
LEGITIMIDADE DO DIREITO E DO ESTADO: DO CONTRATO CONSENSUAL AO CONSENSO NÃO-CONTRATUAL.

The Legitimacy of the Law and of the State: From the Consensual Contract
to the non-Contractual Consensus.

José Querino Tavares Neto*
Anderson Fernandes Lopes*

RESUMO: O presente texto tem como objeto a descrição do conceito de legitimidade jurídica a partir da filosofia política moderna. Primeiro, passa pelo contratualismo clássico, de forma especial, em Hobbes, Locke e Kant; depois pelo positivismo jurídico que notadamente em Kelsen promoveu um esvaziamento conceitual absoluto, e por último, a vertente daqueles que buscam reabilitar a razão prática kantiana, como Rawls e Habermas. De uma forma geral, defende-se a legitimidade como uma tensão entre o ordenamento legal vigente e as aspirações de seu substrato empírico.

PALAVRAS-CHAVE: direito, legitimidade, contratualismo, positivismo e razão prática.

ABSTRACT: The objective of the presented article is to describe the concept of juridical legitimacy based on the modern political philosophy. First, the text explores the classic contractualism, especially Hobbes, Kant and Locke. Then, it explores the juridical positivism, which notoriously promoted a conceptual emptiness in Kelsen. And finally, the sources of those who seek to rehabilitate Kantian practical reason, like Rawls and Habermas. In general, legitimacy is defended like a tension between the effective legal order and the aspirations of its empirical substrate.

KEYWORDS: Law, legitimacy, contractualism, positivism and practical reason.

INTRODUÇÃO

Com Kant se tem por assente que não há direito sem coação. Aplicar o direito é sempre autorizar o uso de uma força física ou simbólica justificada. Essa autorização assenta-se em uma força maior e anterior a qual acatamos como uma licença delegada. Mas, é impensável que o direito, em uma relação política, se repouse exclusivamente na coerção, antes, está sempre a exigir uma fundamentação suficiente para acatarmos, em termos de obediência, aquilo que outrora fora instituído. Trata-se das razões pelas quais aceitamos as leis como válidas, ou porque estamos dispostos a aceitá-las de modo satisfatório. O campo de análise, desse modo, foge do campo factual, pelo menos em princípio, abrindo-se aos aspectos valorativos e psicológicos dos indivíduos que tem a ver com a crença (aceitação) naquilo que por nós é construído. Estamos falando da legitimidade.

O conceito de legitimidade é central na filosofia do direito. Sua origem é correlata aos fundamentos da autoridade e tem a ver com a relação comando/obediência. A legitimidade serve como uma baliza ao poder em exercício, apesar de nem sempre resultar de um governo efetivo que atenda as demandas sociais.

Nesse sentido, é possível diferenciar a idéia da submissão de aceitação, para a qual, a primeira nos remete a idéia de coação pura, constante e alheia a uma vontade geral, e a outra, ao entendimento de que a sociedade se mantém integrada por meios reconhecidos,

* Pós-doutor em Direito Constitucional na Universidade de Coimbra, com bolsa da Capes, Mestre pela Unicamp, Doutor pela UNESP/Araraquara, professor adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás e do Mestrado em Direito da UNAERP. Contato: josequerinotavares@gmail.com

* Pesquisador, graduado pela UFG. Contato: andersonufg@gmail.com

ou socialmente aceitos, que de uma forma ou de outra, nos mostra o porque de tantos se sujeitarem ao poder de tão poucos (obediência), ou seja, o poder político exercido de forma legítima não faz uso constante da força para manter o *status quo* institucionalizado, ao passo que o ilegítimo se apresenta arbitrário frente aos governados. Frente a isso, a legitimidade representa uma *pont* conceitual entre a ordem emanada por um poder instituído e a obediência social, servindo ao mesmo tempo, como liame de satisfação, em termos da democracia representativa, entre representantes e representados¹.

Todavia, a idéia de legitimidade do poder político (e da ordem jurídica) nunca se caracterizou por um sentido unívoco, assumiu, ao contrário, múltiplas configurações, variando sensivelmente ao longo da história em razão de uma pluralidade de fatores. Seu conceito, que vai além do *conforme a lei* (*legitimus, lex*), como presume o uso comum, é frequentemente vinculado à tensão entre um ordenamento legal vigente e as aspirações de seu substrato empírico (social, econômico, cultural) ou de sua ordem moral (ética, direito natural). Apesar da plasticidade conceitual, variando a cada paradigma, a legitimidade ainda permanece aderida às investigações a cerca dos fundamentos de justificação de um poder motivado, traduzido numa “fórmula de obediência” que serve para estabelecer uma ligação entre as expectativas dos destinatários e determinada orientação na condução da comunidade (ADEODATO, 1989, p.1). A legitimidade, nesse sentido, pode ser vista como o termômetro indicador da adequação ou não entre os anseios dos destinatários das normas e o conteúdo das normas jurídicas (ou decisão tendo como fundamento as próprias normas).

Em regra, o vocábulo orienta-se por duas acepções, uma relativa aos fundamentos normativos do poder (conceito próprio de legitimidade), e outra referente aos motivos e recursos fáticos responsáveis pela obediência à ordem instituída (legitimação). Em busca de uma melhor definição, alguns estudos se referem tanto a legitimidade quanto a legitimação. Uns defendem o sentido análogo para os dois conceitos (LUHMANN, 1980, p.29-35), enquanto outros apontam distinções (OLIVÉ, s.d., p.1987). A legitimidade está associada com os fundamentos de validade das ordens político-jurídicas (problemas de natureza ética: justo, bom), em que a comunidade formula juízos axiológicos em face da atuação de quem detém o poder; por sua vez a legitimação designa os procedimentos (meios) de que se vale o poder para obter reconhecimento dos governados, por isso mesmo, serve como parâmetro do nível de obediência em uma ordem jurídica (DINIZ, 2006, p.45-52; ADEODATO, 1989, p.53-76). Logo, enquanto o primeiro se assenta nos aspectos normativos dos critérios de valor, o segundo se assenta nos aspectos fáticos dos elementos disponíveis para obter a aceitação².

