

Legalidade, Legitimidade e crença jurídica: A celeuma entre o totalitarismo político de Schmitt e o entrenchment constitucional de Kelsen.

Legality, Legitimacy and legal belief: The stir between Schmitt's political totalitarianism and Kelsen's constitutional entrenchment.

Fernando Gama de Miranda Netto¹
Daniel Nunes Pereira²

Resumo: O presente estudo retoma a grande celeuma intelectual jurídica do século XX havida entre Hans Kelsen e Carl Schmitt em uma de suas reminiscências mais importantes, qual seja a oposição entre Legitimidade e Legalidade no que concerne à Corte Constitucional. A discussão parece ensejar posições necessariamente dicotômicas, arranjadas em binômios inversamente polarizados. Todavia, a simplificação da discussão oferece menos respostas do que aparenta, sendo necessário enxergar sua profundidade. Neste sentido, este artigo cumpre o seguinte expediente: a) como poderia a instituição de revisão judicial ser defendida como compatível com a democracia, visto que é contramajoritária; b) qual é a contribuição do positivismo e/ou do decisionismo para desenvolvimento de uma concepção de democracia baseada concomitantemente na legalidade e legitimidade política; c) se as críticas de Schmitt ainda devem ser aproveitadas, bem como se as proposições de Kelsen continuam teoricamente válidas.

Palavras-chave: Legalidade; Legitimidade; Jurisdição Constitucional.

Abstract: This study resumes the major intellectual and juridical stir on the twentieth century between Hans Kelsen and Carl Schmitt in one of its most important reminiscences, which is opposition between Legitimacy and Legality regarding the Constitutional Court. The discussion seems to focus in necessarily dichotomous positions, arranged in inversely polarized binomials. However, to simplify the discussion would provide fewer answers than it seems, so it is necessary to understand its depth. In this sense, this paper meets the following hours: a) how

¹ Professor Adjunto de Direito Processual da Universidade Federal Fluminense, Integrante do Laboratório Fluminense de Estudos Processuais (LAFEP/UFF), Professor do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito (PPGSD/UFF).

² Doutorando do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito (PPGSD/UFF), Mestre em Ciências Sociais e Jurídicas (PPGSD/UFF), Mestre em Ciência Política (PPGCP/UFF), Bacharel em Direito (UFF). Professor I do Curso de Direito da Universidade Veiga de Almeida. Professor Adjunto da Faculdade de Direito de Valença.

can one defend the institution of judicial review as compatible with democracy, given its counter-majoritarian essence b) what is the contribution of positivism and / or decisionism to develop a conception of democracy based concurrent on the legality and political legitimacy; c) if the criticisms of Schmitt should still be enjoyed, as well as the propositions Kelsen still theoretically are valid.

Key Words: *Legality; Legitimacy; Judicial Review.*

1. Introdução

Ao ocaso do Terceiro Reich e promulgação da Lei Fundamental de Bonn, muito do que se discutia se perdeu, pois nenhum dos seus partícipes ainda vive. Ainda que nem Kelsen nem Schmitt voltassem a se enfrentar na Academia, de seu debate restaram ecos ainda hoje escutados, mas talvez não ainda compreendidos. De todas as reminiscências da Grande Batalha intelectual do século XX, talvez a mais importante seja a oposição entre Legitimidade e Legalidade, em especial no que concerne à Corte Constitucional. É legal a decisão que é legítima, ou seria o contrário? Tudo o que é legal é necessariamente legítimo? Existe legalidade fora da legitimidade? É possível haver legitimidade naquilo que não é estritamente legal? Tais questionamentos, quando postos em discussão, parecem ensejar posições necessariamente opostas, arranjadas em binômios inversamente polarizados. Todavia, posto desta forma, o debate acerca deste carácter da Celeuma Kelsen/Schmitt torna-se uma armadilha linguística, tal como, em tantas outras questões, asseverou Wittgenstein, pois precisaríamos *objetificar* legalidade e legitimidade para então instanciar todas as suas aparências (WITTGENSTEIN, 2010: 171), o que não parece ser possível (ou ao menos não é o objeto do presente estudo). Como tal reificação não é, por hora, objeto de estudo, encarar-se-á os problemas de legitimidade e legalidade como contingências, eventualmente mais ou menos opostas conforme o entendimento dos pensadores aqui mobilizados, no seu pensamento auxiliados hodiernamente por outros, como Habermas, Raz, Maus e outros.

Nesta seara, torna-se oportuno fazer remissão à obra de Schmitt. Embora grande parte da reputação de Schmitt repouse sobre seus escritos da década de vinte³, a sua interpretação

³ Especificamente: “*Politische Theologie*” (1922), “*Die Geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*” (1923) e “*Der Begriff des politischen*” (1928).

constitucional também responde algumas perguntas suscitadas. Isto pois, Schmitt e seu *Constitucionalismo* foi capaz de preencher a lacuna entre a interpretação teórica e prática constitucional real. Esta é ponte havida para a crise constitucional alemã de 1932⁴. A interação entre a crítica de Schmitt do formalismo legal, suas idéias sobre a soberania e as preocupações prementes do contexto político fazem de “*Legalität und Legimität*” (2004) uma das grandes obras de Schmitt. Neste texto o argumento geral é o de que o Presidente do Reich é o real legislador extraordinário, havendo oposição entre a caracterização do Estado tecnocrata de Max Weber, à colocação schmittiana de Estado Democrático da regra da maioria. Para Schmitt o Estado administrativo (ou administrador) precisava ser superado, ou abandonado (SCHMITT, 2004: 13), sobretudo no que concernia à sua dependência de procedimentos formais e normas de interpretação jurídica, o que seria diretamente responsável pela fragmentação de interesses políticos na República de Weimar.

Para Schmitt, esta tendência tornou-se particularmente evidente no que diz respeito ao *princípio da regra da maioria*, o que tornava qualquer noção de Direito como um mecanismo processual neutro absurdo (SCHMITT, 2004: 20-21, 28-31), havendo, ainda, interpretações mais fatídicas de poderes presidenciais de emergência, o que continua a fazer perguntas desconfortáveis com relação à autoridade presidencial hodierna (SCHMITT, 2004: 67-71). Virando a Constituição de Weimar, uma das constituições mais liberais já escritas, contra si mesma, e minando a ordem constitucional através das próprias disposições constitucionais, o

⁴ No início da década de 30, por conta da crise econômica e de radicalização política, houve muitos casos de convulsão social na Alemanha. Havia, especialmente, um agitação violenta a ocorrer em algumas áreas da Prússia, principal estado federado, pesando alegada incapacidade do governo prussiano para tratar do assunto. Em 17 de julho de 1932 ocorreu o gatilho para a crise definitiva: “*Altonaer Blutsonntag*” (“Domingo Sangrento de Altona”), um tiroteio entre manifestantes *Sturmabteilung* e comunistas em Altona em, que causou a morte de dezoito pessoas. Em 20 de julho de 1932, o *Reichspräsident* Paul von Hindenburg emitiu um decreto de emergência que desautorizou o gabinete do Estado Livre da Prússia, o maior estado alemão. Preocupava o governo federal, então presidido por forças conservadore, fato de que o governo da Prússia, dirigido pelo *Ministerpräsident* Otto Braun (social democrata) tinha autoridade sobre a poderosa força policial prussiana, sendo portanto uma das últimas forças republicanas. Todavia, sobrepesava uma situação instável do governo da Prússia: o governo de coalizão de SPD, DDP e *Zentrum* e tinha perdido sua maioria nas últimas eleições para o parlamento regional da Prússia, mas manteve-se no cargo. A oposição, que lutava pelo novo gabinete, era composta principalmente de comunistas e nacional socialistas, o que fomentou, em parte, os confrontos. O governo federal tentou, então, por medidas de exceção, intervir na Prússia. O Estado da Prússia, não resistiu militarmente, para não causar uma guerra civil, mas desafiou o Governo Federal no *Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich* (antecessor do atual *Bundesverfassungsgericht*). A lide em questão concernia ao artigo 48 da Constituição da República de Weimar, e como o Presidente poderia agir entre os *Länder* (estados federados) em Estado de Exceção. Advogou pelo Governo Federal e pelas forças direitistas Carl Schmitt, e pelo Estado da Prússia e gabinete Social Democrata, Hermann Heller. Hans Kelsen, embora não tenha participado do julgamento, enquanto Diretor da Faculdade de Direito de Köln, publicou análise detalhada do caso em artigo intitulado “*Das Urteil des Staatsgerichtshofs*” argumentando que apenas o Judiciário poderia decretar intervenção no Estado da Prússia. Toda a sua argumentação se baseava na experiência austríaca, a qual ele mesmo havia gerido (DYZENHAUS, 1997: 122).

argumento de Schmitt torna dolorosamente óbvio que a havia apenas um pequeno passo entre perceber o presidente como "protetor da constituição " e a idéia de que "o Führer protege o Direito"(SCHMITT, 2004: 76), havendo preponderância do Estado sobre o Direito, estando este relegado à proteção total daquele.

