

XXII CONGRESO MUNDIAL DE FILOSOFIA DEL DERECHO
Y FILOSOFIA SOCIAL

**XXII WORLD CONGRESS OF PHILOSOPHY OF LAW
AND SOCIAL PHILOLOSOPHY**

DERECHO Y JUSTICIA EN UNA SOCIEDAD
GLOBALIZADA

LAW AND JUSTICE IN A GLOBAL SOCIETY

24-29, MAYO, 2005 MAY 24-29, 2005

GRANADA-ESPAÑA

GRANADA - SPAIN



**On behalf of the Organizing Committee of the XXII World
Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy**

I hereby certify:

**That Prof. José Renato Gaziero Cella will take part in the Working
Group B.12 and will present a paper with the title “The Critic of
Habermas to the Idea of Legitimacy in Weber and Kelsen”.**

**And this certificate is given under my hand in Granada 2 of
Mars 2005.**

**Prof.Dr. Nicolás López Calera
President of the Organizing Committee**

PERSONAL DATA

Author: José Renato Gaziero Cella

Titles and Academic Relation: Doctor degree aspirant in Theory and Philosophy of Law at Federal University of Santa Catarina - UFSC; Master in General Theory of State at Federal University of Paraná - UFPR; Professor of Juridical Philosophy and Introduction to Law Studies at Catholic University of Paraná - PUC/PR

Key words: HABERMAS - COMMUNICATIVE ACTION - LEGITIMATION BY PROCEEDINGS

ABSTRACT

Title: The Critic of Habermas to the Idea of Legitimacy in Weber and Kelsen

José Renato Gaziero Cella¹

www.cella.com.br

WEBER, in his typology of legitimate dominance, referring to the *legal-rational dominance* that characterizes the modern social orders, built a positivist concept of legitimacy, where the legitimacy of the dominance is based on the faith in the legality. That conception shifts the problem of the legitimacy of Law to the subject of the proceedings by which the Law is produced. KELSEN, when writing *The Pure Theory of Law*, borrows the thought of WEBER concerning the legitimacy, which is inserted into legality. Therefore, as Law is self-legitimized by its own formal juridical proceedings, it does not need any external basis. This construction is exactly what allows the acknowledgement of the autonomy of Law, which is underlying every juridical-philosophical discussion since HOBBS. HABERMAS, on the other hand, wants to reaffirm the connections amongst Law, morals and politics, and for that represents the counterpoint of the positivist posture. HABERMAS, in *Theory of the Communicative Action*, makes an analysis of the thought of WEBER based on the theory of social rationalization, vehemently criticizing the concept of legitimacy that WEBER attributed to the legal dominance. This concept, which is fundamental for the faith in the legality, originates the conception that the legitimation of the modern Law happens by means of the proceedings. HABERMAS points out a paradox in that conception: "The faith in the legality can only create legitimacy if the legitimacy of the juridical order that determines what is legal is supposed beforehand." By highlighting that contradiction, HABERMAS questions the legitimacy of the proceedings, because the "...faith in the legality of the proceedings cannot engender legitimacy *per se*, that is, by the simple virtue of the correction of the proceedings of the related positive order." However, to base the legitimacy of Law in the proceedings does not solve the problem, it just shifts it to the proceedings themselves. The question concerning what legitimizes the *proceedings that legitimates* remains. There is question that HABERMAS comes across when intending to analyze the problem of the legitimacy of the modern Law. It is exactly rethinking the subject of the rational basis that HABERMAS will try to build a new concept of legitimacy. The redefinition of the idea of legitimacy will make him defend that the morals are neither mere complementation, nor independent of Law, as believed the positivists, but that there is a *relation* between them.

¹ Catholic University of Paraná - PUC/PR & Federal University of Santa Catarina - UFSC.

A CRÍTICA DE HABERMAS À IDÉIA DE LEGITIMIDADE EM WEBER E KELSEN²

José Renato Gaziero Cella³
www.cella.com.br

Introdução. 1. A legitimidade para Max Weber. 2. A legitimidade para Hans Kelsen. 3. A Crítica de Habermas ao Conceito Positivista de Legitimidade. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

Introdução

O positivismo jurídico⁴ chega ao século XX quase que desfigurado. Coube a HANS KELSEN (1881-1973) a tarefa de *purificar* o objeto da ciência do direito de tudo aquilo que a ela fosse considerado estranho, pois, segundo esse autor, uma “...das tarefas mais importantes de uma teoria geral do direito é determinar a realidade específica do seu objeto”⁵.

Segundo CHAÏM PERELMAN, o positivismo jurídico de HANS KELSEN:

“...apresenta o direito como um sistema hierarquizado de normas, que difere de um sistema puramente formal pelo fato de a norma inferior não ser deduzida da norma superior mediante transformações puramente formais, como na lógica ou nas matemáticas, mas mediante a determinação das condições segundo as quais poderá ser autorizada a criação de normas inferiores, dependendo a eficácia do sistema da adesão pressuposta a uma norma fundamental, a *Grundnorm*, que será a Constituição original.

² Trabalho aprovado para apresentação no [XXII Congresso Mundial de Filosofia do Direito e Filosofia Social](#), que será realizado na [Universidade de Granada](#) (Espanha) nos dias 23 a 29 de maio de 2005, promovido pela [Associação Internacional de Filosofia do Direito e Filosofia Social - IVR \(Internationale Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie\)](#).

³ Doutorando em Teoria e Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC; Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná - UFPR; Professor de Filosofia Jurídica e de Introdução ao Estudo do Direito na Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC/PR.

⁴ Advirta-se que não se pode fazer nenhuma analogia entre o chamado positivismo jurídico e o positivismo filosófico, sob pena de se cair em erros grosseiros. Com efeito, segundo os ensinamentos de NORBERTO BOBBIO, a “expressão ‘positivismo jurídico’ não deriva daquela de ‘positivismo’ em sentido filosófico, embora no século passado [século XIX] tenha havido uma certa ligação entre os dois termos, posto que alguns positivistas jurídicos eram também positivistas em sentido filosófico: mas em suas origens (que se encontram no início do século XIX) nada tem a ver com o positivismo filosófico — tanto é verdade que, enquanto o primeiro surge na Alemanha, o segundo surge na França. A expressão ‘positivismo jurídico’ deriva da locução direito positivo contraposta àquela de direito natural. Para compreender o significado do positivismo jurídico, portanto, é necessário esclarecer o sentido da expressão direito positivo” (BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**, p. 15). Para MIGUEL REALE, “diz-se Direito Positivo aquele que tem, já teve, ou está em vias de ter vigência e eficácia” (REALE, Miguel. **Filosofia do direito**, p. 601), o que é confirmado por TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR., para quem “Direito positivo (...) é aquele que vale em virtude de uma decisão e que só por força de uma nova decisão pode ser revogado” (FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**, p. 157).

⁵ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**, prefácio, p. XXIX.

Contrariamente a um sistema formal, que é puramente estático, o direito será concebido como um sistema dinâmico, a norma superior que determina o quadro em que aquele a quem é conferida a autoridade de exercer um poder legal, legislativo, executivo ou judiciário pode escolher livremente uma linha de conduta, desde que não saia dos limites fixados pela norma superior”.⁶

Quanto a esse aspecto, em que se tem a norma fundamental⁷ como “...o fundamento de validade e o princípio unificador das normas de um ordenamento”⁸ atuando num sistema dinâmico, as normas serão consideradas válidas desde que provenientes de uma autoridade competente (indicada pelo próprio ordenamento) e que retirem seu fundamento de validade de uma norma superior, obedecendo aos procedimentos (também indicados pelo sistema). A validade das normas, portanto, independe do seu conteúdo, fato esse que, após a 2ª Guerra Mundial⁹, trouxe novamente à tona a questão da legitimidade¹⁰ do poder instituidor de um ordenamento, que volta a ser também um problema jurídico.

A teoria de KELSEN tem uma postura cética ao admitir a tese de que, quando há a possibilidade de interpretações divergentes de uma mesma

⁶ PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**, p. 91-92.

⁷ As doutrinas positivistas mais desenvolvidas utilizam como critério de identificação do sistema jurídico uma norma chave. Tal é o caso da norma fundamental de HANS KELSEN ou a regra de reconhecimento de HERBERT HART. A regra de reconhecimento de HART consiste em uma prática social que estabelece que as normas que satisfazem certa condição são válidas. Cada sistema normativo tem sua própria regra de reconhecimento e seu conteúdo varia e é uma questão empírica. Há sistemas normativos que reconhecem como fonte do direito um livro sagrado, ou a lei, ou os costumes, ou várias fontes ao mesmo tempo. A regra de reconhecimento é o critério utilizado por HART para identificar um sistema jurídico e fundamentar a validade de todas as regras dela derivadas. O teste de validade consiste em verificar se uma regra existe, se ela é válida perante a regra de reconhecimento, pois, repita-se, é dela que todas as regras devem retirar seu fundamento de validade.

