judiciário, para entregar a decisão final (e agora cada vez mais única) a um órgão cuja legitimidade e imparcialidade são duvidosas.

Além de subtrair a competência e independência da magistratura de primeiro grau, a introdução da súmula vinculante no ordenamento jurídico brasileiro representa clara afronta à separação de poderes, pois, dada a sua natureza de norma geral e abstrata, obrigatória para todos os órgãos públicos e, em última instância, para a sociedade, sua criação e aplicação

⁷ TREMPS, Pablo Pérez. **Tribunal constitucional y poder judicial**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 197.

⁸ CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 88.

⁹ Art. 103-A: “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.”

representam a transferência, para o Supremo Tribunal Federal, de uma função típica do poder legislativo.¹⁰

Ainda nesse tocante, é conhecida também a polêmica acerca da introdução no sistema jurídico brasileiro da ação direta de constitucionalidade que, longe de fortalecer a segurança jurídica, significou tão-somente mais concentração de poder de controle no órgão de cúpula do Judiciário brasileiro. E, o que é mais grave: serviu de importante ferramenta para conferir “aparência de constitucionalidade e legitimidade” aos atos do Executivo nem sempre conformes aos cânones constitucionais.

A ADC foi instituída com a Emenda Constitucional n.º 3, de 17.03.1993, podendo ser proposta, conforme a redação original do art. 102, § 2.º, pelo Presidente da República, pelas Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados e pelo Procurador-Geral da República (CF, art. 103, § 4.º), ou seja, o referido instrumento de controle de constitucionalidade foi criado, de início, exclusivamente para a iniciativa de autoridades políticas, o que bem demonstrava que a sua instituição não guardava uma feição democrática. Apenas com o advento da Emenda Constitucional n.º 45, de 8 de dezembro de 2004, que deu nova redação ao art. 103 da CF, o rol de legitimados para a ADC foi equiparado ao da ADIN, como também esse mesmo rol foi ampliado para incluir a legitimação ativa do Governador e da Câmara Legislativa do Distrito Federal.

Outro problema, ainda de maior envergadura no tocante à legitimidade da jurisdição constitucional no Brasil, tem sido o elevado número de decisões proferidas no exercício do controle concentrado, que, por meios hermenêuticos e motivadas por critérios de conveniência política, vêm criando uma Constituição diferente daquela que foi promulgada pelo legislador constituinte, o que tem sido conhecido, na doutrina, pelo nome de mutação constitucional, isto é, uma mudança das normas constitucionais em seu significado, sentido ou alcance, mediante a atividade interpretativa, sem qualquer alteração formal do texto-suporte da norma.¹¹

¹⁰ Sobre a inconstitucionalidade do art. 103-A, que trata da súmula vinculante, por incompetência material do Congresso Nacional para regular matéria insuscetível de revisão constitucional, no caso, o princípio da separação dos poderes, como também acerca da ideologia presente em tal mecanismo, que visa a garantir a uniformidade e previsibilidade das decisões judiciais para atender os interesses do sistema de mercado, ver ROCHA, José de Albuquerque. **Súmula vinculante e democracia**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 88-101 e 134-135.

¹¹ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da constituição**. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 130.

Isso tem provocado séria ofensa ao princípio da separação de poderes e amesquinhado a teoria do poder constituinte, tendo em vista que a Constituição vem se afastando cada vez mais da vontade constituinte e passando a ser aquilo que o Supremo Tribunal Federal deseja e lhe é politicamente conveniente, cancelando a velha fórmula de Hart para a textura aberta do direito: “o direito (ou a constituição) é o que os tribunais dizem que é.”¹²

Com isso, o STF não vem se limitando a exercer apenas o papel de legislador negativo, mas de autêntico legislador positivo, o que ameaça e enfraquece a separação dos poderes e o princípio democrático, afinal, a tarefa de cumprir e interpretar a Constituição vem sendo cada vez mais relegada a um grupo restrito de onze ministros, fazendo ressurgir um governo de homens, em oposição ao desejável e avançado estágio iluminista já alcançado outrora de governo das leis.

Essa atuação da jurisdição constitucional vem transformando o Estado brasileiro naquilo que Carl Schmitt já denominava de Estado jurisdicional, em oposição ao Estado parlamentar.¹³ Ou seja, o domínio da técnica judicial vem pondo em risco a democracia. O controle de constitucionalidade vem substituindo o voto, dando lugar a que os tribunais sejam os protagonistas da democracia brasileira e submetam os demais poderes da República.

Mesmo que os advogados e juízes possam ser, em algum sentido, “melhores” na interpretação constitucional, isto não pode justificar nada tão extremo quanto a supremacia judicial, pois o povo, ainda que leigo, é quem conhece, como ninguém, o sentido dos valores que consideram fundamentais para uma convivência coletiva e pacífica.

Nesse sentido, Susana Pozzolo adverte que “sustentar a superioridade moral dos juízes em detrimento da interpretação dos legisladores configura-se em debilitar o princípio da autodeterminação individual, colocando os cidadãos sob tutela de um poder, o Judiciário, que não tem origem na soberania popular”.¹⁴ Da mesma forma, critica José de Albuquerque Rocha, para quem a continuidade do ativismo judicial levará a uma mudança do perfil do Estado, passando de Estado Democrático de Direito a Estado de Direito Judicial, o que é grave, “porque um Estado de Direito Judicial não tem representatividade, é politicamente

¹² HART, Herbert L. **O conceito de direito**. Tradução: A. Ribeiro Mendes. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 155.

¹³ SCHMITT, Carl. **Legalidade e legitimidade**. Tradução: Tito Lívio Cruz Romão. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. v. 11, p. 3-4. (Coletânea Del Rey Internacional).

¹⁴ POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. **Revista Doxa**, Madrid, n. 21-II, 1998, p. 349.

irresponsável e não submetido a controles institucionais, já que são os tribunais que dão a última palavra”.¹⁵

Em que pesem essas distorções verificadas no exercício da jurisdição constitucional brasileira, fato é que aparentemente elas têm sustento na própria Constituição e, portanto, estão supostamente legitimadas pela vontade constituinte. A investidura dos ministros do Supremo Tribunal Federal por nomeação do Presidente da República, após aprovação do Senado Federal, é prevista no parágrafo único do art. 101; a competência do STF para decidir sobre matéria constitucional, em única e última instância e sem limites interpretativos, encontra igualmente assento no art. 102, inciso I, letras “a” e “l”, e inciso III, e agora, mais recentemente, também no art. 103-A.

Dessa forma, é correto falar propriamente em ilegitimidade da jurisdição constitucional no Brasil? Se se admitir essa hipótese, mesmo com as previsões no texto constitucional, a consequência seria considerar os dispositivos constitucionais acima referidos como normas constitucionais inconstitucionais, acostando-se à tese veiculada no clássico *Verfassungswidrige Verfassungsnormen?*, do jurista alemão Otto Bachof. Provavelmente, o mais acertado é conceituar as distorções da jurisdição constitucional no Brasil como um problema de quase-legitimidade, utilizando-se a expressão de Guglielmo Ferrero, por ser mais adequada à realidade constitucional brasileira.

A pré-legitimidade, diz ele, é um estado preparatório que precede a legitimidade. Nem todo governo quando nasce é legítimo, e os que buscam legitimar-se atravessam necessariamente um processo de legitimação para se fazer aceitar, processo que demanda tempo a fim de habituar um povo ao seu princípio de legitimidade.¹⁶ Durante a pré-legitimidade, a sociedade encontra-se dividida com respeito ao poder ou ao novo regime, uns o aceitam, outros recusam-no. É um período em que o princípio de legitimidade, em vez de sustentar o exercício do poder, precisa ser sustentado.

Fazendo um contraste entre a pré-legitimidade e a ilegitimidade, ao ocupar-se dos regimes revolucionários, Ferrero afirma que pré-legítimo é, portanto, um regime em que o poder é atribuído e exercido segundo regras e princípios que o povo não aceita ainda, mas que o governo respeita; ilegítimo é o governo no qual o poder é exercido e atribuído segundo as

¹⁵ ROCHA, José de Albuquerque. **Súmula vinculante e democracia**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 136.

¹⁶ FERRERO, G. **Potere**. Milão: Comunità, 1947, p. 186-187.

regras e os princípios que o povo não aceita, que o governo proclama, mas não quer nem pode respeitar e que reduz a uma mistificação.¹⁷

A quase-legitimidade, por sua vez, significa uma situação na qual os elementos políticos e sociais ainda estão em busca de afirmação, aceitação e supremacia, o que faz suspeitar o caráter precário ou transitório dos poderes quase-legítimos, carentes de uma solução afirmativa capaz de fazê-los estáveis e legítimos.

Essa última hipótese pode configurar a mais suscetível de identificação com a problemática da legitimidade em torno da jurisdição constitucional no Brasil. Exceto se se concluir que a adoção do Tribunal Constitucional no sistema jurídico brasileiro é, efetivamente, a única medida capaz de conferir legitimidade à jurisdição constitucional, em que o caso seria, então, de inteira ilegitimidade.

Esse raciocínio, contudo, e como será explanado mais adiante, talvez não seja hábil e suficiente para apresentar uma solução definitiva para a questão, afinal ele não ultrapassa o obstáculo da soberania de um poder constituinte permanente. E pode não ser também a única, pois suprimir, pelo poder constituinte derivado, a vitaliciedade dos “guardiões da Constituição”¹⁸ e admitir a abertura para uma concreta, racional e argumentativa participação popular nas deliberações do Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional, com a criação progressiva de instrumentos que assegurem essa participação, a exemplo do que já ocorre com a figura embrionária do *amicus curiae*,¹⁹ poderia também constituir uma alternativa capaz de amenizar o déficit de legitimidade da assim quase-legitimidade da jurisdição constitucional brasileira.

Assim, em que pese o fato de a competência e a forma de investidura dos ministros do STF estarem expressamente previstas no texto constitucional de 1988, é de se concluir que

¹⁷ FERRERO, G. **Potere**. Milão: Comunità, 1947, p. 241.

¹⁸ A expressão refere-se ao termo utilizado por Schmitt para identificar o titular da jurisdição constitucional. Ver SCHMITT, Carl. **O guardião da constituição**. Tradução: Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. v. 9. (Coletânea Del Rey Internacional).

¹⁹ O instituto do amigo da corte, inspirado no direito norte-americano, foi instituído pela Lei 9.868/99, no parágrafo primeiro do seu art. 20, que possui a seguinte redação: “Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.” No entanto, o que aqui se defende não apenas uma participação de especialistas e *experts* em matéria constitucional, como se dá com o *amicus curiae*, mas de todos que, mesmo sem ser técnicos nos exatos temas da matéria a ser votada, possam, por meio de seus órgãos e entidades representativas, discursar e influir nas decisões de forma argumentativa e racional, na linguagem habermasiana.

isto não basta para garantir a plena legitimidade da jurisdição constitucional brasileira, até mesmo porque, como afirma com razão J. J. Gomes Canotilho, o poder constituinte originário sequer é mais inicial e ilimitado, conforme ensinava a teoria constitucional clássica. Esse poder, segundo ele, só pode ser exercido respeitando limites materiais impostos por princípios de justiça e por regras fundamentais, enunciadas nos dias de hoje também pelo direito internacional público e encontrando o consenso da comunidade das nações (respeito aos direitos humanos, organização democrática etc.).²⁰

Antes mesmo de Canotilho, o próprio Kelsen, nos seus escritos de direito internacional, negou a supremacia jurídica do Estado, afirmando, com esteio numa ideologia de cunho pacifista,²¹ inspirada no ideal kantiano da paz perpétua, a superioridade do direito internacional e sua primazia em relação às ordens estatais parciais.²²

Espelhando esse mesmo entendimento e advogando a existência de um poder constituinte supranacional, assim também sintetiza Maurício Andreiuolo Rodrigues:

Como exemplo da reviravolta, há de se apontar que neste final de século XX a marca deixada pela escala mundial de produção e de troca, o desnível econômico-social entre os países, a ameaça ao meio ambiente, o respeito aos direitos humanos, entre tantos outros fatores, têm feito com que a vetusta idéia de legitimação do poder como reflexo da vontade exclusivamente nacional seja profundamente repensada, o que abre espaço para concluir que a evolução econômica e políticas, voltadas ambas para a integração com outros países, superou a fase dos Estados-Nacionais.

Se num primeiro momento a legitimidade era buscada no seio de cada Estado, a partir do conceito de nação pode-se dizer que, já há algumas décadas (a contar – talvez – do pós-guerra), a legitimidade do poder estatal tende a encontrar supedâneo na medida em que se adotam valores e princípios comungados pela comunidade internacional. Daí a importância da globalização ou mundialização para a técnica jurídica em geral, e para a teorização do Poder Constituinte, em particular, uma vez que é nesta atmosfera global, de fronteiras geográficas fragilizadas pela tecnologia, que se há de repensar o Poder Constituinte, antes caracterizado como um instituto de cunho local e nacionalista.

A discussão deverá mudar a sua rota para focar a possibilidade de um poder constituinte supranacional, isto é, um poder constituinte que, fugindo ao espectro de formação de um Estado-nação, guarda preocupações compartilhadas entre dois ou mais Estados soberanos, com objetivos e anseios comumente idealizados.²³

²⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. Brancos e interconstitucionalidade. **Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 126-129, 163-165.

²¹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Lições de Filosofia do Direito. Tradução: Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone 2006, p. 234.

²² KELSEN, Hans. **Das problem der souveränität und die theorie des völkerrechts**. Turbingen: Mohr, 1920, p. 290.

²³ RODRIGUES, Maurício Andreiuolo. **Poder constituinte supracional**: esse novo personagem. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 60.

Ou seja, a positivação, no texto constitucional, das regras atinentes à competência e investidura do Supremo Tribunal Federal não elimina a validade moral e supraconstitucional dos valores democráticos fundamentais. Ela acrescenta-lhe somente uma validade jurídica, insuscetível de conferir-lhe plena legitimidade, já que esta não se atinge pela mera legalidade ou positividade, conforme explicado anteriormente.²⁴

Noutras palavras, a plena legitimidade do órgão de defesa da Constituição, no caso brasileiro, não está resolvida por meio da manifestação da vontade de uma maioria pretérita e conjuntural, ainda que constituinte; ela tem que ser fundamentada permanentemente num consenso valorativo do povo, que é suprapositivo.

5.1 (I) Legitimidade de origem?

O questionamento em torno da legitimidade da jurisdição constitucional deita raízes, como acima se expôs, na teoria do poder constituinte e no princípio da separação dos poderes. E assim ocorre porque a crítica às formas de exercício da jurisdição constitucional é quase sempre dirigida em relação à distribuição de competências entre legislador democrático e justiça. Nesta medida, ela é sempre uma disputa pelo princípio da divisão dos poderes,²⁵ e pelo esvaziamento ou aprofundamento do conteúdo da soberania popular.

No caso brasileiro, a discussão vem ocorrendo, com mais ênfase, em virtude da tradição de desprestígio do poder legislativo em face dos demais poderes, o que vai de encontro aos ditames democráticos e ao legado da filosofia racionalista que enxergam naquele o mais legítimo representante da soberania popular. No Brasil, contudo, não há tradição de supremacia do poder legislativo em face dos demais poderes, e as razões históricas, políticas e ideológicas para essa tradição brasileira de maior destaque do executivo e do judiciário, no sistema de separação dos poderes, decorrem da influência que o sistema jurídico americano exerceu e ainda exerce sobre o brasileiro.

²⁴ E, assim, discordamos do posicionamento de alguns constitucionalistas que afirmam a legitimidade de origem do Supremo Tribunal Federal no Brasil por entender que a sua representatividade popular residiria no fato de a sua competência e supremacia encontrar assento no texto constitucional, como, a propósito, aduz André Ramos Tavares: “esse ato de soberania popular, ou, mais precisamente, sua manifestação (o poder constituinte), caracteriza-se como potência criadora por excelência. Definindo-se (efetivamente) como democrático, tudo aquilo que vier a instituir se reveste da necessária legitimidade, que sob esse ponto de vista é considerada como legitimidade direta. Pretendendo a Constituição que haja um Tribunal Constitucional a controlar os demais poderes, aquele já se legitima democraticamente, independentemente das fórmulas adotadas para a indicação de seus membros. Prevalece a vontade popular.” TAVARES, André Ramos. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 499.

²⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1, p. 298.

Diferentemente de outros sistemas que adotam o regime de supremacia parlamentar, em que os poderes executivo e judiciário são subordinados ao legislativo, o Brasil parece ter aderido integralmente à adaptação que os constitucionalistas americanos fizeram das formulações de Montesquieu.²⁶

A teoria do cientista político francês sobre a separação dos poderes influenciou profundamente os sistemas jurídicos, tanto o americano quanto o europeu e, como visto, igualmente o brasileiro. Mas as suas concepções foram interpretadas e incorporadas de forma diametralmente oposta pelos Estados Unidos da América e pela Europa ocidental, no que resultou, como se conhece, dois modelos paradigmáticos de organização administrativa e de jurisdição constitucional.

De fato, a distinção entre a sistemática dos dois modelos de jurisdição constitucional deve-se às diferentes interpretações conferidas pelos revolucionários americanos e franceses à teoria da separação de poderes de Montesquieu, e isto em função das condições históricas e políticas, que produziram efeitos radicalmente opostos na Constituição dos Estados Unidos e na Europa continental, pois enquanto que nesta, a formulação de Montesquieu elevou o Legislativo à condição de poder soberano, na América do Norte a mesma concepção resultou no fortalecimento do Executivo e do Judiciário.²⁷

Ou seja, as instituições democráticas podem ser bastante diferentes nos Estados Unidos e na Europa, mas sua origem é idêntica: a busca pela limitação do poder, inspirada pela teoria de Montesquieu. Nesse sentido, o analista político francês Maurice Duverger assinala, inclusive, que

o regime americano e o regime europeu derivam, tanto um quanto outro, do regime britânico. Mas, se relacionam com momentos diferentes da evolução de seu genitor. A Constituição dos Estados Unidos se baseou no modelo da monarquia limitada que funcionava em Londres no começo do século XVIII: o desajuste correspondente ao

²⁶ É interessante também registrar que o desapego à soberania popular, não apenas no caso brasileiro, mas também por boa parte do pensamento político europeu e americano, como denuncia Gilberto Bercovici, deve-se, por outro lado, a uma concepção política e filosófica que teme que a democracia absoluta resultaria em violência, terror e no totalitarismo, tendo em vista o exemplo pós-revolucionário do Terror francês, em que a concepção de soberania popular ilimitada de Rousseau foi aplicada pelos jacobinos. BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e constituição**: Para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 31-32, 169-170.

²⁷ Desse modo, a distinção entre os dois sistemas deve-se muito mais às influências que o pensamento político provocou do que propriamente aos fatos e eventos políticos, como confirma, a propósito, Daniel Mornet, ao refletir sobre *Les Origines intellectuelles de la Révolution française*: “*les causes politiques n’auraient sans doute pas suffi pour déterminer, du moins aussi rapidement, la Révolution. C’est l’intelligence qui a dégagé, organisé les conséquences.*” MORNET, Daniel. **Les origines intellectuelles de la révolution française**. Paris: Colin, 1967, p. 477.

prazo necessário para que as inovações fossem compreendidas pelos contemporâneos, tendo a interpretação de Montesquieu (1748) contribuído para prolongar a visão arcaica das coisas.²⁸

Na Europa, como disserta José de Albuquerque Rocha, a burguesia revolucionária, desconfiada dos *parlements* (tribunais do antigo regime), em virtude do seu papel ao mesmo tempo conservador e servil ao soberano, subtraiu do judiciário idealizado por Montesquieu no *L’Espirít des Lois*, um importante aspecto, que era a competência para exercitar o controle de compatibilidade entre legislação e as “leis fundamentais”, ou seja, a competência do judiciário para exercer o que se conhece modernamente por controle da constitucionalidade das leis.²⁹

Nos Estados Unidos, ao revés, os revolucionários americanos, hostis à ideia de submissão às arbitrarias leis que a Assembleia inglesa impunha para as colônias americanas, trataram de controlar o nascente legislativo estadunidense, criando, desse modo, a fiscalização exercida sobre ele pelo judiciário, para evitar na Federação americana a instalação da ditadura legislativa que imaginavam existir na Inglaterra, sendo estas, pois, as razões históricas da supremacia do Legislativo na Europa continental e da supremacia do Judiciário nos Estados Unidos da América.³⁰

Outro aspecto que contribuiu para a supremacia do judiciário no modelo americano, além da influência de Montesquieu, foi a doutrina inglesa do “judicial review”, segundo a qual há um direito fundamental de origem judicial (*commom law*),³¹ superior ao direito parlamentar, ou seja, ao “*statute law*”.