Mesmo quanto à origem do termo encontramos divergências. Para alguns, originariamente, o conceito data suas raízes no direito privado romano (no âmbito do Direito de Família e Sucessões) como sinônimo de legalidade (ADEODATO, 1989, p.35; DINIZ, s. d. , p.42), apesar de ainda não aparecer como fundamento da obrigatoriedade e

¹ Habermas tenta solver com essa tensão de expectativas ao vincular a posição de destinatários de direito à, também, de produtores das normas que lhes concernem.

² Uma acepção unívoca, que não faça distinção entre os dois termos, não foi levada em conta nessa monografia. Até porque o próprio Habermas, a nosso ver, ora os emprega como conceitos distintos (Problemas de legitimação no Estado moderno. *Para a reconstrução do materialismo histórico*. São Paulo: Brasiliense, 1993, p. 223-4), ora como sinônimos (Acerca de la legitimación basada en los derechos humanos. *La constelación posnacional*. Ensayos políticos. Barcelona: Paidós, 2000, p. 147-8).

do poder político (ADEODATO, 1989, p.35); para outros, surgiu na Idade Média, como ferramenta de defesa contra a tirania e atos ilegais (LUHMANN, 1985, p.61), e ainda para outros, somente com o aparecimento das sociedades organizadas sob um modelo estatal, com a existência de um poder político regulador é que a legitimidade surge como exigência de validade aferível (HABERMAS, s. d. , p.220). Pelo menos, com Weber, independente de qualquer precisão semântica ou cronológica, se tem por certo que os sistemas políticos para subsistir, manter-se, precisam ser justificados segundo um princípio de legitimidade.

Mesmo diante da variabilidade de fatores, sustentados, seja por ideologias e crenças, seja, pela vontade divina ou pelos ditames da razão que permeiam a conceituação do termo legitimidade, de forma geral, ela pode, por outro lado, ser definida a partir de critérios objetivos ou formais, descaracterizadas de conteúdo empírico, pertinentes apenas ao modo pelos quais os governos atuam e se justificam através de regras pré-determinadas; e também, de critérios materiais que se referem a objetos empiricamente comprováveis ou não, cujos defensores se recusam a identificar uma relação entre poder e força. A tendência, nos parece, é a aceitação de uma definição de legitimidade vinculada a critérios objetivos em razão da impossibilidade, em sociedades hipercomplexas, da aquiescência coletivas de valores que supostamente são compartilhados como critério de aferição da realidade.

Historicamente, poderíamos recorrer à legitimidade, apesar de ainda não invocada no sentido moderno de justificação do poder, na *polis* grega os seus primeiros passos. Lá, quem participava na condução dos negócios públicos (cidadão) era o cidadão, livre e desvinculado do poder tirano ilegítimo por essência por limitar o exercício político. A legitimidade na Grécia estava associada à possibilidade (ainda que para poucos) de atuar no espaço público graças a sua liberdade (liberdade dos antigos que Habermas irá falar), e de sua igualdade perante os outros cidadãos.

Não obstante a contribuição grega para a formação do espaço político pela liberdade, o pensamento político ocidental, se desenvolveu, de modo decisivo, com os escritos de Platão e Aristóteles. O primeiro, por exemplo, apesar de descartar a pura violência como essencialmente apolítica, à maneira dos gregos, o filósofo era cético quanto à sensibilidade da maioria, que impossibilitada de ver o mundo das luzes, não se convenceria de um governo fincado na “razão”; Platão apela para o mito do inferno, mundo de crença e punição, para resolver o problema de um princípio legítimo de coerção (ADEODATO, 1989, p.34).

O conceito de liberdade esteve vinculado ao conceito de política, até o surgimento do cristianismo quando na esteira da filosofia helenista, se desconecta do espaço público, sendo identificada como uma faculdade humana (livre arbítrio) de quem pode, por meio da vontade, escolher um caminho diferente daquele que seja as discussões da *polis*. Com isso, abriu-se espaço para uma nova forma de justificação do poder fincada na lei natural e estabelecida por Deus, o jusnaturalismo teológico, que só fora abandonado, parcialmente com o surgimento do jusnaturalismo racionalista que privilegiou o fundamento ético (justiça, verdade, fé), pilar incondicionado, prévio e superior às regras postas pelo homem, que funcionava como uma instância indisponível limítrofe ao uso arbitrário do poder de fato. As normas de justiça passariam a ser pensadas, não a partir de uma crença em um fundamento transcendental, mas sim, naquelas estatuídas pela vontade a partir do mundo de suas experiências, que em última instância legitima o direito colocado pelos homens, se e somente se estiverem em consonância com um direito natural cognoscível, aceito

racionalmente. Em suma, o reinado absoluto de Deus é, por fim, substituído por uma instância laica, a razão humana, que, provocando uma atualização de bases, inicia um processo de intrasistematização do conceito de legitimidade, ou de outra forma, de busca dos fundamentos do poder no mundo absolutamente do homem.

Ad argumentandum, o que se verifica, ao longo desse tempo, foi um paulatino esvaziamento de conteúdo da legitimidade, concebido por Paulo Bonavides como a despolitização do conceito, simbolizado pela volatilização de crenças e rarefação de valores (BONAVIDES, 1993, p.31). Essa tendência persiste no contratualismo, e se sedimenta no positivismo jurídico a ponto de pensarmos na legitimidade como uma noção ilusória.

1 CONTRATUALISMO COMO ACORDO LEGÍTIMO

Com a perda da homogeneidade religiosa, ainda sob o impacto da Reforma, o pensamento filosófico passou a investigar um novo fundamento para o poder político. A fórmula mais corrente, o contratualismo, teve em Locke e Hobbes protodefensores daquilo que viria a ser o princípio da legitimidade racional-legal, baseada em estatutos e contratos a partir de um acordo fictício entre membros ideais (HABERMAS, 1988, p.29). Esse novo arranjo institucional, assentado em bases eminentemente racionais, refletiu na tomada de consciência por parte do homem das manifestas contingências da convivência em sociedade.