Em oposição, Kelsen defende a adequação descritiva de sua tese da identidade entre Direito e Estado, através da chamada doutrina de alternativas normativas, segundo a qual a norma autoriza tanto atos perfeitamente legais bem como os atos materialmente ilegais de Estado, enquanto são realizadas por órgãos formalmente competentes. É nesta lacuna que jazem as concepções kelseneanas de validade, nulidade e anulabilidade de tal forma que a doutrina de alternativas normativas não mina o ideal de *Rechtsstaat* (VINX, 2007 :94). Tal doutrina só se aplicaria em uma ordem jurídica que prevê uma série de garantias de legalidade que protegem os indivíduos contra a ilegalidade arbitrária por parte do Estado. Assim, em Kelsen, há a defesa de um princípio maior de legalidade, com base na ideia de que a legitimidade do Estado depende, essencialmente, da conformidade deste com a lei, em um contexto institucional complexo (VINX, 2007: 96).

O objetivo de desenvolver uma teoria da legitimidade política baseada na legalidade obviamente requer mais do que apenas uma defesa de um princípio da legalidade (VINX, 2007: 78). A concepção de Kelsen do Estado Democrático de Direito⁵ deve ser complementada por uma concepção de legitimidade da lei na qual o Estado é ligado teleologicamente à concepção de legitimidade política baseada na legalidade (VINX, 2007: 101). Tal ligação é *conditio sine qua non* da Teoria de Democracia de Kelsen, que justifica a democracia pelo valor da liberdade e pelo argumento da legitimidade da regra da maioria, sendo a compatibilidade da democracia e constitucionalismo como formas de compromisso social.

⁵ Na obra de Kelsen, entende-se o “Estado Democrático de Direito” como procedimental, um método capaz de criar a ordem social coletiva, ou seja, esta a forma de governo que prevê regras e procedimentos que possibilitam aos cidadãos tomarem decisões. Estas regras não dizem respeito ao conteúdo das decisões, mas operam de forma a estabelecer quem são os cidadãos aptos a decidir e de que forma se realizam tais decisões: “(...) a democracia é apenas uma forma, apenas um método de criação da ordem social (...)” (KELSEN, 2000: 103). A regra da maioria, assim entendida, é característica essencial (mas não a única) da democracia procedimental, e é ela que preserva a liberdade do maior número de indivíduos da sociedade. Todavia, em Kelsen, o valor ‘*igualdade*’ está ligado ao valor ‘*liberdade*’, mas é entendido como secundário diferentemente de pensadores mais afeitos ao Liberalismo clássico. “É o valor de liberdade e não de igualdade que determina, em primeiro lugar, a ideia de democracia” (KELSEN, 2000: 99). O valor igualdade na democracia procedimental é uma ideia formal, ou seja, é a igualdade dos direitos políticos: “(...) uma vez que todos devem ser livres na maior medida possível, todos devem participar da formação da vontade do Estado e, conseqüentemente, em idêntico grau” (KELSEN, 2000: 99).

A teoria de Kelsen pode ser encarada como entrenchamento constitucional, advogando pela premência de um tribunal constitucional. No entanto, em sua teoria da interpretação, Kelsen sugere que os juízes de um tribunal constitucional, inevitavelmente, tomariam decisões políticas, o que poderia, paradoxalmente, pôr em risco a própria base epistemológica da Democracia, qual seja, a regra da maioria. Nesta linha, cumpre investigar: a) como poderia a instituição de revisão judicial ser defendida como compatível com a democracia, dado esse ponto de partida argumentativo; b) qual a contribuição positiva para o desenvolvimento de uma concepção baseada na legalidade e legitimidade política; c) se as críticas de Schmitt ainda devem ser aproveitadas, bem como se as proposições de Kelsen continuam teoricamente válidas.

2. O Problema da Normatividade da Lei

É comum encontrar em manuais de ensino jurídico a concepção mais ou menos simplificada do direito como um sistema de normas que confere direitos e impõe deveres, e a norma assim concebida necessariamente dá origem a razões normativas para a ação. Mas tal redução epistemológica abarca os problemas aqui apresentados? A questão, em verdade, diz respeito à força normativa que a lei tem necessariamente, não concernindo, aprioristicamente, à motivação. Se nos ativermos à concepção de que a lei é necessariamente moral – como defendem pensadores do direito natural –, sustentar-se-ia, ao alvedrio da teoria kelseneana que a normatividade da lei depende da normatividade da moralidade. Deste ponto de vista, a lei é dotada de normatividade na medida em que a moralidade é normativa. Todavia, o positivismo jurídico sustenta que o direito e a moral são conceitualmente distintos, e que, portanto, a normatividade da lei não pode depender da normatividade da moralidade. Como proceder à normatividade de decisões que pretendem transcender a letra da lei e alcançar o cerne do edifício constitucional, senão pela via moralizante?

Para Kelsen a *Grundnorm* ajuda a explicar o sentido em que a lei é um domínio normativo e que esta normatividade consiste ululantemente na própria norma. O primeiro e decisivo ponto para perceber é que, para Kelsen a idéia de normatividade equivale a um “dever-ser” (“*Sollen*”), ou seja, demanda justificada em deliberação prática. Um determinado conteúdo é considerado como normativo por um agente se e somente se o mesmo agente considera que tal conteúdo possui razão válida para a ação. Em tese, Kelsen concordaria com uma tradição do

Direito Natural neste aspecto em particular, pois ambos assumem que a normatividade do Direito só pode ser explicada como análoga a normatividade da moralidade, ou da religião em termos de razões válidas da ação (RAZ, 1979: 134-137).

O problema para Kelsen consiste em explicar a diferença entre a normatividade da lei e da moralidade que, se "dever-ser" legal é um verdadeiro "dever-ser", o que tornaria uma obrigação jurídica distinta da moral? A resposta de Kelsen é que a relevância do "dever-ser" é sempre relativa a um determinado ponto de vista, especificamente, legal e/ou constitucional, o que empoderaria normativamente uma Corte Constitucional. Todo e qualquer tipo de "dever-ser", seja religioso, moral ou legal, deve pressupor um certo ponto de referência, um ponto de vista contituído a partir de um norma básica deste sistema normativo. Em outras palavras, a concepção de Kelsen da normatividade legal acaba por ser uma forma de Lei Natural completamente relativizada a um determinado ponto de vista (RAZ, 1979: 135). No entanto, na teoria de Kelsen o ponto de vista relevante é clara e necessariamente o legal, e não uma concepção geral de moralidade ou razão.

Fica claro, portanto, que conteúdo normativo está relacionado com razões para a ação, o que se repete em todos os domínios normativos. Considerar algo como normativo é necessariamente considerá-lo como justificável racionalmente, como uma exigência justificada por deliberação racional prática (em sentido kantiano).