Portanto, o receio da “ditadura” do legislativo, de um lado, e a posição de supremacia do juiz, advinda da doutrina jurídica do *commom law*, de outro lado, foram os fatores determinantes para a formação do sistema judicial americano, sistema esse que, como visto, não é fruto de uma reflexão, isto é, de uma decisão deliberada sobre a conveniência desse

²⁸ DUVERGER, Maurice. **As modernas tecnodemocracias**. São Paulo: Paz e Terra, 1975, p. 62-63.

²⁹ ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o poder judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 88-91

³⁰ Ibid, 1995.

³¹ René David registra que “a *comune ley* ou *commom law* é, por oposição aos costumes locais, o direito comum a toda a Inglaterra. Esse direito, em 1066, não existe. A assembléia dos homens livres, chamada *County Court* ou *Hundred Court*, aplica o costume jurídico, isto é, limita-se, de acordo com este costume, a decidir qual das partes deveria provar a verdade de suas declarações, submetendo-se a um meio de prova que não tem qualquer pretensão de ser racional. Continuando, em princípio, a ter competência depois da conquista, as *Hundred Courts* ou *County Courts* serão pouco a pouco substituídas por jurisdições senhoriais de um novo tipo (*Courts Baron, Courts Leet, Manorial Courts*); mas estas estatuirão igualmente com base na aplicação do direito costumeiro, eminentemente local.” DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução: Hermínio Carvalho. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 286.

modelo, mas a consequência natural, espontânea, da prática multissecular de seus juízes que já emergem na história como órgãos de defesa da Constituição e controle do legislativo.³²

Esse papel judiciário especial, no sistema americano, e como anota Michel Rosenfeld, está ancorado tanto no importante papel tradicionalmente desempenhado pelos juízes e pelo processo judicial no *Common Law* quanto no estabelecimento, pela Constituição dos Estados Unidos, do poder judiciário do governo federal como sendo coigual dos poderes executivo e legislativo (Constituição dos Estados Unidos, arts. I, II e III).³³

Essa posição singular dos juízes e do sistema judicial na tradição anglo-americana remonta também à Inglaterra feudal, na qual as normas jurídicas provinham tradicionalmente de fontes múltiplas e a jurisdição ficava dividida entre atores institucionais diferentes e, com frequência, concorrentes, sendo essa uma das razões pelas quais, no sistema americano, a lei criada pelo parlamento tem existido lado a lado com a lei do *Common Law* criada por juízes e tribunais.³⁴

De fato, quando as comunidades inglesas independentes, na América do Norte, elaboraram sua Constituição, no final do século XVIII, era natural que buscassem na história da pátria de origem a principal inspiração. As instituições inglesas foram, portanto, a matéria-prima dos seus constituintes.

Cumprir registrar, ainda, que os Estados Unidos eram um terreno fértil para a influência da tripartição de poderes na versão de Montesquieu, uma vez que, como nação que se antecipou ao poder e ao Estado, era ambiente propício ao florescimento das teorias contratualistas do liberalismo, às quais se ajusta perfeitamente a teoria de Montesquieu. Ademais, o gênio criativo do direito americano muito contribuiu para a evolução e expansão da fórmula original, como o atesta a teoria dos *checks and balances* da Constituição.

Já os revolucionários franceses imprimiram uma interpretação inteiramente distinta dos americanos acerca da doutrina de Montesquieu, consistindo, essencialmente, na subtração ao poder judiciário da competência, que antes detinha no Antigo Regime, de controlar a compatibilidade entre a legislação e as “leis fundamentais”, pelo que a incompetência do

³² ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o poder judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 92.

³³ ROSENFELD, Michel. Jurisdição constitucional na Europa e nos Estados Unidos: Paradoxos e contrastes. In: ALPINO, Antonio Carlos Bigonha; MOREIRA, Luiz (Org.). **Limites do controle de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 191

³⁴ Ibid, 2009, p. 191.

judiciário para controlar a constitucionalidade das leis, na Europa continental, teria sua origem mais remota na maneira como a burguesia francesa de 1789 interpretou a doutrina de Montesquieu.³⁵

Para os revolucionários franceses, e de acordo com Montesquieu, o judiciário não é considerado propriamente um poder. Os poderes são apenas dois, o executivo e o legislativo, mas as funções três, tal como o foram definidas pelo Barão: “*le roi, la chambre haute et la chambre basse*.” Os magistrados eram investidos apenas da função de aplicar a lei, e o deviam fazer segundo a literalidade da norma jurídica, o que ficou célebre na expressão do “juiz boca da lei.”³⁶

Ou seja, a teoria da separação dos poderes de Montesquieu não teve, no sistema francês, o alcance que tradicionalmente se lhe foi empregado, a significar uma racional delimitação e segregação das funções estatais, pois, em verdade, foi interpretada como uma teoria que teve como principal formulação estabelecer ferramentas de moderação do exercício do poder do monarca, por meio do estabelecimento de técnicas de combinação e fusão de poderes entre as funções estatais que, no entender dos revolucionários franceses, eram apenas duas por excelência, a executiva e a legislativa, reservando-se à judicial apenas o papel de aplicação mecânica da lei.³⁷

Desse modo, a origem do modelo de jurisdição constitucional da Europa continental, que reduz o juiz ordinário a um papel secundário em relação à lei, reside tanto na interpretação conferida ao pensamento de Montesquieu pelos revolucionários de 1789, relacionado à desconfiança a respeito do Judiciário em razão do papel conservador dos tribunais do antigo regime, como igualmente no fato de a Assembleia ser um poder representativo do povo – a burguesia.³⁸

Essa adaptação da teoria de Montesquieu na Europa ocidental resultou, portanto, na supremacia do legislativo sobre o judiciário, e a consequência da condição do legislativo na atmosfera da Revolução de 1789, de representante do povo, isto é, da burguesia, na verdade, e de sua primazia sobre os demais poderes do Estado, é que legou à Europa ocidental a

³⁵ Cf. ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o poder judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 92.

³⁶ Essa formulação é feita por Montesquieu no livro XI da obra “Espírito das Leis”, quando afirma “*les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés qui n’en peuvent modérer ni la force ni la rigueur [...]*”.

³⁷ ALTHUSSER, Louis. **Montesquieu**: La politique et l’histoire. Presses Universitaires de France, 1959, p. 102-107.

³⁸ ROCHA, José de Albuquerque, op. cit., 1995, p. 94.

conclusão de que o problema a ser enfrentado não é o de manter o equilíbrio entre os poderes, como enunciava originariamente a moderação de Montesquieu, mas o de adequar os poderes não representativos (judiciário e executivo) ao poder representativo (legislativo).

Tanto é que, de acordo com a Constituição francesa de 1791 (título III, capítulo V), o Tribunal de Cassação caracterizava-se e devia funcionar como órgão auxiliar da Assembleia Legislativa, o que demonstra a ausência de autorização ao corpo judiciário para comportar-se eventualmente como censor das leis, em relação às quais devia limitar-se a assegurar sua aplicação.

Já na América do Norte, o influxo das ideias de Montesquieu, dada a rejeição ao ativismo legislativo da Inglaterra, resultou no conservadorismo da Convenção de Filadélfia de 1787, que, visando também a romper com a tradição monárquica inglesa, optou por convencionar a construção de uma república representativa, mas não necessariamente de uma democracia.

Esse caráter conservador pode ser observado na obra *O Federalista*, que condensa os artigos de Hamilton, Madison e Jay, na qual Madison defende para a Federação americana uma simples equalização entre república e sistema representativo. Para ele, a democracia, por ser o sistema de governo exercido diretamente pelo povo, somente conviria aos Estados poucos extensos territorialmente, sendo esse o motivo pelo qual a república seria o sistema mais próprio para os territórios vastos, como o americano que se formava.³⁹

Com efeito, o ponto de partida da teoria de Montesquieu era um Estado unitário e centralizado; o dos federalistas americanos, a existência de treze colônias, como ressalta Paul Dubouchet:

Le point de départ de Montesquieu est un État unitaire et centralisé, caractérisé par la concentration des pouvoirs aux mains du Roi au bénéfice de l'absolutisme monarchique, aboutissement d'un processus séculaire d'intégration des territoires et des compétences à la royauté. Le point de départ des Pères Fondateurs reside dans l'existence de treize États indépendants, jaloux de leur particularisme, et qui n'en sont encore qu'au stade timide de la confédération. La 'séparation des pouvoirs' est destinée, chez Montesquieu, à limiter le monarque au seul exécutif, à lui enlever le législatif afin de le confier à des Chambres, enfin à restituer du judiciaire aux

³⁹ HAMILTON; MADISON; JAY. **O Federalista**. Belo Horizonte: Líder, 2003, p.319. Reforçando o caráter conservador da Convenção de Filadélfia, que não foi uma assembleia constituinte, ou seja, um pacto entre povo e soberano, mas um consenso entre os Estados integrantes do governo central que se formava, para preservar o equilíbrio econômico-social ameaçado por tendências democráticas ou democratizantes, ver BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e constituição**: Para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 125-131, 183.

*Parlements pour rendre ce faisant une identité aux Provinces de l'Ancien Regime, tout cela par un processus à la foi distributeur et décentralisateur de compétences. Si les Pères Fondateurs adoptent ce même principe de la séparation des pouvoirs, c'est parce qu'il est une garantie contre toute forme de despotisme, c'est parce qu'il correspond à un État 'minimalitaire' au sein duquel ont éclaté les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, c'est donc pour rassurer les treize États indépendants afin qu'ils acceptent, par un processus centralisateur, l'autorité d'instances fédérales présentées comme les plus libérales, les plus lâches, et les moins concentrationnaires qu'il serait possible d'imaginer. Ainsin, d'un État unitaire, Montesquieu veut faire o plutôt refaire um Étar fédératif, tandis que de treize États particuliers et indépendants, les Pères Fondateurs veulent faire um État federal.*⁴⁰

Logo, bem diferentemente da tradição inglesa do princípio da supremacia do parlamento, no *judicial review* estadunidense vigora o princípio da supremacia da constituição, segundo o qual juízes e tribunais devem aplicar diretamente disposição constitucional quando o ato normativo em questão for com ela conflitante.

Assim, embora o poder qualificado da Suprema Corte dos Estados Unidos de declarar nulas as normas consideradas inconstitucionais não tenha previsão na constituição americana, tratando-se de criação jurisprudencial da Suprema Corte, originária do caso Marbury x Madison, a supremacia da constituição deu lugar à supremacia judicial e, portanto, diferentemente da tradição da Europa continental, na qual a lei é exclusivamente produto do legislador, na tradição norte-americana o juiz é uma fonte independente do direito e um freio contra as leis do legislador.⁴¹

Reforça ainda a supremacia judicial americana o fato de as decisões da jurisdição constitucional serem praticamente definitivas, haja vista que é extremamente difícil nos Estados Unidos emendar a Constituição,⁴² ao contrário do que ocorre na França e na Alemanha,⁴³ por exemplo, cujas constituições são bem mais fáceis de emendar e, portanto, em tais sistemas, os efeitos da invalidação das leis pelo poder judiciário são muito menos drásticos, já que podem ser modificados por meio de uma atuação legislativa posterior.⁴⁴

⁴⁰ DUBOCHET, Paul. **De Montesquieu le moderne à Rousseau l'ancien**. La démocratie et la republique em question. Paris: L'Harmattan, 2001, p. 51-52. Ainda sobre a questão americana, acrescenta Maurice Duverger: "O problema das instituições americanas era totalmente diferente. Não se tratava de lutar contra um rei ou contra as aristocracias, que lá não existiam. Tratava-se de enfraquecer a autoridade central, para garantir o direito dos Estados. As teorias de Locke e Montesquieu sobre a separação dos poderes, concebidas por seus autores para limitar o poder real, foram portanto transpostas para garantir a liberdade de ação dos governos locais. DUVERGER, Maurice. **As modernas tecnodemocracias**. São Paulo: Paz e Terra, 1975, p. 64.

⁴¹ ROSENFELD, Michel. Jurisdição constitucional na Europa e nos Estados Unidos: Paradoxos e contrastes. In: ALPINO, Antonio Carlos Bigonha; MOREIRA, Luiz (Org.). **Limites do controle de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 192.

⁴² Ver Constituição dos Estados Unidos, art. V.

⁴³ Ver Lei Fundamental Alemã, art. 79.

⁴⁴ ROSENFELD, Michel, op. cit., 2009, p. 202.

Dessa maneira, o Brasil, que foi influenciado em maior grau pelo sistema americano, incorporou à sua tradição, portanto, o desapego pela soberania popular e, conseqüentemente, o sistema político brasileiro vivenciou e ainda vivencia a supremacia do executivo e do judiciário, em detrimento do legislativo, o que explica em parte o déficit de legitimidade de origem da jurisdição constitucional brasileira, que reside, assim, numa problemática sobre a titularidade de poder numa democracia e no desequilíbrio de um sistema de agenciamento dos poderes.

Esse desprestígio do legislativo, contudo, não é salutar à democracia, pois, uma vez que nesta o povo é o legítimo titular da soberania, seus representantes, portanto, é que integram a instância de poder que mais possui legitimidade para atuar em defesa de seus interesses.

O sistema de separação de poderes no Brasil precisa, então, sofrer profundas alterações, distanciando-se de sua tradição de apego às instituições norte-americanas, para aproximar-se de outras experiências que mais prestigiam a soberania popular, como as Cortes Constitucionais europeias, o sistema de controle de constitucionalidade francês, ou mesmo (re)criar a própria sistemática de separação de poderes e de poder constituinte, tendo em vista a sua peculiaridade de um Estado ainda situado na periferia do capitalismo.

Nesse contexto, Carré de Malberg, em nota elaborada no debate com Hans Kelsen ocorrido na célebre sessão de 1928 do Instituto Internacional de Direito Público, bem sintetiza as causas da supremacia do legislativo na França:

O sistema francês de organização dos poderes constituídos tomou, desde o início, caminho bem diferente. Deixando de lado a excepcional medida em que o rei, sob alguns aspectos particulares, era qualificado de 'representante', a Constituição de 1791, na esteira da declaração dos direitos de 1789, estabeleceu entre o corpo legislativo e as outras autoridades uma espécie de desigualdade que tinha uma causa profunda e que excluía qualquer possibilidade de uma separação verdadeira e substancial entre poder legislativo e poder constituinte. Enquanto o executivo e a autoridade judiciária exerciam suas atribuições na forma e com os poderes de funcionários que agem a serviço da nação, a assembléia de deputados, concebida como o órgão que 'quer pela nação', se tornava a 'representação' mesma desta última e adquiria, a esse título, a posse da soberania nacional com os poderes daí decorrentes. E é isso que a declaração de 1789 formulava em termos penetrantes quando, no art. 6.º, a propósito da lei oriunda das decisões do legislador, dizia que é 'expressão da vontade geral' (Const. 1893, art. 4.º da Declaração dos Direitos; Const. do ano III, art. 6.º da Declaração dos Direitos); e na seqüência do texto precisava e reforçava o alcance dessa definição especificando que 'através dos seus representantes todos os cidadãos' exercem 'o direito de participar da sua formação'. Era como dizer que, no corpo legislativo, no momento da elaboração das leis, está presente o próprio povo ou a totalidade dos cidadãos. O que o legislador decidiu é decisão legislativa do povo, mas do próprio povo soberano. Abria-se desse modo um abismo jurídico entre o poder legislativo da assembléia dos deputados, que representa a nação, e as competências das outras autoridades, que só ocupam cargos

como funcionários. Compreende-se portanto facilmente, como, dadas essas premissas, a Constituição de 1791 (tít. III. Cap. II, seq. I, art. 3.º) tenha podido concluir que ‘na França, não há autoridade superior à da lei’.⁴⁵

Logo, a tradição republicana francesa encontra-se solidamente enraizada na supremacia parlamentar e tem rechaçado a ideia de controle judicial de constitucionalidade desde a Revolução, apesar da alternância que se verificou posteriormente no sistema francês entre a soberania do poder constituinte jacobina e as restaurações monárquicas.

Até hoje, na França pós-revolucionária, o Judiciário não é propriamente um poder,⁴⁶ e isso se deve também à influência que a teoria da representação política de Sieyès teve na Assembleia Constituinte que discutiu e aprovou a primeira Constituição francesa, cujo artigo segundo, ao tratar dos poderes públicos, deixou claro que os poderes só poderão ser exercidos por delegação popular,⁴⁷ motivo pelo qual o judiciário, composto por magistrados investidos por meio de concurso público e não pelo voto popular, não poderia ser poder, pois este é necessariamente, segundo a vontade constituinte francesa, aquele decorrente do exercício da soberania popular.

Por outro lado, no tocante ao controle de constitucionalidade e ao poder de alterar a letra e o sentido da Constituição, o sistema francês também incorporou com fidelidade a teoria do poder constituinte de Sieyès. Para ele, os poderes constituídos não podem mudar os limites de sua própria delegação e, conseqüentemente, só o poder constituinte pode alterar a ordem anterior. A Constituição não é obra do poder constituído, mas do poder constituinte. Nenhuma espécie de poder delegado pode mudar as condições de sua delegação.⁴⁸

Dessa forma, se os demais poderes atuam segundo os limites traçados pela Constituição, obra do poder constituinte, somente este, e não aqueles, pode superar as contradições existentes entre os fundamentos da nação e a ordem jurídica existente por meio do estabelecimento de uma nova ordem constitucional. Desse modo, por influência de Sieyès, em 17 de junho de 1789, o Terceiro Estado declarou-se Assembleia Nacional, e, portanto,

⁴⁵ MALBERG, Carré de. In: Kelsen, Hans. **Jurisdição constitucional**. Tradução do alemão: Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 200-201.

⁴⁶ No art. 64 da Constituição da V República francesa, atualmente em vigor, os juízes são definidos como “autoridades judiciárias”, tendo como órgão garantidor da sua independência a Presidência da República.

⁴⁷ Art. 2.º: “*A Nação, de onde emanam todos os Poderes, só pode exercê-los por delegação*”(sic).

⁴⁸ SIEYÈS, Immanuel Joseph. **A constituinte burguesa (Qu'est-ce que le Tiers État?)**. Organização e introdução: Aurélio Wander Bastos. Tradução: Norma Azevedo. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001, p. 48-49.

representante da Nação francesa. Em 9 de julho de 1789, essa Assembleia Nacional, constrangida pelo impacto da insurreição popular, declarou-se Assembleia Constituinte.

Essa distinção entre poder constituído e poder constituinte, como se sabe, é uma das primeiras conquistas da Revolução francesa e uma das mais importantes contribuições ao constitucionalismo moderno e contemporâneo. No exemplo estadunidense da Convenção de Filadélfia, a constituição afastou o povo do poder. No exemplo francês, a constituição foi criada, embora não propriamente pelo poder constituinte, mas o foi dentro da concepção de poder constituinte defendida por Sieyès.

Logo, esse tema ainda é de indubitosa atualidade, sempre que se verifica uma crise no sistema de separação de poderes, em que um deles, no caso do Brasil, o judiciário, vem alterando o sentido da Constituição por meios hermenêuticos, menosprezando a teoria do poder constituinte e as formulações originárias de Sieyès:

Como é que um corpo constituído pode decidir sobre sua Constituição? Uma ou várias partes integrantes de um corpo moral não são nada separadamente. O poder só pertence ao conjunto. A partir do momento em que uma parte reclama, não há mais conjunto; e se existisse, como é que ele poderia julgar? Assim, devemos sentir que não mais haveria constituição em um país desde o momento em que surgissem problemas entre suas partes, se a nação não existisse independente de qualquer regra e de qualquer forma constitucional.⁴⁹

Da mesma forma, John Locke acreditava que somente ao povo cabia decidir acerca da ordem jurídica sob a qual viveria, e somente a ele competia, portanto, a decisão sobre a qual autoridade delegar o exercício do poder legislativo, sendo ilegítima e ineficaz para a comunidade as leis editadas por outra autoridade que não aquela, anteriormente designada:

O poder legislativo não pode transferir para quaisquer outras mãos o poder de legislar; ele detém apenas um poder que o povo lhe delegou e não pode transmiti-lo para outros. Só o povo pode estabelecer a forma de comunidade social, o que faz instituindo o poder legislativo e designando aqueles que devem exercê-lo. E quando o povo disse que queremos nos submeter a regras e ser governados por leis feitas por tais pessoas, seguindo tais formas, ninguém pode dizer que outras pessoas diferentes legislarão por elas; nem o povo pode ser obrigado a obedecer quaisquer leis, exceto aquelas promulgadas por aqueles a quem ele escolheu e autorizou para fazer as leis em seu nome.⁵⁰

⁴⁹ SIEYÈS, Immanuel Joseph. **A constituinte burguesa (Qu'est-ce que le Tiers État?)**. Organização e introdução: Aurélio Wander Bastos. Tradução: Norma Azevedo. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001, p. 52.