O motivo do contrato retrocede o pensamento do direito e do estado grego e romano, cujos primeiros sinais surgem no âmbito da teoria convencionalista da sociedade dos sofistas, mas teve sua forma definitiva na filosofia do iluminismo do século XVII e XVIII como uma metáfora instrumental à legitimidade de uma entidade jurídica (HÖFFE, 2001, p.398). O laço social é fruto de um acordo com valor jurídico que tem seu lugar sistemático numa teoria moral empreendida do ponto de vista da justiça, para o qual, segundo Höffe (2001, p.401-402), são essências três pontos de vista:

- a) Sendo o contrato fruto da livre concordância (consenso) deve haver a possibilidade dos indivíduos envolvidos decidir ou não pelo contrato;
- b) O contrato como direito público se dirige à transferência de determinados direitos e obrigações, havendo na maioria das vezes, a reciprocidade;
- c) Com a transferência de poder (delegação do contrato), cada indivíduo está obrigado juridicamente com o cumprimento do acordo.

O fundamento último da justificação de uma instituição reside, portanto, na concordância da delegação de poder de cada indivíduo, que em termos constitucionais representa o “Todo poder emana do povo”. O contrato significa transferência de poder, ao mesmo tempo, a autolimitação recíproca da liberdade, assegurada juridicamente. Claro, os motivos desse pacto variam de acordo com seu teorizador.

Em Locke, por exemplo, a comunidade social, que surge do entendimento entre os indivíduos e tem existência anterior ao Estado, é a própria fonte de legitimidade (ADEODATO, 1989, p.50), e uma vez constituída, é capaz de gerar suas próprias regras fundamentadas na vontade da maioria. Ao soberano, também vinculado ao contrato, é apenas delegado o poder político assentado na confiança (*trust*) para que o exerça como uma espécie de fiduciário, já que o poder supremo continua nas mãos do povo. O estado se coloca, ao assumir uma concepção finalística, a serviço dos delegatários que exigem

um governo limitado a sua vontade, que em última análise, está demarcado pelos direitos subjetivos individuais. A tese de um governo responsável introduz um mecanismo moral de controle do poder, justificante de uma eventual ruptura com o encargo confiado, por isso mesmo revogável a qualquer tempo. O poder político em suma, deve reconhecer o direito natural como pré-existente ao aparecimento do Estado, e a aquele vinculado, de editar as normas civis, que, por sua vez, só podem obrigar os indivíduos enquanto assentada nas regras da razão. Em outras palavras, as leis naturais, que segundo Locke, são aquelas que estão inscritas nos corações e nas mentes dos homens, possuem validade universal, e por isso mesmo as leis civis, elaboradas pelo homem, devem estar em acordo com a lei da natureza (LOCKE, s. d. , p.135). Sendo assim, podemos identificar a tentativa de desvincular os fundamentos políticos de pressupostos teológicos, pois razão e lei natural são, em Locke, indissociáveis, pois, enquanto a primeira permite ao homem se orientar pelos preceitos da lei natural, esta é colocada como instrumento para a aplicação do uso da razão. Assim, a “premissa legitimatória das leis do governo civil derivaria de sua vinculação às prescrições das leis naturais, das quais constituiria, em última análise, uma referência positivada”(DINIZ, 2006, p.78).

Antes mesmo, Hobbes também oferece um novo fundamento para a justificação da coação estatal, mas ao contrário de Locke, parte de uma construção filosófica abstrata (estado de natureza), em que medo e a anarquia representariam a lei em vigor, a da espada. A inexistência de lei civil, dotada de força coercitiva, posto que as leis morais obrigam apenas moralmente, levariam os homens a uma situação limite indesejável, e a implantação do Estado-Leviatã, dotado de poderes supremos, seria o único modo aceitável de garantir a paz e a segurança coletiva. É, pois, com base no fato de ignoradas e desobedecidas as leis da natureza (morais), Hobbes defende inevitável o recurso às leis civis que além de não só estarem na consciência dos homens, elas garantiriam sua executoriedade através do soberano. O Estado detém o monopólio do direito e do seu cumprimento, cabendo a ele o dever de estabelecer as leis, e ajustar o eventual recalcitrante. O soberano se encontra acima das leis e define o justo e o não-justo, e em verdade, está sujeito apenas às leis da natureza por elas serem universais e irrevogáveis, que, entretanto, são ditadas por ele próprio. Isso quer dizer, o soberano está vinculado às leis naturais que, em última instância, obedece os ditames derivados da razão (DINIZ, 2006, p.90). O pacto em Hobbes, legitimado pelo consentimento coletivo da transferência do poder ilimitado a um terceiro, ordena obediência absoluta aos súditos, que exime o soberano de renovar aquela legitimidade de título, assentada sob bases normativas (HABERMAS, 1998, p.119). Além do mais, é questionado se não haveria um certo paradoxo, no momento em que existe a possibilidade do uso absoluto da força (violência) a serviço da paz. Para o filósofo inglês, talvez, essa violência se justificaria a servir tal fim, e seria violência legítima, enquanto consentida pelos súditos. Entretanto, essa postura teria um grave inconveniente: supor que para obter a paz social os indivíduos haveriam de renunciar plenamente sua liberdade.

Quem trata de dar resposta ao contratualismo hobbesiano é Kant. É notório que o conceito kantiano de direito está atado à liberdade: o arbítrio de cada um deve conciliar com o arbítrio dos demais segundo uma regra geral da liberdade, assevera o filósofo. Trata-se agora, portanto, de conciliar a liberdade com a devida existência de uma ordem social. Mas, essa liberdade não deve ser plena e irrestrita, sem limite exterior, capaz de expor sempre ao perigo a liberdade dos demais, pois se em o uso de minha liberdade eu

posso furtar, a liberdade dos outros sucumbe ante a minha. Devido a isso, o pensamento kantiano do direito se justifica como garantia de uma liberdade que para ninguém é plena e ilimitada, mas que é para todos igual, e é a máxima possível para a convivência. O direito transforma-se em instrumento de proteção da liberdade porque garante a autonomia de cada um frente às interferências (frente à liberdade) dos outros, de maneira a proporcionar segurança (preservação do indivíduo) sem compensá-lo pela renúncia da liberdade. Kant sabe que a autonomia é atributo básico do ser humano e o constitutivo essencial da dignidade do homem, por ser suprema regra moral que impede a utilização do ser humano como instrumento de vaidade ou do arbítrio alheio. A garantia da efetividade dessa regra serve precisamente ao direito e dela justifica o Estado para salvaguardar o desfrute igual da liberdade por todos não mais sob a chancela do mais apto. Portanto, o direito assegura a liberdade de um no sentido de fazê-la compatível com a dos demais. À diferença de Hobbes, em Kant o contrato é uma idéia normativa da razão prática, o critério último para julgar a legitimidade do direito positivo, assim como o imperativo categórico é o critério supremo para julgar a moralidade das máximas (HÖFFE, 1979, p.208).