Todavia, a diferença entre normatividades possíveis reside na juridicidade da lei, ou seja, um referencial distinto da moral ou religião. Assim, verifica-se que a normatividade (ao alvedrio de um primeiro pensamento eminentemente kantiano) consiste sempre em imperativos inevitavelmente condicionais, *id est*, aprovados *a priori* por determinadas referências normativas informadas por algum mandamento primeiro e fundamental (*Grundnorm*), sendo as normas que se seguem dotadas de normatividade escalonadamente.

Em Kelsen, por conseguinte, mantém-se o mesmo entendimento da natureza funcional da normatividade como a concepção de Direito Natural, ou seja, normatividade como razões ontológicas e epistemológicas para a ação, sem ter que necessariamente fundir a normatividade da moralidade com que de direito. Em outras palavras, a diferença entre “normatividade legal” e, *verbi gratia*, “normatividade moral”, não consiste na natureza da normatividade por si só, mas apenas na relevância da referência gnosiológica, que é determinada pelas suas diferentes normas fundamentais. O que torna a normatividade jurídica singular é justamente a singularidade do seu ponto referencial, qual seja, o ponto de vista legal.

A Teoria Pura do Direito, como condição epistemológica e imagética necessária a Jurisdição Constitucional na tradição romano-germânica, é uma teoria geral do direito que pressupõe conformidade com as exigências do positivismo jurídico (KELSEN, 1966: 5). Como tal, pretende-se entender a lei como ela é, não como deveria ser, e seu método consiste em análise estrutural da norma. Mais especificamente, a Teoria Pura nos fornece um conjunto de conceitos jurídicos fundamentais - como o 'sistema legal', 'norma', 'direito', 'dever', 'sanção' e 'imputação' - que são utilizados na tentativa de compreender e descrever a lei de maneira científica, de tal sorte que podemos dizer que a Teoria Pura visa estabelecer a base teórica para outras disciplinas jurídicas, como o Direito Contratual, Direito Constitucional, Direito Comparado (KELSEN, 1937: 232).

Para além de diferenciações taxonômicas, a Teoria Pura permite conceber o Direito como um sistema de normas, as quais funcionam como esquemas de interpretação⁶ à luz das quais podemos ver que o comportamento humano e outros eventos naturais (TROPER, 1991: 133). A estrutura de tal sistema é descrito por Kelsen como *escalonada*,⁷ isto é, uma estrutura de normas em diferentes níveis, onde normas sobre um nível mais elevado autorizam a criação de padrões em uma de menor nível (KELSEN, 2003: 215-221). Tal escalonamento, no que tange a execução e interpretação das normas, demanda um intérprete autorizado acima dos demais, o que condiciona existencialmente a Jurisdição Constitucional, a qual obedece necessariamente a comandos dotados de validade, e *nunca* de justiça ou justeza.

Dizer que uma norma jurídica é válida, Kelsen explica, é dizer que ela existe; e se ela existe significa que ela deve ser obedecida ou aplicada, pois tem força coercitiva (KELSEN, 2003: 5-18). Por conseguinte, uma norma jurídica válida expressa um dever objetivo. Kelsen afirma, de acordo com a tese de separação metodológica, que a validade legal é conceitualmente independente da moralidade. Ele também sustenta que, de acordo com a distinção entre “ser” e “dever-ser”, a validade de uma determinada norma jurídica só pode ser explicada por referência à validade de uma outra norma legal superior. Assim, determinada norma “*n1*” é juridicamente válida *se e somente se* foi criada em conformidade com o outra norma superior legalmente

⁶ Essa preocupação de Kelsen com a interpretação, e a conseqüente compreensão da Norma Fundamental como ficção e não como hipótese, derivam de sua experiência na América e seu contato com o Realismo Jurídico, além da filosofia do “*Als Ob*” de Hans Vaihinger. O próprio Kelsen admite mudanças em seu pensamento, de acordo com o prefácio à segunda edição de “Teoria Pura do Direito” em 1960. Como tal caractere epistemológico de sua teoria apareceu após a celeuma com Schmitt, não será elencada como fundamental ao presente esforço teórico, embora citada, com o fito de manter o “*fair play*”.

⁷ *Stufenbau* no original, que traduzido literalmente seria algo como “etapas de construção”, todavia, a tradução lusófona utiliza corretamente o termo “escalonado”, dando um caráter matemático em detrimento de figura de linguagem que remete à engenharia.

válida , “n2”, que por sua vez é juridicamente válida *se e somente se* foi criada em conformidade com a outra norma superior legalmente válida, “n3” , e assim por diante (KELSEN, 2003: 221-224).

Devemos notar aqui que Kelsen aceita como auto-evidente e fundamentalmente correta a necessária distinção entre o que é e o que deveria ser, o mundo do “ser” e do mundo do “dever-ser”, sendo estas duas categorias ou modos fundamentais e distintos de pensamento, de tal forma que o significado do “dever-ser” é intuitivamente claro, expressando o sentido específico em que o comportamento humano é determinado por uma norma. Assim, a lei é um fenômeno normativo, e , como tal, deve ser cuidadosamente distinguida de fenômenos factuais, *id est*, do mundo da experiência, mas também de outros fenômenos normativos, como Moral, Ética, Religião e Regras de Trato Social.

Infere-se, portanto, que juristas, diante de determinado caso concreto não podem invocar nem (i) considerações empíricas de psicologia, sociologia, economia, ciência política, etc (ii) considerações normativas de ética, teologia e moral. O objetivo básico da metodológico Teoria Pura, em especial no que se refere ao intérprete autorizado, é libertar o estudo do Direito de todos os elementos estranhos a este, evitando sincretismos metodológicos, que poderiam nos escravizar ante aos *Weltanschauungen* uns dos outros. Todavia, é crescente a influência de subjetivos mandamentos morais na esfera da Jurisdição Constitucional, ao alvedrio da teoria kelseneana.

Na sobreposição dos fenômenos Política, Direito e Inconsciente, é problematizado o fato de que magistrado da Jurisdição Constitucional está ligado aprioristicamente a dois destes fenômenos. No primeiro ele se evidencia como figura paterna máxima, sucedâneo do Pai Primevo⁸ (FREUD, 2010: 18, 23), e no segundo surge como detentor de faculdades e deveres institucionais, derivados de uma política empírica e idealista. Para complicar mais essa conjugação de estruturas no Magistrado de Jurisdição Constitucional, jaz o mais ululante fenômeno do Direito. Conclui-se que, hodiernamente, no quadro descrito como “Supremocracia”⁹, o Magistrado-Pai, se vê mais relacionado à moral (como figura paterna) do que a norma jurídica (enquanto ente da *Iuria*) e das cláusulas democráticas (enquanto sujeito de política democrática)¹⁰. Assim é que hodiernamente encara-se um estranho híbrido das

⁸ Uma vez que esta ‘metáfora contratualista’ funda a necessidade da lei, de forma tal que a complexidade da potência desejante do indivíduo explica a complexidade das interdições sociais (FREUD, 2010: 18, 23-24).

⁹ Cf. Vilhena (2008)

¹⁰ Cf. Miranda Netto e Nunes Pereira (2013, 459-479)

teorias de Kelsen e Schmitt – o poder decisório de uma ditadura comissarial ancorada em valores moralizantes justificada discursivamente por uma mítica *rule of law*, que na verdade jaz sob os pés de um guardião moralista (MAUS, 2000). Uma forma de entender e contornar esta crise na gramática jurisdicional é compreender de maneira crítica a legitimidade democrática de uma Corte Constitucional.