⁸ BOBBIO, N. **Teoria do ordenamento jurídico**. p. 62.

⁹ Muitos oficiais nazistas, em suas defesas no Tribunal de Nuremberg, invocaram a teoria de KELSEN com o fito de demonstrar que agiram dentro da legalidade, haja vista que as normas discriminatórias a que deram efetividade haviam sido validamente postas no ordenamento jurídico alemão, ou seja, estavam apenas cumprindo ordens, de tal modo que, se acaso não as tivessem cumprido, aí sim é que haveria ilicitude capaz de os condenar.

¹⁰ Por legitimidade adotamos a mesma noção concebida por MARIA CELESTE DOS SANTOS, que aduz: “Na linguagem jurídica usual, as palavras legalidade e legitimidade não têm um significado claramente definido e diferenciado; fala-se indiscriminadamente de legalidade e de legitimidade para assinalar a conformidade de determinadas atividades do Estado com as normas vigentes do ordenamento jurídico. Para evitar equívocos usamos a expressão legitimidade para indicar, em termos gerais, o critério de justificação do poder, o ‘título’ em virtude do qual este dita seus comandos e exige a obediência por parte daqueles a quem se dirige e que, por sua vez, se consideram ‘obrigados’ por ele.

Nesse sentido, a legitimidade se transforma em questão de legitimação e pressupõe a legalidade, isto é, a existência de um ordenamento jurídico e de um poder que dita comandos de conformidade com suas próprias disposições. A legitimidade, portanto, justifica a legalidade, posto que confere ao poder o carisma de autoridade: é um signo que se acresce à denominação, a força que o Estado exerce em ‘nome da lei’” (SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Poder jurídico e violência simbólica**, p. 111-112).

norma, caberá ao intérprete a tarefa de eleger, com discricionariedade, a solução que lhe pareça a melhor, isso porque a ciência do direito, para ele, não é capaz de fornecer critérios seguros de decisão:

“...qualificado para agir legalmente, e na medida em que se conforma às regras prescritas, o legislador, o administrador público ou o juiz têm liberdade de ação, o legislador tem liberdade para votar qualquer lei que não seja contrária às normas superiores, o juiz, encarregado de dizer o direito nos casos particulares, tem liberdade de escolher como melhor lhe pareça entre as interpretações admissíveis de um dado texto.

A teoria pura do direito, tal como Kelsen a elaborou, deveria, para permanecer científica, eliminar de seu campo de investigação qualquer referência a juízos de valor, a idéia da justiça, ao direito natural, e a tudo o que concerne à moral, à política ou à ideologia. A ciência do direito se preocupará com condições de legalidade, de validade dos atos jurídicos, com sua conformidade às normas que os autoriza. Kelsen reconhecia, sem dúvida, que o juiz não é um mero autômato, na medida em que as leis que aplica, permitindo diversas interpretações, dão-lhe certa latitude, mas a escolha entre essas interpretações depende, não da ciência do direito nem do conhecimento, mas de uma vontade livre e arbitrária, que uma pesquisa científica, que se quer objetiva e alheia a qualquer juízo de valor, não pode guiar de modo algum.”¹¹

Os dois problemas do positivismo jurídico postos acima (que não se restringem à teoria de KELSEN, mas também englobam à de NORBERTO BOBBIO e, principalmente, à de HERBERT HART): o da legitimidade em relação à legalidade; e o da discricionariedade em relação à legalidade, têm gerado os mais interessantes, e quiçá mais importantes, debates jusfilosóficos da atualidade.¹²

A presente comunicação estará adstrita ao problema da legitimidade em face da legalidade, sobretudo a partir das idéias que JÜRGEN HABERMAS (1929-) tem manifestado a esse respeito.

1. A legitimidade para Max Weber

Cumpre analisar a crítica de HABERMAS ao conceito positivista de legalidade, com ênfase no problema da legitimidade do direito positivo moderno.¹³

¹¹ PERELMAN, C. **Lógica jurídica**, p. 92-93.

¹² O que se procura é superar o ponto de vista positivista em que o direito prevalece sobre a moral. Pretende-se encontrar um fundamento (moral) ao direito sem recorrer, no entanto, ao direito natural.

¹³ Para BOBBIO, “... Não é possível compreender a enorme relevância dada por Weber ao tema da legitimidade — e muitos não a compreendem — se não se percebe a retomada de um tema clássico da filosofia política: o tema do fundamento do poder. Apresentando a legitimidade como uma categoria central da teoria do Estado, Weber pretende responder à tradicional questão: ‘qual é a razão última pela qual, em toda a sociedade estável e organizada, há governantes e governados; e a relação entre uns e outros se estabelece não como uma relação de fato mas como uma relação entre o *direito*, por parte dos primeiros, de comandar, e o *dever*, por parte dos segundos, de obedecer?’ (BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**, p. 140-141). A esses questionamentos podem ser agregados, segundo JOÃO MAURÍCIO ADEOTADO, os seguintes: “...em que medida tem sentido (ou não) a expressão ‘governo ilegítimo’? Como é possível que tantos se sujeitem às diretrizes de tão

Para tanto, serão confrontados ao pensamento de HABERMAS os pensamentos de MAX WEBER (1864-1920) e de KELSEN. A escolha não é, de forma alguma, aleatória. WEBER construiu um conceito positivista de legitimidade que permeia todas as discussões sobre o tema até os dias atuais. Com efeito, é com base nele que HANS KELSEN examina a legitimidade na sua teoria pura do direito. HABERMAS, a seu turno, busca reafirmar as conexões entre direito, moral e política, e por isso representa o contraponto daqueles pensamentos, à medida que busca abrir a cela hermética em que WEBER e KELSEN haviam trancado o sistema jurídico ao se utilizarem de um conceito positivista de legitimidade.

Sendo assim, a análise estará centrada nos seguintes pontos: a) no conceito de legitimidade que WEBER desenvolve na sua tipologia da dominação legítima e de sua aplicação no que diz respeito à *dominação legal-racional*; b) na utilização dada por KELSEN àquele conceito; e c) por fim, na crítica central que HABERMAS desenvolve, ainda acerca do conceito de legitimidade, na sua Teoria da Ação Comunicativa.

Em sua obra *Economia e Sociedade*¹⁴, WEBER se utiliza do conceito de legitimidade para diferenciar os tipos puros de dominação¹⁵. Para tanto, WEBER parte da premissa de que, em função da classe de legitimidade em que se funda uma determinada dominação, as suas características básicas, como o seu quadro administrativo e o seu próprio modo de exercício, alteram-se. Vê-se então que a legitimidade é tomada como um critério chave para diferenciar os tipos puros de dominação.

Ao entender por dominação a “...probabilidade de obediência a um determinado mandato”¹⁶, WEBER chega ao seguinte conceito de legitimidade:

poucos? Há algum critério rigoroso na palavra ‘legitimidade’ ou trata-se apenas de mais uma ‘palavra oca’, tão ao gosto dos políticos profissionais ou dos próprios juristas? O que justifica o fato de assim chamada obediência civil? Qual a diferença entre a ordem dada por um juiz ou policial e a de um ladrão ou inimigo na guerra? Qual o papel do ordenamento jurídico nessas condições?” (ADEODATO, João Maurício. **A legitimação pelo procedimento juridicamente organizado: notas à teoria de niklas luhmann**. In: *Ética e Retórica: Para uma Teoria da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 55).

¹⁴ WEBER, Max. **Economia y sociedad**. 2. ed. Traduzido por José Medina Echavarría et alii, México: Fondo de Cultura Económica, 11. Reimpressão, 1997.

¹⁵ Cf. WEBER, Max. **Os três tipos puros de dominação legítima**. In: COHN, Gabriel (org.). *Weber: Sociologia*, v. 13, São Paulo: Ática, 1979.

¹⁶ WEBER, M. **Economia y sociedad**, p. 171. O autor define o poder como a possibilidade de impor a própria vontade a comportamento alheio, partindo do modelo teleológico da ação: um sujeito individual (ou um grupo, que pode ser considerado como um indivíduo) se propõe um objetivo e

“probabilidade [de uma dominação] ser tratada praticamente como tal e mantida em uma proporção importante”.¹⁷ Portanto, é pela crença na sua legitimidade que uma dominação se mantém independentemente do motivo específico e subjetivo de cada um dos dominados para obedecer aos mandamentos que lhes são impostos, é na crença genérica em sua legitimidade que repousa a estabilidade de uma dominação.

WEBER, ao desenvolver a sua tipologia, identifica três possíveis fundamentos para a legitimidade da dominação política: a) fundamento tradicional que repousa na crença na tradição¹⁸; b) fundamento carismático que se baseia na crença em qualidades especiais de uma pessoa; e c) fundamento racional que descansa na crença na legalidade¹⁹.

escolhe os meios apropriados para realizá-lo. O sucesso da ação consiste em provocar no mundo um estado de coisas que corresponda ao objetivo proposto. À medida que esse sucesso depende do comportamento de outro sujeito, deve ter o ator à sua disposição meios que induzem no outro o comportamento desejado. É essa capacidade de disposição sobre meios que permitem influenciar a vontade de outrem que MAX WEBER denomina de poder.