⁵⁰ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**. Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2001, p. 168.

Pode-se observar, assim, que a tese de Locke sobre a supremacia do poder legislativo, que recebeu a atenção do filósofo liberal nos capítulos XI a XIII do seu *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*, é profundamente influenciada pela ideia de poder constituinte, como confirma Jeremy Waldron, em *A Dignidade da Legislação*, ao tratar sobre a revisão judicial:

Admito que Locke não considera a possibilidade com a qual nós estamos familiarizados – que um corpo pode ter a supremacia de propor e decretar leis, ao passo que um outro tem a supremacia apenas no que diz respeito a revê-las e derrubá-las. Mas, embora Locke não considere essa possibilidade, seu argumento institucional realmente a rejeita com eficácia. Pois o que penso que ele quer dizer é que, sempre que há controvérsias a respeito do direito natural, é importante que uma assembléia *representativa* as solucione. Na teoria, podem ser solucionadas por um monarca ou por uma junta; na teoria, o poder legislativo final pode caber de direito a uma pessoa ou a algumas. Mas, na prática, isso, em geral, não será prudente. O importante é que a instituição que, em virtude do seu caráter representativo, incorpore a nossa ‘influência, solidariedade e ligação’ (II:212), seja também aquela que determina – usando algo como a votação majoritária – nossas discordâncias a respeito de justiça, direitos, do bem comum e do direito natural. A instituição composta pelos nossos representantes e a instituição que soluciona as nossas diferenças finais no princípio moral deve ser uma só.⁵¹

E conclui, após analisar a compatibilidade da teoria de Locke com a teoria sobre a justiça em Rawls: “Nesse sentido, Rawls, tanto quanto Locke, está comprometido fundamentalmente com a ideia de que a solução final das nossas discordâncias é um assunto nosso”,⁵² o que remete novamente à questão da primazia do poder constituinte.

Bem diversamente do que ocorre no Brasil, tamanho prestígio gozam ainda a teoria do poder constituinte e o princípio da soberania popular no sistema francês que o controle de constitucionalidade é essencialmente político e preventivo na França, sendo exercido pelo Conselho Constitucional, nos termos do art. 36 c/c art. 61 da Constituição da V República.

Isto ocorre porque, no âmbito do regime da supremacia parlamentar, a única forma de ser fiel a tais princípios é inserir a Corte constitucional na esfera do poder legislativo, caso contrário, o parlamento não seria soberano. Assim, de acordo com a Constituição francesa, o *Conseil Constitutionnel* poderá revisar as normas somente antes de sua promulgação e somente mediante a solicitação do governo ou por requerimento de minorias políticas significativas de

⁵¹ WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 105-106.

⁵² Ibid., 2003, p. 107.

parlamentares. Isto é, os projetos de lei não podem se tornar lei se houver um veto do Conselho.⁵³

Desse modo, no sistema francês, o órgão encarregado da defesa da Constituição não detém competência para revisar uma lei após sua promulgação, e as cortes comuns, por sua vez, não são competentes para realizar o controle de constitucionalidade no decurso das lides ordinárias, o que significa que, na realidade francesa, a lei promulgada é efetivamente soberana e não se sujeita a controles externos nem de juízes ou da corte constitucional. Pelo contrário, esta (a corte constitucional), cujo papel é exercido pelo *Conseil Constitutionnel*, ao tornar-se uma terceira instância do legislativo francês, cumpre um papel essencial voltado para preservar a ideia de soberania da lei e, portanto, de soberania popular e de poder constituinte.

Apesar da excentricidade do sistema francês e da grande repercussão dos ideários da Revolução francesa, há de ser feita a ressalva, no entanto, de que, no tocante à competência para o exame da constitucionalidade das leis, não é correto pensar que a desconfiança de atribuir essa função aos juízes deve-se unicamente à influência francesa.

Na Europa continental, o modelo processual vigente à época da monarquia absoluta já obrigava os juízes a, em caso de dúvida sobre a inteligência da lei, suspender o processo e encaminhar consulta, sobre essa questão, a um órgão superior, preferencialmente de natureza antes política que judicial.

Essa tradição encontra-se presente até hoje em vários dos sistemas europeus. Tanto na Itália como na Alemanha, por exemplo, há a proibição aos juízes comuns de efetuar um controle de constitucionalidade das leis. Esses magistrados são incompetentes para tal controle, que é reservado à competência exclusiva das Cortes Constitucionais. Diante de uma lei que eles considerem contrária à Constituição, os mesmos têm o dever de submeter a questão da constitucionalidade à Corte Constitucional, a fim de que seja por esta decidida, com eficácia vinculatória. E enquanto o Tribunal Constitucional não tiver decidido a questão

⁵³ Em virtude do art. 61, as leis orgânicas, antes de sua promulgação, e os regulamentos das assembleias parlamentares, antes de serem aplicados deveriam ser submetidos ao Conselho Constitucional, que se pronunciaria sobre sua conformidade com a Constituição. Igualmente, as leis poderiam ser remetidas ao referido Conselho, antes de sua promulgação pelo Presidente da República, pelo Primeiro Ministro ou pelo Presidente de uma outra Assembleia. Se uma disposição é declarada inconstitucional, não poderá ser promulgada ou aplicada (art. 62).

prejudicial de constitucionalidade, o julgamento do caso concreto pelos juízes ordinários fica suspenso.⁵⁴

Por outro lado, a desconfiança de atribuir o controle de constitucionalidade das leis aos juízes foi ainda mais reforçada em virtude do ambiente que se instalou na Europa continental após a experiência dos regimes autoritários. As ideias de Kelsen sobre a instituição das Cortes Constitucionais não foram adotadas somente na Áustria, mas na Alemanha, na Itália, na Espanha, como também se estabeleceram no Leste europeu, após 1989.

Cada uma das constituições que se originaram após o fim dos respectivos regimes autoritários introduziu o controle de constitucionalidade não apenas dos atos do legislativo e do executivo, mas do judiciário também, haja vista que o órgão de controle – o Tribunal Constitucional – foi inserido acima de todas as demais instituições, podendo, assim, revisar os atos praticados por qualquer dos poderes. Como anota Héctor Fix Zamudio,

Estas dos tendências, es decir, las que se han calificado como ‘americana’ y ‘austríaca’, del control de la constitucionalidad de los actos de autoridad, tomando en consideración que tuvieron su nacimiento en América – no solo los Estados Unidos, sino en la mayor parte de Latinoamérica, siguiendo el ejemplo norteamericano – y en Áustria, respectivamente, se disputaron la primacía en los años siguientes a la Primera Guerra Mundial, y aun cuando en un principio parecía triunfante la tendencia angloamericana, según hemos visto, después de la experiencia de las dictaduras nazifascistas y de la Segunda Guerra Mundial, la balanza se ha inclinado por los tribunales constitucionales especializados [...].⁵⁵

Desse modo, é necessário que se promova uma nova reestruturação da sistemática de separação de poderes no Brasil, afinal o país também já vivenciou (e recentemente) o seu regime autoritário, e os tribunais da época não agiram diferentemente dos tribunais alemães. Contudo, como será adiante explicitado, a instituição do Tribunal Constitucional, por si só, não será suficiente para, num novo arranjo político, legitimar plenamente a jurisdição constitucional, pois para tanto se faz imprescindível também resgatar a soberania do poder constituinte em toda a sua plenitude.

5.2 Titularidade da jurisdição constitucional e o Poder Moderador

⁵⁴ V. art. 1.º da Lei Constitucional italiana nº 1/1948 e (art. 23, 1 e 3, da Lei nº 87/1953), e art. 100, parágrafo primeiro, da Constituição de Bonn.

⁵⁵ ZAMUDIO, Héctor Fix. **La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1982, p. 149.

A discussão em torno do desequilíbrio entre os poderes constituídos no Brasil remete ao embate clássico entre Carl Schmitt e Hans Kelsen, travado a respeito da titularidade do exercício da jurisdição constitucional. Kelsen, como se sabe, construiu um modelo de jurisdição constitucional que outorgou a um corpo coletivo, distinto do Judiciário e dos demais poderes, a privatividade do juízo de compatibilidade entre as leis ordinárias e o texto constitucional.

Esse sistema tentou ensaiar, sem êxito, seus primeiros passos com a Constituição de Weimar e, mais precisamente, com a Constituição austríaca de 1920, projetada por Kelsen, e aperfeiçoada em 1929. Todavia, devido a uma reforma totalitária da Constituição austríaca, que culminou, inclusive, na destituição do próprio Kelsen do cargo de juiz vitalício do Tribunal Constitucional austríaco, o sistema consolidou-se apenas em 1945, expandindo-se depois por toda a Europa, influenciando a criação da Corte Constitucional italiana e do Tribunal Constitucional alemão, e cristalizando-se definitivamente nos anos 1970-1980, com o surgimento do Tribunal Constitucional português, da justiça constitucional na Espanha e em outros países europeus, como Polónia e Bélgica.

Desde então o controle de constitucionalidade deixou, portanto, de ser visto apenas como uma excentricidade estadunidense, passando a conhecer uma fórmula que implicou numa nova concepção de sistema constitucional e que produziu um profundo impacto sobre a divisão dos poderes – a criação do Tribunal Constitucional.

O gênio kelseniano, consciente de que o sistema norte-americano só poderia operar na realidade sócio-histórica das instituições próprias do *common law*, criou um modelo de controle de constitucionalidade compatível com a cultura romano-germânica, atribuindo a um órgão especializado, a que denominou de Tribunal Constitucional, a fiscalização abstrata da constitucionalidade das leis, como um poderoso instrumento de fortalecimento da democracia, já que a simples menção de recorrer ao Tribunal poderia consistir, nas mãos da minoria, o meio idôneo para impedir a ditadura da maioria.⁵⁶

Por sua vez, contrariando a ideia de Kelsen, de atribuir ao Tribunal Constitucional a função de guardião da Constituição, ficou célebre a polémica levantada por Carl Schmitt, quando lançou, em 1931, “A defesa da Constituição”, sendo veementemente rebatido por Kelsen no livro “Quem deve ser o defensor da Constituição?”.

⁵⁶ PEREZ ROYO, Javier. **Tribunal constitucional y división de poderes**. Madrid: Tecnos, 1988, p. 42-43.

Os dois mestres do direito público germânico concordavam que o ambiente político ocidental do século XX exigia um defensor da Constituição. Schmitt, contudo, entendia que essa função deveria caber exclusivamente ao Chefe de Estado da Constituição de Weimar, inclusive porque eleito diretamente pelo povo inteiro.⁵⁷ Outorgar essa função a um Tribunal Constitucional implicaria em politização do poder judiciário e fracionamento da soberania, pois a competência para declarar a inconstitucionalidade é, no seu entender, função política de soberania. Dessa forma, Schmitt não admitia fracioná-la; para ele, isto atentaria contra o princípio democrático da Constituição, que é a unidade política do povo alemão.

É bem verdade que, como já foi abordado no segundo capítulo, Schmitt defendeu a soberania do Presidente do III *Reich* para a guarda da ordem constitucional com o objetivo de combater o pluralismo do Parlamento que, com a República de Weimar, também abrigava a representação dos interesses das classes alemãs menos abastadas. Logo, a sua defesa do soberano como guardião da constituição possuía nítida conotação ideológica: o soberano era o único capaz de garantir a direção econômica da Alemanha, ameaçada que agora estava pelos antagonismos e pluralismo parlamentares.

Por isso, inspirado na teoria de Benjamin Constant, Schmitt desenvolveu a concepção de que o Presidente do *Reich* é um poder neutro, no mesmo nível dos demais poderes, mas revestido de atribuições especiais com certas possibilidades de intervenção (artigo 48 da Constituição).⁵⁸ Em um Estado como o alemão, federal e pluralista, a função mediadora e reguladora do poder neutro adquire, para ele, importância central no sistema político. O Presidente do *Reich* é o último pilar da ordem constitucional, o único capaz de evitar a possibilidade do caos.

Desse modo, o guardião da Constituição é, segundo Carl Schmitt, o Presidente do *Reich* que, em caso de necessidade, tem atribuições eficazes que lhe permitem realizar uma defesa ativa da ordem constitucional. O fato de o Presidente ser o guardião corresponde, também, ao princípio democrático da Constituição: a unidade do povo alemão como conjunto político, o que somente é possível com o exercício uno e concentrado da soberania política na pessoa do Chefe de Estado.

⁵⁷ SCHMITT, Carl. **O guardião da constituição**. Tradução: Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. v. 9, p. 233-234. (Coletânea Del Rey Internacional).

⁵⁸ Ibid, 2007, p. 189-190.

Assim, percebe-se que, no entender de Schmitt, atribuir a titularidade da jurisdição constitucional ao soberano seria a única forma de garantir a neutralidade necessária para decisões políticas dessa natureza, que exigem uma instância especial diversa dos demais poderes existentes, sob pena de sobrecarga política a qualquer deles e ausência de controle no exercício de suas funções:

Caso não deva ocorrer um efeito secundário meramente acessório de outras atividades estatais, mas sim, devam ser organizadas uma instituição e uma instância especiais, cuja tarefa seja assegurar o funcionamento constitucional dos diversos poderes e salvaguardar a Constituição, então é conseqüente em um Estado de direito, onde há diferenciação dos poderes, não confiar isto, suplementarmente, a nenhum dos poderes existentes, pois senão obteria apenas um sobre peso perante os demais e poderia ele próprio se esquivar do controle. Ele tornar-se-ia, por meio disso, senhor da Constituição. Destarte, é necessário colocar um poder especial neutro ao lado dos outros poderes, relacionando-o e equilibrando-o com ele por intermédio de poderes específicos.⁵⁹

Kelsen replicou Schmitt, discordando que o Chefe de Estado pudesse agir como o único defensor da Constituição,⁶⁰ pois isto destruiria a democracia, já que, pelo menos na prática da Constituição de Weimar, o Chefe do Estado nada tem de poder neutro,⁶¹ haja vista que cada vez mais domina a política da República. Contudo, assim como Schmitt, Kelsen dizia que o guardião da Constituição, que no seu entender seria o Tribunal Constitucional, não deveria integrar o poder judiciário, mas constituir-se em um poder político independente de todos os

⁵⁹ SCHMITT, Carl. **O guardião da constituição**. Tradução: Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. v. 9, p. 194-195. (Coletânea Del Rey Internacional).

⁶⁰ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Tradução do alemão: Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 286-287.

⁶¹ A esse propósito, com efeito, critica Hans Kelsen: “Quando Constant afirma que o monarca seria detentor de um poder neutro, apóia essa tese essencialmente na suposição de que o executivo esteja dividido em dois poderes distintos: um passivo e outro ativo, e que o monarca detenha simplesmente o passivo. Somente enquanto ‘passivo’ é que tal poder seria ‘neutro’. Fica evidente a ficção de se apresentar como meramente ‘passivo’ o poder de um monarca a quem a Constituição confia a representação do Estado no exterior – sobretudo a assinatura de tratados -, a sanção das leis, o comando supremo do exército e da frota, a nomeação de funcionários e juizes, entre outras coisas, e de contrapô-lo enquanto tal ao executivo restante, visto como um poder ativo. A tentativa de aplicar a ideologia de Constant (do *pouvoir neutre* do monarca) ao chefe de Estado de uma república democrática tornar-se particularmente discutível se estiver relacionada com a tendência de estender a competência deste último para ainda mais adiante do âmbito normal de atribuições de um monarca constitucional. É verdade que, no intuito de que o chefe de Estado apareça como o apropriado ‘guardião da Constituição’, Schmitt caracteriza o seu *pouvoir neutre* não como uma instância que está cima dos ‘detentores de direitos de decisão e de influência política’, ou como um ‘terceiro mais alto’, nem como ‘senhor soberano do Estado’, mas sim como um ‘órgão justaposto’, como um poder ‘que não está acima, mas sim ao lado dos outros poderes constitucionais’. Ao mesmo tempo, porém, através de uma interpretação mais do que extensiva do art. 48, ele procura ampliar a competência do presidente do *Reich* de maneira tal que esta não escape de tornar-se senhor soberano do Estado, alcançando uma posição de poder que não diminui pelo fato de Schmitt recusar-se a designá-la como ‘ditadura’ e que, em todo caso, segundo as expressões acima, não é compatível com a função de um garante da Constituição.” Ibid., 2003, p. 245-246.

demais poderes. Como não via diferença entre legislação e aplicação do direito, não seria absurdo denominar a função desse Tribunal de jurisdição.⁶²

De qualquer modo, essa controvérsia sobre a jurisdição constitucional, travada entre dois dos mais importantes juristas europeus do início do século XX, mostra-se relevante ainda hoje. O debate sobre o papel a ser desempenhado pelas instâncias encarregadas da defesa da Constituição, que são atores importantes e, às vezes, decisivos da vida institucional de inúmeros países na atualidade, obriga o permanente estudo das considerações de Schmitt e de Kelsen, que, afinal, referem-se aos limites da jurisdição constitucional, suas conexões com a política e a divisão dos poderes.

Esse embate travado entre Kelsen e Schmitt e, mais precisamente, a característica de neutralidade atribuída por esse último ao Presidente do III *Reich*, também remete, no contexto brasileiro, à figura do Poder Moderador, instituída pela Carta imperial de 1824, destinada a assegurar a harmonia e independência entre os demais poderes. Isso ocorreu sob a influência dos ensinamentos de Benjamin Constant que, em 1814, desenvolveu a teoria da tetrapartição dos poderes, propondo a distinção, funcional e orgânica, de um poder novo, a par do conjunto tradicional das atribuições do Rei na monarquia, o qual, desonerado da função ministerial ou executiva, passaria a ser chamado de Poder Real. Assim, Constant declarava ser essa necessária distinção entre o poder real e o poder ministerial “*la clef de toute organisation politique*”.⁶³

Embora não se possa atribuir a originalidade da formulação do Poder Moderador à elite política imperial do Brasil,⁶⁴ importa registrar que, ao menos, a incorporação das ideias de Benjamin Constant ocorreu de forma pioneira no constitucionalismo brasileiro, por ocasião da Carta de 1824. Previsão semelhante ocorreu somente após, por ocasião da Constituição portuguesa de 1826.

⁶² KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Tradução do alemão: Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 151-153, 306.

⁶³ CONSTANT, Benjamin. **Cours de politique constitutionnelle**. 2. ed. Paris: Guillaumin, 1872, p. 19-21.

⁶⁴ Sem reconhecer, contudo, a originalidade de Benjamim Constant, Visconde do Uruguai afirmou que a formulação do Poder Moderador pertence efetivamente ao gênio brasileiro: “Benjamin Constant não fez mais do que desenvolver a idéia, e separar, debaixo do nome de um poder distinto, várias atribuições, que não pertencendo, nem devendo, por sua natureza e fim, pertencer ao Executivo, tinham estado até então mais ou menos envolvidas nêle, mistura que já muitos publicistas tinham notado. [...] Quem o mostrou, porém, quem o delineou, quem o criou realmente, e assim o proclamou o Senador Alves Branco no Senado, foi o Sr. D. Pedro I, primeiramente no art. 98 da nossa Constituição, depois no art. 71 da Carta Constitucional da Monarquia Portuguesa. São as únicas constituições que conheço, que consagram um quarto poder, no qual reúnem todas as atribuições marcadas no art. 101 da Constituição, em outros países envolvidas no Executivo.” URUGUAI, Visconde do. **Ensaio sobre o direito administrativo**. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 255.

Inovador ou não na concepção da ideia, mas indubitavelmente pioneiro, portanto, na sua incorporação ao texto constitucional, pode-se afirmar que o Poder Moderador foi introduzido no Brasil como o ápice da influência da célebre fórmula de Montesquieu, pois a ele se reservou a competência suprema de atuar sobre os demais poderes, de forma a garantir-lhes a harmonia e a independência.