3. Legitimidade e Legitimação

A priori, é consenso de que os Três Poderes constituídos podem e devem interpretar a Constituição e pautar sua atuação com base nela. A divergência configura exceção, e, neste caso, a palavra final é do Judiciário, que, a *contrario sensu*, é o Poder constituído com deficit democrático. Esta carência democrática não é, *per si*, um problema sob a ótica de Kelsen, visto que para equilibrar a regra da maioria ao respeito às minorias, parece ser premente a existência de um poder político contra-majoritário. Outrossim, em Schmitt, tal questão também não é problema aprioristicamente, pois a verdadeira democracia jaz no Poder Executivo, com musculatura representativa mediante mecanismos plebiscitários (até cesaristas). Todavia, conforme asseverado anteriormente, hodiernamente é comum que o Judiciário tome decisões contra-majoritárias, tal como se fosse plebiscitariamente escolhido pelo povo, ora sustentando suas decisões em um Moralismo (MAUS, 2000) *ultra-legis* e ora sustentando sua práxis pela teoria kelseneana, ao alvedrio das reais intenções do mestre austríaco. Tal problemática remete diretamente ao binômio Legitimidade/Legitimação, sendo este tratado pela obra seminal de Habermas (1980).

De maneira geral, partimos do pressuposto de que, tanto em Kelsen quanto em Schmitt, a Teoria de Tripartição de Poderes pura e simplesmente exposta à luz da problemática da Jurisdição Constitucional, não se basta, de tal forma que, conforme assevera Barroso (2008: 57) podem ser mobilizados os seguintes argumentos:

“O acolhimento generalizado da Jurisdição Constitucional representa uma ampliação da atuação do Judiciário, correspondente à busca de um novo equilíbrio por força da expansão das funções dos outros dois Poderes no âmbito do Estado Moderno; a Jurisdição Constitucional é um instrumento valioso na superação do déficit de legitimidade dos órgãos políticos eletivos, cuja composição e atuação são muitas vezes desvirtuadas por fatores como o abuso do poder econômico, o uso da máquina administrativa, a manipulação dos meios de comunicação, os grupos de interesse e de pressão, além do sombrio culto pós-moderno à

imagem sem conteúdo; juízes e tribunais constitucionais são insubstituíveis na tutela e efetivação dos direitos fundamentais, núcleo sobre o qual se assenta o ideal substantivo de democracia; a Jurisdição Constitucional deve assegurar o exercício e desenvolvimento dos procedimentos democráticos, mantendo desobstruídos os canais de comunicação, as possibilidades de alternância no poder e a participação adequada das minorias no processo decisório”. (BARROSO, 2008: 57).

Tendo em vista os argumentos expostos pelo Excelso Ministro, o presente estudo expõe a incontornável crítica de Schmitt ao procedimentalismo como óbice à real Legitimidade política, ao passo que problematiza a questão de Legitimidade e Legitimação enquanto solução habermasiana, congruente em certa medida ao raciocínio de Kelsen.

O pensamento de Schmitt acerca do binômio (ou antítese) Legalidade e Legitimidade (2004) parece ser uma culminação dos seus primeiros vinte anos. A solução a esta aparente dicotomia, jaz a sobreposição normativa de três fenômenos políticos: a) anti-racionalismo; b) totalitarismo estatal; c) ojeriza à democracia liberal, e d) uma específica e bem delimitada noção de soberania .

O Racionalismo do qual Schmitt tenta se afastar é identificado ao formalismo legal ou procedimentalismo. Neste sentido uma ordem jurídica não conseguiria *per se* formar um sistema racionalmente coerente, autopoietico, que impediria o executivo de executar. Para Schmitt o processo legal almeja abarcar todas as aspirações concebíveis, metas e movimentos, inclusive revolucionários, dando-lhes permissão e possibilidade de atingir seus objetivos, o que forneceria ordem e um meio neutro a tais aspirações (SCHIMITT, 2004: 10). Todavia este procedimentalismo não forneceria real legitimidade de um sistema político, pois qualquer sistema dotado de extremado legalismo torna-se vulnerável a meios legais de minar e subverter o próprio Estado de Direito (SCHIMITT, 2004: 27). Na ausência de uma determinada norma substantiva que transcenda o formalismo o Estado encontrar-se-á indefeso contra as forças políticas organizadas elegíveis ao Parlamento que abusariam deste ou mesmo aboliriam a representatividade congressional¹¹. Uma forma de intervir neste processo seria avocar o Estado à legitimidade plebiscitária do Poder Executivo, em detrimento do Parlamento e Judiciário justificados existencialmente pelo legalismo procedimentalista, que não necessariamente refletiria aspirações do povo. Assim é que, transcendendo o racionalismo legal e concedendo

¹¹ Schmitt se referia provavelmente aos Comunistas, todavia, a subversão da ordem legal com o fito de abolir o Estado Democrático, foi realizada pelos Nazistas, conforme visto anteriormente, que encontravam respaldo discursivo e argumentativo na obra do referido jusfilósofo.

poderes totais ao Estado, a Democracia Liberal seria solapada por aquele ente que verdadeiramente detém a soberania estatal. A *Juristocracia*, ao alvedrio da origem kelseneana de uma Corte Constitucional, parece tender à este caminho exarado por Schmitt, alheia à sua própria carência de Legitimidade, nas mais variadas acepções de tal categoria.

Legitimidade, interpretada em uma chave descritiva, refere-se às crenças das pessoas sobre o poder político e, por vezes vezes, às suas próprias obrigações políticas (MOMMSEN, 1989: 18). Em Max Weber esta noção de Legitimidade exclui qualquer recurso a critérios normativos (MOMMSEN, 1989:20). De acordo com Weber, determinado regime político é legítimo uma vez que os concernidos têm certas crenças ou fé em relação a este - "*Legitimitätsglaube*". Com efeito, a base de todo o sistema de autoridade, e, correspondentemente, de todo o tipo de obediência política, jaz em uma crença, em virtude do qual as pessoas que exercem autoridade são prestigiadas (WEBER, 1964:382). A legitimidade pelo Direito, em Weber, é uma dentre outras possibilidades. Weber identifica legitimidade como uma importante categoria explicativa para a ciência social, pois a fé em uma ordem social particular produz regularidades sociais que são mais estáveis do que aqueles que resultam da busca do interesse próprio ou de regramentos diuturnos (WEBER, 1964: 124).

Em contraste com o conceito descritivo de Weber, o conceito normativo da legitimidade política refere-se a algum ponto de referência de aceitação ou justificação do poder político ou de autoridade. Assim, segundo John Rawls (1993), a Legitimidade é explicada por que o uso do poder político por uma determinada instituição (Estado, Governo, alguma coletividade) é permitido, havendo, como consequência, o dever moral de obedecer seus comandos. Deste ponto de vista, se as condições de legitimidade não são cumpridas, se as instituições políticas exercem o poder injustificadamente e os comandos por elas emanadas não implicarão em um dever de obediência.

Em um entendimento mais estrito desta última interpretação, a legitimidade está relacionada com a justificação moral da autoridade política e não com a sua criação. Entes podem ser eficazes, sendo de fato autoridades, sem necessariamente serem legítimos. Tais entes podem reivindicar o direito de governar e de criar obrigações a serem obedecidas, e enquanto estas reivindicações sejam atendidas com a aquiescência suficiente, haverá autoridade (RAZ, 1986).

Em oposição, a autoridade política pode ser moralmente justificada sem necessariamente ser legítima, todavia, apenas a autoridade legítima gera obrigações políticas (SIMMONS, 2001). Contudo, mesmo a autoridade legítima não se bastaria para criar

obrigações políticas. Uma autoridade política (como o Estado) poderia estar autorizado a emitir comandos que os cidadãos não seriam obrigados a obedecer (DWORKIN , 1986: 191) o que poderia levar a conclusão de que a autoridade legítima só dá origem a obrigações políticas, se satisfeitas condições normativas.