¹⁷ WEBER, M. *Idem*, *ibidem*.

¹⁸ JOÃO MAURÍCIO ADEODATO, ao tratar do fundamento tradicional ou pré-moderno, vê nele três características fundamentais: “1. O caráter extrínseco daquilo que pretendem seja o fundamento da legitimidade, já que tanto os mandamentos divinos e os pretensamente evidentes ditames da razão prática quanto a ‘vontade orgânica’ do povo individualizado aparecem como pilares incondicionados, externos, prévios e superiores às normas que o poder instituído efetivamente impõe ao meio social. 2. O conteúdo ético que tais doutrinas exibem através de ideais como a Verdade, a Justiça, o Amor ou mesmo a Revelação, parâmetros transcendentais a que todos os membros da sociedade devem sentir-se subordinados; o poder é visto como algo que é fruto de um outro ser intrinsecamente válido e não de funções ou relações estabelecidas pelos homens em sua ação política. O fundamento em si mesmo não é político, mas ético. 3. A noção de legitimidade é usada para limitar o exercício do poder de fato e evitar suas tendências à autoperpetuação; os governantes seculares são meros protetores e não donos da sociedade civil. Todos, os que mandam e obedecem, encontram-se subordinados a um fundamento comum” (ADEODATO, João Maurício. **A legitimação pelo procedimento juridicamente organizado: notas à teoria de niklas luhmann**. In: *Ética e Retórica: Para uma Teoria da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 56). Para uma análise mais profunda, cf. ADEODATO, João Maurício. **O problema da legitimidade: no rastro do pensamento de hannah arendt**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989, p. 29-76.

¹⁹ No fundamento racional o problema da legitimidade não é mais externo mas vem de dentro, passa a ser autoconstituído. A introdução da idéia de legalidade, segundo aduz JOÃO MAURÍCIO ADEODATO, é uma tentativa de sanar as deficiências do fundamento tradicional sem que se caia “na ingenuidade empiricista do contratualismo do jusnaturalismo clássico, para justificar a dominação política e a necessidade de legitimação”. Para o autor, “...o fenômeno da legislação já era velho conhecido das mais diversas civilizações. O que é novo aqui é a convicção de que a norma jurídica legislada é a única fonte legítima do direito, partindo do princípio de que as leis formam um todo sistemático e coeso, suficientemente generalizado para dirimir quaisquer conflitos de ordem jurídica. ‘...A legalidade nada mais significa que a existência de um conjunto escalonado de leis, estruturado em função (a) de um conceito de poder público que diferencia os campos de ação dos setores público e privado, e (b) da conformidade de todos os atos praticados não apenas pelos governados mas, também, pelos próprios governantes’. ... o legalismo assenta-se na idéia de que o próprio ato de legislar esgota a gênese do direito, e todo o universo jurídico-político pode ser abarcado pela lei” (ADEODATO, João Maurício. **A legitimação pelo procedimento juridicamente organizado: notas à teoria de niklas luhmann**. In: *Ética e Retórica: Para uma Teoria da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 59-60).

O fundamento racional identificado por WEBER é de especial importância, pois é nele que, para o autor, reside a estabilidade da dominação legal característica de nosso tempo. Seria a crença na legalidade que levaria à submissão dos dominados a essa forma de dominação caracterizada pela positivação do direito e por um quadro administrativo predominantemente burocrático no seio do Estado²⁰.

Com efeito, a idéia básica da dominação legal-racional é a de que “...qualquer direito pode ser criado e modificado mediante um estatuto sancionado corretamente quanto à forma”.²¹

Vê-se que WEBER, ao fundar a legitimidade da dominação legal na crença na legalidade e, portanto, na possibilidade de criação e modificação do direito, remete a um novo problema: o que é legal? Ora, essa questão de reconhecimento do que seja ou não legal se torna a chave para a legitimidade de fundamento racional.

Com isso WEBER desloca o problema da legitimidade do direito positivo para a questão do procedimento pelo qual o direito é produzido e modificado. É o *procedimento formal concreto* que vai permitir uma identificação do que é ou não legal e, por sua vez, é a crença naquilo identificado como legal que residirá a legitimidade desse tipo de dominação. Portanto, em última análise, a pedra fundamental da legitimidade do edifício jurídico moderno, no pensamento weberiano, passa a ser a crença em um determinado procedimento que permita a identificação do direito.

Cabe observar que a construção descrita acima introduz a legitimidade no interior da legalidade. Ora, à medida que o direito se auto-legitima

²⁰ Em breves palavras, Estado para WEBER é um agrupamento político que mantém o monopólio do constrangimento físico legítimo. Implica dizer que o Estado apresenta uma racionalização do direito, uma administração racional e uma força institucionalizada. Esse conceito de Estado em WEBER é utilizado para analisar os fenômenos políticos. Conforme discorre JULIEN FREUND, a atividade política do Estado é definida pelo fato de tomar lugar num território, elemento que separa o interior do exterior. Também se define no fato de que “os que habitam no interior das fronteiras do agrupamento adotam um comportamento que se orienta significativamente segundo esse território e a comunidade correspondente, no sentido em que sua atividade se acha condicionada pela autoridade encarregada da ordem, eventualmente pelo uso do constrangimento e a necessidade de defender sua particularidade”. O terceiro elemento que define a atividade política é a força e o uso eventual da violência. JULIEN FREUND afirma ser possível concluir que em WEBER o domínio está no centro do político. Daí a definição de política “como a atividade que reivindica para a autoridade instalada em um território o direito de domínio, com a possibilidade de usar em caso de necessidade a força ou a violência, quer para manter a ordem interna e as oportunidades que dela decorrem, quer para defender a comunidade contra ameaças externas” (cf. FREUND, Julien. **Sociologia de max weber**. 2. ed. Tradução de Luís Cláudio de Castro e Costa, Rio de Janeiro: Forense, 1975, p. 160-161).

²¹ WEBER, M., Obra citada, p. 174.

por um procedimento jurídico formal próprio, dispensa qualquer fundamentação externa a ele. É exatamente essa construção que vai permitir a afirmação da autonomia do direito, que está subjacente à toda discussão jusfilosófica desde THOMAS HOBBS²², se se quiser tomar algum autor como referencial. De fato, é essa autonomia que é muitas vezes invocada para diferenciar o direito moderno do direito antigo e é ela também que pode ser apontada como uma das diferenças primordiais entre a dominação legal-racional e os outros dois tipos de dominação, tradicional e carismática, ambas dependentes de fatores externos ao direito: a tradição e o carisma, respectivamente.

Justamente essa transformação do problema da legitimidade em um problema de procedimento e a conseqüente absorção da legitimidade pela

²² A doutrina política de HOBBS não compactua com a idéia jusnaturalista de que uma jurisprudência de caráter universal pode ser derivada da razão, pois, segundo esse autor "...o direito não é a expressão da razão mas uma manifestação da vontade do Soberano" (PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica: nova retórica**. Tradução de Vergínia K. Pupi, São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 18). Segundo BOBBIO, a doutrina política de HOBBS talvez seja a teoria mais completa e conseqüente do positivismo jurídico, de maneira que "se quisermos encontrar uma teoria completa e conseqüente do positivismo jurídico, devemos nos remeter à doutrina política de THOMAS HOBBS, cuja característica fundamental (...) na verdade consiste em lhe ter dado um golpe fatal no jusnaturalismo clássico" (BOBBIO, Norberto. **Teoría general del derecho**, 2. ed. Tradução de Jorge Guerrero R., Bogotá: Temis, 3. reimpressão, 1999, p. 31). Para HOBBS, com efeito, não há outro critério do justo ou do injusto senão a lei positiva, ou seja, somente o que for ordenado pelo soberano é tido como justo, pelo simples fato de ter sido ordenado; e só é injusto aquilo que é proibido, só pelo fato de estar proibido. BOBBIO apresenta uma boa descrição dos passos que permitiram a HOBBS chegar a uma conclusão tão radical como a acima descrita, em que inclusive o conteúdo dos valores morais e da justiça são tidos como convencionais (portanto contingentes) e não pré-existentes ou decorrentes da razão (perpétuos e necessários), como sustentavam os jusnaturalistas: "Como chega HOBBS a esta conclusão tão radical? HOBBS é um dedutivo e, como todos os dedutivos, para ele o que conta é que a conclusão se desprenda rigorosamente das premissas. (...) Ora, o direito fundamental que assiste aos homens no estado de natureza é o de decidir, cada um segundo seus próprios desejos e interesses, sobre o que é justo ou injusto, o que faz com que no estado de natureza não exista critério algum para fazer esta distinção, a não ser o arbítrio e o poder do indivíduo. Na passagem do estado de natureza para o estado civil, os indivíduos transferem todos os seus direitos naturais ao soberano, inclusive o direito de decidir o que é justo ou injusto e, portanto, desde o momento em que se constitui o estado civil, o único critério do justo e do injusto é a vontade do soberano. Esta doutrina hobbesiana está ligada à concepção da pura convencionalidade dos valores morais e portanto da justiça, segundo a qual não existe o justo por natureza, mas sim unicamente o justo de maneira convencional (também por este aspecto a doutrina hobbesiana é a antítese da doutrina jusnaturalista). No estado de natureza não existe o justo nem o injusto porque não existem convenções válidas. No estado civil o justo e o injusto residem no acordo comum dos indivíduos de atribuírem ao soberano o poder de decidir sobre o justo e o injusto. Portanto para HOBBS a validade de uma norma jurídica e de sua justiça não se diferenciam, porque a justiça e a injustiça nascem juntas com o direito positivo, ou seja, concomitantemente com a validade. Enquanto se permanece em estado de natureza não há direito válido, como tampouco há justiça; quando surge o Estado nasce a justiça, mas nasce concomitantemente com o direito positivo, por isso que onde não há direito tampouco há justiça e onde há justiça é porque há um sistema constituído de direito positivo" (BOBBIO, Norberto. **Teoría general del derecho**, 2. ed. Tradução de Jorge Guerrero R., Bogotá: Temis, 3. reimpressão, 1999, p. 31-32).