Disso se extrai que ao Poder Moderador foi conferida a qualidade de Poder neutro, como Schmitt também atribuía à função do Presidente do *Reich*, ou seja, de poder apto a realizar a moderação, a harmonia e o equilíbrio entre os demais poderes, o que significa que até mesmo pela semântica, a experiência brasileira foi mais fiel à formulação de Montesquieu do que a ideia quicá original de Benjamin Constant quanto ao seu Poder Real.

Essa constatação, todavia, não permite concluir que, diferentemente de Constant, a proposta de titularidade do quarto poder brasileiro seria diversa da pessoa do Imperador, pois, ainda em virtude da influência dos imperativos místicos e religiosos no pensamento político brasileiro da época, não se identifica na história constitucional brasileira a defesa dessa titularidade em instância outra que não fosse a pessoa do Imperador.⁶⁵

Verdade é que o Poder Moderador foi alvo de fortes críticas, notadamente dos liberais da época, por ser ele um poder pessoal concedido ao Imperador, mesma crítica passível de ser feita à proposta schmittiana de atribuir a guarda da Constituição ao Presidente do *Reich*, com a distinção de ter sido esta, diferentemente do caso brasileiro - que se tratou de uma inovação constante de carta constitucional outorgada – uma sugestão que contou com o apoio de grande parte do povo alemão.

⁶⁵ Acerca da titularidade do Poder Moderador, Pimenta Bueno assim defendia: “[...] pelo que toca à personalidade a quem deva ser confiado, não pode haver dúvida em que deve ser ao imperante, por isso mesmo que é o único poder exclusivamente próprio da coroa, independente do ministério. O depositário deste grande poder neutro deve estar cercado de todos os respeitos, tradições e esplendor, da fôrça da opinião e do prestígio. A consciência nacional precisa crer que, superior a todas as paixões, a todos os interesses, a toda rivalidade, ninguém pode ter maior desejo e glória do que ele em que os outros poderes ativos funcionem segundo os preceitos fundamentais do Estado e façam a felicidade deste.” BUENO, Pimenta. **Direito público brasileiro e análise da constituição do império**. Ministério da Justiça e Negócios Interiores – Serviço de documentação, 1958, p. 202. Da mesma forma, Visconde do Uruguai afirmava que: “[...] pela natureza e fins dos atos que é chamado a exercer, convém que as atribuições do Poder Moderador residam privativamente no Chefe Supremo do Estado que é permanente, desapassionado, ou mais imparcial, mais desinteressado nas lutas, a’te mesmo porque é inviolável [...]. Não pode, sem graves inconvenientes e sem perder a qualidade de neutro e moderador, residir o poder que assim se denomina no Executivo, ou depender dos Ministros, os quais ordinariamente são chefes ou homens de partidos, ou dependentes dêstes. São muito mais suspeitos, muito mais apaixonados, muito mais dependentes nos atos necessários para restabelecer um equilíbrio, e uma harmonia, que muitas vezes eles próprios destruíram, do que o Chefe Supremo do Estado, o qual sempre permanece tal, qualquer que seja o partido dominante, qualquer que seja o Ministério, e que tem de preservar o Trono para a sua descendência, e com ele a forma Monárquico-Representativa.” URUGUAI, Visconde do. **Ensaio sobre o direito administrativo**. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 261.

Ainda no tocante ao Poder Moderador, são curiosas as ideias de Borges de Medeiros, ao sustentar que ele não poderia ser delegado a um corpo coletivo, pois, dada a divisão de vontades, que ele denomina de “enfermidade orgânica dos corpos coletivos”, isto seria um grande inconveniente para o exercício de uma função unificadora e harmonizadora, como a função do Moderador,⁶⁶ conclusão essa que guarda semelhanças com a concepção de Schmitt sobre ser o pluralismo parlamentar nocivo à unidade política da Constituição.

Feita essa digressão ao caso brasileiro, o certo é que, nos debates de Weimar, Schmitt e Kelsen concordavam, todavia, num aspecto: atribuir a função de guarda da Constituição ao poder judiciário implicaria numa politização ruinosa desse poder e ao próprio Estado de Direito, pois o judiciário estaria assumindo uma função de natureza formalmente legislativa, concorrendo e conflitando com o parlamento e com o executivo, o que fragiliza e ameaça a república e a democracia.⁶⁷ Caso se concorde com Schmitt que “o guardião da Constituição tem que ser independente e político-partidariamente neutro”,⁶⁸ ele não pode integrar um dos poderes já constituídos, muito menos o executivo.

Sobre a titularidade da função de defesa da ordem constitucional na época Imperial brasileira, José Luiz Anhaia Mello aduz o seguinte:

Entendemos ser mais lógico que esse tipo de julgamento seja proferido por órgão fora do Judiciário e fora dos três poderes clássicos. Daí a idéia do poder Moderador. Esse tipo de atividade, por ser muito mais completo(sic) e insinuante, aproxima-se mais dos poderes que têm o governo e o legislador. É uma atividade ligada à Constituição e eqüitativa, presa ao ambiente político, o que não se coaduna bem com as atribuições e competências do poder Judiciário, ainda que se necessite, como se reconhece sempre, dos ritos e dos atos comuns à justiça em geral.⁶⁹

Essa ideia de poder moderador, como instância distinta dos poderes constitucionais clássicos, confirma, nos dias atuais, as razões existentes para a instituição de um Tribunal Constitucional no Brasil. Chamar essa instância de Poder Moderador ou Tribunal Constitucional é indiferente, desde que a primeira terminologia não seja entendida com a falsa compreensão de que esse quarto poder seria efetivamente um poder neutro.

⁶⁶ MEDEIROS, Antonio A. Borges de. O poder moderador na República Presidencial. Brasília: Senado Federal, 2004, p. 74. (Coleção Histórica Constitucional Brasileira).

⁶⁷ ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. **La constitución como norma y el tribunal constitucional**. Madrid: Civitas, 1992, p. 160.

⁶⁸ SCHMITT, Carl. **O guardião da constituição**. Tradução: Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. v. 9, p. 227. (Coletânea Del Rey Internacional).

⁶⁹ MELLO, José Luiz Anhaia. **Da separação de poderes à guarda da constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 232.

Em todo o caso, acerca da titularidade da função de defesa da Constituição, é com Kelsen que parece estar a razão. A confiança do exercício desse poder, que seria a instância máxima e suprema da nação, não deveria, segundo ele, ser confiada a qualquer dos outros poderes, mas sim a um quarto poder, que não pertenceria à estrutura de qualquer dos demais, o que faz refletir sobre a necessidade da adoção do Tribunal Constitucional no Brasil, como instância capaz de superar o crescente avanço do judiciário e, em especial, do Supremo Tribunal Federal, sobre os demais poderes da República.

O caso brasileiro requer, portanto, uma reformulação da teoria da separação dos poderes, superando a tradicional concepção da divisão tripartida, como há muito tempo já se verificou na Europa continental, em outros países da América latina e até mesmo em épocas passadas da própria realidade brasileira.

Nesse ponto, o constituinte brasileiro de 1988 perdeu, portanto, uma grande oportunidade ao manter intocado o agenciamento clássico de poderes, na visão tripartida, e entregou a delicada função juspolítica de defesa da Constituição, que exige um Tribunal Constitucional, aos órgãos judiciários, no que resultou sua crescente invasão sobre as competências dos outros poderes, como de fato vem ocorrendo nos dias de hoje com o crescente controle judicial sobre as políticas públicas e as freqüentes alterações do significado das leis e da Constituição, por métodos hermenêuticos.

A quem, então, deve ser atribuída a função de guarda da Constituição? Ao Chefe do executivo, pelas razões já expostas por Kelsen, na superação da polêmica com Schmitt, seria impensável, uma vez que o executivo viraria um superpoder partidário-ideológico. Ao legislativo também não, quer dizer, ao menos de modo privativo, haja vista que inviabilizaria o próprio controle da constitucionalidade das leis.

A solução pode residir na adoção do Tribunal Constitucional, pois ele expressa o consenso democrático em torno dos valores fundamentais,⁷⁰ bem como das regras procedimentais sobre a organização política e a separação dos poderes, sendo, portanto, uma instância de poder que, mais legitimamente que o judiciário, é capaz de proteger os direitos fundamentais frente ao poder público e à sociedade em geral.⁷¹

⁷⁰ ENTERRÍA, Eduardo García de. **La constitución como norma y el tribunal constitucional**. Madrid: Civitas 1992, p. 186-188, 193-195.

⁷¹ ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o poder judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 79.

A proteção desses direitos, por serem de alto teor de politicidade, não se coaduna com o poder judiciário, pois importa, como é inegável, numa politização dramática da vida jurídica que já começa a sentir os primeiros impactos no sentido de constatar sua inaptidão para preservar a estabilidade das instituições democráticas do Estado brasileiro.

Já o Tribunal Constitucional, como instituição especializada e concentrada do controle de constitucionalidade, independente dos demais poderes e fruto da composição da vontade democrática, permitiria efetivar a proteção dos direitos fundamentais, eliminando, assim, parte das críticas no tocante à ilegitimidade de origem da jurisdição constitucional brasileira.

Nesse sentido, o próprio Schmitt já havia advertido a respeito desse inconveniente, ou seja, o de entregar a guarda da Constituição ao judiciário e, com isso, prevalecer, segundo a sua classificação de tipos de Estados, o jurisdicional, porque isso implica em subordinar a totalidade da vida política ao controle dos tribunais.⁷² Por outro lado, ele também denunciava que atribuir a titularidade da jurisdição constitucional ao poder judiciário resulta em transferir-lhe a função legislativa, o que é inadmissível num Estado de Direito:

Nenhuma estrutura judicial poderia ocultar o fato de que se trataria, em tal tribunal do Estado ou constitucional, de uma instância de alta política dotada de poderes legislativos constitucionais. Do ponto de vista democrático, seria praticamente impossível transferir tais funções a uma aristocracia da toga.⁷³

De fato, submeter o poder político, com a guarda da Constituição ao judiciário, implica em ruptura do princípio da separação de poderes, e, ademais, no contexto brasileiro, essa fórmula tem comprometido a imparcialidade do Supremo Tribunal Federal. A questão exige, portanto, uma mudança efetiva na titularidade da jurisdição constitucional ou, ao menos, nos critérios de investidura dos membros do STF.

Um tribunal constitucional, como órgão ou estrutura de poder independente, ou um novo Supremo Tribunal Federal, tem condições, assim, de assumir mais legitimamente a delicada função política de guarda da constituição. Tendo composição oriunda da vontade popular, com seus titulares detentores de mandato periódico, tal como constante na fórmula de Kelsen, ambas as propostas acima podem se tornar opções mais hábeis, no sistema moderno

⁷² SCHMITT, Carl. **O guardião da constituição**. Tradução: Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. v. 9, p. 22. (Coletânea Del Rey Internacional).

⁷³ Ibid., 2007, p. 228.

de separação de poderes, a renovar continuamente o consenso político que sustenta a ordem democrática instituída na Constituição.⁷⁴

Essa ideia, de que a delicada função de guarda da constituição e de renovação do consenso político-democrático exige a entrega da jurisdição constitucional a um tribunal fruto da vontade popular, embora tenha sido concretizada no plano político inicialmente por Hans Kelsen, não é exclusiva da modernidade. Ela remonta à Antiguidade clássica e, mais precisamente, aos ensinamentos aristotélicos.

Em *A Política*, Aristóteles afirmava que para a solução dos conflitos deveria haver oito espécies de tribunais, os quais ora deviam ser estruturados segundo um método de composição democrático, ora sob um método de composição oligárquico ou aristocrático. Seguindo o primeiro método, um tribunal de contas, um tribunal para julgar os ofensores de quaisquer interesses públicos, um tribunal para julgar ofensas contra a Constituição, e um quarto, para julgar as disputas entre os funcionários públicos e os simples cidadãos. Já organizados sob o método de composição oligárquico ou aristocrático, um tribunal para julgar questões relativas aos contratos entre particulares, um tribunal para julgar os homicídios, outro para julgar os estrangeiros e um último, para julgar os casos relativos a contratos de pouca monta.⁷⁵

Ou seja, interessante é que a exigência da composição democrática dos quatro primeiros está associada ao desempenho de funções de natureza política, o que se harmoniza com a tese kelseniana, que atribui natureza verdadeiramente legislativa à jurisdição constitucional, exigindo, portanto, uma composição democrática.⁷⁶

⁷⁴ ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. **La constitución como norma y el tribunal constitucional**. Madrid: Civitas, 1992, p. 178, 180, 186-188, 193-195.

⁷⁵ ARISTÓTELES. **A política**. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 141-142.

⁷⁶ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Tradução do alemão: Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 151-153.

6 A INTRODUÇÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO E SUA (IN)SUFICIÊNCIA PARA GARANTIR A LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

O acesso democrático ao Tribunal Constitucional, contudo, por si só, assim como a alteração do processo de investidura dos membros do Supremo Tribunal Federal e a decretação do fim de sua vitaliciedade, não resolveriam por completo o déficit de legitimidade da jurisdição constitucional no Brasil, como não resolveu também nas experiências europeias, tendo em vista que, no plano concreto, tais mudanças não eliminariam o obstáculo da soberania do poder constituinte na democracia e o risco de politização da instância encarregada da defesa da Constituição.

Sobre a politização do tribunal, Carl Schmitt já dizia: “ninguém consideraria independente ou neutro um tribunal composto por políticos partidários”.¹ Da mesma forma, Duguit também já alertava: “*si son elegidos por el pueblo, por sufragio directo o de dos grados, esta alta jurisdicción vendría a ser un organismo político y no presentaría las garantías de imparcialidad que se le piden.*”²

Ou seja, as sugestões que atualmente têm sido debatidas na teoria constitucional não seriam suficientes para eliminar as influências extrajurídicas sobre o conteúdo das decisões proferidas pelo órgão encarregado da defesa constitucional. A busca determinada por um “poder neutro” é que justificava, na visão tradicional da teoria política, a entrega da função de defesa da Constituição ao judiciário, tendo em vista que o parlamento é, por sua essência, o lugar onde tem assento a representação dos mais variados interesses, ao passo que o judiciário, justamente por ser não-representativo, seria neutro e, portanto, mais apto a desempenhar a delicada função de guarda da Constituição.

¹ SCHMITT, Carl. **O guardião da constituição**. Tradução: Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. v. 9, p. 224. (Coletânea Del Rey Internacional).

² DUGUIT, Leon. **Manual de derecho constitucional**: Teoría general del Estado: El derecho y el Estado: Las libertades públicas: Organización política. Tradução: José G. Acuña. 2. ed. Madrid: Francisco Beltrán, 1926, p. 283.

Tal raciocínio demonstra a impossibilidade de neutralidade do Tribunal Constitucional, haja vista sua composição democrática, nos moldes teorizados por Kelsen. Mas isto não lhe retira a aptidão para promover a salvaguarda da Constituição, no lugar do judiciário, não porque a neutralidade não seja desejável, mas sim porque ela é impossível em qualquer poder.

O fato é que essa imagem de neutralidade do judiciário permeia até hoje o imaginário popular, enquanto que a visão que prevalece sobre o legislativo é a da parcialidade, haja vista a heterogeneidade dos partidos políticos. É como se tivesse sido cristalizado na cultura o entendimento de “há algo de indecoroso em um sistema no qual uma legislatura eleita, dominada por partidos políticos e tomando suas decisões com base no governo da maioria, tem a palavra final em questões de direitos e princípios”, deixando a entender “que tal fórum é considerado indigno das questões mais graves e mais sérias dos direitos humanos que uma sociedade moderna enfrenta”, ao passo que “os tribunais, com suas perucas e cerimônias, seus volumes encadernados em couro e seu relativo isolamento ante a política partidária, sejam um local mais adequado para solucionar questões desse caráter.”³

Ou, como nas palavras de Ingeborg Maus:

Não se trata simplesmente da ampliação objetiva das funções do Judiciário, com o aumento do poder da interpretação, a crescente disposição para litigar ou, em especial, a consolidação do controle jurisdicional sobre o legislador, principalmente no continente europeu após as duas guerras mundiais. Acompanha essa evolução uma representação da Justiça por parte da população que ganha contornos de veneração religiosa. Em face desse fenômeno, somente em poucos países ainda é possível identificar uma discussão que envolva posições de ‘esquerda’ e de ‘direita’ entre os juristas. Assim é que hoje em dia, em países como Finlândia e Inglaterra, onde a articulação do processo político realiza-se sem qualquer controle jurisdicional da constitucionalidade, os de direita tentam introduzir este controle, enquanto os de esquerda investem todos os esforços argumentativos para obstaculizá-lo.⁴

Maquiavel já advertiu para o equívoco de se identificar a calma e a solenidade como marcas de uma boa política, sendo o conflito e as divergências sintomas de patologia política. Para ele o importante é observar o que o desacordo, representado pelos interesses antagônicos do parlamento, pode fazer pela liberdade e pela democracia:

[...] para mim, parece que os que maldizem os tumultos entre os nobres e os plebeus culpam as coisas que foram a primeira causa da manutenção da liberdade de Roma

³ WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Tradução: Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 5.

⁴ MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Novos Estudos CEBRAP**, Tradução do alemão: Martonio Lima e Paulo Albuquerque, São Paulo, n. 58, nov. 2000, p. 185.

e que consideram mais os ruídos e os gritos que surgem em tais tumultos do que os bons efeitos que engendraram.⁵

Logo, a lição “maquiavélica” deve ensinar que a aparente neutralidade do judiciário, ou de qualquer outro poder, não é mais salutar do que o pluralismo do parlamento, e prova disso é o exemplo deixado pela experiência nazista, que colheu da doutrina schmittiana sobre a neutralidade do soberano o fundamento para a implantação de um regime autoritário.

Por outro lado, mesmo que se institua o Tribunal Constitucional ou que sejam alterados os critérios de investidura dos ministros do STF e estabelecido o fim de sua vitaliciedade, pela ação do constituinte derivado, ainda assim persistirá a problemática em torno da legitimidade da jurisdição constitucional, pois, numa democracia, segundo Olivier Beaud, a soberania não reside no Estado ou nas instituições e sim no povo, titular do poder constituinte.⁶

Além do que a soberania do poder constituinte, conforme o legado de Rousseau, não é inalienável, isto é, não se esgota na sua delegação aos representantes eleitos democraticamente. Ela exige um poder constituinte permanente, que não fique limitado, como ocorre hoje em dia no Brasil, à revisão constitucional ou ao papel de eleitor.

Desse modo, o STF ou o Tribunal Constitucional não são nem serão soberanos, mas apenas poderes constituídos e, assim, haverá usurpação de soberania se qualquer deles agir como se poder constituinte fosse,⁷ de modo que, para que a legitimidade do direito e da defesa da constituição possa ser afirmada em toda a sua plenitude, não basta resolver o déficit de legitimidade de origem da jurisdição constitucional, pois o caso exige um novo arranjo na separação de poderes e o resgate da soberania popular, que, nas democracias contemporâneas, deve ser exercida de modo representativo, pelas casas legislativas, e, ainda mais recomendável, também diretamente.

6.1 A relação entre a jurisdição constitucional e a política

Ao propor seu modelo de justiça constitucional, assentado na instituição de uma corte constitucional independente dos demais poderes e composta por membros indicados pela vontade democrática, detentores de mandato, Kelsen não menosprezou o risco de politização desse novo poder, que também pode se fazer presente, em menor medida, nos julgamentos

⁵ MACHIAVELLI, Niccolò. **Discourses on livy**. Tradução: Harvey C. Mansfield e Naathan Tarcov. Chicago: University of Chicago Press, 1996, livro I, capítulo 6, p. 16.

⁶ BEAUD, Olivier. Le souverain, **Pouvoirs**, Paris: PUF, n. 67, 1993, p. 33-36.

