

Legitimação procedimental e modernidade

A problemática da legitimidade jurídico-política em sociedades complexas

Antônio Carlos de Almeida Diniz

Sumário

1. Considerações iniciais. 2. Legitimidade, procedimento e funcionalismo em Niklas Luhmann. 2.1. O Direito no âmbito da teoria sistêmico-funcional de Niklas Luhmann. 2.2. A Função legitimadora do procedimento. 3. As crises de legitimação do Estado moderno e o modelo ético-discursivo de J. Habermas. 3.1. Crises de legitimidade e níveis de justificação. 3.2. A reconstrução da legitimidade jurídico-política pela razão procedimental. 4. Conclusão.

1. Considerações iniciais

Historicamente, a problemática da legitimidade se situa no interregno da moral, do direito, da religião e da política. Desde as mais priscas eras, teóricos e eruditos tem procurado incessantemente por critérios de justificação e validade para as relações de poder e de conformação das condutas sociais. Tais critérios variam e mudam segundo as premissas e contextos peculiares de seus idealizadores ao longo dos tempos. A criação mais ou menos racional de critérios de legitimidade geralmente tem sua origem assentada na necessidade de aceitabilidade e pacificação de ânimos relativamente à implantação de uma determinada ordem político-jurídica.

A idéia de legitimidade enquanto sustentáculo e justificativa do poder político já se antecipa em Platão e Aristóteles com suas noções respectivas de *nomos* e *polis*, como parâmetros de governo bom e justo. Em re-

Antonio Carlos de Almeida Diniz é Advogado e Mestrando em Direito Constitucional e Teoria do Estado pela PUC/RJ.

gra, entretanto, na antigüidade clássica ocidental e principalmente na oriental, a idéia de legitimidade – ainda não com esse nome – enquanto substrato de validade do poder estaria sempre adornada de elementos teocêntricos. Invariavelmente, o sentido da legitimidade estava associado à efetividade da autoridade. A crença na autoridade do sagrado ou hierático, de índole politeísta ou monoteísta, era a um só tempo a origem direta e fundamento de legitimação do poder político. A autoridade espiritual e o poder temporal caminhavam juntos na Roma dos Césares, antes e depois de sua cristianização. De fato, é entre os romanos que o adjetivo *legitimus* aparece pela primeira vez, ainda que com a conotação de conformidade com a lei ou costume. Essa acepção primeva do termo ‘legítimo’ relativa à observância da *traditio*, em que o critério de legitimidade persiste ancorado na autoridade, adentrou pelo medievo, onde alguém, para ser *legitimus*, titular do poder ou não, deveria conformar-se ao antigo costume (FRIEDRICH, 1994, p. 99). Nos séculos seguintes, ainda no curso do medievo, essa ponte entre o sagrado e o secular renderia construções doutrinárias bastante difundidas, como a do direito divino dos reis, calcada na transmissão hereditária do poder via patriarcado bíblico. Esse fundamento transcendental vinculante da autoridade do poder temporal permaneceu largamente difundido na alta e baixa Idade Média européia pelos cânones eclesiásticos que estabeleciam os critérios de validade das regras de conduta e do controle político forte no jusnaturalismo derivado da revelação dos profetas e das Escrituras.

Em Hobbes se estabelece a grande ruptura conceitual com o jusnaturalismo divino¹. Este assentará sua premissa pré-estatal não no direito divino, mas sob critérios puramente racionais e laicos. O direito natural por um exercício de retórica hobbesiana, servirá de premissa legitimatória das leis positivas, de sorte que, implantado o Estado-Leviatã, a única finalidade do natimorto

jusnaturalismo original será assegurar o cumprimento do pacto no que pertine à obediência absoluta ao soberano. Já aqui, a legitimidade tanto política quanto jurídica deriva do decisionismo político do soberano. Por assim dizer, o poder estatal se legitima pela construção retórica contratual, mas, uma vez institucionalizado pelo consentimento dos súditos, absolutiza-se perante o povo, adquirindo autodeterminação a partir de uma legitimidade autoreferenciada. Em Locke e posteriormente em Kant, o direito natural enquanto categoria racional, laica, terá o *prius* de justificar moralmente a validade normativa. A variação do tema contratualista em Rousseau, seqüenciada por Sieyès, condicionará a legitimidade decisória institucional ao fiel cumprimento dos desígnios da vontade soberana do *populus*.