legalidade é que vão dar a base teórica para que HANS KELSEN²³ dê uma roupagem mais acabada à teoria weberiana, conforme se verá no tópico seguinte.

2. A legitimidade para Hans Kelsen

KELSEN procura, com a teoria pura do direito, desenvolver uma teoria jurídica “...purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural”²⁴ e elevar a jurisprudência a uma “...genuína ciência, de uma ciência do espírito”.²⁵

Nessa sua busca de uma ciência pura, circunscreve o seu objeto de estudo, qual seja o direito, isolando-o de quaisquer influências externas. O direito que HANS KELSEN analisa é então um direito totalmente separado da moral e da política e, portanto, clama por uma autonomia absoluta.

Assim, o conceito de legitimidade construído por WEBER é facilmente absorvido pela teoria pura do direito, conferindo autonomia ao seu objeto de estudo (o direito) e possibilitando a explicação e justificação do seu dinamismo. A teoria positivista de KELSEN leva ao extremo a proposta weberiana, mas acaba por revelar algumas distorções.

KELSEN define o princípio da legitimidade como o “...princípio de que a norma de uma ordem jurídica é válida até a sua validade terminar por um modo determinado através desta mesma ordem jurídica, ou até ser substituída pela validade de uma outra norma desta ordem jurídica...”²⁶

Assim, vê-se novamente que o problema da legitimidade de um ordenamento jurídico se coloca na questão do procedimento. Mais ainda, na definição de KELSEN o procedimento se encontra claramente no interior da ordem

²³ KELSEN pode ser inserido na corrente denominada *normativismo*, que, segundo JOÃO MAURÍCIO ADEODATO, “amplia as fronteiras do legalismo da escola dogmática jurídica, levando adiante as tentativas de análise lógica da ordem social, tal como o fizera a ‘jurisprudência dos conceitos’ na Alemanha. Para isso também recusa o conceito tradicional de legalidade (inspirado em Rousseau) como guardião da legitimidade contra os riscos de um poder arbitrário. A legalidade passa a ser colocada ao lado da legitimidade, como maneiras distintas de justificar o poder efetivo. Aqui, a fórmula lógica utilizada não mais é abstraída apenas a partir da lei mas, ao contrário, a perspectiva é invertida: é de um axioma lógico que a lei retira seu fundamento de legitimidade enquanto cognoscibilidade daquilo que Kelsen denominou ‘norma fundamental’ (*Grundnorm*)” (ADEODATO, João Maurício. **A legitimação pelo procedimento juridicamente organizado: notas à teoria de niklas luhmann**. In: *Ética e Retórica: Para uma Teoria da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 60).

²⁴ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**, prefácio à 1 ed., p. XI.

²⁵ KELSEN, H. Idem, *ibidem*.

²⁶ KELSEN, H. Obra citada, p. 233.

jurídica, pois ele deve necessariamente ser determinado por ela própria. Observa-se que a legitimidade fica equiparada à legalidade: tudo que é legal, isto é, que cumpre o procedimento determinado pela ordem jurídica, é também legítimo.

KELSEN percebe, contudo, que esse conceito de legitimidade só se aplica em uma ordem jurídica estável²⁷, o que o leva a examinar a situação limite de uma revolução, em que o poder instituído é subjugado e substituído pelo poder revolucionário, podendo este modificar a constituição, ou mesmo substituí-la.

Nessa situação, observa o autor, a norma fundamental, que serve de fundamento de validade para todas as outras é substituída por uma nova, modificando, portanto, o fundamento de validade de toda a ordem jurídica. Se a nova constituição modifica o procedimento pelo qual se dá a produção de normas válidas, surge então a questão das normas que haviam sido produzidas sob a égide da antiga constituição, mas continuam sendo válidas, pois, como acontece em geral nessas revoluções, grande parte do edifício jurídico fica intacto.²⁸

A resposta a essa pergunta é dada da seguinte forma: há apenas uma mudança no fundamento de validade, as normas antigas continuam com o mesmo conteúdo, mas sob um fundamento de validade novo, a nova constituição.

²⁷ Deve-se observar aqui uma inversão do problema inicial que WEBER se propunha a resolver ao definir a legitimidade como a probabilidade de conservação de um determinado tipo de dominação. Com o deslocamento do problema para a questão do procedimento, KELSEN acaba sendo levado a afirmar que o seu conceito de legitimidade só se aplica a uma ordem jurídica estável. Vê-se, assim, que o conceito weberiano começa a enfrentar problemas.

²⁸ Segundo JOÃO MAURÍCIO ADEODATO, o pensamento de KELSEN abriu as portas para uma postura realista, haja vista que a "...conseqüência teórica da neutralidade axiológica intentada pelo positivismo normativista, de que Kelsen foi exemplo aqui, não se fez esperar. O poder político já passa a designar algo que vale porque tem uma função na estrutura do sistema, provocando a identificação entre validade e funcionalidade: tudo o que funciona é válido, e poder é tudo aquilo que faz com que as pessoas obedeçam. Assim, a violência também passa a ser considerada forma de poder. A legitimidade não mais deriva do legal ou da compatibilidade vertical de normas jurídicas mas sim da simples obtenção de obediência: tudo o que produz é poder — e legítimo. Identificados os conceitos de efetividade e legitimidade, esta passa a ser deduzida da habilidade do poder em dirimir os eventuais conflitos e assim evitar crises no meio social, ou seja, a legitimidade assume 'conteúdo' meramente ideológico e um caráter tão-só instrumental. Vê-se que o realismo contemporâneo vai mais longe que o normativismo de Kelsen na tentativa de esvaziar o conceito de legitimidade de algum conteúdo" KELSEN pode ser inserido na corrente denominada *normativismo*, que, segundo JOÃO MAURÍCIO ADEODATO, "amplia as fronteiras do legalismo da escola dogmática jurídica, levando adiante as tentativas de análise lógica da ordem social, tal como o fizera a 'jurisprudência dos conceitos' na Alemanha. Para isso também recusa o conceito tradicional de legalidade (inspirado em Rousseau) como guardião da legitimidade contra os riscos de um poder arbitrário. A legalidade passa a ser colocada ao lado da legitimidade, como maneiras distintas de justificar o poder efetivo. Aqui, a fórmula lógica utilizada não mais é abstraída apenas a partir da lei mas, ao contrário, a perspectiva é invertida: é de um axioma lógico que a lei retira seu fundamento de legitimidade enquanto cognoscibilidade daquilo que Kelsen denominou 'norma fundamental' (ADEODATO, João Maurício. **A legitimação pelo procedimento juridicamente organizado: notas à teoria de niklas luhmann**. In: Ética e Retórica: Para uma Teoria da Dogmática Jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 61).

Ao constatar a possibilidade de coexistirem normas produzidas sob procedimentos diferentes (sob fundamentos de validade distintos) e a possibilidade de extinção de normas pelo modo determinado por uma ordem jurídica diversa da que havia instituído as mesmas normas, torna-se impossível sustentar que a legitimidade está exclusivamente ligada ao procedimento.

KELSEN então se vê obrigado a introduzir um elemento novo, limitativo do princípio da legitimidade acima descrito: a efetividade do governo.²⁹ Daí a afirmação de que “...o governo efetivo, que, com base numa Constituição eficaz, estabelece normas gerais e individuais eficazes, é o governo legítimo do Estado”.³⁰

A dominação legítima, nessa concepção, passa então a ser aquela efetiva e, conseqüentemente, o procedimento só vai exercer o seu papel legitimador da ordem jurídica a partir do momento em que estiver fundado em um poder efetivo (legítimo e eficaz).