O conceito de direito em Kant, prescrito pela razão, exige apenas a ordenação exterior dos homens entre si conforme regras, deixando-os de convencer do que é justo ou injusto (HECK, 2000, p.38). Todavia, surge nesse conceito de direito sistematizado na razão, a problemática da igualdade formal. O direito, segundo essa crítica, tutela uma igualdade puramente formal (igualdade perante a lei), fechando os olhos diante das discrepâncias sociais e das circunstâncias que impedem a igual fruição dos mesmos direitos asseguradores da liberdade, que em outros termos, revela uma tensão entre teoria e *praxis*. A liberdade que o ordenamento jurídico garante é uma liberdade puramente negativa e não exige um atuar interventor e compensatório de um Estado condizente à justiça social (KERSTING, 2003).

2 POSITIVISMO JURÍDICO E ESAZIAMENTO DO CONCEITO DE LEGITIMIDADE

O esvaziamento axiológico do conceito de legitimidade atinge seu apogeu, todavia, com o advento e a disseminação da doutrina do positivismo jurídico europeu, que leva a sério a distinção entre juízos de fato e juízos de valor (BOBBIO, 1995, p.135-146). A pesquisa jurídica, tomada como científica, se abstém absolutamente de formular juízos de ressonância emotiva e pessoal em prol de um formalismo que se funda em critérios concernentes apenas a sua estrutura formal (formalismo). Os estudos jurídicos ao partir, como dizia Austin, do que ele é, e não do que ele deveria ser, prioriza uma definição de direito estritamente factual, em que a lei como única fonte exprime um comando estatal válido coativamente.

O juspositivismo reduz o conceito de valor àquilo que é posto pelo Estado: uma lei é justa pelo fato de ter sido posta por uma autoridade legitimada pelo ordenamento jurídico. Essa posição, segundo Bobbio, pode ser encontrada em Hobbes, segundo o qual, "no estado de natureza não existem critérios para distinguir o justo do injusto, visto que tais critérios somente surgem com a constituição do Estado, representados pelo comando do soberano (BOBBIO, 1995, p.137).

Isso significa que, para essa doutrina, o direito passa ao largo de fundamentos e premissas derivadas de divindades, apoiando-se exclusivamente nas qualidades formais,

como fez Max Weber, ao interpretar a legitimidade como crença na legalidade que tem a ver como uma racionalidade formal (HABERMAS, 1998, p.541).

Exemplo clássico dessa doutrina foi Hans Kelsen, que por meio da norma fundamental, em termos metodológicos, desvinculou o direito da fundamentação última, apoiada na tradição *jusnaturalista*, neutralizando-o, axiologicamente, de conteúdos pré-determinados. O constitucionalista vienense, com a *Teoria pura do direito*, não destinou a oferecer uma justificação ético-política institucional (KELSEN, 1998: 117-119), antes, procurou estabelecer um papel epistemológico ao direito.

A questão da legitimidade, nos moldes kelsenianos, é vista sob a dimensão lógico-normativa que a aniquila ou a suprime do debate jurídico como problema científico (BONAVIDES, 1993: 26). Ao tratar do tema, o autor afirma:

O princípio de que a norma de uma ordem jurídica é válida até a sua validade terminar por um modo determinado através dessa mesma ordem jurídica, ou até ser substituída pela validade de uma outra norma desta ordem jurídica, é o princípio da legitimidade (KELSEN, 2000, p.233).

Kelsen, em nosso entendimento, limita o princípio da legitimidade ao princípio da efetividade (KELSEN, 2000, p.235), uma vez que o conceito parece continuar subordinado à validade jurídica (critérios do próprio sistema). O exemplo dado pelo autor é da alteração e da substituição de uma nova constituição que, somente seriam legítimas quando tais eventos fossem operados consoantes procedimentos previstos na própria constituição.

Assim, a legitimidade, sob a tônica do modelo racional-legal, perde seu caráter heterônimo e passa a residir no interior do sistema jurídico como um artefato intrasistêmico, sob a forma de validade objetiva, que de outro modo, representa a subsunção da legitimidade na legalidade. Essa subsunção normativa é tida como auto-suficiente, prescindindo de qualquer critério moral ou político de reconhecimento. A justificação provém da idéia de que uma eventual submissão do direito posto a critérios éticos-normativos de verificação implica, por sua vez, sua submissão ao domínio pantanoso do relativismo valorativo, qual seja, a inconstância do humor humano³. Entretanto, mesmo diante de fortes fatos históricos, contra essa postura deontologicamente neutra, a discussão ainda persiste reproduzida sob a tensão entre segurança jurídica e justiça.

Uma tentativa supostamente complementar é atribuída àqueles que entendem o Estado de Direito vinculado não só a procedimentos formais, mas também às questões de conteúdo. Nesse sentido, estão o movimento neoconstitucionalista⁴ e, particularmente, o garantismo jurídico. Assim, fez o jusfilósofo italiano Luigi Ferrajoli, que ao tutelar o conceito de validade para além de procedimentos e remissões formais, que levam em conta apenas os limites de criação do direito, o autor defende também a adoção de limites materiais para o exercício de qualquer poder (CADEMARTORI, 1999, p.157). O garantismo jurídico, considerando o estado legal apenas como uma etapa, associa o conceito de legitimidade às determinações conteudísticas, passo dado com a positivação dos direitos naturais, deixando de ser referência no nível externo para representar um dos níveis de legitimação do direito. Em resumo, para ele, duas são as fontes de legitimação:

³ O exemplo mais emblemático continua sendo os acontecimentos durante o III Reich.