Nas primeiras décadas do século XX, Max Weber adota uma criteriologia que influenciará todas as formulações posteriores de teóricos da legitimação nas ciências sociais, ao relacionar a legitimidade com “a fórmula da obediência” por meio dos três tipos ideais de autoridade legítima em seus aspectos tradicional, carismático e racional-legal (1998, p. 139). Com efeito, Weber associará a identidade do direito no âmbito de uma ciência social com o modelo racional-legal, em que a referência axiológica deveria necessariamente ser neutralizada, de forma que a legitimação jurídica se estabeleceria sob a égide de uma racionalidade formal dirigida-a-fins.

Na esteira de Weber, o normativismo lógico de Hans Kelsen fará uma estrita e unívoca associação de legitimidade com legalidade. A legitimidade do ordenamento positivo residiria na efetividade de sua estrutura lógica autojustificadora, isenta de quaisquer elementos metajurídicos. Nessa perspectiva, a estrutura e fundamento do poder político se assentam sobre um critério de legitimação puramente jurídico. Estado e ordenamento jurídicos são termos sinônimos e indissociáveis no *constructo* kelseniano. A seu turno, Carl Schmitt, numa vertente neo-

hobbesiana, relacionará a legitimidade da construção normativa com a própria autoridade política decisionista². “*Autoritas non veritas facit legem*” é o lema hobbesiano sempre enfatizado por Schmitt” (Cf. MACEDO Junior, 1996, p. 126).

Uma variante da legitimidade pela legalidade de fundo decisionista é oferecida por Niklas Luhmann, que define a legitimidade como uma “disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda não definido, dentro de certos limites de tolerância” (1980, p. 30), relacionando a aceitação dos procedimentos decisórios nos sistemas político e jurídico com o seu caráter cognitivo-funcional de sucesso na redução das expectativas sociais e na neutralização de ilusões e decepções das partes/eleitores. Para Jürgen Habermas, numa perspectivação ético-comunicacional, a construção da legitimidade do direito passa pela dinâmica da linguagem, isto é, o direito se legitima por meio de um procedimento discursivo segundo regras previamente acordadas e consentidas pelos debatedores na arena político-jurídica. Mais recentemente, o jusfilósofo alemão Rudolf Wiethölter tem sido um dos principais fautores do traço-força assumido pela “procedimentalização do direito” na pós-modernidade como meio eficaz de solução de controvérsias frente ao Estado e pelo Estado³.

Como se pode depreender do breve histórico supra, necessariamente incompleto e meramente exemplificativo, a legitimidade deteve ao longo das eras significados não apenas diferenciados como ambivalentes. E mesmo hoje, isso não mudou. O que mudou essencialmente foi o cenário dos debates em torno de sua problemática. Abandonou-se um nível de legitimação não-reflexivo (pré-científico), característico de sociedades fundadas sob cosmovisões de fundo mítico-religioso, por um nível de justificação reflexivo-crítico assentado sobre os domínios da racionalidade e da técnica. Nas sociedades pós-industriais crescentemente complexas, em que não raro o apogeu da razão instru-

mental e das formalidades parece estar sempre um degrau adiante do nível previamente atingido, verifica-se uma progressiva amplitude da chamada juridificação ou regulacionismo das relações sociais. Não é nossa intenção analisar esse fenômeno neste trabalho especificamente. De qualquer modo, a mera referência a ele é de todo fundamental no tratamento da problemática da legitimação do direito das modernas sociedades complexas, uma vez que, ao nosso ver, é precisamente essa nova mentalidade cultivada que traz em seu bojo a exigência por condições formais de validação das decisões a serem tomadas nos mais diferentes âmbitos, conduzindo, por assim dizer, à instalação de um novo nível de justificação alicerçado por procedimentos que se legitimam na medida em que se realizam e cumprem o seu *telos*, solucionando ou dando por solucionados os conflitos de interesses nos domínios público e privado. Isso nos faz supor que, sob o influxo de uma demanda acentuada por garantias e racionalização de escolhas, todas as decisões funcionalmente relevantes para a dinâmica social são tomadas ou passam a ser tomadas mediante condições controladas chamadas genericamente de procedimentos, procedimentos esses que podem ou não, diga-se de passagem, afirmar-se como válidos a partir de uma origem eventualmente consensual, conforme a perspectiva conceitual adotada.