Havendo a comentada distinção entre legitimidade descritiva e normativa, devemos notar que alguns autores têm defendido uma combinação de ambas interpretações como Habermas (1980) e Beetham (1991). Tais autores, em especial o primeiro, criticam o conceito descritivo, tal como definido por Weber, pois negligenciariam algumas crenças de segunda ordem dos indivíduos sobre legitimidade, para além de uma instituição política particular, mas também sobre a justificabilidade desta instituição, isto é, sobre o que é necessário para esta legitimidade. Beetham alega que uma relação de poder não é legítima porque as pessoas acreditam na sua legitimidade, mas porque esta pode ser justificada¹² (ou explicada) em termos de suas crenças (BEETHAM 1991 : 11). O conceito normativo (em sentido estrito) também é criticado por Beetham e Habermas, pois seria deveras limitado na compreensão de processos reais de legitimação. Neste sentido, tende-se a concentrar-se condições gerais necessárias para a justificação das instituições políticas, mas negligenciar a eventual atualização histórica do processo de justificativa, de tal sorte que toda teoria geral de justificação permaneceria peculiarmente abstrata em relação às formas históricas de dominação legítima, havendo uma carência de Standards apriorísticos de legitimação (HABERMAS , 1980: 205). Para além da Legitimidade dada, é preciso entender o que fornece legitimidade, ou seja, o ponto de referência específico, como na visão normativa.

“It is at this point that Habermas’s commitment to critical theory becomes more central. Habermas is convinced that it is possible to secure normative agreement on an intersubjective basis by appealing to the notion of undistorted communication. We can establish some normative agreement in terms of which state activity can be rendered legitimate. Not that this is likely to secure the legitimacy of the liberal capitalist state; rather the needs and interests which would be the basis of normative agreement and which could be established in a situation of undistorted communication would point the way to a transformation of capitalist society whose patterns of domination lead individuals systematically to mistake their needs. Habermas’s point here is both ethical and meta-ethical. The ethical point is that he believes that he has shown that social life does depend upon some kind of moral

¹² Tal explicação, por exemplo, no que concerne ao presente estudo, pode ser encontrada no escalonamento de normas de Kelsen, na Regra de Reconhecimento de Hart, ou no Cesarismo de Schmitt.

agreement both to provide a basis for personal identity, dignity, worth and purpose and to provide a basis on which intersubjective economic and political activity can be conducted. Traditional morality fulfilled this role, but liberal capitalism faces a crisis of authority because it has caused a crisis of community. The traditional moral ties have been broken down by capitalism and there are no resources to provide for its authority. We need a new Sittlichkeit, an agreement on norms and values to secure social integration. However, modern moral thinking is highly subjective and non-cognitivist, reflecting an individualism which is itself the product of capitalism, and Habermas is forced to deploy a meta-ethical theory to demonstrate how a new Sittlichkeit could be formed. This is done through the idea of undistorted communication. The basis of the new normative agreement would be the needs and interests which human beings would come to believe that they have in common if they were able to reason about their lives and their ends in a position free of social power and domination. Such reasoning must be about ends. because needs are fundamentally means to ends.” (PLANT, 1982: 350).

A Jurisdição Constitucional, em entendimento habermasiano, que corrobora a posição de Kelsen¹³, é legítima quando dotada de eticidade¹⁴, configurada dentro de determinado paradigma democrático que transcende tanto o racionalismo legalista e descritivo quanto o normativismo puro. Esta eticidade, fundada necessariamente no diálogo, não estando pré-determinada, é portadora da Legitimação do Judiciário, ou seja, sua Legitimidade Democrática é dada posteriormente, condicionada a sua atuação necessariamente dialógica.

Todavia, esta Corte Constitucional democraticamente legítima, pois legitimizada, precisa necessariamente vencer em sua gnosiologia o obstáculo epistemológico presente na crítica de Schmitt, qual seja, a alegada premência de uma sociedade uniforme para realização da *verdadeira* democracia. Ultrapassado tal obstáculo, a Corte reencontra sua legitimidade quando sua eticidade opera em uma legalidade dialógica, ou seja, por regras pré-estabelecidas democraticamente e abertas ao debate, o que necessariamente é informado por uma compreensão procedimentalista de Democracia.

4. Homogeneidade de *Ethos* versus Eticidade

¹³ Conforme visto anteriormente a importância dada por Kelsen (2000: 67) aos embates jurídicos entre a maioria e a minoria o faz entender que isto pressupõe a progressão de ideias e desenvolvimento da sociedade, sendo isto uma característica intrínseca do processo social humano, o que, no seu caráter dialético e procedimental, antecipa o pensamento habermasiano, uma vez que entende tal relação como essencial à Democracia, que só pode se realizar através da ordem jurídica (HABERMAS, 1997: 242).

¹⁴ No original “*Sittlichkeit*”, que traduzido literalmente seria “Moralidade”, todavia tem o sentido de qualidade do que é ético e moral enquanto agir.

Schmitt assevera que um requisito fundamental da democracia é uma forma substancial de homogeneidade, seguida pela eliminação de heterogeneidade, se necessário. Assim, segundo o *Kronjurist* do Terceiro Reich, toda democracia real se baseia no princípio de que não só são iguais os de fato iguais, mas também os desiguais não serão tratados da mesma forma (SCHMITT, 1985: 9). Esta igualdade pode ser encontrada em determinados atributos físicos ou morais, convicções religiosas, virtude cívica, ou origem étnica. Assim, a democracia ideal teria o condão de obstar qualquer elemento que ameaçasse a sua homogeneidade (SCHMITT, 1985: 11). Todavia, pelo critério schmittiano, algumas das maiores democracias contemporâneas (a despeito da problematização procedimentalista) não se encaixariam como tal, *verbi gratia*, Alemanha, Estados Unidos, Brasil e Índia, todos dotados de diferentes graus de pluralidade¹⁵ étnica e religiosa, por exemplo. Esta mitificação de um *ethos* homogêneo, ao alvedrio das inclinações ideológicas dos intérpretes autorizados, é o que parece informar a ideia de uma Moral monolítica (MAUS, 2000) que ainda jaz na *Weltanschauung* de muitas democracias ocidentais, inclusive Brasil, Alemanha *et allia*. Todavia, sem necessariamente concordar com a comprovadamente teoria schmittiana, a Democracia Representativa liberal está de fato em crise.

Um fator da crise da Democracia Representativa resta na sua fundação ancorada na vontade geral rousseauiana, tendo em vista a sociedade cada vez mais complexa e compartimentalizada em grupos, de tal sorte que não mais se visualiza uma vontade geral pela qual o parlamento possa se orientar, mas, múltiplas e plurais vontades, que disputam legitimamente a prevalência no cenário político. A vontade que momentaneamente prevalece não capta a adesão das múltiplas vontades vencidas, o que agrava sentimento de não correspondência entre representantes e vários grupos de representados. A pluralidade é a nova marca da Democracia, cujo novo alicerce vem a ser a proteção das minorias e de uma pauta substantiva de Direitos Fundamentais. (CAPPELLETTI, 1993: 44).

Na História das Ideias, uma saída apontada aos conflitos de *ethos* é o cosmopolitismo, presente na filosofia clássica mas hipostasiado por Kant, inclusive imbuído de juridicidade.

¹⁵ Na Alemanha, a guisa de ilustração, há “apenas” cerca de oitenta por cento de alemães étnicos (STATISTISCHES BUNDESAMT, 2011: 64).