O que se pode constatar da construção Kelseniana do conceito de legitimidade é uma inversão do problema proposto por WEBER. Este propunha uma tipologia da dominação que utilizava como critério básico as diferentes classes de

²⁹ Conforme aduz MÁRIO G. LOSANO, a “...teoria pura do direito tem por objeto a normatividade, não a realidade: foi com esse argumento que Kelsen rebateu as críticas que lhe foram dirigidas pelas teorias sociológicas. Contudo, a teoria pura do direito não consegue deixar de levar em conta a realidade no momento em que deve definir seu objeto principal, ou seja, a validade. Já se disse que para Kelsen a validade da norma e a sua existência em sentido jurídico são a mesma coisa. Kelsen fundamenta a existência da norma em sentido jurídico recorrendo não à realidade ou ao valor, mas ao ‘dever-ser’ (*Sollen*), obscuro conceito de origem kantiana que aqui não é possível ilustrar. O mundo da natureza é o mundo do ‘ser’; o mundo do direito é o mundo do ‘dever-ser’; portanto, o jurista puro deve ocupar-se apenas deste último, sem atingir as fronteiras do primeiro (que cabe ao estudioso das ciências naturais). O ‘dever-ser’ permeia a ordenação jurídica e, por conseguinte, é fundamento de validade de todas as suas normas jurídicas: em outras palavras, constata-se a validade de uma norma jurídica constatando-se que ela pertence a certa ordenação. Uma ordenação jurídica, para Kelsen, é construída por graus hierárquicos, em que a validade do inferior é inferida do superior, num processo de delegação de validade (ou seja, de ‘dever-ser’) que desce da constituição à lei e desta à sentença. Depois de construir essa estrutura hierárquica para manter a distinção entre o mundo do ‘ser’ e o do ‘dever-ser’, a teoria pura do direito encontra-se diante de uma dificuldade: a coerência com seu pressuposto metodológico de pureza é inconciliável com a realidade jurídica que ela quer descrever. Realmente, para que uma norma jurídica seja válida, é preciso que ela também seja eficaz: ou seja, não basta o respeito a certas formalidades no estabelecimento da norma, mas é preciso que, de fato, a norma assim estabelecida seja também efetivamente aplicada. Kelsen é obrigado a admitir que ‘tanto uma ordenação jurídica como um todo quanto uma norma jurídica isolada perdem a validade quando deixam de ser eficazes’. Em outras palavras, para responder à questão em da qual constrói toda a sua teoria (ou seja, quais são os pressupostos formais para a validade de uma norma jurídica), Hans Kelsen precisa renunciar à rigorosa separação entre mundo natural e mundo normativo, entre ‘ser’ e ‘dever-ser’ ” (LOSANO, Mario G. *In*: prefácio à edição italiana de KELSEN, Hans. **O problema da justiça**, p. XVIII-XIX).

³⁰ KELSEN, H. *Obra citada*, p. 234. Esse é um dos pontos da teoria de KELSEN que sofreram as críticas mais contundentes, as quais foram denominadas por MÁRIO G. LOSANO como críticas imanentes (cf. LOSANO, Mario G. *In*: prefácio à edição italiana de KELSEN, Hans. **O problema da justiça**, p. VII-XXXIII).

legitimidade, sendo essa a probabilidade de manutenção de um determinado tipo de dominação.

No caso da dominação legal, o fundamento da legitimidade é apontado como sendo de ordem racional e identificado como *a crença na legalidade*. Para que exista essa crença é necessário, por sua vez, um procedimento que identifique o que é e o que não é legal. A partir de então o problema do que é legítimo é deslocado para a questão do procedimento que permite fazer essa identificação.

KELSEN parte dessa noção para poder afirmar a legitimidade de um sistema jurídico autônomo. Contudo, quando leva esse raciocínio a uma situação limite (uma revolução), o procedimento não serve mais como fator de legitimação.

Nesse exato momento o fator de legitimação passa a ser a efetividade do poder instituidor e é dessa efetividade que decorre a legitimidade do novo poder e a posterior restauração da legalidade³¹. É importante notar que a legitimidade, no sentido procedimental formal que lhe dá WEBER, deixa de ser o fator que gera a estabilidade da dominação para se tornar uma consequência dessa estabilidade que, em última instância, é fruto da efetividade do poder político.

Com essa distorção o conceito de legitimidade concebido por WEBER e reafirmado por KELSEN torna-se por demais estreito para compreender o fenômeno jurídico que caracteriza a modernidade.

É preciso buscar um conceito mais largo que seja capaz de realizar essa tarefa. É exatamente isso que busca HABERMAS, conforme se depreende da sua crítica ao conceito weberiano, cujos contornos podem ser localizados na *Teoria da Ação Comunicativa*³², conforme será visto a seguir.

3. A Crítica de Habermas ao Conceito Positivista de Legitimidade

HABERMAS, em sua *Teoria da Ação Comunicativa*, faz uma análise do pensamento de WEBER tendo como fio condutor a teoria da racionalização

³¹ TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR. assume, na sua teoria pragmática da validade, uma mudança do padrão de validade descrevendo uma oscilação entre o padrão-legalidade e o padrão-efetividade: "... O padrão-efetividade está em uso no momento em que aparece uma nova norma-origem. Daí para a frente, volta o padrão-legalidade" (FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**, p. 192). Essa mudança de padrão é análoga à questão levantada por KELSEN, acima mencionada. Contudo, KELSEN não admite uma mudança de padrão, mas apenas uma limitação do princípio de legitimidade.

³² HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa**. Madrid: Taurus, 1987.

social. Mais que uma análise, o capítulo dedicado ao pensamento weberiano é um *diálogo* em que HABERMAS identifica no seu *interlocutor* certas deficiências e incongruências. Dentro desse *diálogo* HABERMAS faz uma crítica veemente ao conceito de legitimidade que WEBER atribui à dominação legal.

Esse conceito que, conforme visto acima, é fundamental para a crença na legalidade, origina a concepção de que a legitimação do direito moderno se dá mediante o procedimento. HABERMAS aponta um paradoxo nessa concepção: “A fé na legalidade só pode criar legitimidade se se supõe de antemão a legitimidade da ordem jurídica que determina o que é legal”.³³

Ao apontar essa contradição, HABERMAS está a questionar a legitimidade do próprio procedimento, pois a “...fé na legalidade de um procedimento não pode engendrar legitimidade *per se*, isto é, pela simples virtude da correção procedimental do próprio ordenamento positivo”.³⁴

Ora, assentar a legitimidade do direito no procedimento não resolve o problema, apenas o desloca para o próprio procedimento. Persiste então a indagação do que confere a legitimidade ao *procedimento legitimador*³⁵. Eis aí a questão com que se depara HABERMAS ao pretender analisar o problema da legitimidade do direito moderno.

Ao tentar identificar o que leva WEBER a cometer esse equívoco, HABERMAS só encontra uma possibilidade: WEBER apela para uma *tradicionalização* secundária do procedimento, desconsiderando os pressupostos racionais materializados nas instituições. Apesar de ter consciência de que existam fundamentos racionais na instituição do procedimento, WEBER põe esses fundamentos em suspensão, acreditando que, uma vez existente o procedimento, as pessoas não mais se preocupam com o seu fundamento racional e ele se transforma então numa espécie de tradição.

Para HABERMAS, mesmo nesses casos em que o procedimento sofre um efeito de *tradicionalização*, o que dá o caráter legítimo a uma decisão legal

³³ HABERMAS, J. Obra citada, p. 343.

³⁴ HABERMAS, J. Idem, p. 344.

³⁵ Na realidade esse é o problema enfrentado por KELSEN na situação limite exposta acima. Numa revolução, o que se coloca em cheque é o próprio procedimento. A questão aí é a mesma: o que legitima o procedimento? Ou, se se formular de outra forma: qual procedimento pode ser considerado legítimo? KELSEN não responde a essa pergunta. Em vez disso ele introduz o princípio da efetividade como limitador do princípio da legitimidade. Assim, o problema continua sem resposta.

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

É justamente repensando a questão da fundamentação racional que HABERMAS vai tentar construir um novo conceito de legitimidade. Um conceito mais largo, capaz de compreender a totalidade do fenômeno, deixando de lado os vícios e preconceitos positivistas que acabaram levando, segundo ele, a interpretações equivocadas que os justificassem.

HABERMAS esboça o seu conceito de legitimidade, ainda que de forma inacabada, num trabalho intitulado *¿Como es Posible la Legitimidad por Via de la Legalidad?*³⁶, em que defende a tese de que o direito moderno não se encontra desconectado da moral e da política. Ao revés, é na relação com a moral, limitada pela sua relação com a política, que reside a legitimidade do direito positivo característico da nossa sociedade.