Como não poderia deixar de ser, isso traduz-se na significativa tendência constatada em recentes formulações doutrinárias, indicativas de um resgate da racionalidade procedimental na interseção de teoria do direito e filosofia política, mais do que a ênfase em seus aspectos puramente cognitivos⁴, fenômeno esse que se reflete necessariamente nos novos rumos assumidos pela fórmula procedimental enquanto recurso racional para se tomar decisões vinculantes em sua função de elemento legitimante da ordem jurídico-social e de deslinde de conflitos estatais e para-estatais.

Neste artigo, procuraremos examinar algumas das nuances, particularidades e componentes assumidos pelo tema da legitimação procedimental em meio à fenomenologia das atuais sociedades pluralistas e complexas através das lentes de dois dos maiores teóricos modernos a enfrentar sua problemática sob o signo da interdisciplinariedade: Jürgen Habermas e Niklas Luhmann.

2. Legitimidade, procedimento e funcionalismo em Niklas Luhmann

2.1. O Direito no âmbito da teoria sistêmico-funcional de Niklas Luhmann

A concepção sociológica do direito de Niklas Luhmann (1927-1998) se insere indissociavelmente no modelo orgânico de sua versão teoria universal dos sistemas sociais. Luhmann transita em seus escritos com notória desenvoltura pelas mais diversas áreas do conhecimento humano, e, embora suas teses tenham um evidente cunho sociológico *latu sensu*, não seria equivocada atribuir-lhe uma linha mestra de análise empírica dos fatos sociais de tendência psicobiocibernética. Luhmann foi durante um certo período de sua estadia em Harvard, nos anos 60, aluno dos seminários ministrados por Talcott Parsons, pai da sociologia estrutural-funcional. Pode-se dizer que Parsons persistiu sendo ao longo da profusa obra luhmaniana sua referência literária implícita mais constante e recorrente, ao lado de Maturana e Varela. Todavia, a teoria sistêmica tal como concebida por Luhmann se apresenta como original e variante da versão mais recente postulada pelo Parsons “da maturidade” em aspectos-chaves, entre os quais sobressai o vetor meio-sistema, sistema-meio.

Para Parsons, como sublinha Pissarra Esteves (Cf. LUHMANN, 1992, on-line), a sociedade é descrita como um sistema soberano com ilimitada aptidão de alterar e modificar o seu meio ambiente induzindo au-

tomaticamente a instauração de convívio harmônico do sistema com o meio. Luhmann, a seu turno, estabelecerá limites à pretensão hegemônica da racionalidade sistêmica, de modo a que esta ao invés de dominante relativamente ao meio, antes se coloque em defensiva por intermédio de seus mecanismos de filtragem e seletividade de forma a acolher e neutralizar, tanto quanto possível, as ameaças provenientes do meio. A orientação do vetor função-estrutura distancia Parsons de Luhmann, para quem sua concepção sistêmica

“situa-se através de uma função e aplica as estruturas do sistema a essa função. Perante isto, a teoria dos sistemas predominante na sociologia [de Parsons] não é concebida funcional-estruturalmente, mas sim estrutural-funcionalmente. Ela analisa os sistemas apenas em relação às condições de manutenção da sua estrutura, portanto, não pode discutir a mudança estrutural, ou apenas em sistemas parciais em relação a sistemas amplos.(...) A teoria estrutural-funcional, que vê na existência dos sistemas estruturados o último problema funcional de relação, não estaria em condições de compreender também os processos como sistemas, cujo sentido **não residem em manutenção dum a estabilidade, mas sim na organização de sua transformação”** (1980, p.39-40).