However, cosmopolitanism understood as matter of Jurisprudence (Rechtslehre) is a Kantian novelty. For Kant, cosmopolitanism is not a philanthropy or a fanciful representation, but it is a necessary complement to the unwritten codes of civil law and international law to enable the realization of fundamental principles aimed at the ideal of perpetual peace. (NUNES PEREIRA, 2013: 93)

Tal categoria kantiana é reprisada na obra de Habermas, inadvertidamente consonante a Kelsen, pela ideia de alteridade e Relativismo Filosófico (MATOS, 2006: 115-159; 269-285). A eticidade de Habermas, o relativismo posto em prática de Kelsen, parece ser oriundas da contextualização dos valores de Justiça aristotélicos em Kant:

In this reality, there is a formalist abstraction of Kantian theories, pursuant to currently invoking Aristotelian conviction that moral judgment is necessarily limited to certain socio-cultural contexts, leading to an alleged waiver of the needing for emancipatory potential of moral universalism, relinquishing to direct a scathing moral criticism towards unjust social structures. Overcoming this problem of modern atomism using Universalist ethics of good only hampers the first issue, since that would rely on precursors of moral universalism, id est, in a morality grounded in religious and cosmological weltanschauungen, even more difficult to reconcile alongside the hodiernal postmetaphysical thought than to the teleological worldview of Aristotle. (NUNES PEREIRA, 2013: 96)

Assim é que o Judiciário, com o condão de estabelecer contextualizações e liames a diferentes *ethea*, torna-se condição à Democracia sendo seus desafios de pluralidade não óbices, como em Schmitt, mas condições existenciais. Todavia, uma vez legitimado pela hodierna complexidade e pluralidade social e pela necessidade de conectar alteridades, a Corte Constitucional precisa ela mesma se contextualizar, de forma a ancorar sua legitimidade no exercício dialógico da legalidade, ou seja, a eticidade da eticidade – uma meta-eticidade, por assim dizer – agir de maneira que seu próprio agir encontre respaldo em normas democraticamente constituídas e dando espaço às oposições de *Weltanschauungen*, de forma a não reproduzir o atomismo (neo)liberal nem a homogeneidade autoritária de Schmitt.

5. O Resgate da Legitimidade Pela Legalidade Dialógica

A partir da crítica de Schmitt e a reconstrução habermasiana, consonante a Kelsen, a justificação de determinado modelo democrático hodierno, que legitima a Jurisdição Constitucional, prescinde de quatro movimentos retóricos que cristalizariam a aludida *Sittlichkeit*: i) negação do ethos político da pós-modernidade; ii) desvinculação entre as categorias “Democracia” e “Contratualismo”; iii) afastamento de abordagens elitistas e formalistas; iv) legitimação institucional mediante reconhecimento da alteridade.

A criticada expansão da jurisdição constitucional no âmbito das decisões políticas é a gradativa perda de legitimidade (descritiva e normativa) do processo político liberal. “A complexidade do debate político, o poder econômico, a falta de locais para o debate público, bem como os meios de informação são algumas das razões para a perda de legitimidade dos representantes populares” (AGRA, 2005: 116). Tal situação é gnosiologicamente informada por uma Pós-Modernidade normativa, ou seja, um “dever-ser” que transcenderia as meta-narrativas modernas, inclusive (e sobretudo) projetos político-filosóficos, que, embora aparentemente soçobrados, são apresentados erroneamente como distintos do próprio Direito em sua dimensão ontológica. Como consequência lógica, apresenta-se uma falta de identificação entre representantes e representados e a ausência de pressão dos destes em relação àqueles, desconstruindo, por conseguinte, a noção condicionante de que participação democrática se efetiva pela representação sendo, hodiernamente, a tradicional política representativa encarada como mero procedimento e não como efetivo processo democrático de afirmação da vontade coletiva, o que, em tese, legitimaria uma instância institucional declaradamente contra-majoritária. A presente análise, contudo, desvincula-se do paradigma Pós-Moderno¹⁶, uma vez que, ainda estando a sociedade imersa na Modernidade (BERMAN 2010: 17, 345-346) e, conseqüentemente em seus projetos civilizatórios e suas meta-narrativas, pouco importa normativamente o hodierno *ethos* despolitizado, ou seja, a saída “*despolitizante*” e judicializante, deve ser reencaminhada à dialogia social.

Com a negação da erosão intelectual pós-moderna, mister se faz resgatar duas das grandes meta-narrativas modernas que explicam e normatizam em grande medida os atuais

¹⁶ “Others believe that the really distinctive forms of contemporary art and thought have made a quantum leap beyond all the diverse sensibilities of modernism, and earned the right to call themselves “post-modern”. I want to respond to these antithetical but complementary claims by reviewing the vision of modernity with which this book began. To be modern, I said, is to experience personal and social life as a maelstrom, to find one's world and oneself in perpetual disintegration and renewal, trouble and anguish, ambiguity and contradiction: to be part of a universe in which all that is solid melts into air. To be a modernist is to make oneself somehow at home in the maelstrom, to make its rhythms one's own, to move within its currents in search of the forms of reality, of beauty, of freedom, of justice, that its fervid and perilous flow allows”. (BERMAN, 2010: 345)

arranjos jurídico-políticos – Contratualismo e Democracia. Contudo, insta diferenciar as duas teorias, e salientar que uma não se confunde com outra. A doutrina contratualista nem sempre teve objetivos democráticos, como em Hobbes. Outrossim, muitas teorias democráticas, sobretudo ao ocaso do Século XIX não mencionam a hipótese contratualista, como em autores tão díspares como Schumpeter e Tocqueville . Conclui-se que nem todo o contratualismo é democrático e nem toda teoria democrática é contratualista, ainda que constantemente a teoria da soberania popular e a teoria do contrato social estejam intimamente conectadas. De acordo com Bobbio (1998: 322) a teoria do contratualismo ganha juridicidade na tradição do pensamento democrático moderno através da soberania popular institucionalizada.

Dos dois poderes fundamentais do Estado — o legislativo e o executivo —, o primeiro enquanto pertença exclusiva do povo é o poder principal, enquanto que o segundo, que o povo delega a outros sob forma de mandato revogável, é poder derivado, e um dos pontos cardeais das teorias políticas dos escritores dos séculos XVII e XVIII. Estes são considerados os pais da Democracia moderna. Há, apesar de tudo, entre Locke e Rousseau, uma diferença essencial na maneira de conceber o poder legislativo: para Locke, este deve ser exercido por representantes, enquanto que para Rousseau deve ser assumido diretamente pelos cidadãos. De onde remonta a força do argumento da soberania popular e a ênfase aos Poderes legislativo e executivo, em detrimento do Poder Judiciário. Bobbio adverte que a doutrina da soberania popular não deve ser confundida com a doutrina contratualista. Seja porque a doutrina contratualista nem sempre teve êxitos democráticos (Hobbes e Kant, por exemplo, cada um a seu modo, são contratualistas, mas não democráticos), ou porque muitas teorias democráticas, sobretudo na medida em que se caminha para a Idade Contemporânea, prescindem completamente da hipótese contratualista. De modo que nem todo o contratualismo é democrático e nem todo o democratismo é contratualista. Embora seja certo que a teoria da soberania popular e a teoria do contrato social estão estreitamente ligadas. Através da teoria da soberania popular, a teoria do contratualismo entra de pleno direito na tradição do pensamento democrático moderno e torna-se um dos momentos decisivos para a fundação da teoria moderna da democracia. Mas é, sobretudo em Rousseau, grande teórico da Democracia Moderna, que o ideal republicano e democrático coincidem perfeitamente. No Contrato social rousseauiano confluem até se fundirem, a doutrina clássica da soberania popular, a quem compete, através da formação de uma vontade geral inalienável, indivisível e infalível, o poder de fazer as leis, e o ideal contratualista do Estado fundado sobre o consenso e sobre a participação de todos na produção das leis. Ao longo do século XIX a discussão em torno da Democracia se foi desenvolvendo principalmente através de um confronto com as doutrinas políticas dominantes no tempo, o liberalismo e o socialismo.

Firmou-se pelos escritores liberais Constant, Tocqueville e John Stuart Mill, a idéia de que a única forma de Democracia compatível com o Estado liberal, que reconhece e garante alguns Direitos Fundamentais, como são os direitos de liberdade, fosse a Democracia Representativa ou parlamentar, onde o dever de fazer leis diz respeito, não a todo o povo reunido em assembléia, mas a um corpo restrito de representantes eleitos por aqueles cidadãos a quem são reconhecidos direitos políticos (ROSÁRIO, 2010: 42)

Na trajetória da meta-narrativa da Soberania Popular criticar-se-á a consequência lógica de sua tese extremada, especialmente em Rousseau e sua mitificação da “vontade geral”, bem como a argumentação diametralmente oposta presente na convergência realista do Elitismo. Paralelamente, no que concerne ao Contratualismo, mais palpável tanto em Kelsen quanto em Schmitt, criticar-se á sua hipostasia hobbesiana e lockeana em detrimento de uma metafísica espinozista. A desvinculação entre Contratualismo e Democracia, seguida por uma abordagem crítica de ambos aliada a uma negação do Elitismo, informa uma compreensão democrática que, à luz de Kelsen, justifica existencial e politicamente a premência de uma Jurisdição Constitucional.