⁷ Ibid., 1993, p. 40-41.

proferidos pelos juízes ordinários. Mas justamente por isso ele acreditava ser preferível institucionalizar a participação das forças políticas no Tribunal Constitucional, a ocultar a sua influência, como ocorre nos demais tribunais:

É tão difícil quanto desejável afastar qualquer influência política da jurisdição constitucional. Não se pode negar que os especialistas também podem – consciente ou inconscientemente – deixar-se determinar por condições de ordem política. Se esse perigo for particularmente grande, é quase preferível aceitar, em vez de uma influência oculta e por conseguinte incontrolável dos partidos políticos, sua participação legítima na formação do tribunal, por exemplo fazendo com que uma parte das vagas seja preenchida por eleições realizadas pelo Parlamento, levando-se em conta a força relativa dos partidos. Se as outras vagas forem atribuídas a especialistas, estes poderão levar muito mais em conta as condições puramente técnicas, porque então sua consciência política se veria aliviada pela colaboração dos membros a que caberia a defesa dos interesses propriamente políticos.⁸

Os temores ao risco de influência política que também pode se fazer presente no Tribunal Constitucional, dada sua composição democrática, que introduz, ao lado da tradicional indicação do executivo e da presença da magistratura, a indicação parlamentar e/ou associativista, são justificáveis. Todavia, a resposta a esses temores só será dada em concreto, pelo modo mais ou menos prudente com que uma Corte Constitucional no Brasil, caso seja adotada, souber exercer a sua delicada função e souber impor-se legitimamente aos outros poderes e à opinião pública como um instituto essencial de garantia e de controle de uma superior legalidade, atitudes essas que notoriamente faltam ao Supremo Tribunal Federal.⁹

⁸ Kelsen, Hans. **Jurisdição constitucional**. Tradução do alemão: Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 154-155.

⁹ Em entrevista concedida à revista Isto É, e publicada na seção das páginas amarelas no dia 12 de junho de 2009, o atual Presidente do STF, ministro Gilmar Ferreira Mendes, afirmou que a opinião pública não interessa ao Tribunal. E, para justificar o motivo pelo qual essa importante ferramenta de controle político não deve ser levada a sério pelo Judiciário, ele alegou que a opinião pública possui debilidade argumentativa. Em suas palavras: “Repito: essa tese de a Justiça ‘ouvir as ruas’ (defendida por seu desafeto, ministro Joaquim Barbosa) serve para encobrir déficits intelectuais. Eu posso assim justificar-me facilmente, não preciso saber a doutrina jurídica. Posso consultar o taxista.” Essa afirmação bem denota que o ministro é partidário da teoria do “neoconstitucionalismo”, que pretende elevar a jurisdição constitucional à condição de instância máxima das deliberações a respeito de todos os valores constitucionais. Gilmar Mendes, ao que parece, ainda vai além, pois pretende concentrar e isolar no STF o debate sobre todos os temas constitucionais, menosprezando o pluralismo e todas as instituições próprias da sociedade civil, como é o caso da opinião pública. Todavia, é bom lembrar que essa importante ferramenta da democracia deliberativa não deve ser censurada, uma vez que exerce um importante papel dialético, positivo e negativo, na revolução cultural da contra-hegemonia burguesa, a que alude Gramsci. Retratando a faceta positiva dessa ferramenta política, assim descreve Cláudio Ari Mello: “por um lado ela fomenta, preserva e eleva o padrão da compreensão crítica que a comunidade tem das suas leis e das suas políticas; por outro, ela abastece os governantes de visões críticas distintas sobre os fundamentos e os efeitos das leis e das decisões políticas que eles adotam em seus governos, realimentando assim a trajetória de aproximação da constituição republicana em relação ao modelo ideal.” MELLO, Cláudio Ari. **Kant e a dignidade da legislação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 162.

Institucionalizar a participação das forças políticas no Tribunal Constitucional, como prefere Kelsen, é, de fato, uma medida mais consequente do que a ocultação das influências parlamentares, executivas ou empresais que o “guardião da Constituição” recebe, ou seja, a instituição da Corte pode representar a substituição de tais expedientes por um procedimento mais transparente e acessível ao público.

Por outro lado, a participação dessas forças políticas corresponde à necessidade de assegurar no Tribunal uma composição que também seja plural,¹⁰ ou seja, que reflita as diferentes visões e sentimentos constitucionais imperantes na comunidade política e jurídica, como afirma André Ramos Tavares, em comentários sobre a composição das Cortes Constitucionais já praticada em alguns países europeus: “a diversidade ideológica, política, econômica, religiosa, lingüística ou social, dos diversos componentes do Tribunal Constitucional, poderá assegurar, pelo diálogo contínuo, decisões mais ponderadas e adequadas para uma sociedade igualmente multicultural.”¹¹

Não menos importante, o estabelecimento de prazos para a atuação dos membros do Tribunal Constitucional, ou até mesmo dos membros do próprio STF, bem como a impossibilidade da sua reeleição, aproxima essa instância do princípio da periodicidade que rege a eleição dos demais órgãos constitucionais democráticos, conferindo-lhe, portanto, maior legitimidade, já que evita possível complacência ou desvio de conduta por parte de magistrados pela busca de sua confirmação ou recondução ao cargo.¹²

E o que é ainda mais salutar: já que atualmente inexiste no Brasil um efetivo controle político sobre o judiciário - tendo em vista que o Conselho Nacional da Justiça, criado pela EC n.º 45/2004, não pode desempenhar concretamente essa tarefa, diante da sua composição

¹⁰ FAVOREU, Louis. La légitimité de la justice constitutionnelle et la composition des juridictions constitutionnelles. **Legitimidade e legitimação da justiça constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 236.

¹¹ TAVARES, André Ramos. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 382.

¹² Conferir, nesse sentido, o teor da PEC 342/2009, de autoria do deputado Flavio Dino, do PC do B do Maranhão. Em síntese, o projeto propõe mandato de 11 anos para os ministros do Supremo Tribunal Federal, sendo vedada a recondução. Ainda pela proposta, o presidente da República poderá indicar cinco ministros, desde que a escolha seja aprovada por três quintos dos membros do Senado. Câmara dos Deputados, Senado e Supremo Tribunal Federal terão, cada um, dois nomes para indicar. O projeto sugere ainda que todos os nomes sejam escolhidos a partir de listas tríplexes apresentadas pelo Superior Tribunal de Justiça, pelo Tribunal Superior do Trabalho, pelo Conselho Nacional de Justiça, Conselho Nacional do Ministério Público, OAB e por órgãos colegiados das Faculdades de Direito, desde que tenham programa de doutorado há 10 anos.

majoritária por membros da magistratura, o que lhes tolhe a independência e imparcialidade em face do corporativismo, a periodicidade dos mandatos dos membros do Tribunal Constitucional pode estabelecer a sujeição da atuação da Corte ao controle político da opinião pública e do povo, restituindo a este último a soberania.

Nesse tocante, convém ressaltar que a periodicidade ou a estipulação de mandatos da magistratura é exigência desde o ideário iluminista: dele já tratava Spinoza, entendendo que a vitaliciedade dos juízes não seria compatível quer com a monarquia constitucional quer com o seu Estado aristocrático. Sobre os juízes da monarquia, ele dizia:

estes juízes devem ser em grande quantidade e em número ímpar, sessenta e um, cinquenta e um pelo menos, e só deve ser designado um de cada clã de cidadãos, não vitaliciamente, mas de forma que haja todos os anos membros do tribunal que sejam substituídos por outros, pertencentes a outros clãs.¹³

Já aludindo acerca dos magistrados do regime aristocrático, Spinoza concluía: “em qualquer Estado a duração do mandato confiado aos juízes é a mesma e é preciso que, todos os anos, uma parte deles se retire.”¹⁴

Desse modo, os riscos de politização, ou mesmo o reconhecimento da natureza política do Tribunal Constitucional, não são argumentos hábeis a retirar-lhe a maior aptidão e legitimidade para a defesa da Constituição do que o judiciário. É inegável essa natureza política, especialmente considerando a importância social das matérias constitucionais, dado que a Constituição é entendida como o conjunto de opções políticas fundamentais da sociedade.¹⁵

Logo, a instituição que tiver de interpretar e aplicar a Constituição não poderá furtar-se, em qualquer sistema jurídico, a considerar elementos políticos nas suas decisões, na medida em que esta é a natureza do objeto sobre o qual ela se debruça. É como bem observava Konrad Hesse: “questões constitucionais não são, originariamente, questões jurídicas, mas sim questões políticas.”¹⁶ Da mesma forma, já dizia Lassale:

Os problemas constitucionais não são, primariamente, problemas de Direito, senão de poder; a verdadeira Constituição de um país só reside nos fatores reais e efetivos de poder que nesse país regem; e as Constituições escritas não têm valor nem são

¹³ SPINOZA, Benedictus de. **Tratado político**. Tradução: Norberto de Paula Lima. 2. ed. São Paulo: Ícone, 1994, p. 72. (Coleção Fundamentos de Direito).

¹⁴ Ibid., 1994, p. 123.

¹⁵ SCHMITT, Carl. **La defensa de la constitución**. Madrid: Labor, 1931, p.8. Na doutrina brasileira, ver DALLARI, Dalmo de Abreu. **Constituição e constituinte**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 22.

¹⁶ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p.9.

duradouras a não ser quando expressam fielmente os fatores de poder imperantes em uma realidade social ...¹⁷

Francisco Fernández Segado, por sua vez, numa abordagem essencialmente antipositivista, afirma que o substrato político das decisões do Tribunal Constitucional deve estar presente até mesmo diante do dever que seus membros possuem de considerar e prever as consequências políticas de suas decisões, para não criar um descompasso entre o direito e a realidade política concreta:

*Sería una ilusión y, aún más, un intolerable formalismo positivista el opinar que en el campo del Derecho constitucional es posible o lícito aplicar de alguna manera una norma general, como, por ejemplo, la de igualdad de los ciudadanos, una garantía institucional o un principio como el del Estado de Derecho, sin intentar al mismo tiempo relacionarlas de manera coherente y significativa con la realidad política. Se puede incluso decir – subraya el Leibholz – que uno de los deberes de un Tribunal Constitucional, cuando trata de aplicar rectamente las normas que necesitan de su interpretación, es incluir entre sus consideraciones las consecuencias políticas de su eventual decisión.*¹⁸

A esse respeito, convém lembrar que Rousseau já acreditava na indissociabilidade do direito e da política. Seu contrato social, sinônimo de Estado de Direito, era também sinônimo de pacto político, e é por isso que na obra que leva esse nome - *Do Contrato Social* - há o subtítulo *Princípios do direito político*, e, de fato, neste opúsculo, a problemática que rege a reflexão do pensador genebrino é de natureza política, a da justificação do poder, ou melhor, dos fundamentos da autoridade que se impõe a todos os membros da coletividade.

Se o direito é, assim, indissociável da política, as decisões do Tribunal Constitucional são compostas inegavelmente por uma substância política, o que não significa, todavia, que se apoiam exclusivamente nesse caráter, desprezando os métodos e critérios jurídicos, como adverte Eduardo Garcia de Enterría:

Será cierto, y sin duda lo es, que los conflictos que habrá de resolver el Tribunal Constitucional tendrán necesariamente substancia política, como es lo comum en todos los Tribunales de esta especie, supuesto que operan sobre una norma penetrada de esa substancia en su más noble expresión. La diferencia obvia entre un juez constitucional y el juez ordinario es que los valores en que há de buscar su juicio el primeiro son, em primer término, los valores políticos decididos por el constituyente, em tanto que el segundo son simples valores civiles, penales, laborales, etc., configurados por el legislador ordinario [...] em que se aplican corrientemente han borrado ya su carácter de valores políticos originários para convertirse em puramente técnicos. Es, pues, cierto que el Tribunal decide

¹⁷ LASSALLE, Ferdinand. **Qué es una Constitución?** Tradução: W. Roces. Buenos Aires: Siglo XX, 1957, p. 41.

¹⁸ SEGADO, Francisco Fernández. El tribunal constitucional. Un estudio orgánico. **Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense**, Madrid, n. 15, p. 375-423, 1989, p. 384.

*conflictos políticos, pero lo característico es que la resolución de los mismos se hace por criterios y métodos jurídicos.*¹⁹

No Brasil, Dalmo de Abreu Dallari também já advertiu sobre a impossibilidade de neutralidade da função desempenhada pelos juízes, concluindo que os mesmos exercem atividade irrefutavelmente política por dois motivos:

[...] por serem integrantes do aparato de poder do Estado, que é uma sociedade política, e por aplicarem normas de direito, que são necessariamente políticas. Mas antes de tudo, o juiz é cidadão e nessa condição exerce o direito de votar, o que não é desprezível quando se analisa o problema da politicidade de suas decisões judiciais. Não há como pretender que o juiz, fazendo uma escolha política no momento de votar, fique indiferente ao resultado da votação. Ele deve querer, como é óbvio, que sejam vencedores o candidato e o partido de sua preferência, aqueles que, segundo sua avaliação política, são os mais convenientes para representar o povo, por defenderem, quanto aos direitos fundamentais, as idéias mais compatíveis com a justiça.²⁰

Ora, se isso ocorre é porque simplesmente a política é da natureza humana,²¹ e Aristóteles, já no início da *Política*, demonstrou que a marca política acompanha todas as realizações humanas, dado que o homem é um animal político. Não se quer, com isto, dizer que o direito é fruto da política, uma vez que isto significa subordinar o primeiro à segunda, como pretendeu Carl Schmitt com o seu Estado Total e o decisionismo político.

O direito contém elementos políticos, todavia, conforme foi exposto nos capítulos segundo e terceiro da presente tese, ele sobrepõe-se à política porque fornece o próprio fundamento da legitimidade da sua autoridade e provê os conteúdos essenciais da política e os critérios de avaliação da justiça da legislação pública e da atuação de todos os poderes.

6.2 O “resgate” do Legislativo e a formação do “sentimento constitucional”

Há, ainda, outro aspecto a ser enfrentado sobre a adoção do Tribunal Constitucional. É que, apesar da introdução de todos os mecanismos democráticos indicados nos tópicos acima, a legitimidade de origem não seria suficiente para garantir-lhe a plena legitimidade, porque, diferentemente dos demais detentores de mandato eletivo, os membros da Corte

¹⁹ ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. **La constitución como norma y el tribunal constitucional**. Madrid: Civitas, 1992, p. 178.

²⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 85.

²¹ A esse respeito, Schmitt, como se sabe, dedicou o capítulo 7 de *The Concept of the Political* à exposição da tese segundo a qual nenhum setor da prática humana pode excluir por natureza o conflito e, portanto, a política. Se o político não é delimitável é porque afeta em sua totalidade o agir do homem. SCHMITT, Carl. **The concept of the political**. Expanded edition. Chicago, USA: The University of Chicago Press, 2007.

Constitucional não estariam obrigados a prestar contas ao povo e a cumprir promessas de campanha, não estando sujeitos, portanto, a um efetivo controle popular.

Isto remete, por óbvio, à conclusão de que, enfrentados todos os obstáculos institucionais para garantir a legitimidade da jurisdição constitucional, ainda assim não seria ela a que mais legitimamente poderia desempenhar a tarefa de concretização dos direitos fundamentais, pelo que se faz necessária uma reestruturação da separação de poderes no Brasil para promover, sobretudo, o resgate da soberania do poder constituinte e da dignidade do legislativo.

Não que o papel do legislativo brasileiro tenha se tornado mais tímido em virtude de um ativismo judicial, por si só. É preciso que se ressalve que essa maior inserção do judiciário nas competências legislativas deu-se também, em boa parte, em virtude das omissões do próprio legislativo no desempenho de suas funções, que muitas vezes são ofuscadas pela preponderância dos vícios intrínsecos às lutas partidárias pela continuidade do poder, enquanto que as questões políticas e jurídicas que interessam ao povo ficam em segundo plano.

Dado esse contexto, e tendo em vista a máxima de que na política não existem ou persistem espaços vazios, o judiciário vem ocupando tais espaços. E as omissões legislativas têm se verificado tanto sob a forma de inércia na iniciativa de regular os grandes temas constitucionais, quanto na condução dos projetos de lei ou na elaboração deficitária de seus conteúdos, o que parece revelar, em qualquer dos casos, uma renúncia do legislador ante uma adequada ponderação de interesses.

Ingeborg Maus alerta para essa circunstância de que a imprecisão e indeterminação dos conteúdos legislativos ensejaram uma maior atuação dos tribunais, especialmente, da jurisdição constitucional, que, diante dessa constatação fática, socorreu-se da elaboração kelseniana do quadro ou moldura, e isso afetou ainda mais a separação de poderes:

[...] desde o início do século XX predominam métodos de interpretação, juridicamente criadores, que fazem retroceder o processo de codificação de todo o Direito – uma exigência civil central do Iluminismo contra a arbitrariedade absolutista. Tribunais e burocracias há muito se emancipam através de ‘interpretação ilimitada’ das leis sempre que estas incomodem. Simultaneamente, foram cada vez mais incorporados conceitos indeterminados nas próprias leis e assim transferida a

decisão jurídica para a situação da aplicação jurídica – um procedimento no qual o legislativo, democraticamente eleito, se destitui a si próprio do poder.²²

Dessa forma, o próprio legislativo precisa recuperar sua dignidade, evitando que as lutas partidárias pela ocupação dos espaços políticos e pela reeleição sobreponham-se ao exercício da função legislativa propriamente dita e aos interesses do povo. Disposições legais ou constitucionais específicas garantindo ou negando o exercício de direitos sensíveis, como o direito de aborto ou os direitos dos homossexuais, por exemplo, provavelmente não remediariam as divisões existentes quanto a essas questões na sociedade, mas elas indubitavelmente afastariam o sentimento de usurpação da vontade popular quando regulamentações dessa natureza ocorrem no âmbito de sentenças judiciais.

É como sinaliza novamente Ingeborg Maus: “é de se exigir, portanto, o máximo de precisão das proibições legais, já que toda ambigüidade dilata o campo de ação do aparato estatal na aplicação das leis. Nesse sentido, o poder de interpretação dos tribunais em face das leis deve ser o mais limitado possível.”²³

Nesse contexto, é importante trazer à lume o caso das células-tronco embrionárias, objeto da ADIN n.º 3.510, por ser um importante exemplo de como o parlamento brasileiro, ao exercer com eficácia a sua prerrogativa constitucional de legislar, pode concretizar os princípios e os direitos fundamentais da Constituição, realizando os seus próprios juízos de ponderação entre os diferentes direitos e valores que inevitavelmente entram em confronto quando se trata de legislar sobre questões de grande relevância moral e política.

No referido julgamento, foi posto em pauta o exame da constitucionalidade de dispositivos da Lei de Biossegurança (Lei n.º 11.105/2005) que, após um amplo debate no âmbito parlamentar, permitiram o uso, para fins terapêuticos e de pesquisa científica, de células-tronco de embriões humanos.

Tendo em vista que a Constituição federal brasileira de 1988 protege o direito à vida, mas não define o momento a partir do qual existe vida humana que deva ser juridicamente protegida, o Congresso Nacional regulamentou essa delicada matéria levando em consideração todos os valores e ponderações que o caso comportava, harmonizando os

²² MAUS, Ingeborg. **O direito e a política**. Teoria da democracia. Tradução: Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. XXII.

²³ Id. Judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Novos Estudos CEBRAP**, Tradução do alemão: Martonio Lima e Paulo Albuquerque, São Paulo, n. 58, nov. 2000, p. 188.

interesses inerentes à vida e à saúde pública com a moralidade. Tanto que foi autorizado o uso de células-tronco de embriões humanos apenas nas seguintes situações: 1) para fins de pesquisa científica ou terapêuticos; 2) embriões obtidos mediante fertilização *in vitro* e descartados no respectivo processo, desde que sejam inviáveis, ou, ainda, viáveis mas que já estivessem congelados há mais de três anos na data de publicação da lei, ou que, congelados na data de publicação da lei, completassem os três anos a partir do congelamento. A lei condicionou ainda o uso científico dos embriões ao consentimento dos genitores e criminalizou a comercialização do material produzido a partir dessas células-tronco e a utilização de embriões humanos em desacordo com os parâmetros nela fixados.

O Supremo Tribunal Federal negou o pedido formulado na ADIN, adentrando, no entanto, no exame do mérito, quando sequer deveria tê-lo feito, em respeito à liberdade de conformação legislativa das normas constitucionais, que se supõe ser uma prerrogativa do poder legislativo numa democracia constitucional e que, no caso citado, demonstrou ter sido razoavelmente exercitada.

Este é apenas um exemplo de como o legislativo pode desempenhar eficazmente, e sem questionamento em torno de sua legitimidade, a tarefa de concretização dos direitos fundamentais. Vale ressaltar ainda que ele também possui a prerrogativa de exercer o controle de constitucionalidade das próprias leis editadas e que isso pode se dar não apenas por meio do controle preventivo realizado no interior do procedimento legislativo.