⁴ O neoconstitucionalismo coincide com o ataque ao positivismo jurídico capitaneado, nos anos setenta por Ronald Dworkin, ao defender a idéia de que o direito não se distingue necessária ou conceitualmente da moral, enquanto incorpora princípios comuns a ambos.

a formal, aquela cujo exercício do poder o faz em observância às leis gerais e abstratas, e a substancial que submete qualquer ato judicial ou administrativo aos limites impostos pelos direitos públicos constitucionais, estampado na figura dos direitos fundamentais (FERRAJOLI, 2002, p.735-736).

Por seu turno, pode-se afirmar que a refutação da legitimidade como um valor recebeu sua mais aperfeiçoada versão no funcionalismo luhmanniano que a transformou num conceito ilusório funcionalmente necessário. Segundo o teórico alemão, já no século XIX, com a dissolução do direito natural, o conceito de legitimidade teria se esvaziado, depois de utilizado amplamente como convencimento na validade do direito ou nos valores cujas decisões jurídicas se baseavam (LUHMANN, 1985, p.61). Em sociedades complexas⁵ o processo de institucionalização e aplicação do direito não teria condições de disseminar um convencimento generalizado sobre valores no plano fático. Diante disso, o problema da legitimidade é relegada a pura facticidade como estrutura jurídica capaz de produzir uma proposta generalizada para a aceitação de suas decisões, não mais caracterizada no reconhecimento, mas sim em processos coordenados de aprendizagem. Nessas considerações, tal conceito deveria ser definido no plano do sistema social (LUHMANN, 1985, p.68), uma vez que a legitimidade “não mais caracteriza uma justificação interna antecipada, nem uma limitação da variabilidade do sistema político, mas certo, resultado desse próprio sistema” (LUHMANN, 1985, p.69).

Dessa forma, a concepção atualizada da legitimidade deveria ser pensada à revelia dos modelos clássicos do direito, apoiados nos modelos de sociedades de baixa complexidade. A legitimidade passa a vista como uma disposição generalizada para a aceitação de decisões, ainda indeterminadas quanto ao seu conteúdo, dentro de uma margem de tolerância. O conceito deveria ser buscado no próprio sistema através de um procedimento⁶ que, independentemente se seu conteúdo (aceitação *a priori*), implica na obediência a decisões obrigatoriamente válidas. A legitimidade em Luhmann, não conduz a um consenso sobre opiniões sobre o bom ou o ideal, e não se destina às convicções socialmente constituídas. As decisões legitimam por si só em um código lícito/ ilícito, independentemente de qualquer exaltação de ânimo. Em suma, o Direito se legitima, à medida que os procedimentos garantem a ilusão de uma certeza jurídica, pois, diante da incerteza de qual decisão ocorrerá, trocamos pela certeza de que *uma* decisão ocorrerá. Luhmann não acredita que os argumentos jurídicos tenham uma força racional motivadora (HABERMAS, 1998, p.575-576), pois não passam de uma simples auto-ilusão dogmática. Para Habermas a “internalização de uma descrição neutra (...) acarretaria a dissolução cínica da consciência normativa entre os especialistas em direito e colocaria em risco a autonomia do código jurídico” (HABERMAS, 1998, p.576).

3 A CONSTRUÇÃO RACIONAL DO CONSENSO EM SOCIEDADES PLURALISTAS

Face às supostas inconveniências, relatadas sumariamente, das teorias da legitimidade, trataram de dar resposta àquelas doutrinas que vêem a justificação do Direito e do Estado não só, por exemplo, na liberdade como fez Kant, mas também na igualdade de oportunidades e

⁵ A complexidade, para Luhmann, significa o resultado da desproporção entre um incontável número de possibilidades oferecidas pelo meio e a limitada possibilidade de expectativas que podem realizar-se concretamente.

⁶ A própria Constituição pátria oferece uma série de procedimentos - administrativo, legislativo, jurisdicional - por meio dos quais, as influências externas sobre o direito sofrem uma nova leitura de acordo com critérios jurídicos.

distribuição de riquezas. Sob este ponto de vista, o Estado não pode se conformar em ser um mero árbitro do livre jogo de indivíduos na sociedade, mas também deve ser um meio para que todos possam satisfazer, caso queiram, suas necessidades. O problema dessa vez consiste em saber até que ponto é possível obter esse fim sem ferir o núcleo básico da liberdade, ou de outro modo, como conciliar a autonomia plena do indivíduo diante de ações compensatórias do estado como forma de suprir as desigualdades de fato.

A estratégia é de não cair em tentação dos fundamentos daqueles que consideram as questões de legitimidade ou de justiça como conceitos puramente opináveis ou daqueles que vêem a lei *per se* como instrumento de pura dominação. Com tal propósito, vêm a lume, os teóricos que procuram reabilitar a razão prática e o consenso racional a partir de um viés que privilegia a convivência harmônica entre a liberdade dos antigos e a liberdade dos modernos. Essas questões têm a ver com a justificação racional de normas e, em síntese, revelam que um Estado de Direito é legítimo quando o exercício do poder é expressão livre dos cidadãos, manifestada consensualmente, através de uma vontade conforme regras procedimentais. A novidade é a fundamentação de um procedimento dialógico, no seio social, que assegura a verdade não é como resultado de uma consciência individual que a declara, mas uma construção intersubjetiva em condições de liberdade e igualdade.

Em outras palavras, a proposta é reabilitar as questões morais reprimidas durante muito tempo, apresentando-as como objeto de pesquisas sérias. Se Kant formula o problema fundamental da moral segundo o qual devemos fazer aquilo que é igualmente válido para todas as outras pessoas, a nova intenção é intersubjetivar, com vistas à convivência do cidadão de uma comunidade política. Para essa nova proposta, tal postulado segue a premissa de que agimos de forma autônoma quando obedecemos às leis que todos os envolvidos poderiam aceitar, com base no uso público da razão.