A feição francesa do Iluminismo, *Les Lumières*, em sua indistinção de Razão Prática e Razão Pura, especialmente em Rousseau, valoriza o mito de si mesma e hipostasia a soberania popular perdendo no processo uma projeção crítica da História, tornando-a refém de seu próprio *Zeitgeist* (CASSIRER, 1976: 197). Parte de Tocqueville, com esteio em Edmund Burke e Friedrich Schlegel, a problematização da “Vontade Geral” e a tendência à “Ditadura da Maioria,” o que, conforme visto no capítulo primeiro do presente estudo, informa diretamente a epistemologia kelseneana no que concerne à Democracia, o que justificaria a necessidade ontológica de instâncias contra-majoritárias, a despeito da tese rousseauiana.

Por outro lado o Contratualismo, especificamente de matriz britânica, põe sua atenção na paz entre os homens, a despeito da realização de seus desideratos. Em sua chave hobbesiana o Contrato entre Governante e Governados é intransponível, metafísico e de alteridade absoluta, com predominância funcional do Poder Executivo (HOBBS, 2008: 114-118). Em sua interpretação lockeana o Contrato Social é condicionado à cláusulas de confiança e aquiescência popular, notadamente orientadas por um “proto-liberalismo” ancorado nas inclinações volitivas de indivíduos livres (MACPHERSON, 1979: 215). Tanto Kelsen quanto Schmitt ancoram suas teorias acerca da autoridade em Hobbes. Este apontando o caractere teológico do Leviatã, e sua existência divina em detrimento da mecânica como elemento

fundador da verdadeira democracia, o que desautorizaria o legalismo do liberalismo. Kelsen, por outro lado, vê em Hobbes a fundação da Concórdia Social, o que permite uma posterior inserção de Locke, justificando a premência de um Legislativo forte orientado procedimentalmente pelo Judiciário. Todavia, suplanta-se a ambos, e de certa maneira a concordar inadvertida e funcionalmente com Kelsen, a proposição de Spinoza acerca do Contratualismo e da Soberania enquanto sua consequência jurídico-metafísica, de tal sorte que assevera o filósofo neerlandês que “ninguém pode alguma vez transferir para outrem a sua potência e, conseqüentemente, o seu direito, a ponto de deixar de ser um homem” (SPINOZA, 2004: 201). A manutenção desta limitação ao Contratualismo e a Soberania Popular, em Habermas, em consonância a Kelsen, operar-se-á pela análise dialógica da lei, entendida como manifestação do *logos* contratual do Estado-Leviatã, ou seja, por um procedimentalismo ancorado em construções racionais de decisões pela participação livre e republicana de governados ante ao Governante.

Ao criticar a confluência contingente entre Contratualismo e Soberania Popular, à primeira vista parece haver flerte com ideias elitistas. Tem-se, portanto, que no Elitismo (em Gaetano Mosca, Vilfredo Pareto e Schumpeter principalmente) Democracia é um ideal-limite impossível de se corresponder a uma realidade factual, (HOLLANDA, 2011: 8-12). De maneira generalizada, no elitismo Democracia não se configurará na realização do bem comum mediante a vontade geral (como em Rousseu), mas sim se identificará a mera existência de vários grupos concorrentes ao voto popular (HOLLANDA, 2011: 8-12).

Um ambiente dito democrático, por conseguinte, há de superar a confusão Iluminista concernente à Soberania Popular e Contratualismo, bem como não se deixar seduzir pela tentação elitista, alegadamente mais realista. A suplantação de ambos os desafios se dá pela *legalidade dialógica*, a qual prescinde de uma Jurisdição Constitucional enquanto macro-operador de uma Democracia Procedimental¹⁷ (HABERMAS, 1997: 19). Isto significa que também há espaço para a *legalidade dialógica* fora da jurisdição constitucional. Por outro lado, legitima-se o controle de constitucionalidade efetuado pelas Cortes Constitucionais, uma vez

¹⁷ Habermas, de maneira mais específica, conjectura a Democracia Procedimental a partir de críticas ao Republicanismo e ao Liberalismo. “Na visão liberal, o processo democrático se realiza exclusivamente na forma de compromissos de interesses, sendo que as regras da formação do compromisso devem assegurar a equidade dos resultados. A perspectiva republicana assevera que a formação política da opinião, bem como da vontade das pessoas privadas é que constitui o medium, através do qual a sociedade irá se constituir como uma unidade estruturada politicamente. Logo, a ótica republicana postula a existência de vontades e finalidades homogêneas na sociedade, o que torna necessário apenas o estabelecimento de um diálogo entre os cidadãos – a chamada deliberação política –, que possibilita a construção de um processo de autoconscientização dos valores sociais, obtendo-se a integração social” (BOTELHO, 2010: 221-222).

demonstrado que o exercício da jurisdição constitucional obtém a sua legitimidade através da possibilidade de construção racional das decisões, fundadas necessariamente em participação popular, partindo de um consenso sobre as suas próprias pretensões de legitimidade (BOTELHO, 2010: 218).

Esse quadro reforça o papel da Jurisdição Constitucional, mais especificamente das Cortes Constitucionais, que assumem relevante função de proteção do ordenamento jurídico interno e de sua conformação frente aos imperativos supranacionais. Significa que a Corte Constitucional não apenas atua como “guardiã da Constituição” no sentido proposto por Kelsen, mas também como aquela que vai proporcionar um diálogo construtivo e necessário do ordenamento jurídico interno com o arcabouço normativo externo (BOTELHO, 2010: 219).

As decisões de uma Suprema Corte não podem subverter o Estado Democrático de Direito ao frustrarem a possibilidade de diálogo, a qual jaz no próprio *Tropo da Diaphónia* Moderno (LESSA, 2003: 19), avesso à epistemologia “democrática” de Schmitt. A subversão da dialogia democrática pode se dar de duas maneiras: a) discurso com recurso à Moral, porquanto, alheio à própria norma e b) irreflexiva aplicação repetida de recurso à maioria. Em ambos os casos verifica-se a absolutização epistemológica e axiológica, o que soçobra qualquer dialogia fundada no relativismo enquanto premente fundamento da Democracia, conforme asseveram Kelsen (2000: 178-182) e Habermas (1997: 242).

6. Conclusões

Este trabalho procurou responder às seguintes indagações: a) como poderia a Jurisdição Constitucional ser defendida como compatível com a democracia, tendo em vista que sua essência é contramajoritária?; b) qual a contribuição do positivismo e/ou do decisionismo para desenvolvimento de uma concepção baseada concomitantemente na legalidade e legitimidade política; c) Podem as críticas de Schmitt ainda ser aproveitadas e as proposições de Kelsen ainda continuam teoricamente válidas?

A fundamental auto-evidência da distinção entre o que *é* e o que *deveria ser, id est*, as respectivas categorias do “ser” e do do “dever-ser”, sendo que este torna um comportamento determinado por uma norma. Porquanto, a lei é um fenômeno normativo, distinta de fenômenos factuais e de fenômenos normativos de liame causal com a realidade natural e social (Moral, Ética, Religião). Nestes termos, juristas, em especial o intérprete oficial da lei (o magistrado)

diante de determinado caso não há de invocar considerações empíricas nem considerações normativas sociais-causais. O Direito separado de elementos estranhos a ele, não é evitado por sincretismos metodológicos, que potencialmente submeteriam o magistrado e os jurisdicionados ante às mundivindências uns dos outros. Neste sentido, o Positivismo Jurídico seria mais afeito à uma noção de Democracia que tenta conservar o indivíduo de forma concomitante à que preserva o Estado enquanto monopolizador da norma e da eventual aplicação de força.