Para construir esse complexo de relações, HABERMAS parte de uma análise do direito pré-moderno, em que identifica a coexistência de um direito sacro com um direito profano. O direito sacro é o fator que legitima as decisões. Portanto, o príncipe só pode agir dentro do âmbito em que está legitimado pelo direito sacro. Este, por sua vez, era incondicionado e baseado na crença em imagens religiosas do mundo, as quais dominavam as estruturas de consciência pré-modernas.

Essa coexistência do direito profano com o direito sagrado demonstra uma tensão interna ao direito: aquela entre o seu caráter instrumental e o seu caráter não instrumental. O caráter instrumental do direito dizia respeito ao direito profano, burocrático e utilizado como meio para atingir objetivos políticos. Já o caráter não instrumental era encontrado na incondicionalidade do direito sacro, pressuposto na regulação judicial dos conflitos pelo direito burocrático.

Contudo, no momento em que ocorre o fenômeno da positivação do direito, as imagens religiosas do mundo já estão reduzidas a convicções de ordem subjetiva. Isso faz com que o direito sacro não sirva mais como suporte de um direito profano, cada vez mais complexo e, a partir de então, em constante mutação. O

³⁶ HABERMAS, Jürgen. *¿Como es posible la legitimidad por via de la legalidad?* In: Revista Doxa n. 5, 1988.

direito fica desprovido daquele caráter de incondicionalidade que conferia legitimidade ao poder político responsável por instituí-lo.

Nessa situação, para que o direito não fique reduzido à imposição de mandatos de um soberano (redução defendida por todos os seguidores de HOBBS), o que levaria a sua absorção pela política e a conseqüente decomposição do próprio conceito de política, cumpre buscar um outro fundamento de legitimidade que seja capaz de assegurar aquele momento de incondicionalidade antes existente. Essa é a busca que HABERMAS se propõe a fazer. Só assim o direito pode manter o caráter de obrigação que antes lhe era conferido pela autoridade do direito sacro.

HABERMAS começa a sua busca de um fundamento para o direito moderno observando que, só no momento em que surge uma moral convencional (em que as normas jurídicas são prévias, independentes da situação e vinculantes para todos), torna-se possível o surgimento de um poder político organizado por meio de um direito coercitivo. Isso porque, sustenta HABERMAS, só no momento em que o poder de fato recebe uma autoridade normativa conferida por uma norma jurídica e que tenha este caráter moral e convencional (e é nesse momento que passa a ser legítimo) pode impor politicamente normas jurídicas.

Essa constatação leva HABERMAS a concluir que o fundamento do direito moderno só pode estar na sua relação com a moral: "...aquele momento de incondicionalidade que inclusive no Direito moderno constitui um contrapeso à instrumentalização política do meio que é o Direito, deve-se ao entrelaçamento da política e do Direito com a moral".³⁷ Não se trata aqui de uma moral tradicional, fundada em uma interpretação mítica do mundo, mas de uma moral convencional, autônoma, que apresenta uma racionalidade própria.

Nesse sentido, o direito natural racional, superado no século XIX devido à tamanha complexidade que a sociedade moderna atingiu, foi a primeira tentativa de construir esse entrelaçamento entre uma moral pós-tradicional³⁸ e o

³⁷ HABERMAS, J. Idem, p. 25.

³⁸ O que HABERMAS considera como moral pós-tradicional é a moral autônoma, regida por um critério de racionalidade próprio e fruto do desencantamento das imagens do mundo descrito na teoria da racionalização social de WEBER. Segundo este autor a evolução das imagens religiosas do mundo leva à autonomização de três esferas de racionalidade regidas por critérios independentes: a esfera cognitivo-instrumental, a esfera prático-moral e a esfera estético-expressiva. Sobre isso ver a análise que HABERMAS faz acerca do pensamento de WEBER na teoria da ação comunicativa.

direito, ligando este a princípios daquela e colocando-o sobre o pano de fundo de uma racionalidade procedimental (o contrato social nada mais é que um procedimento hipotético que justifica moralmente o poder exercido através do direito positivo).

Aí reside a chave do conceito de legitimidade habermasiano na racionalidade procedimental de uma razão prático-moral: “Esta exige que distingamos entre normas e princípios e procedimentos justificatórios, procedimentos conforme os quais possamos examinar se as normas, à luz dos princípios válidos, podem contar com o assentimento de todos”.³⁹

Essa razão prática tem como núcleo a idéia de imparcialidade. Dessa forma, a legitimidade do direito só pode ser obtida por meio de procedimentos que assegurem a imparcialidade dos juízos (no caso da aplicação das normas) e da vontade (no caso da sua produção) por via de uma argumentação que justifique e fundamente as normas.⁴⁰ Esses procedimentos devem ser institucionalizados dentro do direito positivo, permitindo que este comporte discursos morais.

Cabe nesse ponto a seguinte questão: supondo-se a aplicação dessa justiça procedimental para que haja a produção de normas segundo o critério da imparcialidade, por que então essas normas precisam ser institucionalizadas na forma de normas jurídicas? Não bastaria que elas fossem apenas normas morais? HABERMAS responde a essa pergunta com a afirmação de que a moral pós-tradicional possui um *déficit* motivacional, ou seja, a moral autônoma carece daquela conexão com a eticidade concreta característica da moral tradicional.

Assim, os agentes de uma dada sociedade podem identificar racionalmente (sempre segundo uma razão prática) as normas que seguem o procedimento, mas estas não têm aquela força motivacional de outrora que os impelia a realizar na prática os seus juízos morais. As normas passam a ser exigíveis somente à medida que aqueles que as cumpram possam esperar que todos os outros também ajam na sua conformidade.

³⁹ HABERMAS, J. Obra citada, p. 29.

⁴⁰ Cf. HABERMAS, J. *Idem*, p. 39, em que são analisadas as teorias da justiça de JOHN RAWLS (cf. RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta, Lenita M. R. Esteves, São Paulo: Martins Fontes, 1997), de KOHLBER e de K. O. APEL — denominadas teorias procedimentais da justiça — as quais, ao tratarem o tema da elaboração do procedimento como fundamento de imparcialidade das normas, representam, segundo HABERMAS, propostas sérias que permitem analisar questões práticas de um ponto de vista moral.

Aí reside a necessidade da institucionalização jurídica. Para garantir a aplicação geral e num prazo fixo das normas relativas a problemas funcionais importantes, resolução de conflitos e matérias de maior importância social, faz-se necessária a posituação dessa norma por um poder político capaz de assegurá-la coercitivamente. Só por essa via pode-se evitar os problemas de insegurança gerados num complexo de normas puramente morais. Nesse sentido, o direito complementa a moral, corrigindo a sua debilidade motivacional por meio da coerção.

Ao exigir um poder político que o institua, o direito mostra a sua outra face: o seu caráter instrumental. O poder político se utiliza de normas jurídicas, justificadas e fundamentadas por meio de um discurso que mescla argumentos morais e políticos, para atingir objetivos políticos. Por isso, HABERMAS afirma que “...o direito se situa entre a política e a moral”.⁴¹

Como ficou esboçado, mais que uma mera complementação da moral com o direito, HABERMAS defende um *entrelaçamento* entre os dois. Este se verifica pela observação de que existe uma abertura do direito positivo para argumentações morais que o justifique e fundamente. Há aí a migração de uma moral puramente procedimental (despida de conteúdo normativo) para o interior do direito.

Nesse contexto, ambos (direito e moral) se limitam por meio de procedimentos mútuos. Os procedimentos jurídicos deixam um certo espaço para que seja realizado o discurso moral (efetuado à luz de princípios válidos que justificam e fundamentam as normas), fundamental para a sua legitimação. Contudo, esse espaço é modelado pela política. São as lutas políticas que determinam quanto desse espaço é ocupado por um discurso moral e quanto é ocupado por imperativos funcionais que põem em suspenso os princípios morais. Enfim, a relação legitimadora entre direito e moral é regulada pela política, que, por sua vez, acaba também dependendo dessa relação, pois é dela que o poder político extrai a sua legitimidade.

Com essa intrincada relação entre moral, direito e política, HABERMAS chega à “...idéia de um Estado de Direito, com divisão de poderes, que extrai sua legitimidade de uma racionalidade que garanta a imparcialidade dos

⁴¹ HABERMAS, J. Idem, p. 42.

procedimentos legislativos e judiciais”⁴². Essa idéia funciona como um *standard* crítico que permite avaliar a realidade constitucional, já que ela “...não se limita a se opor abstratamente (em um impotente dever-ser) a uma realidade que tampouco lhe corresponda. Antes de tudo a racionalidade procedimental (...) constitui (...) a única dimensão que resta em que se pode assegurar ao direito positivo um momento de incondicionalidade e uma estrutura imune de ataques contingentes.”⁴³

Ao encarar o direito como um sistema aberto a questões procedimentais de cunho moral e influenciado profundamente pela política, HABERMAS traz para o centro da reflexão jurídica questões que os juristas positivistas acreditavam não ser da sua alçada. E ainda vai além, reintroduz questões que os positivistas pensavam ter resolvido. HABERMAS traz à tona, portanto, as questões da justiça, da democracia e da autonomia do direito.