Em notas genéricas, essas doutrinas, que adquirem alta expressão em Habermas e Rawls, são:

a) Doutrinas consensualistas, pois o critério do devido é o entendimento mútuo, através de um processo decisório imparcial e universal entre todos os indivíduos participantes;

b) Doutrinas dialógicas, pois a fonte da verdade é obtida por meio de uma argumentação intersubjetiva de atores que racionalmente buscam um acordo com seu interlocutor sobre algo que lhes permitam coordenar suas ações na sociedade;

c) Doutrinas procedimentais, uma vez que, o consenso obtido intersubjetivamente em que impera apenas a força do melhor argumento, é obtido em respeito a certos procedimentos (regras formais) que garantem a mesma oportunidade na formação da opinião e na expressão da vontade.

Entretanto, apesar da aproximação entre os dois autores o distanciamento doutrinário é manifesto. Entre críticas (HABERMAS, 1995, p.109-131) e respostas (REPLY to Habermas, 1996, p.372-434), é possível distinguir algumas diferenças básicas, entre suas propostas:

a) Quanto ao seio no qual o consenso é construído: em Habermas, é na comunidade linguística real (participantes de uma comunidade ideal de falantes) onde ocorre o consenso; por sua vez, em Rawls, o consenso advém de um grupo de participantes delegados, os representantes dos cidadãos⁷.

⁷ Por isso, dizer que a razão pública rawlsiana é pública e não do público.

b) Fundamentação metafísica: Rawls não se preocupa em sua *teoria da justiça* acerca da fundamentação metafísica do direito, deixando em aberto a questão da justificação da perspectiva da justiça (HÖFFE, 2001, p. 5), pois parece querer substituir a questão do justo por uma solução procedimental; Habermas, ao contrário, tem levado a sério as questões de fundamentação.

c) Diversidade de pretensões e doutrinas: Rawls tem a pretensão de formular uma concepção política da justiça que envolve questões materiais (substantivas), insuscetíveis de decisão no discurso atual de participantes reais; por seu turno, Habermas defende uma doutrina procedimental que remete às questões substantivas para decisão no discurso, sua teoria abarca não só as questões da filosofia política (como em Rawls), mas também a verdade, a moral, e o direito (NEDEL, 2000, p.180).

d) Contratualismo: segundo Höffe (2001, p.406), em Rawls há uma teoria do contrato no sentido fraco, pelo fato de estar presente em sua construção apenas o primeiro dos três elementos do contrato social. Por seu turno, Habermas não se configura um contratualista (HABERMAS, s.d., p.663), uma vez que o autor, em sua teoria, não delega poderes àqueles que falam pela maioria. Os indivíduos participam diretamente daquilo que lhes concerne, não existindo a presença de um terceiro interventor (procurador, representante) que se interpõe a prática comunicativa.

Especificamente quanto ao conceito de legitimidade, o certo é que Rawls parece ceder lugar às questões da justiça política. Para o autor de *Uma teoria da justiça* enquanto o primeiro conceito está ligado mais a um *pedigree*, o segundo, tem a ver com um esquema normativo do pensamento fundado em idéias básicas compartilhadas entre os indivíduos. A legitimidade estaria diretamente vinculada ou, ao modo de se determinar os governantes, ou, às leis aprovadas com intensa maioria, ou ainda, à todas exigências procedimentais da democracia, que de uma forma ou de outra, por si só, não asseguram que as decisões dos governantes sejam justas. Segundo o próprio Rawls, na edição *paperback* de *Political Liberalism*, onde responde a uma série de críticas feita por Habermas à primeira edição:

Dar foco à legitimidade em vez da justiça pode parecer um ponto menor, já que nós podemos pensar legítimo e justo como idênticos. Um pouco de reflexão mostra que eles não são. Um rei ou rainha legítimos podem governar como uma autoridade efetiva e justa, mas também não podem; e por certo não necessariamente de modo justo, embora legítimo. O fato de serem legítimos diz algo sob seu *pedigree*: como vieram ao cargo (...). Um aspecto relevante da idéia de legitimidade é que ela permite uma certa margem no qual os soberanos podem governar e quanto podem ser tolerados. O mesmo vale para um regime democrático. Ele pode ser legítimo e de acordo com uma longa tradição originada quando sua constituição foi aprovada pelo eleitorado (...). E, no entanto, ele pode não ser muito justo (RAWLS, 1996, p.427).

A legitimidade dos atos legislativos depende da justiça da constituição (...) e quanto maior é o desvio da justiça, mais provável é a injustiça dos resultados. Para que possam ser legítimas, as leis não podem ser injustas demais. Procedimentos políticos constitucionais podem de fato ser...puramente procedimentais quanto à legitimidade. Em vista da imperfeição de todos os procedimentos políticos humanos, não pode haver tal procedimento com relação à justiça política, e nenhum procedimento poderia determinar seu conteúdo substantivo. Logo, sempre dependemos de nossos juízos substantivos de justiça (RAWLS, 1996, p.427).

Nesse diapasão, os procedimentos de legitimação das decisões são claramente insuficientes para avaliar quão justas são as decisões do regime democrático, mesmo quando as consideramos aceitáveis, pois no momento em que fazemos essa avaliação,

sempre dependemos, segundo Rawls, de nossos juízos substantivos de justiça.

Para Habermas, ao contrário, o procedimento democrático é o cerne da questão da legitimidade. Constatada a carência de legitimação no conceito político de poder, que se exterioriza na modernidade através do direito, o filósofo propõe uma nova forma de pensar a legitimação como construção pública dos envolvidos.