A teoria luhmanniana concebe o universo social com o um a plêiade de sistemas funcionais coexistentes, auto-referentes e autopoieticos, dotados de um dinamismo funcional próprio e peculiar, geradores de sua própria complexidade. O caráter de autopoiese desses sistemas ou subsistemas sociais, entre os quais o jurídico, significa dizer que são aptos a se auto-reproduzirem quando atingem um determinado grau de complexidade e diferenciação funcional. Esse conceito, originário e derivado da biologia, é empregado por Luhmann em associação com a teoria dos sistemas para ex-

plicar a unidade dos sistemas sociais e, particularmente, a unidade do sistema jurídico. A atribuição de um caráter autopoietico ao sistema jurídico traz consigo uma série de implicações. O direito é concebido como um subsistema social capaz de reproduzir seus padrões de regulação, adaptação e organização de modo auto-referente, como consequência de equilíbrios internos entre o que Luhmann denomina “fechamento normativo” e “abertura cognitiva” do sistema jurídico em sua relação com os demais subsistemas sociais. Desse modo, o sistema jurídico consegue um nível maior de adaptação ao ambiente multisistêmico sem perder sua autonomia, uma vez que a abertura cognitiva se verifica por meio de mecanismos de observação auto-referenciados, e, desde o momento em que se reproduz a si mesmo por meio de sua própria estrutura normativa, a abertura do sistema é controlada auto-referencialmente pelos próprios mecanismos formais que impõem sua clausura normativa (Cf. CALVO, 1994, p. 271).

Para Luhmann, o fechamento normativo do sistema jurídico enquanto sistema autopoietico o impede de importar métodos e critérios de outras estruturas sociais, ou mesmo de qualquer recurso à moral ou a um direito natural inexistente. O gerenciamento no sentido da manutenção da autorregulação do sistema do direito a partir da sua diferenciação funcional não implica isolamento deste em relação aos outros sistemas. Antes, o fenômeno da diferenciação funcional do direito lhe permite, de uma forma aparentemente paradoxal, interagir com o que está fora e além dele mesmo (ambiente), sem perder sua identidade, por meio de um recurso interno de filtragem de informações, criando uma esfera altamente seletiva das informações provenientes do entorno social. A interação do sistema jurídico com o ambiente se dá por meio de um processo cognitivo (*inputs* e *outputs*) de fechamento e abertura segundo o seu código dogmático preferencial. Por essa peculiar organização, o sistema do direito se relaciona com o am-

biente externo que o cerca através de um circuito de entradas (*inputs*), pelo qual processa e filtra as informações que lhe interessam, reduzindo, por meio da dogmática jurídica, a complexidade advinda do exterior, e um circuito de saídas (*outputs*), sob a forma de repercussões e efeitos sociais derivados dos procedimentos decisórios produzidos no âmbito do sistema normativo.

Por essa ótica, os procedimentos judiciais, enquanto sistemas de ação, devem-se desvencilhar de quaisquer critérios importados de outros sistemas sociais, como a religião, a economia, a política, etc., permanecendo referenciados a seu código dogmático interno de forma a atender às expectativas normativas previstas. Se, por um lado, a autonomia do sistema jurídico implica a desnecessidade de recorrer a critérios fornecidos por algum dos outros sistemas, por outro, o direito com eles se relaciona e acopla por intermédio de uma série de procedimentos desenvolvidos em seu bojo. “Os sistemas complexos têm de institucionalizar uma combinação de diversos tipos de mecanismos, que operam sob condições diversas, que estão sujeitos a diversos critérios de racionalidade e colocam a seu serviço motivos diferentes, que são contudo pressupostos nas suas condições e são assim integrados” (LUHMANN, 1980, p.197).

2.2. A função legitimadora do procedimento

No que pertine à tradução teórico-sistêmica do conceito da legitimidade dos procedimentos estatais (jurídicos, políticos e administrativos), Luhmann adota uma releitura inovadora, de encontro às tradicionais doutrinas de legitimação procedimental, com lastro numa visão empírica do direito positivado. Com efeito, Luhmann introduz em sua compreensão funcional-sistêmica da sociologia do direito conceitos, observações e reelaborações de campos tão diversos quanto a psicologia do desenvolvimento social, a cibernética, a biologia, antropologia política, administração de empresas, entre outros – numa perspectivação

multidisciplinar, às vezes ambivalente e em certos aspectos revolucionária –, causando não raro nos leigos, mas mormente nos círculos hermenêuticos de teóricos tradicionais do direito e do processo, no mínimo, perplexidade.