A questão da justiça, desde o advento do positivismo jurídico, foi relegada à filosofia moral, mas com HABERMAS é trazida para o seio da questão da legitimidade. É por meio de uma justiça procedimental de caráter moral, com o seu núcleo fundado na idéia de imparcialidade, que HABERMAS acredita ser possível garantir ao direito moderno a sua autoridade e, conseqüentemente, o seu caráter de obrigação.

Assim sendo, o jurista moderno, ao estar envolvido com a aplicação e produção de normas deverá, sob pena de tornar o direito suscetível a ataques contingentes, estar sempre preocupado com a realização deste procedimento de *tomada imparcial de decisões coletivas*. Tendo em vista as dificuldades, num primeiro plano, de conceber teoricamente um procedimento que assegure essa imparcialidade nas sociedades complexas atuais e, num segundo plano, de aplicá-lo nessas mesmas sociedades, está aí um grande desafio para o jurista de hoje: estar sempre questionando o procedimento racional pelo qual se dá a fundamentação e justificação das normas. Esse procedimento permanece sempre aberto a uma crítica racional por meio do discurso e, portanto, ele está continuamente sendo reconstruído pelos participantes do discurso.

Aqui se apresenta uma segunda questão para a qual HABERMAS chama a atenção: quem são os participantes do discurso? Essa é a questão da

⁴² HABERMAS, J. Idem, p. 37.

⁴³ HABERMAS, J. Idem, ibidem.

democracia. Quando o teórico da ação comunicativa chega à conclusão de que o fundamento da legitimidade moderna reside numa moral procedimental, exige conseqüentemente a participação, de alguma forma a ser definida pelo procedimento, daqueles que serão atingidos pelas normas criadas ou aplicadas. Mas não há critérios prévios, de modo que só com a participação de todos no discurso poderá ser garantida a imparcialidade que a razão prática exige.⁴⁴

Sob esse enfoque cabe então a seguinte questão: até que ponto o procedimento democrático moderno, fundado em pilares como a regra da maioria e a representação política, consegue cumprir o pressuposto de legitimidade apresentado por WEBER? Isso faz repensar a forma de participação dos indivíduos em uma democracia. Como garantir essa *formação discursiva da vontade coletiva*?

Essas duas questões representam bem uma gama de problemas muito complexos que surgem ao se estabelecer uma conexão entre direito, política e moral. Além disso, elas reintroduzem o problema da autonomia do direito em outros termos. Se não se pode mais caracterizar o direito como um sistema fechado, fica abalado o conceito de autonomia do sistema jurídico defendido pelos positivistas, que estipula uma independência do direito a qualquer fator que lhe for externo. Onde está então a autonomia do direito? Ou ele deixaria de ser autônomo?

A proposta de HABERMAS é a de que a autonomia do direito está justamente no seu entrelaçamento com a moral e a política. É essa relação entre os três campos que confere ao direito a possibilidade de ser autônomo. É ela que impede que o fenômeno jurídico se dissolva ou em puras considerações morais, ou em pura imposição política. Por isso, diz HABERMAS, "...autônomo é um sistema jurídico, só à medida que os procedimentos institucionalizados para a legislação e a administração da justiça garantam uma formação imparcial da vontade e do juízo e por essa via permitam que se introduza, tanto no direito quanto na moral, uma racionalidade instrumental de tipo ético. Não pode haver direito autônomo sem democracia realizada".⁴⁵

⁴⁴ "A fundamentação do sistema de direitos (direitos fundamentais e direitos positivos), com o auxílio do princípio do discurso, pode ser esclarecida a partir do **princípio da democracia**, forma que assume a intersubjetividade argumentativa, no discurso de legitimação de direitos, assim expresso: **'D: são válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais'** (LUDWIG, Celso Luiz. **Razão comunicativa e direito em habermas**, p. 10-11, grifos no original).

⁴⁵ HABERMAS, J. Obra citada. p. 45.

Com essas considerações acerca do pensamento de HABERMAS sobre o fenômeno da legitimidade, vê-se pois que o problema da moral está longe de ser algo que não mereça a preocupação dos juristas, como pretende — ou pretendia — o positivismo jurídico.

Considerações Finais

O pensamento de HANS KELSEN sofre influências de KANT, WEBER e do neopositivismo do Círculo de Viena, no qual, aliás, teve assento antes de se exilar nos Estados Unidos da América em face de sua origem semita. Do neopositivismo retira a idéia de que a ciência deve ser neutra, o que leva à busca de uma pureza metodológica que se baseia na ausência de juízos de valor⁴⁶ e na unidade sistemática da ciência, ou seja, a noção de ciência no pensamento de KELSEN está fundada nos pressupostos filosóficos da escola neokantiana.

Com efeito, além da rejeição dos juízos de valor, a concepção geral que HANS KELSEN tem da ciência e a sua delimitação da ciência jurídica são responsáveis pela idéia de que cada ciência deve constituir um todo metodologicamente unitário e, portanto, de que o objeto da ciência é determinado,

⁴⁶ MÁRIO G. LOSANO, ao apontar algumas objeções ao pensamento de KELSEN, demonstra que a norma fundamental não é uma norma em sentido kelseniano, fato esse diretamente ligado aos limites da teoria pura do direito em sua relação com o mundo dos valores. Segundo LOSANO, “Hans Kelsen afirma que a teoria pura do direito tem por objeto a normatividade e não o valor; e com esse argumento rebate as críticas que lhe foram dirigidas pelas teorias jusnaturalistas. Porém, se percorrermos de volta toda a estrutura hierárquica das normas que delegam validade uma à outra, chegaremos à norma fundamental, ou seja, àquela em que se baseia a construção kelseniana: ela é a fonte primeira da validade de toda a ordenação jurídica. O próprio Kelsen, porém, deve admitir que essa não é uma norma jurídica no sentido definido pela teoria pura do direito. Para esta, de fato, são jurídicas apenas as normas estatuídas pelo legislador; a norma fundamental, ao contrário, ‘deve ser *pressuposta*, porquanto não pode ser *posta* por uma autoridade, cuja competência deveria repousar sobre uma norma ainda mais elevada’. O jogo de palavras não resolve o problema de fundo: se a norma fundamental *não* é uma norma jurídica positiva, é alguma coisa que o jurista aceita com base em sua avaliação de justiça ou de oportunidade, ou seja, com base numa escolha que, para Kelsen, é não-científica porquanto irracional (ou melhor, subjetiva). Se, porém, a norma fundamental é um expediente gnoseológico para encerrar em sistema unitário os vários níveis normativos, estamos diante de um elemento teórico (pertencente ao mundo da natureza, do ‘ser’) que condiciona a existência de uma norma (pertencente ao mundo do direito, do ‘dever-ser’); passagem que Hans Kelsen considera inconciliável com o pressuposto de pureza metodológica. No entanto, respondendo aos seus adversários, ...Kelsen apontara sem hesitar para as colunas de Hércules de toda a teoria jurídica, a fronteira extrema do direito, além da qual se abre um mundo diferente: ‘O problema do direito natural é o eterno problema daquilo que está por trás do direito positivo. E quem procura uma resposta encontrará — temo — não a verdade absoluta de uma metafísica nem a justiça absoluta de um direito natural. Quem levanta esse véu sem fechar os olhos vê-se fixado pelo olhar esbugalhado da Górgona do poder’ “ (LOSANO, Mario G. *In*: prefácio à edição italiana de KELSEN, Hans. **O problema da justiça**, p. XIX-XX).

antes de mais nada, por seu método, ou seja, por seu modo de observar e compreender as coisas.

Essa asserção é entendida no sentido de que a ciência não descreve entidades como elas são por si, mas de que o objeto do sistema científico é constituído pelo ângulo de visão que, por sua vez, é definido pelo modo como o problema é formulado e tratado. A ciência, portanto, dentro dessa terminologia neokantiana, é um todo ordenado, um sistema de cognição correspondente à formulação do problema. O elemento central da ciência é, pois, para KELSEN, o método, e não o objeto; o cientista, assim, visa à construção de uma teoria formal, não substancial.

Por isso a teoria pura do direito é uma teoria que pretende única e exclusivamente conhecer seu objeto. Procura responder a esta questão: O que é e como é o direito? Não lhe importa a questão de saber como deve ser o direito ou como ele deve ser feito. É ciência jurídica e não política do direito, ou seja, o que importa são os comandos de dever-ser contidos nas normas que, desde que válidas, devem ser reconhecidas independentemente de seu conteúdo ou do fato de serem ou não observadas por seus destinatários. Nessa mesma linha de pensamento, a justiça é vista como uma idéia irracional impossível de ser objetivamente apreendida pela ciência jurídica.