A legitimidade do direito em Habermas, nesse sentido, vem conectada ao fato de haver sujeitos de direitos, livres e iguais, que se auto-regulam através de regras instituídas. O filósofo alemão afirma que os participantes tentam discursivamente chegar a um comum acordo que represente uma vontade legislativa (política), traduzida no interesse geral. Os ordenamentos jurídicos, nessa perspectiva, passam a derivar sua legitimação das próprias condições formais deliberativas enquanto mecanismos geradores de um possível consenso, que de uma forma ou de outra, a compreensão procedimentalista do direito em Habermas atrela a legitimidade do sistema jurídico a pressupostos comunicativos e às condições do processo de formação da opinião e da vontade. Vem daí a sentença habermasiana “o processo democrático da criação do direito constitui a única fonte pós-metafísica de legitimidade” (HABERMAS, 1998, p.662).

Detidamente, a legitimidade do direito sugerida em J. Habermas, conectada ao princípio da democracia e obtida de forma discursiva, sofre sensíveis mudanças com o a publicação de *Facticidade e validade* (1992).

Antes da obra de 1992, a primeira tese central de nosso autor, com respeito a estrutura do âmbito prático, consiste em defender que o direito positivo, a moral pós-convencional, e o Estado democrático são certamente três esferas diferentes que resultam inseparáveis, não só por serem complementares, mas também por estarem entrelaçadas na medida em que cada uma delas se encontra condicionada, e é, por sua vez, condição das outras.

Uma moral pós-convencional da responsabilidade precisa de complementação jurídica porque não se pode exigir responsabilmente o cumprimento de normas válidas se os destinatários não têm garantia jurídica de que serão universalmente cumpridas. E o direito positivo, deficitário do ponto de vista da fundamentação, precisa de uma razão moral que expresse em seu seio a idéia de imparcialidade procedimental.

Nesse sentido, Habermas enfrenta a teoria weberiana da racionalização, que aplicada ao direito, o autor de *Economia e sociedade* afirma que a legitimidade das ordens políticas modernas só é possível através da legalidade na medida em que as ordens formais carregam em si a sua própria racionalidade; com essa posição, Max Weber nega, em suma, quaisquer postulados morais, como os ideais de justiça ou os direitos humanos como fundamentos jurídicos.

Habermas recusa o sentido racional-teleológico weberiano ao incorporar princípios universais, que postos à prova discursivamente, garantem a indisponibilidade do direito quando colocados num sistema normativo coativo legítimo. Podemos concluir, nesse momento, que nosso autor supera deficiências do direito racional hobbesiano ao garantir a indisponibilidade, e do kantiano ao garantir instrumentalidade do direito moderno. Mas, ao propor um momento transcendente ao fato de não se conformar com a plena legitimidade do direito positivo, podemos inferir um sustento metafísico vigente, ainda que brando, uma vez que, ao postular valores recomendados como mais importantes que outros, não nos resta indagar quais seriam eles, e em quais momentos eles se fariam

prioridades. Em última análise, a legitimidade do direito, no primeiro Habermas, deveria estar conectada a uma racionalidade procedimental com teor moral, em que argumentos morais são institucionalizados por meio dos sistemas jurídicos. Segundo o próprio autor, “um poder exercido nas formas do direito positivo deve sua legitimidade a um conteúdo moral implícito nas qualidades formais do direito” (HABERMAS, 1998, p.563).

Já no segundo momento, o filósofo isola o conceito de legitimidade do direito de uma moral privilegiada. O estado de direito em Habermas vem agora conectado com um princípio da democracia deontologicamente neutro, pois, segundo o filósofo, em sociedades complexas é a única forma de se dar conta da normatividade sem apelar para qualquer noção axiológica substancial. Para explicar tal enunciado, o filósofo da comunicação busca na tensão entre dois elementos formais presentes em qualquer prática destinada a instaurar um ordenamento jurídico, quais sejam, o direito positivo e o princípio da argumentação ou do discurso, o entrelaçamento suficiente para a gênese de processos de produção e de aplicação de um sistema de direitos legítimo, pois, em condições de pensamento pós-metafísico, não se pode mais contar com um consenso sobre o conteúdo das normas de direito, apenas sim, um consenso através de um procedimento democrático capaz de gerá-las.

Apesar da tentativa, e insistindo Habermas em uma nova relação complementar entre direito e moral, à revelia de qualquer hierarquia, sob o fundamento que qualquer relação de dependência entre normas faz parte do mundo pré-moderno, o filósofo alemão continua a afirmar que “uma ordem jurídica só pode ser legítima, quando não contrariar princípios morais” (HABERMAS, 1998, p.137), o que nos leva a ainda interpretar a manutenção de umnexo entre o direito e a moral⁸. No entendimento de Marcelo Neves, ao superestimar os princípios morais (universais), o filósofo da comunicação teria, em última instância, sustentado não um modelo de autonomia jurídica, mas sim, de autonomia moral do direito perante os meios, dinheiro e poder (NEVES, 2006, p.117).

O direito para Habermas não vale porque é posto, mas sim porque é instituído de acordo com um procedimento participativo, na qual se expressa a autonomia dos cidadãos, que juridicamente se exterioriza na tensão entre a segurança jurídica e a pretensão de tomar decisões corretas (HABERMAS, 1998, p.241-2). No âmbito dos sistemas de direitos, a conexão interna entre autonomia privada e autonomia pública concorre quanto ao juízo se devemos garantir a autonomia privada a partir dos direitos de liberdade, ou, se devemos assegurar o surgimento da autonomia pública por meio das reivindicações sociais (HABERMAS, 2002, p.303). Segundo ele, se analisarmos unilateralmente, perdemos de vista a coesão interna entre as duas formas de pensar a autonomia, pois os cidadãos só podem o uso adequado de sua autonomia pública quando têm a liberdade suficiente em razão da sua autonomia privada, e por sua vez, só podem fazer uso da autonomia privada só forem capazes de coletivamente criarem regras fazendo uso de sua autonomia pública (HABERMAS, 2002, p.302).

O autor também insiste na inevitável equi-primordialidade entre a liberdade dos antigos e a liberdade dos modernos, traduzidas respectivamente, entre a soberania popular e os direitos humanos. A relação proposta pelo autor difere da kantiana e rousseuniana para quem havia uma inconfessada relação de concorrência conceitual (HABERMAS,

⁸ J. Habermas interpreta a dependência do direito em relação à moral, quanto à fundamentação, como um resquício da filosofia da consciência.