Para Schmitt, contudo, os problemas da Modernidade são intensificados no Legalismo e na Constituição, que passa a ser uma sinédoque da Política, mistificando a verdadeira ontologia Estatal e o campo de discussão. O mais grave para ele seria uma eventual redução positivista e a confusão tácita entre Constituição (como unidade) e direito constitucional (como conjunto de detalhes e teorias). Ocorreria, na sequência, segundo Schmitt, uma substituição da legitimidade, em sentido amplo, pela legalidade, havendo uma série de estatutos e proposições diferentes que atendem a demanda de uma determinada constituição escrita. Neste sentido, a crítica de Schmitt, e algumas conclusões moral e politicamente abjetas, é válida sim ao hodierno cenário político.

A Jurisdição Constitucional é, por conseguinte, premente ao arranjo democrático defendido por Kelsen e que, em alguma medida, vicejou no mundo pós-guerra e é defendido (mais à esquerda ou à direita) pela grande maioria de jusfilósofos e teóricos políticos. Todavia, para não se tornar caricatura de si mesma, como Schmitt via, nem judicializar a Teoria do referido filósofo alemão, mister se faz respeitar seus próprios limites e observar sua legalidade e legitimidade democrática.

7. Referências bibliográficas.

AGRA, Walber de Moura. “A Reconstrução da Legitimidade do Supremo Tribunal Federal. Densificação da Jurisdição Constitucional Brasileira”. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. “O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro”. São Paulo: Editora Saraiva. 2008.

- BEETHAM, David. "The Legitimation of Power". Basingstoke: Palgrave. 1991.
- BERMAN, Marshall. "All That Is Solid Melts Into The Air" Londres: Verso. 2010.
- BOBBIO, Norberto. "Dicionário de Política". Brasília. Editora UNB. 1998.
- BOTELHO, Marcos César. "Democracia e Jurisdição: A Legitimidade da Jurisdição". In. *Revista de Direito Público*, N.19. Brasília: IDP. 2010. Acessado em 17 de outubro de 2013. Disponível em : <http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/view/390/969>
- CAPPELLETTI, Mauro. "Juízes legisladores?" Porto Alegre: Sergio A. Fabris, Editor, 1993.
- CASSIRER, Ernst. "O Mito do Estado". Rio de Janeiro: Zahar Editores. 1976.
- DWORKIN, Ronald. "Law's Empire". Cambridge: Harvard University Press. 1986.
- DYZENHAUS, David. "Legal Theory in the Collapse of Weimar: Contemporary Lessons?" In. *The American Political Science Review*, vol. 91, N.º1, Março. New Hampshire: The American Political Science Association. 1997.
- FREUD, Sigmund. "O Mal Estar na Civilização, Novas Conferências Introdutórias à Psicanálise e outros Textos – Obras Completas Vol. 18". São Paulo: Companhia das Letras. 2010
- HABERMAS, Jürgen. "Direito e Democracia: entre facticidade e validade. v. 2". Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. "Legitimation Crisis". Londres: Heinemann. 1980.
- HOBBS, Thomas. "Leviatã". Martins Fontes. São Paulo: Martins Fontes. 2008.
- HOLLANDA, Cristina Buarque de. "Teoria das Elites". Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. 2011,
- KELSEN, Hans. "A Democracia". 2ª ed., São Paulo: Editora Martins Fontes, 2000.
- KELSEN, Hans. "On the Pure Theory of Law". In. *Israel Law Review* Vol. 1. Jerusalem: The Hebrew University of Jerusalem. 1966.
- KELSEN, Hans. "Teoria Pura do Direito". São Paulo: Martins Fontes. 2003.
- KELSEN, Hans. "The Function of the Pure Theory of Law". In. *Law: A Century of Progress 1835 to 1935. Vol. 2*. Nova Iorque: New York University Press. 1937.

LESSA, Renato. “Agonia, Aposta e Ceticismo: Ensaio de Filosofia Política” Belo Horizonte: Editora da Universidade Federal de Minas Gerais. 2003.

MACPHERSON, C. B. “A teoria política do individualismo possessivo de Hobbes até Locke”. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 1979.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. “Filosofia do Direito e Justiça na Obra de Hans Kelsen”. Belo Horizonte: Del Rey. 2006.

MAUS, Ingeborg. “Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã”. In. *Novos Estudos CEBRAP*, n.58. São Paulo. 2000.

MOMMSEN, Wolfgang. “The Political and Social Theory of Max Weber”. Oxford: Blackwell. 1989.

MIRANDA NETTO, Fernando Gama de, NUNES PEREIRA, Daniel. “Supremacia Judicial E Superego Na Justiça Constitucional”. In. Anais XXII Encontro Nacional do CONPEDI / UNICURITIBA. Acesso à justiça I. COUTO, Monica Bonetti. SILVA, Maria dos Remédios Fontes, KFOURI NETO, Miguel [coord.]. Florianópolis : FUNJAB, 2013. pp. 459-479.

NUNES PEREIRA, Daniel. “The Limits Of Kantianism Towards A Project Of Global Justice.”, In. *Politikon: IAPSS Political Science Journal* Vol.1 N°.20. Junho. Nijmegen: International Association of Political Science Students. 2013.

PLANT, Raymond. “Jurgen Habermas and the Idea of Legitimation Crisis”. In. *European Journal of Political Research* n.10. Amsterdam: Elsevier Scientific Publishing Company. 1982.

RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press. 1993.

RAZ, Joseph, “Kelsen's Theory of the Basic Norm”. In RAZ, Joseph. *The Authority of Law*. Oxford: Oxford University Press. 1979.

RAZ, Joseph. *The Morality of Freedom*. Oxford: Oxford University Press. 1986.

ROSÁRIO, Luana Paixão Dantas Do. “Legitimidade Da Função Política Do Poder Judiciário Na Democracia Constitucional: Uma Concepção Orientada À Concretização Dos Direitos Fundamentais”. Salvador: Mimeo. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da

Bahia. 2010.

SCHMITT, Carl. “Legality and Legitimacy”. Durham/London: Duke University Press. 2004.

SCHMITT, Carl. “The Crisis of Parliamentary Democracy”. Cambridge: MIT Press. 1985.

SIMMONS, A. John. “Justification and Legitimacy: Essays on Rights and Obligations”. Cambridge: Cambridge University Press. 2001.

SPINOZA, Benedictus de. “Tractatus Theologico-politicus – vol. III” Leiden: Gebhardt Edition. 2004.

STATISTISCHES BUNDESAMT. “Bevölkerung und Erwerbstätigkeit: Bevölkerung mit Migrationshintergrund – Ergebnisse des Mikrozensus 2010” Wiesbaden. 2011. Disponível em <https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Bevoelkerung/MigrationIntegration/Migrationshintergrund2010220107004.pdf> Acessado em 19 de outubro de 2013.

TROPER, Michel. “Un Système Pur du Droit: Le Positivisme de Kelsen”. In. La Force du Droit – Panorama des Débats Contemporains. BOURETZ, Pierra [Org.]. Paris: Éditions Esprit. 1991.

VIEIRA, Oscar Vilhena. “Supremocracia”. In. *Revista Direito GV*, n. 2, vol. 4. Rio de Janeiro. 2008.

VINX, Lars. “Hans Kelsen’s Pure Theory of Law – Legality and Legitimacy”. Oxford: Oxford University Press. 2007.

WEBER, Max. “The Theory of Social and Economic Organization”. New York: Free Press. 1964.

WITTGENSTEIN, Ludwig. “Tractatus Logico-Philosophicus”. São Paulo: EdUSP. 2010.