Se *lex posteriori derogat priori*, por ser manifestação mais recente da vontade do legislador, basta que esse legislador a manifeste para eliminar eventual lei inconstitucional. Se essa ocorrência se dá por motivos políticos ou como resultado da jurisdição constitucional, isso é irrelevante, já que o resultado de ambas é idêntico: a eliminação da incompatibilidade com a Constituição. Todavia, para a democracia, o resgate dessa função pelo próprio parlamento é de sensível importância, pois reforçaria em muito o princípio democrático, com o fortalecimento do legislativo e a superação da crise de separação de poderes. Locke, nesse sentido, já dizia:

Em uma sociedade política organizada, que se apresenta como um conjunto independente e que age segundo sua própria natureza, ou seja, que age para a preservação da comunidade, só pode existir um poder supremo, que é o legislativo, ao qual todos os outros estão e devem estar subordinados; não obstante, como o legislativo é apenas um poder fiduciário e se limita a certos fins determinados, permanece ainda no povo um poder supremo para destituir ou alterar o legislativo quando considerar o ato legislativo contrário à confiança que nele depositou; pois todo poder confiado como um instrumento para se atingir um fim é limitado a esse

fim, e sempre que esse fim for manifestamente negligenciado ou contrariado, isto implica necessariamente na retirada da confiança, voltando assim o poder para as mãos daqueles que o confiaram, que podem depositá-lo de novo onde considerarem melhor para sua proteção e segurança.²⁴

O poder legislativo pode, assim, desempenhar um importante papel na concretização dos direitos fundamentais, tal como o judiciário. Também não é somente o judiciário que deixou de considerar a Constituição como um conjunto de normas e valores meramente programáticos ou de recomendações e orientações dirigidas aos poderes públicos para reafirmar seu autêntico valor normativo.

A distinção que há entre legislativo e judiciário não é de eficácia ou de compromisso teórico com os valores constitucionais. Nem mesmo de maior estabilidade dos conteúdos das sentenças judiciais em comparação aos conteúdos legislativos, como indaga, a propósito Mark Tushnet:

[...] what reason could we have to think that a rule requiring deference to the judgments of five people, who are replaced at random intervals, produces more stability than a rule requiring deference to the judgments of a majority of the House of Representatives and the Senate, ordinarily concurred in by the President?

*But if a “single” decision-maker can be a group of people who work in one building, why can’t a “single” decision-maker be a group of people who work in two buildings – the Supreme Court building and the national Congress across the street?*²⁵

A distinção reside no fato de que a atuação legislativa, diferentemente da judiciária, reveste-se de indubitosa legitimidade, afinal o legislativo é a instância que representa, por excelência, a soberania popular, fonte de todo o poder numa sociedade democrática, como apontou Locke: “o poder legislativo é o poder supremo em toda comunidade civil, quer seja ele confiado a uma ou mais pessoas, quer seja permanente ou intermitente.”²⁶

Da mesma forma, Kant também afirmava a preponderância do legislativo sobre os demais poderes, entendendo nele residir a soberania. E assim acreditava tendo em vista o seu princípio fundamental de autonomia pública dos indivíduos, resultado da dialética entre moralidade e legalidade, segundo o qual “o povo unido não só representa o soberano, como é

²⁴ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**. Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2001, p. 173.

²⁵ TUSHNET, Mark. **Taking the constitution away from the courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999, p. 29.

²⁶ LOCKE, John, op. cit., 2001, p. 163.

ele próprio o soberano.”²⁷ Por sua vez, a soberania popular implica que “o poder legislativo só pode caber à vontade unida do povo” e “só a vontade geral coletiva pode ser legisladora.”²⁸ Dessa forma, na república kantiana, “toda a verdadeira república é e não pode ser senão um sistema representativo do povo, que pretende em nome do povo e mediante a união de todos os cidadãos, cuidar de seus direitos, por meio de seus delegados (deputados).”²⁹

Logo, por certo, na república kantiana, seria impensável que uma sociedade delegasse decisões tão importantes e sensíveis, como a liberação do aborto e da eutanásia e a criação de cotas sociais para ingresso em universidades (esta última, no caso brasileiro, é objeto da ADPF n.º 186), a um grupo de juízes que não exercem representação popular. Isso significaria uma renúncia à soberania.

Essa concepção de supremacia do legislativo em face dos demais poderes é também confirmada por Norberto Bobbio: “apesar da afirmação da subordinação de um poder ao outro, o fundamento da separação dos três poderes é ainda a supremacia do poder legislativo sobre os outros dois poderes: o poder legislativo deve ser superior porque somente ele representa a vontade coletiva.”³⁰

Da mesma forma entende J. J. Gomes Canotilho, ao opor que “os juristas, quando discutem uma questão, ou são amigos do legislador, ou são amigos dos juízes, ou são amigos do Executivo”, “eu sou, em princípio, amigo do legislador, porque nele identifico a democracia, identifico o agente conflitual e transformador”. E afirma: “se me perguntarem se o lugar do conflito é ainda ou também o Parlamento, são ainda os esquemas normativos, eu continuo a dizer que sim. Não para marginalizar o Executivo, não para subalternizar o Judiciário, mas porque acredito que a política é uma dimensão importante em qualquer projeto.”³¹

Ainda nessa esteira, assim também entende Ingeborg Maus, ao tratar da titularidade da soberania (ou como o deveria ser) nas democracias:

²⁷ KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Tradução: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2005, p. 224.

²⁸ Ibid., 2005, p. 179.

²⁹ Ibid., 2005, p. 224.

³⁰ BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. São Paulo: Mandarim, 2000, p. 227.

³¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. Videoconferência – 21/02/02 - UFPR (J. J. Gomes Canotilho e Grupo das Jornadas da Fazenda Cainã). In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Canotilho e a constituição dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 57.

“Soberania” caracteriza, desde Bodin e Hobbes, não o monopólio estatal de poder (que, além disso, se localizava no centro do Estado absolutista), e sim, a função exclusiva e indivisível do poder legislativo. A variante democrática da soberania popular determina, portanto, em seus representantes John Locke, Rousseau e Kant, que o legislativo cabe, de forma indivisa, exclusivamente ao povo, enquanto que o monopólio estatal de poder permanece nas mãos do executivo como ápice de todas as instâncias aplicadoras do Direito. A indivisibilidade da soberania popular é, portanto, idêntica à divisão jurídico-estatal de poder: nenhum aparato estatal aplicador do Direito pode usurpar parte do poder legislativo; o legislativo do povo (que decide diretamente ou de forma representativa) não pode assumir competências executivas ou judiciárias.³²

Ademais, é indispensável ter em mente que a preponderância do poder judicial num sistema político favorece o conservadorismo, dado o exemplo do Estado jurisdicional da Idade Média, o que denota que as reformas necessárias à evolução do direito e das instituições para um sistema de efetiva justiça social caminham mais apropriadamente na direção de um Estado legal-parlamentar.³³

O que se defende, no entanto, não é a proclamação da inteira ilegitimidade da jurisdição constitucional na concretização dos princípios e direitos fundamentais presentes na Constituição, mas sim uma reestruturação na sistemática da separação de poderes, que, numa democracia, onde o poder reside no povo, exige que o legislativo desempenhe de forma primordial essa tarefa. Héctor Fix Zamudio, por exemplo, chega a considerar a existência de um modelo socialista de Justiça Constitucional, justamente aquele que deposita nos órgãos legislativos a tutela da supremacia constitucional.³⁴

Na verdade, judiciário e legislativo podem agir conjuntamente na busca pela efetivação dos princípios e direitos fundamentais, todavia, o espaço de atuação judicial deve ser redimensionado para estabelecer uma atuação que não conflite com a soberania do poder constituinte e a primazia do legislativo, e isto é possível se ao judiciário for imposto um dever de autorrestrição judicial sempre que estiver diante de uma ação legislativa eficiente na compatibilização dos valores sociais com o texto constitucional, como ocorreu com a Lei de Biossegurança e a confirmação da constitucionalidade de seus dispositivos na ADIN n.º 3.510.

³² MAUS, Ingeborg. **O direito e a política**. Teoria da democracia. Tradução: Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. XXI.

³³ KERVÉGAN, Jean-Francois. **Hegel, Carl Schmitt** – O político entre a especulação e a positividade. Tradução: Carolina Huang. Barueri, SP: Manole, 2006, p. 81-82.

³⁴ ZAMUDIO, Héctor Fix. **Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional**. 1940-1965. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1968, p. 18.

Da mesma forma, também será legítima a atuação da jurisdição constitucional, privilegiando-se a separação de poderes, no julgamento da ADF n.º 186, que trata das cotas raciais para o ingresso nas universidades, na hipótese de o STF rejeitar o pedido, confirmando a negativa da medida cautelar em 31 de julho de 2009, em reconhecimento de uma atuação parlamentar também legítima e eficaz que, nesse caso, prestigiou o princípio da igualdade material e proporcionou o resgate parcial de uma dívida histórica da humanidade para com os negros.

Respeitando esse dever de autorrestrição judicial em face da separação dos poderes, a atuação do STF não implicará maiores questionamentos em torno de sua legitimidade. Assim como também não implica na hipótese de sua atuação diante de omissão ou inércia legislativa que frustre o exercício de direitos fundamentais,³⁵ ao lado da já reconhecida competência para combater os abusos do poder executivo nas práticas comissivas ou omissivas violadoras de direitos fundamentais.

Transferir (ou realocar) o foro das decisões políticas mais sensíveis para o legislativo implica, por sua vez, em tornar o povo indiretamente responsável por seus conteúdos, dado que a composição das casas parlamentares provém diretamente do exercício do voto e, por esse mesmo exercício, pode ser alterada, o que é passível de conferir maior legitimidade aos processos deliberativos do que a atuação da jurisdição constitucional, tendo em vista que é mais fácil ao povo aceitar os resultados para os quais ele próprio contribui, como enunciam o ideal de Rousseau e a dialética kantiana entre moralidade e legalidade.

Logo, à crise da Constituição e da separação dos poderes pode surgir como resposta o próprio processo democrático eleitoral e uso das prerrogativas político-constitucionais. O povo, titular da soberania, por meio das eleições livres e periódicas e do exercício dos instrumentos de democracia direta, pode promover uma mudança mais legítima dos

³⁵ E, assim, um exemplo de atuação judicial legítima da jurisdição constitucional no Brasil será, se for o caso, o acolhimento futuro do pedido contido na ADPF n.º 54, que tem por objeto a interrupção da gravidez motivada pela anencefalia do feto. No momento atual, os autos encontram-se conclusos para o proferimento do voto do relator, ministro Marco Aurélio de Mello, após o parecer da Procuradoria-Geral da República, opinando pela procedência da ação. Inicialmente, em 1.º de julho de 2004, o relator deferiu liminar para o fim de suspender os processos e decisões não transitadas em julgado que versassem sobre o tema, bem como para reconhecer o direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos. A decisão foi, contudo, revogada parcialmente, por maioria de votos, para manter a primeira parte da liminar e tornar sem efeito a segunda. No entender da autora, se o STF acolher o pedido, em julgamento de mérito, está atuando legitimamente no sentido de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana (no caso do feto em si) e o direito à saúde (no caso da gestante), entre outros, dada a inércia do poder legislativo que, ao arripio da Constituição, vem mantendo inalterados os artigos 124, 126 e 128 e incisos, do Código Penal brasileiro.

postulados jurídico-constitucionais, realizando aquilo que se entende como a Constituição “populista” de Mark Tushnet:

Populist constitutional Law does not determine the outcomes of political controversies or dictate much about public policy. Instead, it orients us as we think about and discuss where our country ought to go.

Some think that the Supreme Court's elaboration of constitutional Law has given us a rich vocabulary of practical political philosophy. It has not. It may have given the Supreme Court and some constitutional lawyers such a vocabulary. The populist constitutionalist believes that the public generally should participate in shaping constitutional Law more directly and openly. The Declaration of Independence and Preamble to the Constitution give all of us that opportunity. As Lincoln Said, the Constitution belongs to the people. Perhaps it is time for us to reclaim it from the courts.³⁶

De fato, como se observa pela análise de Tushnet, os titulares da soberania não podem também entregar completamente à iniciativa do legislativo a tarefa de concretizar os princípios e direitos fundamentais, sobretudo porque poder é para ser exercido, sob pena de não ser soberano.³⁷ A soberania reside no povo e deve por ele ser exercida permanentemente, deixando de ser “domesticada” ou entendida como simples princípio constitucional ou de que somente pode ser exercitada constitucionalmente, isto é, limitada ao poder de revisão constitucional, ao passo que a defesa da Constituição fica limitada ao controle de constitucionalidade.³⁸

Assim, no restabelecimento do poder constituinte e da primazia do legislativo na democracia brasileira, é necessário que ocorra, portanto, uma maior provocação popular e controle permanente sobre a atuação legislativa, o que demanda, por outro lado, um fortalecimento ou (re)criação de um sentimento ou consciência constitucional, o qual, por sua vez, pressupõe um consenso mínimo em torno dos valores democráticos, capaz de gerar o liame moral entre as instituições e os homens.³⁹

A (re)construção desse consenso é necessária até mesmo para resgatar o papel cívico dos cidadãos brasileiros, que sofreu duro ataque com a ditadura militar, de modo também a

³⁶ TUSHNET, Mark. **Taking the constitution away from the courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999, p. 194.

³⁷ BEAUD, Olivier. **Le souverain. Pouvoirs**, Paris: PUF, n. 67, p. 33-36, 1993.

³⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 74.

³⁹ De fato, Pablo Lucas Verdú entende que o sentimento constitucional “consiste na adesão interna às normas e instituições fundamentais de um país, experimentada com intensidade mais ou menos consciente porque estima-se (sem que seja necessário um conhecimento exato de suas peculiaridades e funcionamento) que são boas e convenientes para a integração, manutenção e desenvolvimento de uma justa convivência.” VERDÚ. Pablo Lucas. **O sentimento constitucional**. Aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 75.

frear o excesso do individualismo na sociedade contemporânea, que tanto tem afastado os indivíduos da esfera pública e dos processos decisórios e contribuído para operar a transferência da consciência coletiva do povo para as instituições.

É como já dizia Gramsci: “a indiferença é o peso morto da história”; ela “atua poderosamente na história”, “de forma passiva, mas atua”.⁴⁰ De fato, o povo, mais consciente e coeso diante dos valores, pode, fazendo uso de suas prerrogativas políticas, controlar tanto os excessos do judiciário quanto do próprio legislativo, conciliando, portanto, controle de constitucionalidade, parlamentarismo e democracia. Afinal, como conclui Pablo Lucas Verdú:

Em toda comunidade política, o respeito aos valores fundamentais se baseia apenas parcialmente na força, no temor ou na sanção. Tais valores descansam, em grande medida, em convicções espontâneas ou em tradições assumidas, em um consenso difuso, em uma consciência civil. À falta destas, as sanções jurídicas acabam por não ser eficazes. O Estado moderno, na medida em que pretende ser e continuar sendo uma comunidade capaz de projetar-se fora de si mesmo, requer a difusão social de uma forma particular de consciência civil, aberta ao consenso, que tem por objeto o valor da solidariedade entre os estranhos, que supõe um “amor ao alheio” (*Fernstenliebe*) exigente e comprometido.⁴¹

Com a busca pelo atingimento desse consenso de valores, todavia, não se pretende afirmar que é possível encontrar um pleno acordo no seio de uma sociedade multicultural e marcada por profundas desigualdades econômicas, como é o caso da brasileira, ou que se acredita na força universalizadora de um conceito, como a existência de uma vontade geral rousseauiana.

Quer-se dizer com isto que é imprescindível para uma sociedade democrática que haja um acordo mínimo de valores sobre questões fundamentais e o aprofundamento do senso crítico (= revolução cultural gramsciana), primeiro para superar o avanço do individualismo contemporâneo, que tem afastado os titulares da soberania dos problemas vitais da sociedade; segundo para criar um forte e eficaz mecanismo de controle dos poderes públicos, de modo a evitar que o resultado das deliberações políticas ou jurídicas continue espelhando cada vez mais os interesses do capital ou outros, distanciando-se da busca pela justiça social, que deve ser a finalidade perseguida pelo direito.

Do contrário, como adverte Zygmunt Bauman, “a se concordar com a proposição de Schmitt de que a prerrogativa final, definidora, de soberania é o direito de excluir, então se

⁴⁰ GRAMSCI, Antonio. “Indiferentes”. In GRAMSCI, Antonio. **Escritos Políticos**. Organização e tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004. v. 1, p. 84.

⁴¹ VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional**. Aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 138.

deve aceitar que o verdadeiro detentor do poder soberano na sociedade de consumidores é o mercado de bens de consumo.”⁴²

Embora parcial e ainda que mínimo, é necessário buscar esse consenso em torno das temáticas constitucionais, tanto para legitimar o processo decisório parlamentar quanto o da jurisdição constitucional. O legado de Rousseau, com a formação da vontade geral e o alerta para o papel educativo do Estado; o de Kant, com a autoderminação da vontade coletiva; o de Gramsci, com a revolução cultural como contra-hegemonia da classe burguesa; e o de Habermas, ao tratar das condições ideais do discurso, já demonstraram que se faz imprescindível promover mudanças nas motivações dos indivíduos e estimular a virtude cívica e o interesse pelo bem comum que a política deliberativa pressupõe.

Assim, para atingir esse consenso, é preciso, portanto, repensar a ética nos tempos atuais, ou seja, buscar a formação de uma consciência coletiva, alicerçada na comunhão de valores mínimos e indispensáveis para o pleno exercício da soberania popular e cidadania, como ressalta Gilles Lipovetsky,

Tanto Tocqueville quanto Durkheim salientaram bem: uma sociedade não se limita à produção material e às trocas econômicas. Ela não pode existir sem concepções ideais. Estas são não um ‘luxo’ que ela possa dispensar, mas a própria condição para a existência coletiva, o que possibilita aos indivíduos ligar-se uns aos outros, ter objetivos em comum, agir em conjunto. Sem sistema de valores, nada de corpo social capaz de reproduzir-se. A sociedade hipermoderna não escapa a essa lei. A derrocada dos grandes messianismos políticos, longe de ter provocado a aniquilação de todos os valores, permitiu que as democracias se reconcilassem com seus princípios morais básicos: os direitos humanos.⁴³

Esse consenso em torno dos valores pode ser iniciado, em paralelo à solidificação de um sentimento de cidadania, também com a institucionalização de mecanismos que garantam a participação comunicativa dos cidadãos nos processos deliberativos parlamentares e da jurisdição constitucional. Desse modo, é, portanto, necessária a criação de novos mecanismos pelos quais o povo possa participar efetivamente não apenas do momento inicial da indicação de seus representantes, quer do parlamento, quer do Tribunal Constitucional.⁴⁴

⁴² BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008, p. 85.

⁴³ LIPOVETSKY, Gilles; CHARLES, Sébastien. **Os tempos hipermodernos**. Tradução: Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004, p. 117-118.

⁴⁴ Nesse sentido, e acostando-se à tese defendida na Ação Comunicativa de Habermas, Martonio Mont’Alverne Barreto Lima explicita que a participação do povo nos processos decisórios é uma exigência democrática, mas sobretudo já consistia no conceito iluminista para a legitimidade: “Ora, considerável parte das preocupações dos iluministas era exatamente esta: a de legitimar por meio da participação do povo os processos de decisão,

Ou seja, como adverte Jutta Limbach, democracia não é só dissenso, apesar dos antagonismos presentes nas atuais sociedades multiculturais, mas sim “distingue-se, melhor, por dispor de procedimentos pelos quais se superam os conflitos e são levados a um compromisso ou consenso.”⁴⁵

sejam eles Legislativos, Executivos ou Judiciários. Perante uma perspectiva iluminista de legitimidade, não me parece plausível que se abandone a origem dos processos, para condicionar sua legitimidade à sua realização posterior. Os processos decisórios na sociedade, para gozarem da qualificação de democráticos, necessitam trazer legitimidade desde sua origem.” LIMA, Martônio Mont’Alverne Barreto. Justiça constitucional e democracia: perspectivas para o papel do Judiciário. **Revista da Procuradoria-Geral da República**, São Paulo, n. 8, Revista dos Tribunais, 1996, p. 97.

⁴⁵ LIMBACH, Jutta. Papel y poder del tribunal constitucional. **Teoria y realidad constitucional**, Madrid, n. 4, 1999, p. 107.