1998, p.133-134), já que a suposta relação expressa que os direitos humanos não podem servir como uma barreira externa ao legislador soberano, ao mesmo tempo em que o exercício da soberania popular define quais são os direitos individuais atribuídos a cada um. Com exatidão Habermas quer nos convencer de que a teoria do discurso pretende fundamentar o equilíbrio entre autonomia pública e autonomia privada, entretanto, o autor não nos fornece meios para implementarmos essa idéia.

Concluindo, podemos constatar da teoria procedimentalista habermasiana que o direito constitui um referencial ambíguo e aberto; ambíguo porque assume a tarefa paradoxal de “domesticar os conflitos embutidos nas liberdades desencadeadas, ao mesmo tempo em que se utiliza de normas positivas que só sobrevivem enquanto reconhecidas pela coletividade; e aberto por constituir um sistema aberto à cultura política que se alimenta do modo democrático de viver dos cidadãos” (SIEBENEICHLER, 1999, p.168).

A legitimidade se apóia em última instância num “arranjo comunicativo”, traduzido na idéia da autolegislação através de um procedimento democrático que resulta da interligação entre o princípio do discurso e a forma jurídica (HABERMAS, 1998: 153-4).

REFERÊNCIAS:

- ADEODATO, J. M. *O problema da legitimidade - no rastro do pensamento de Hannah Arendt*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.
- BOBBIO, N. *Positivismo jurídico. Lições de filosofia de direito*. Trad. M. Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.
- BONAVIDES, P. A *despolitização da legitimidade*. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 3, p. 17-31, 1993.
- CADEMARTORI, S. *Estado de Direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- COUTU, M. *Rationalité juridique et légitimité du droit chez Max Weber*. In: *P. Lascousme (Org.)*. *Actualité de Max Weber pour la sociologie du droit*. Paris: LGDJ, 1995.
- DERRIDA, J. *Force de loi: le “fondement mystique de l'autorité”*. *Cardozo Law Review*. New York: v. 11, n. 5-6, Jul.-Aug. 1990.
- DINIZ, A. C. de A. *Teoria da legitimidade do Direito e do Estado: uma abordagem moderna e pós-moderna*. São Paulo: Landy, 2006.
- DUTRA, D. J. V. *A legalidade como forma do Estado de Direito*. *Kriterion*, Belo Horizonte, n. 109, p. 57-80, 2004.
- _____. *Razão e consenso em Habermas*. A teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia. 2. ed. rev. e ampl. Florianópolis: Ed. da UFSC, 2005.
- FERRAJOLI, L. *Direito e razão*. Teoria do garantismo penal. Trad. F. H. Choukr *et al.* São Paulo: RT, 2002.
- HABERMAS, J. *A inclusão do outro*. Ensaios de teoria política. 2. ed. Trad. G. Sperber, P. A. Soethe e M. C. Mota. São Paulo: Loyola, 2002.
- _____. *Como es possible la legitimidad por via de la legalidad?*. *Doxa*, Alicante, v. 5, p. 21-45, 1988.
- _____. *Consciência moral e agir comunicativo*. Trad. G. A. de Almeida. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- _____. *O Estado democrático de direito - uma amarração paradoxal de princípios contraditórios*. In: *Era das transições*. Trad. F. B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a.
- _____. *Faktizität und Geltung*. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. 4. Aufl. Frankfurt a/Main: Suhrkamp, 1998 (suhrkamp taschenbuch wissenschaft 1361) ; ed. bras.: *Direito e democracia: entre a facticidade e validade*. Trad. F. B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, t. I e II.
- _____. *Problemas de legitimação no Estado moderno. Para a reconstrução do materialismo histórico*. São Paulo: Brasiliense, 1993.
- _____. *Sobre legitimação pelos direitos humanos*. In: MERLE, J-C; MOREIRA, L. (Orgs.). *Direito e legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003b.
- _____. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. Trad. M. C. Mota. São Paulo: Loyola, 2004.
- FERRAZ Jr., T. S. *Apresentação*. In: LUHMANN, N. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. M. da C. Côte-Real. Brasília: Ed. UNB, 1980.
- HECK, J. N. *Direito e moral: duas lições sobre Kant*. Goiânia: Ed. da UFG/Ed. da UCG, 2000.
- HÖFFE, O. *Justiça política*. Trad. E. Stein. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- _____. *Zur vertragstheoretischen Begründung politischer Gerechtigkeit: Hobbes, Kant und Rawls im Vergleich. Ethik und Politik*. Grundmodelle und -probleme der praktischen Philosophie. Frankfurt am Main: Suhrkamp,

1979, p. 195-226.

KANT, I. *A metafísica dos costumes*. Trad. J. Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

KELSEN, H. *Teoria pura do direito*. Trad. J. B. Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LOCKE, J. *Segundo tratado sobre o governo e outros escritos*. São Paulo: Editora Abril, 1973.

LUHMANN, N. *Sociologia do direito*. Trad. G. Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985, t. II.

_____. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. M. C. Côrte-Real. Brasília: Ed. UNB, 1980.

MARTINS, C. A. A teoria do discurso na filosofia do direito em J. Habermas. *Habermas em discussão*. Anais do colóquio Habermas realizado na UFSC. PINZANI, A. e DUTRA, D. V. (Orgs.). Florianópolis: NEFIPO, 2005, p. 69-79.

MOREIRA, L. *Fundamentação do direito em Habermas*. 3 ed., ver. atual. e amp. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

NEDEL, J. *A teoria política de John Rawls*. Uma tentativa de integração de liberdade e igualdade. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

NEVES, M. *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.

RAWLS, J. *Political Liberalism*. Columbia: Columbia University, 1996.

SIEBENEICHLER, F. B. *Uma filosofia do direito procedimental*. Revista Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, n. 138, p. 153-172, jul./set. 1999.

TUORI, K. *Ética discursiva y legitimidad del derecho*. Doxa, Alicante, n. 5, p. 47-67, 1988.

Artigo recebido em 25 de fevereiro de 2008 e aceito em 14 de março de 2008.