Para KELSEN, aliás, a única possibilidade de se falar objetivamente em justiça seria equiparando justiça a legalidade: “Nesse sentido, a ‘justiça’ significa legalidade”, retirando-se a partir daí a regra formal da justiça, segundo a qual é “‘justo’ que uma regra geral seja aplicada em todos os casos em que, de acordo com seu conteúdo, esta regra deva ser aplicada. É ‘injusto’ que ela seja aplicada em um caso, mas não em outro caso similar. E isso parece ‘injusto’ sem levar em conta o valor da regra geral em si, sendo a aplicação desta o ponto em questão aqui. A justiça, no sentido de legalidade, é uma qualidade que se relaciona não com o conteúdo de uma ordem jurídica, mas com sua aplicação”⁴⁷.

⁴⁷ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**, p. 20. Veja-se que o que se denomina igualdade na lei não significa outra coisa senão a aplicação da lei em conformidade consigo mesma, quer dizer, “...aplicação correta, qualquer que seja o conteúdo dessa lei. A igualdade na lei não é, pois, igualdade, senão conformidade à norma” (ABELLÁN, Marina Gascón. **La técnica del precedente y la argumentación racional**, p. 57). Essa interpretação do pensamento de KELSEN também é dada por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO: “Com efeito, Kelsen bem demonstrou que a igualdade perante a lei não possuiria significação peculiar alguma. O sentido relevante do

Diante dessas considerações, viu-se que o pensamento de WEBER no que se refere à idéia de legitimação pelo procedimento se revelou inteiramente compatível com as idéias de KELSEN, donde se pode deduzir que algo é justo à medida que é legal; e é legal à medida que é legítimo; e é legítimo à medida que observa o procedimento.

Porém, conforme se observou a partir das críticas de HABERMAS, o problema da legitimidade foi apenas deslocado da legalidade para o procedimento: o que faz do procedimento um meio legítimo para se estabelecer leis?

Com esse questionamento HABERMAS dá uma guinada de 180° (cento e oitenta graus), uma espécie de *normative turn*, e argumenta que a ordem institucional legal (legalidade) cria, em sociedades modernas, a legitimidade da ordem, desde que atenda a certos critérios democráticos. A legitimidade depende da ordem legal, do direito discursivo e do poder democrático institucionalizado. Para que essa ordem tenha *validade* social e seja efetivamente *legítima* ela precisa ter elaborado as suas leis (constituição, legislação comum); as normas de sua aplicação (administração pública); e as formas de seu controle (judiciário), pelas vias argumentativas que caracterizam os *discursos* teóricos, éticos e práticos.

Os critérios democráticos aludidos por HABERMAS jamais aceitariam, por exemplo, uma ordem social como o nazismo alemão. Em contraposição, essa ordem seria considerada *legítima* no sentido weberiano por se tratar de uma ordem em que houve a adesão *afetiva* da maioria dos alemães ao regime de ADOLF HITLER, tudo em consonância com o procedimento previsto.

Com efeito, sob o ponto de vista do pensamento de WEBER, a *legalidade* da ordem social estabelecida pelo partido nazista a partir de sua ascensão ao poder com a eleição de 1933 — em especial no que tange à sua postura anti-semita e à imposição de regras discriminatórias — que reformulou as leis da República de Weimar baseando-se em um sistema jurídico fixado em lei e

princípio isonômico está na obrigação da igualdade na própria lei, vale dizer, entendida como limite para a lei. Por isso averbou o que segue: 'Colocar (o problema) da igualdade perante a lei, é colocar simplesmente que os órgãos de aplicação do direito não têm o direito de tomar em consideração senão as distinções feitas nas próprias leis a aplicar, o que se reduz a afirmar simplesmente o princípio da regularidade da aplicação do direito em geral; princípio que é imanente a toda ordem jurídica e o princípio da legalidade da aplicação das leis, que é imanente a todas as leis — em outros termos, o princípio de que as normas devem ser aplicadas conforme as normas.' (Teoria Pura do Direito, tradução francesa da 2ª edição alemã, por Ch. Einsenmann, Paris, Dalloz, 1962, p.190)" (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**, nota 2, p. 10).

garantido pelo governo, seria reconhecida como plenamente legítima, haja vista que WEBER não teria argumentos *racionais* para contestar essa ordem social.

Em contrapartida, HABERMAS constrói argumentos capazes de negar legitimidade a ordens como a nazista, ainda que se tenha observado ao procedimento preestabelecido para a produção de leis. Segundo HABERMAS, a ordem social nazista pode até mesmo ter sido *factual* (legal e legítima), mas ela jamais seria *válida*. Isso porque uma ordem social somente poderá ser validamente considerada se, e somente se, as suas normas e leis forem elaboradas democraticamente, com o envolvimento de todos os *atingidos* e interessados.

Dessa forma, o regime nazista, no pensamento de HABERMAS, não seria considerado *válido* porque suas normas e leis não podiam - do ponto de vista moral e racional - ser consideradas *justas* e corretas para todos e por todos, haja vista que, ainda que tenham observado o critério de aprovação pela maioria, o que se teria aprovado seria a exclusão de participantes do discurso, o que não se admite, visto que a democracia somente se realiza com a efetiva participação das minorias e o respeito por suas opiniões, sob pena de se transformar em *ditadura* da maioria.

Diante das exigências que essa perspectiva encerra, HABERMAS reconhece que não existe ainda, na atualidade, nenhuma ordem social efetiva que tenha *validade* no sentido discursivo que lhe é atribuída por seu pensamento. Ou seja, as sociedades democráticas vigentes, que sem dúvida têm *faticidade*, ainda não atendem a todos os critérios democráticos, a todos os princípios discursivos e racionais exigidos para constituir uma ordem normativa.

Referências Bibliográficas

ABELLÁN, Marina Gascón. **La técnica del precedente y la argumentación racional**. Madrid: Tecnos, 1993.

ADEODATO, João Maurício Leitão. **A legitimação pelo procedimento juridicamente organizado: notas à teoria de niklas luhmann**. In: *Ética e Retórica: Para uma Teoria da Dogmática Jurídica*. p. 53-80, São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **O problema da legitimidade: no rastro do pensamento de hannah arendt**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito.** Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues, São Paulo: Ícone, 1995.

_____. **Teoría general del derecho.** 2. ed. Tradução de Jorge Guerrero R., Bogotá: Temis, 3. reimpressão, 1999.

_____. **Teoria geral da política.** Tradução de Daniela Beccaccia Versiani, Rio de Janeiro: Campus, 3. Reimpressão, 2000.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico.** 10. ed. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1997.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FREUND, Julien. **Sociologia de max weber.** 2. ed. Tradução de Luís Cláudio de Castro e Costa, Rio de Janeiro: Forense, 1975.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade.** 4. ed. Vol. 1. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 3 v.

_____. **¿Como es posible la legitimidad por via de la legalidad?** *In:* Revista Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante: Universidad de Alicante, n. 5, p. 21-45, 1988.

_____. **Teoría de la acción comunicativa.** Tradução de Manuel Jiménez Redondo, Madrid: Taurus, 2 v., 1987.

KELSEN, Hans. **O problema da justiça.** 2. ed. Tradução de João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 1996.

_____. **Teoria geral do direito e do estado.** 3. ed. Tradução de Luís Carlos Borges, São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **Teoria pura do direito.** 5. ed. Tradução de João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 1997.

LOSANO, Mario G. In: prefácio à edição italiana de KELSEN, Hans. **O problema da justiça.** 2. ed., Tradução de Ivone Castilho Benedetti, p. VII-XXXIII, São Paulo: Martins Fontes, 1996.

LUDWIG, Celso Luiz. **Razão comunicativa e direito em habermas.** In: Seminário A Escola de Frankfurt e o Direito, Curitiba: Universidade Federal do Paraná, jul./1997. 13 p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 7. reimpressão, 1999.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito.** Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira, São Paulo: Martins Fontes, 1996.

_____. **Lógica jurídica: nova retórica.** Tradução de Vergínia K. Pupi, São Paulo: Martins Fontes, 1998.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça.** Tradução de Almiro Pisetta, Lenita M. R. Esteves, São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito.** 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. **Poder jurídico e violência simbólica.** São Paulo: Cultural Paulista, 1985.

WEBER, Max. **Economia y sociedad.** 2. ed. Tradução de José Medina Echavarría, Juan Roura Parella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Máynez, José Ferrater Mora, México: Fondo de Cultura Económica, 11. reimpressão, 1997.

_____. **Os três tipos puros de dominação legítima.** In: COHN, Gabriel (org.). Weber: Sociologia, v. 13, São Paulo: Ática, 1979.