CONCLUSÕES

O objetivo da presente tese, conforme sintetizado na introdução, foi o de investigar se a instituição do Tribunal Constitucional, nos moldes teorizados por Kelsen, seria suficiente para dotar a jurisdição constitucional brasileira de plena legitimidade e se o reconhecimento do dever de autorrestrição judicial em face do princípio da separação de poderes e da soberania do poder constituinte também seria suficiente para garantir a legitimidade da ordem jurídica na democracia brasileira. Após a exposição do conteúdo constante em seus seis capítulos, conclui-se que:

1) a identificação positivista da legalidade com a legitimidade resultou num entendimento formal e autoritário das razões da obediência política, o que promoveu a usurpação de uma função social e popular de controle por instâncias políticas de decisão. Na visão kelseniana, a decisão é do intérprete autêntico, o juiz, ou melhor, o Tribunal Constitucional. Na schmittiana, do soberano. Essa identificação da legitimidade com a positividade fez ainda com que o conflito gerado em torno de tais categorias fosse resolvido dentro dos próprios aparelhos estatais que tendem, de toda forma, a suprimir a soberania popular e a formação do consenso.

2) conforme o legado weberiano-kelseniano, os fóruns de decisões jurídicas são capazes de autolegitimação: eles mesmo produzem a justificação sobre a qual se apoiam suas decisões: a legalidade ou a pura positividade. No entanto, segundo o legado de Kant e Rousseau, os motivos legitimadores devem preceder o processo decisório, pois eles residem na autodeterminação da vontade legisladora do povo. Como nas democracias contemporâneas, esse princípio é exercido por meio da representação, o poder legislativo é, portanto, aquele que, no sistema da separação de poderes, pode mais legitimamente atuar em nome da soberania popular. É como sintetiza Ingeborg Maus:

em nenhum nível do processo decisório o poder político pode, simplesmente, legitimar-se no Direito que ele mesmo colocou: o legislador se legitima através da observância dos dispositivos procedimentais da Constituição, assim como através da

vontade popular anterior a ele, mas não através de leis ordinárias que ele mesmo coloca.¹

3) a superação desse legado positivista, que define a legitimidade sob um ponto de vista formal, por uma concepção de um positivismo ético, que diferencia a legitimidade da legalidade e admite a conexão entre o direito e os valores, não deve, no entanto, induzir à conclusão de que o judiciário está autorizado a interpretar livremente os conteúdos legislativos, sob o pretexto de adaptá-los à racionalidade material da Constituição, exigência que se tornou indispensável com a mudança do paradigma levada a efeito pelo advento do Estado Social.

4) essa tese é afirmada pelo realismo jurídico e pelo neoconstitucionalismo, e ambos são hostis à democracia, porque rompem a sistemática da separação dos poderes. Aliás, é justamente à separação de poderes que tais concepções vem atribuindo a pecha de empecilho à concretização dos direitos fundamentais.

5) a separação de poderes, contudo, principal ideal do liberalismo iluminista e do constitucionalismo clássico, não é incompatível com a concretização dos direitos fundamentais. Apesar de a doutrina ter sido idealizada, inicialmente, com o objetivo precípua de impedir o surgimento de governos absolutistas, servindo como obstáculo aos abusos estatais do executivo ou de uma soberania popular ilimitada, como temia, no fundo, Montesquieu, essa mesma doutrina, atualizada para o Estado Constitucional do século XXI, tem hoje por fim a contenção do arbítrio de qualquer dos poderes e, portanto, pode (e deve) ser utilizada para impor freios ao processo hermenêutico criativo que vem sendo desenvolvido pelos tribunais, especialmente pelo Supremo Tribunal Federal, no caso brasileiro.

6) logo, se a mudança do paradigma constitucional exige agora a concretização dos direitos fundamentais, ela exige também uma reestruturação do sistema de separação dos poderes. O desafio é, assim, restabelecer a separação de poderes e não afastar propriamente a legitimidade e titularidade do judiciário, quer dizer, da jurisdição constitucional, na tarefa de concretização dos princípios e direitos fundamentais. Ou, como sintetiza Lenio Streck:

o grande dilema contemporâneo será, assim, o de construir as condições para evitar que a justiça constitucional (ou o poder dos juízes) se sobreponha ao próprio direito. Parece evidente lembrar que o direito não é – e não pode ser – aquilo que os

¹ MAUS, Ingeborg. **O direito e a política**. Teoria da democracia. Tradução: Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 311.

tribunais dizem que é. E também parece evidente que o constitucionalismo não é incompatível com a democracia.²

7) o afastamento da titularidade da jurisdição constitucional não resolveria também a problemática em torno da legitimidade do direito, porque, numa sociedade democrática, onde a soberania reside no povo, o poder também não pode ser delegado exclusivamente ao legislativo. Ele tem que ser exercido pelos seus titulares e de forma permanente, não se esgotando na eleição dos representantes ou na revisão constitucional.

8) é preciso, portanto, não resolver somente o déficit de legitimidade de origem da jurisdição constitucional no Brasil, mas sobretudo harmonizar as duas aparentes oposições extremadas: de um lado, o risco de entrega, sob pretexto de um “(neo)constitucionalismo”, do centro decisório a um grupo restrito de onze ministros; do outro, a repulsa a um sistema jurídico de soberania parlamentar, que, tradicionalmente apegada aos vícios intrínsecos às lutas partidárias pela reeleição, também pode privilegiar a segurança, o formalismo e a manutenção do *status quo social*, tanto quanto o judiciário.

9) a conclusão de que o problema não reside propriamente no déficit de legitimidade de origem do judiciário é porque, na medida em que os juízes e tribunais respeitem a autonomia e a primazia dos representantes dos cidadãos para eles próprios interpretarem as normas constitucionais estabelecidas pela soberania popular, como ocorreu no exemplo da ADIN n.º 3.510, a autoridade do legislativo não teria maiores dificuldades de conviver com um poder judiciário com a função de guardião da Constituição. Ademais, é salutar, numa democracia, harmonizar e agregar, e não subtrair órgãos na tutela e cumprimento da Constituição,³ muito menos o legislativo, que é o verdadeiro poder constituído e o poder político por excelência.

10) tanto o legislativo quanto o judiciário podem desempenhar habilmente a tarefa de concretização dos direitos fundamentais, só que o primeiro, de forma mais legítima, exceto na hipótese de os tribunais, especialmente o Supremo Tribunal Federal (ou o Tribunal Constitucional que, ou se vier a ser instituído), respeitando o dever de autorrestrrição judicial em face do princípio da separação de poderes e da soberania popular, (re)direcionar seus esforços apenas quando um direito fundamental não puder ser exercido por falta de regulamentação do legislador ou na hipótese de cerceamento abusivo do seu exercício.

² STRECK, Lenio. A resposta hermenêutica à discricionariedade positivista em tempos de pós-positivismo. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (Org.). **Teoria do direito neoconstitucional**: Superação ou reconstrução do positivismo jurídico? São Paulo: Método, 2008, p. 297.

³ TAVARES, André Ramos. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 86.

11) a questão que demanda um maior enfrentamento é, portanto, a do poder constituinte, pois a mudança do paradigma constitucional, que deu ensejo a um positivismo ético, que admite plenamente a conexão do direito com os valores, não torna incompatíveis a supremacia constitucional, o parlamentarismo e a democracia. Mas ela exige a (re)afirmação da soberania numa sociedade democrática, o que requer o restabelecimento do poder constituinte no centro da teoria constitucional.

12) para trazer ao centro das reflexões a soberania do poder constituinte, faz-se imprescindível, por sua vez, a (re)criação de um sentimento ou consciência constitucional coletivo-popular, de modo a que, obtido um consenso, ainda que parcial, em torno de valores fundamentais, a soberania popular deixe de ser abstrata e possa ser concretamente exercida, e a que assim o seja de modo permanente, pois ela é a única ferramenta capaz de controlar a atuação dos poderes constituídos na direção da concretização dos direitos fundamentais.

13) é necessário que o exercício da soberania popular seja enfatizado e resgatado. Seu papel, sobretudo num Estado periférico, como é o caso brasileiro, é, por meio dos processos e instituições democráticas da sociedade civil, lutar para assegurar a preponderância da vontade popular organizada no Estado, dentro da perspectiva gramsciana, buscando, com isso, a concretização dos direitos fundamentais e a independência do aparato estatal em relação ao poder econômico privado. Sem a prática concreta da soberania popular visando a contra-hegemonia burguesa, partindo da sociedade civil, só resta depositar a confiança na atuação no forte Estado hegeliano.

14) “a proposta do (neo)constitucionalismo é uma aposta em princípios”,⁴ para chancelar a usurpação do poder constituinte por um dos poderes constituídos, mas a da legitimidade do direito sempre foi e deve ser na direção da soberania popular.

⁴ MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo**. A invasão da constituição. São Paulo: Método, 2008, p.37.

REFERÊNCIAS

- ACANDA, Jorge Luis. **Sociedade civil e hegemonia**. Rio de Janeiro: UFRJ, 2006.
- ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento**: fragmentos filosóficos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.
- ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução: Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- ALTHUSSER, Louis. **Montesquieu**: La politique et l'histoire. Presses Universitaires de France, 1959.
- AMARAL, Diogo Freitas do. **História das idéias políticas**. Coimbra: Livraria Almedina, 1999. v. I.
- ARENDT, Hannah. **La crise de la culture**. Paris: Gallimard, 1972.
- _____. **Crises da república**. Tradução: José Volkmann. São Paulo: Perspectiva, 1973.
- ARISTÓTELES. **Nicomachean ethics**. Tradução: Sir David Ross. Londres: Oxford University Press, 1954.
- _____. **A política**. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- BACHOF, Oto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Coimbra: Almedina, 2008.
- BALLÉ, C. et al. **Le changement dans L'Institution judiciaire**. Paris: Ministério da Justiça, 1981.
- BARCELLONA, Pietro. **Postmodernidad y comunidad**. Madri: Trotta, 1992.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- _____. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. O princípio da dignidade da pessoa humana. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BARRETO, Tobias. A questão do poder moderador. In: _____. **Estudos de direito**. Campinas: Bookseller, 2000. p.375-424.
- BARROSO, Luiz Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BAUM, Lawrence. **A suprema corte americana**: uma análise da mais notória e respeitada instituição judiciária do mundo contemporâneo. Tradução: Élcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008.

BEAUD, Olivier. Le souverain. **Pouvoirs**, Paris: PUF, n. 67, p. 33-45, 1993.

_____. **La puissance de l'état**. Paris: PUF, 1994.

_____. **Ler derniers jours de Weimar**: Carl Schmitt face à l'avènement du nazisme. Paris: Descartes & Cie., 1997.

BECCARIA, Cesare. **Des délits et des peines**. Tradução: Maurice Chevallier. Genebra: Droz, 1965.

BENDERSKY, Joseph W. **Carl Schmitt**: Theorist for the reich. Princeton: Princeton University Press, 1983.

BERCOVICI, Gilberto. Carl Schmitt, o Estado total e o guardião da constituição. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, p. 75-150, n. 1, 2003.

_____. **Constituição e Estado de exceção permanente** – Atualidade de Weimar. Rio de Janeiro: Azougue, 2004.

_____. O poder constituinte do povo no Brasil: Um roteiro de pesquisa sobre a crise constituinte. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martonio Mont'alverne Barreto (Org.). **Diálogos constitucionais**: Direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 215-224.

_____. **Soberania e constituição**: Para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Org.). **Limites do controle de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009. (Coleção ANP de Direito e Democracia).

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. 2. ed. Brasília: UnB, 1986.

_____. **Teoria general del derecho**. Bogotá: Themis, 1987.

_____. **Teoria geral da política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Tradução: Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

_____. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. São Paulo: Mandarim, 2000.

_____. **O futuro da democracia**. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

_____. **Ensaio sobre Gramsci e o conceito de sociedade civil**. 2. ed. Tradução: Marco Aurélio Nogueira e Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

_____. **Estado, governo, sociedade:** Para uma teoria geral da política. 12. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

_____. **O positivismo jurídico.** Lições de filosofia do direito. Tradução: Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues São Paulo: Ícone, 2006.

_____. **Da estrutura à função.** Novos estudos de teoria do direito. Tradução: Daniela Beccaccia Versiani. São Paulo: Manole, 2007.

_____. **Teoria geral do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social.** 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Teoria constitucional da democracia participativa:** por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Do país constitucional ao país neocolonial.** A derrubada da constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **A constituição aberta.** Temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BOURGEOIS, Bernard. **La raison moderne et le droit politique.** Paris: VRIN, 2000.

BUENO, José Antonio Pimenta. **Direito público brasileiro e análise da constituição do Império.** Ministério da Justiça e Negócios Interiores – Serviço de documentação, 1958.

CADEMARTORI, Sergio. **Estado de direito e legitimidade.** Uma abordagem garantista. 2. ed. Campinas: Millennium, 2006.

CALAMANDREI, P. **Procedure and democracy.** New York: New York University Press, 1956.

CALERA, Nicolas López. La legitimación democrática del derecho. In: **Anales de La Cátedra Francisco Suarez**, n. 16, Granada: Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Granada, 1976.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador:** contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

_____. Videoconferência – 21/02/02 - UFPR (J. J. Gomes Canotilho e Grupo das Jornadas da Fazenda Cainã). In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Canotilho e a constituição dirigente.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Brancosos e interconstitucionalidade. **Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional.** Coimbra: Almedina, 2006.

_____; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle constitucional das leis no direito comparado**. Tradução: Aroldo Plínio Gonçalves. Porto alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1984.

_____. **Juízes legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

CARDOZO, Benjamin. **A natureza do processo judicial**. Tradução: Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

CARLYLE, Thomas. **On heroes, hero-workship and the heroic in history**. Nebraska, USA: Nebraska University, 1966.

CASTIGNONE, Silvana. Legittimazione e potere. Elementi per una riflessione analítica. **Sociologia del diritto**, Milano: FAE, n. XI, 1984.

CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino. **A democratização do poder judiciário**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

CASSIRER, Ernst. **A questão Jean-Jacques Rousseau**. Tradução: Erlon José Paschoal. São Paulo: UNESP, 1999.

_____. **O mito do Estado**. Tradução: Álvaro Cabral. São Paulo: Códex, 2003.

CELLA, José Renato Gaziero. A crítica de Habermas à idéia de legitimidade em Weber e Kelsen. **XXII Congresso Mundial de Filosofia do Direito e Filosofia Social**. Granada, Universidade de Granada (Espanha), 2005.

CHARTIER, Roger. **Les origines culturelles de la révolution française**. Paris: Éditions du Seuil, 1990.

CHAUÍ, Marilena. **Cultura e democracia**. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2000.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo. Uma análise metateórica. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

COMTE, A. **Catecismo positivista, ou sumária apresentação da religião universal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Apostolado Positivista do Brasil, 1934.

_____. **Opúsculos de filosofia social**. São Paulo: EDUSP, 1972.

_____. **Curso de filosofia positiva**. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

CONDORCET, J.A.N.C. **Esboço de um quadro histórico dos progressos do espírito humano**. Campinas: Unicamp, 1993.

CONSTANT, Benjamin. **Cours de politique constitutionnelle, avec Introduction e notes**. Traduit par Edouard Laboulaye. 2. ed. Paris: Guillaumin, 1872.

_____. **Princípios de política aplicáveis a todos os governos.** Tradução: Joubert de Oliveira Brízida. Rio de Janeiro: Topbooks, 2007.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga:** estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e Roma. Tradução: Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. São Paulo: Hemus, 1975.

COUTINHO, Carlos Nelson. **Marxismo e política:** a dualidade de poderes e outros ensaios. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1994.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto (Org.). **Diálogos constitucionais:** direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Constituição e constituinte.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. **O poder dos juízes.** São Paulo: Saraiva, 1996.

DAVI, René. **Os grandes sistemas de direito contemporâneo.** Tradução: Hermínio Carvalho. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DAVID, Marcel. **La souveraineté du peuple.** Paris: PUF, 1996.

DEBRUN, Michel. **Gramsci:** Filosofia, política e bom senso. Campinas, SP: UNICAMP, 2001.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de filosofia do direito.** 5. ed. Coimbra: Armêndio Amado, 1979.

DERRIDA, Jacques. **Fuerza de ley.** El fundamento místico de la autoridad. Madrid: Tecnos, 1997.

DERSHOWITZ, Alan M. **Supreme injustice:** How the high court hijacked election 2000. Oxford: University Press, 2001.

DÍAZ, Elias. **Legalidad-legitimidad em el socialismo democrático.** Madrid: Civitas, 1978.

_____. Legitimidad democrática: Libertad y critério de las mayorías. **Sociologia del Diritto**, Milano: FAE, n. XI, 1984.

_____. **Estado de derecho y sociedad democrática.** 9. ed. Madrid: Taurus, 1998.

DI FEDERICO. **Il Recrutamento dei magistrati.** Bari: Laterza, 1968.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico.** Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006.

_____; DUARTE, Écio Oto (Coord.). **Teoria do direito neoconstitucional.** Superação ou reconstrução do positivismo jurídico? São Paulo: Método, 2008.

DINIZ, Marcio Augusto. **O princípio de legitimidade no direito público romano e sua efetivação no direito público moderno.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DOUTTÉ, Edmond. **Magie et religion dans l'Afrique du Nord.** Argel: Adolphe Jourdan, 1909.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos em serio**. Barcelona: Ariel, 1984.

_____. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Uma questão de princípio**. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Justice in Robes**. Cambridge: Belknap Press, 2006.

DUARTE, Écio Oto; POZZOLO, Susana. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**. São Paulo: Landy, 2006.

DUBOCHET, Paul. **De Montesquieu le moderne à Rousseau l'ancien**. La démocratie et la republique em question. Paris: L'Harmattan, 2001.

DUGUIT, Leon. **Manual de derecho constitucional**: teoria general del estado: el derecho y el estado: las libertades públicas: organización política. Tradução: José G. Acuña. 2. ed. Madrid: Francisco Beltrán, 1926.

_____. **Traité de droit constitutionnel**. 2. ed. Paris: Boccard, 1923. t. II e III.

DURKHEIM, Émile. **Montesquieu e Rousseau**: Pioneiros da sociologia. Tradução: Julia Vidili. São Paulo: Madras, 2008.

DUVERGER, Maurice. **As modernas tecnodemocracias**. São Paulo: Paz e Terra, 1975.

DYZENHAUS, David. **Legality and legitimacy**: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermand Heller in Weimar. Oxford/New York: Oxford University Press, 1999.

ELLIS, Joseph J. **Founding brothers**: The revolutionary generation. New York: Vintage Books, 2002.

_____. **American creation**. Triumphs and tragedies at the founding of the republic. New York: Vintage Books, 2008.

ELY, John Hart. **Democracy and distrust**. A theory of judicial review. Cambridge, Massachusetts: Harvard University, 1998.

ESMEIN, A. **Éléments de droit constitutionnel français et comparé**. 8. edição. Paris: Recueil Sirey, 1927.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. **La constitución como norma y el tribunal constitucional**. Madrid: Civitas, 1992.

FARIA, José Eduardo. O modelo liberal de direito e Estado. **Direito e justiça**. A função social do judiciário. São Paulo: Ática, 1988.

FAVOREU, Louis. **Los tribunales constitucionales**. Barcelona: Ariel, 1994.

_____. La légitimité de la justice constitutionnelle et la composition des juridictions constitutionnelles. **Legitimidade e legitimação da justiça constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

FÉDER, João. **Estado sem poder**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. **O poder judiciário e(m) crise**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Madrid: Trotta, 1995.

_____. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2001.

_____. **Garantismo**. Uma discusión sobre derecho y democracia. Madrid: Trotta, 2006.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da constituição**. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Atlas, 1994.

_____. O judiciário frente à divisão de poderes: um princípio em decadência. **Revista USP (Dossiê Judiciário)**, São Paulo: USP, v. 21, 1994.

FERRERO, G. **Potere**. Milão: Comunità, 1947.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Tradução: Roberto Machado. 24. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

FREEMAN, Samuel. **Democracia e controle jurídico da constitucionalidade**. São Paulo: Lua Nova, 1994.

FREUND, Julien. **Sociologia de Max Weber**. Tradução: Luís Cláudio de Castro e Costa. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

FRIEDRICH, Carl J. **Teoria y realidad de la organización constitucional democrática**: em Europa y América. Tradução: Vicente Herrero. México: Fondo de Cultura Económica, 1946.

FRÖBEL, Julius. **System der sozialen politik**. Mannheim: Auflage, 1847.

GARCÍA MARZÁ, D. **Teoria de la democracia**. Valencia (Espanha): Nau Llibres, 1993.

GOLDHAGEN, Daniel. **Os carrascos voluntários de Hitler**. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

GOYARD-FABRE, Simone. **Politique et philosophie dans l'Oeuvre de Jean-Jacques Rousseau**. Paris: Presses Universitaires de France, 2001.

_____. **Os fundamentos da ordem jurídica**. Tradução: Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O que é democracia?** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GRAMSCI, Antonio. **El materialismo histórico y la filosofía de Benedetto Croce**. Havana: Edición Revolucionaria, 1966.

_____. **Quaderni del carcere**. Turim: Einaudi, 1975.

_____. **Concepção dialética da história**. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978.

_____. **Escritos políticos**. Organização e tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004. v. 1 e 2.

GRAY, John Chipman. **The nature and sources of law**. New York: Columbia University Press, 1916.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional** – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Problemas de legitimación em el capitalismo tardio**. Buenos Aires: Amorrortu, 1975.

_____. **Teoria de la acción comunicativa**. Madrid: Taurus, 1987.

_____. Como es posible la legitimidad por via de la legalidad? **Revista Doxa**, Madrid, n. 5, 1988.

_____. **Teoria e práxis**. Madrid: Tecnos, 1990.

_____. **Direito e moral**. Trad. Sandra Lippert. Lisboa: Instituto Piaget, 1992.

_____. **Après l'État-nation**. Une nouvelle constellation politique. Paris: Fayard, 2000.

_____. **Direito e democracia entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1 e 2.

_____. **L'éthique de la discussion et la question de la vérité**. Tradução: Patrick Savidan. Paris: Grasset, 2003.

_____. **A inclusão do outro**. Estudos de teoria política. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004.

HABERMAS, Jürgen; RAWLS, John. **Débat sur la justice politique**. Paris: Les Éditions du Cerf, 2005.

HAMILTON; MADISON; JAY. **O Federalista**. Belo Horizonte: Líder, 2003.

HART, Herbert L. A. American jurisprudence through englis eyes: The nightmare and the noble dream. **Essays in jurisprudence and philosophy**. Oxford: Clarendon Press, 1983.

_____. El realismo escandinavo. In: CASANOVAS, Pompeu et al. **El Âmbito de lo Jurídico**. Barcelona: Crítica, 1994.

_____. **O conceito de direito**. Tradução: A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

_____. _____. Tradução: A. Ribeiro Mendes. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

HAURIOU, Maurice. **Précis de droit constitutionnel**. Paris: Sirey, 1923.

HEGEL, G. W. Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. Tradução: Norberto de Paula Lima. 2. ed. São Paulo: Ícone, 1997.

_____. **Leçons sur la philosophie de l'histoire**. Paris: Vrin, 2004.

_____. **Fenomenologia do espírito**. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução: Lycurgo Gomes da Mota. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HESSEN, Johannes. **Filosofia dos valores**. 5. ed. Coimbra: Armendio Amado, 1980.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. 3. ed. Brasília: Imprensa Nacional, 2002.

_____. **Diálogo entre um filósofo e um jurista**. Tradução: Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2. ed. São Paulo: Landy, 2004.

HUME, David. **Tratado da natureza humana**. Tradução: Débora Danowski. Livro III, Parte I, Seção II. São Paulo: UNESP, 2000.

INGENIEROS, José. **O homem medíocre**. Curitiba: Juruá, 2006.

JAYME, Fernando G. **Tribunal constitucional: exigência democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

KANT, Immanuel. **Doutrina do direito**. Tradução: Edson Bini. 3. ed. São Paulo: Ícone, 1993.

_____. **Projet de paix perpétuelle**. Traduction de l'allemand par Karin Rizet. Paris: Éditions Mille et une nuits, 2001.

_____. **Crítica da razão prática**. Tradução: Valério Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Metafísica dos costumes**. Tradução: José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2005.

_____. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

KAUFMANN, Arthur. La struttura ontológica del diritto. **Rivista Internazionale de Filosofia del Diritto**, Milano: Giufre, ano XXXIX, serie III, settembre-ottobre, fascicolo V, 1962.

_____. **Filosofia do direito**. Tradução: António Ulisses Cortês. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

KELSEN, Hans. **Das problem der souveränität und die theorie des völkerrechts**. Turbingen: Mohr, 1920.

_____. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

_____. **Quién debe ser el defensor de la constitución?** Madrid: Tecnos, 1995.

_____. **O problema da justiça**. Tradução: João Baptista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **Teoria geral do direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **A democracia**. Tradução: Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Jurisdição constitucional**. Tradução do alemão: Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KERVÉGAN, Jean-Francois. **Hegel, Carl Schmitt – O politico entre a especulação e a positividade**. Tradução: Carolina Huang. Barueri, SP: Manole, 2006.

_____. **Hegel e o Hegelianismo**. Tradução: Mariana Paolozzi Sérvulo da Cunha. São Paulo: Loyola, 2008.

KOSIK, Karel. **Dialética do concreto**. Tradução: Célia Neves e Alderico Toríbio. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

LA CUEVA, Maria del Carmem de; TEJADA, Lerdo de. **Em torno al tridimensionalismo jurídico**. Madrid: Dykinson, 1997.

LARENZ, Karl. **Derecho justo**. Fundamentos de ética jurídica. Madrid: Civitas, 1985.

LASSALE, Ferdinand. **Qué es una Constitución?** Tradução: W. Roces. Buenos Aires: Siglo XX, 1957.

_____. **A força normativa da constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

_____. **O que é uma constituição?** Sorocaba, SP: Minelli, 2006.

LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. **Filosofia del derecho**. Barcelona: Ariel, 1973.

LIJPHART, Arend. **Las democracias contemporâneas: Um estudio comparativo**. Tradução: Elena de Grau. 2. ed. espanhola. Barcelona: Ariel, 1991.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Justiça constitucional e democracia: perspectivas para o papel do Judiciário. **Revista da Procuradoria-Geral da República**, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 8, p.81-101, 1996.

_____. Idealismo e realismo: desafio constante de realização das utopias. In: TORRES, Heleno Taveira (Coord.). **Direito e poder: nas instituições e nos valores do público e do**

privado contemporâneos. Estudos em homenagem a Nelson Saldanha. Barueri, SP: Manole, 2005. p.111-147.

_____. Idealismo e efetivação constitucional: a impossibilidade da realização da constituição sem a política. In: COUTINHO, Jacinto de Miranda; LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto (Org.). **Diálogos constitucionais: Direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.375-385.

LIMBACH, Jutta. Papel y poder del tribunal constitucional. **Teoria y realidad constitucional**, Madrid, n. 4, p. 93-126, 1999.

LIPOVETSKY, Gilles; CHARLES, Sébastien. **Os tempos hipermodernos**. Tradução: Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**. Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la constitución**. Barcelona: Ariel, 1970.

LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LOSURDO, Domenico. **Hegel, Marx e la tradizione liberale**. Roma: Riuniti, 1988.

_____. **Democracia ou bonapartismo**. Tradução: Luiz Sérgio Henriques. Rio de Janeiro: Editora UNESP, 2004.

LUKÁCS, György. **Os princípios ontológicos fundamentais de Marx**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Ciências Humanas, 1979.

LUKES, Steven. **Moral relativism**. New York: Picador, 2008.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução: Maria da Conceição da Corte Real. Brasília: UnB, 1980.

LUZZATI, Cláudio. La figura del giurista e il garantismo penale. Riflessioni a propósito di um recente libro di Luigi Ferrajoli. **Sociologia del diritto**, ano, XVIII, n.2, p. 177-191, 1991.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do Direito**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

MACHIAVELLI, Niccolò. **Discourses on livy**. Tradução: Harvey C. Mansfield e Nathan Tarcov. Chicago: University of Chicago Press, 1996.

MAIA, Antonio Cavalcanti. **Jürgen Habermas: Filósofo do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MALBERG, Carré de. In: KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Tradução do alemão: Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MARCUSE, Herbert. **Razão e revolução**. Hegel e o advento da teoria social. Tradução: Marília Barroso. 5. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004.

MARTINS, José Renato Silva. **O dogma da neutralidade judicial**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

MARX, Karl. **A questão judaica**. Tradução: Silvio Donizete Chagas. São Paulo: Centauro, 2003.

_____. **Crítica da filosofia do direito de Hegel**. Tradução: Rubens Enderle e Leonardo de Deus. São Paulo: Boitempo, 2005.

_____. **O Capital**: crítica da economia política. Tradução: Reginaldo Sant'Anna. 24. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006. v. I.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto comunista**. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

_____. **A ideologia alemã**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã". **Novos Estudos CEBRAP**, Tradução do alemão: Martonio Lima e Paulo Albuquerque, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000.

_____. **O direito e a política**: Teoria da democracia. Tradução: Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

MCCLOSKEY, Robert G. **The American Supreme Court**. 3. ed. Chicago, USA: The University of Chicago Press, 2000.

MEDEIROS, Antonio A. Borges de. O Poder Moderador na República Presidencial. Brasília: Senado Federal, 2004. (Coleção Histórica Constitucional Brasileira).

MELLO, Cláudio Ari. **Kant e a dignidade da legislação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MELLO, José Luiz de Anhaia. **Da separação de poderes à guarda da constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris. **Les nouvelles tendances du droit constitutionnel**. Paris: Marcel-Giard, 1931.

MOMMSEN, Theodor. **Le droit public romain**. Tradução: Paul Frédéric Girard. Paris: Bocard, 1984. t. II.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo**. A invasão da constituição. São Paulo: Método, 2008.

MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: Legitimidade e limites da justiça constitucional. In: **Legitimidade e legitimação da justiça constitucional** (Colóquio de 10.º aniversário do Tribunal Constitucional). Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

MORNET, Daniel. **Les origines intellectuelles de la révolution française**. Paris: Colin, 1967.

MUNÔZ, Eduardo Cifuentes. O problema da legitimação do poder judiciário e das decisões judiciais no Estado Democrático de Direito. In: **A constituição democrática brasileira e o Poder Judiciário**, n. 20, São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 1999.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **A constitucionalização simbólica.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NEWMYER, R. Kent. **John Marshall and the heroic age of the Supreme Court.** Louisiana, USA: Louisiana State University Press, 2007.

OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. **Atividade jurisdicional sob o enfoque garantista.** Curitiba: Juruá, 2002.

PACHUKANIS, E. B. **Teoria geral do direito e Marxismo.** São Paulo: Acadêmica, 1988.

PADUA, Marsílio de. **El defensor de la paz.** Tradução: Luis Martinez Gómez. Madrid: Tecnos, 1989.

PAGANI, A. **La professione del giudice.** Milão: Einaudi, 1973.

PALOMBELLA, Gianluigi. Legittimità, legge e costituzione. **Sociologia del diritto**, Milano: Franco Angeli, ano, XX, n.2, 1993.

_____. **Filosofia do direito.** Tradução: Ivone C. Beneditti. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PARETO, Vilfredo. Tratado de sociologia geral. Preliminares e as ações não-lógicas. In: RODRIGUES, José Albertino (Org.). **Vilfredo Pareto: sociologia.** São Paulo: Ática, 1984.

PARIENTE, Alan. **La séparation des pouvoirs.** Théorie contestée et pratique renouvelée. Paris: Dalloz, 2007.

PASCAL, Georges. **Compreender Kant.** Petrópolis: Vozes, 2005.

PEREZ ROYO, Javier. **Tribunal constitucional y división de poderes.** Madrid: Tecnos, 1988.

PLATÃO. **Obras completas.** Tradução de diversos autores. Madrid: Aguilar, 1966.

_____. **A República.** Tradução: Edson Bini. Florianópolis: Edipro, 2006.

POWE JR., Lucas A. **The Supreme Court and the American Elite 1789-2008.** Cambridge, Massachusetts and London: Harvard University Press, 2009.

POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. **Revista Doxa**, Madri, n.21-II, 1998.

RADBRUCH, Gustav. **Introdução à ciência do direito.** Tradução: Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Filosofia do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RAMALHO NETO, Agostinho. **A ciência do direito.** Conceito, objeto, método. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **O controle concentrado de constitucionalidade das leis no Brasil**. Filosofia e dimensões jurídico-políticas. São Paulo: IBDC, 2000.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Lisboa: Presença, 1993.

_____. **Justiça e democracia**. Tradução: Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 1965.

_____. **Teoria tridimensional do direito**. São Paulo: Saraiva, 1968.

_____. **Fundamentos do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

_____. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. **Filosofia do direito**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

REHNQUIST, William H. **The supreme court**. New York: Vintage Books, 2002.

RIGAUX, François. **A lei dos juízes**. Tradução: Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

REVISTA VEJA, ed. 2063, ano 41, n. 22, p. 65-68, 04 jun. 2008.

ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o poder judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. **Súmula vinculante e democracia**. São Paulo: Atlas, 2009.

RODRIGUES, Maurício Andreiuolo. **Poder constituinte supranacional: esse novo personagem**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

ROMERO, Ricardo Montoro. Crisis de legitimación y crisis económica em el Estado de bienestar. **Revista de Estudios Políticos**, Madrid: CEC, n. 48, p.177-197, 1985.

ROSENFELD, Michel. Jurisdição constitucional na Europa e nos Estados Unidos: Paradoxos e contrastes. In: ALPINO, Antonio Carlos Bigonha; MOREIRA, Luiz (Org.). **Limites do controle de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009. p. 177-219.

ROOSEVELT III, Kermit. **The myth of judicial activism**. Making sense of supreme court decisions. New Haven and London: Yale University Press, 2006.

ROSA, Alexandre Morais. **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material**. Florianópolis: Habitus, 2002.

ROSSI, Maria José. Moral e derecho em la filosofía jurídico-política kantiana. **Studia Kantiana**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, 2000.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Du contract social ou principes du droit politique**. Paris: Garnier-Flammarion, 1966.

_____. **Emile or on education**. Introduction, translation and notes by Allan Bloom. USA: Basic Books, 1979.

_____. **Textos filosóficos**. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

_____. **O contrato social**: Princípios do direito político. Tradução: Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SADEK, Maria Tereza; QUIRINO, Célia Galvão. **O pensamento político clássico**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia de justiça em Kant**. Seu fundamento na liberdade e na igualdade. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 1995.

_____. **A idéia de justiça em Hegel**. São Paulo: Loyola, 1996.

SALDANHA, Nelson. **O poder constituinte**. São Paulo: RT, 1986.

_____. **O Estado moderno e a separação de poderes**. São Paulo: Saraiva, 1987.

_____. **Ética e História**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. **La interpretación judicial de la constitución**. 2. ed. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2006.

SÁNCHEZ, Pedro José González-Trevijano. **El tribunal constitucional**. Navarra, Elcano: Aranzadi, 2000.

SANCHÍS, Luis Prieto. **Interpretación jurídica y creación judicial del derecho**. Lima: Palestra, 2007.

SANTI ROMANO. **El ordenamiento jurídico**. Tradução: Sebastián Martin-Retortillo y Lorenzo Martin-Retortillo. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1963.

_____. **Princípios de direito constitucional geral**. Trad. Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **O paradoxo de Rousseau**. Uma interpretação democrática da vontade geral. Rio de Janeiro: Rocco, 2007.

SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SCANTIBURGO, João de. **O poder moderador**: História e teoria. São Paulo: Pioneira, 1980.

SCHMITT, Carl. **La defensa de la constitución**. Madrid: Labor, 1931.

_____. **Le léviathan dans la doctrine de l'état de Thomas Hobbes**. Paris: Éditions du Senil, 2002.

_____. **Teologia política**. Tradução: Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. **The concept of the political**. Expanded edition. Chicago, USA: The University of Chicago Press, 2007.

_____. **Legalidade e legitimidade**. Tradução: Tito Lívio Cruz Romão. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. v. 11. (Coletânea Del Rey Internacional).

_____. **O guardião da constituição**. Tradução: Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. v. 9. (Coletânea Del Rey Internacional).

SEGADO, Francisco Fernández. El tribunal constitucional. Un estudio orgánico. **Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense**, Madrid, n. 15, p. 375-423, 1989.

SEMERARO, Giovanni. **Gramsci e os novos embates da filosofia da práxis**. Aparecia, SP: Idéias & Letras, 2006.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa (Qu'est-ce que le tiers état?)**. Organização e introdução: Aurélio Wander Bastos. Tradução: Norma Azevedo. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001.

SIMON, James F. **What kind of nation: Thomas Jefferson, John Marshall and the epic struggle to create a United States**. New York: Simon & Schuster Paperbacks, 2002.

SOUSA, Marcelo Rebelo. Legitimação da justiça constitucional e composição dos tribunais constitucionais. In: **Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional** (Colóquio de 10.º aniversário do Tribunal Constitucional). Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **O tribunal constitucional como poder – uma nova teoria da divisão dos poderes**. São Paulo: Memoria Jurídica, 2002.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa: Um Estudo sobre o papel do directo na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SPINOZA, Benedictus de. **Tratado político**. Tradução: Norberto de Paula Lima. 2. ed. São Paulo: Ícone, 1994. (Coleção Fundamentos de Direito).

STACCONE, Giuseppe. **Gramsci: 100 anos revolução e política**. Petrópolis: Vozes, 1991.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. Uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Coord.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p.175-183.

_____. **Verdade e consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. A resposta hermenêutica à discricionariedade positivista em tempos de pós-positivismo. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (Coord.). **Teoria do direito**

neoconstitucional: Superação ou reconstrução do positivismo jurídico? São Paulo: Método, 2008. p.285-315.

SUMMERS, Robert. **Lon L. Fuller**. Stanford: Stanford University Press, 1984.

TAVARES, André Ramos. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

TAVARES, André Ramos; OSMO, Carla. Interpretação jurídica em Hart e Kelsen: Uma postura (Anti) realista? In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (Coord.). **Teoria do direito neoconstitucional:** Superação ou reconstrução do positivismo jurídico. São Paulo: Método, 2008. p. 129-155.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **L’Ancien régime et la révolution**. Paris: Gallimard, 1967.

_____. **De la démocratie em Amérique**. Paris: Gallimard, 1986.

TOURAINÉ, A. **Crítica de la modernidad**. Madrid: Temas de Hoy, 1993.

TREMPS, Pablo Pérez. **Tribunal constitucional y poder judicial**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

TUSHNET, Mark. **Taking the constitution away from the courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999.

URUGUAI, Visconde. **Ensaio sobre o direito administrativo**. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. **Direito, humanismo e democracia**. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Direito e força**. Uma visão pluridimensional da coação jurídica. São Paulo: Dialética, 2001.

_____. **Teoria pura do direito:** Repasse crítico de seus principais fundamentos. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez. **Entre a realidade e a utopia:** Ensaio sobre política, moral e socialismo. Tradução: Gilson B. Soares. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

VERDÚ, Pablo Lucas. El horizonte iusnaturalista del derecho constitucional occidental. In: _____. **Curso de derecho político**. Madrid: Tecnos, 1972. t. I.

_____. **La lucha contra el positivismo jurídico em la República de Weimar:** la teoría constitucional de Rudolf Smend. Madrid: Tecnos, 1987.

_____. **O sentimento constitucional**. Aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **A luta pelo Estado de Direito**. Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

VILLALÓN, Pedro Cruz. Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria. In: Legitimidade e legitimação da justiça constitucional – Colóquio no 10.º aniversário do Tribunal Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

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

WALCKENAER, M. C.A. **Ouvres completes de Montesquieu**. Paris: Firmin-Didot, 1877.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WEBER, Max. Os três tipos puros de dominação legítima. In: COHN, Gabriel (Org.). **Weber: Sociologia**. São Paulo: Ática, 1979. v. 13.

_____. **Economía y sociedad**. México: Fondo de Cultura Económica, 1984. v. 1.

_____. **Economia e sociedade**. Brasília: UnB, 1999. v. 2.

_____. **Sociologia del derecho**. Granada: Comares, 2001.

_____. **Conceitos básicos de sociologia**. Tradução: Rubens Eduardo Ferreira Frias e Gerard Georges Delaunay. São Paulo: Centauro, 2005.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico**. São Paulo: Alfa-ômega, 1997.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Poder judiciário: crise, acertos e desacertos**. Tradução: Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ZAMUDIO, Héctor Fix. **Veinticinco anos de evolución de la justicia constitucional**. 1940-1965. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1968.

_____. **La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1982.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)