Marcando uma nítida ruptura com o pensamento jurídico convencional, Luhmann entende o direito como um subsistema social matizado por diferenciação funcional, que gera um ambiente seletivo relativamente autônomo, caracterizado por símbolos/representações concebidos e produzidos pelas instituições estatais competentes. A seu ver, a leitura funcionalista é a mais consentânea com a realidade das sociedades de massa com alto grau de complexidade. Não é mais suficiente para as demandas e imposições da teoria dos sistemas a visão axiológica ou formalista/ritualística do direito e de sua processualística. A desmedida complexificação social e o aumento dos problemas carecendo de solução adequada impõem a necessidade de se ultrapassar as formas mais antigas do sistema jurídico. Essas formas deveriam ser substituídas por mecanismos de criação e estabilização de símbolos, mais indiretos e generalizados do que os atuais, e por isso mesmo mais capazes de absorver a elevada variabilidade do sistema social. Sob esse influxo, as decisões tomadas em procedimentos que se legitimam *per se* valem independente⁵ de qualquer referência a outro código preferencial que não o do lícito/ilícito.

O sistema do direito é uma realidade autônoma que está sempre criando e recriando a si mesma a partir de seus mecanismos de filtragem das relações com o contingente de possibilidades do meio. As construções jurídicas valem enquanto referências a uma simbólica produzida neste ambiente de grande variação em torno a seu código dogmático próprio do lícito e ilícito. Assim, os procedimentos jurídicos como sistemas de ação se legitimam no contexto de sua instrumentalidade institucionalizada por uma racionalidade formal que lhes é

peculiar dentro de sua estrutura autopoietica, de modo que as decisões judiciais partem do âmbito interno do sistema jurídico e irão produzir efeitos apenas em seus limites fronteiriços. Para Luhmann, a enorme complexidade e variabilidade da organização social moderna exige uma concepção atualizada de legitimidade compatível com sua renovada dinâmica, distanciada dos modelos clássicos estáticos do direito processual.

“Se no decurso do desenvolvimento civilizacional aumentam a complexidade e a variabilidade das condições naturais, psíquicas e sociais de vida – um processo onde a complexidade crescente da própria sociedade e do seu direito constituem uma causa predominante e concorrente – torna-se cada vez mais inadequada uma estrutura jurídica rígida” (1980, p. 121). A positivação absoluta do direito desde o século XIX introduziu um patamar de funcionamento social mais completo e rico em alternativas que seguem sua própria condição de estabilidade, incompatível com qualquer referência ao direito natural ou a elementos valorativos. “O direito positivo já não pode ser defendido como invariável e portanto deve substituir as certezas que residem na invariabilidade e no enterro social do direito antigo” (p. 122). Em outras palavras, o direito positivo enquanto sistema autônomo precisa adaptar-se à complexidade crescente do meio social, abrindo-se às novas possibilidades conforme o grau de exigência das expectativas normativas coletivas aumenta. Por esse raciocínio, seria precisamente por meio do fato da positivação do direito que os processos decisórios guardariam maiores probabilidades de absorver uma complexidade mais elevada e indeterminada. Neste sentido, a referência de Norberto Bobbio a propósito de Luhmann, para quem

“...nas sociedades complexas que concluíram o processo de positivação do direito, a legitimidade é o efeito não da referência a valores mas da aplicação de certos procedimentos (*Legitimi-*

tät durch Verfahren), instituídos para produzir decisões vinculatórias, tais como as eleições políticas, o procedimento legislativo e o procedimento judiciário. Onde os próprios sujeitos participam dos limites das regras estabelecidas, a legitimidade configura-se como uma prestação do próprio sistema” (BOBBIO, 1999, p. 93).

O sistema do direito se apresenta assim como uma das estruturas que garantem as expectativas sociais contra as contingências a que estão sujeitas. A noção de contingências aí assume o significado de anomalias, arbítrios ou perturbações da estabilidade do sistema. A estrutura procedimental jurídica, portanto, só possui legitimidade quando está apta a produzir uma aceitação generalizada para aceitação de suas decisões, ainda indeterminadas quanto ao seu conteúdo concreto, dentro de certa margem de tolerância.

Muito embora os processos principiêm e se encerrem com base em decisões normativas, cada qual produzindo efeitos peculiares na órbita processual interna e externa, entre as partes, os agentes estatais, e terceiros interessados e não interessados, a legitimidade do processo reside segundo a ótica de Luhmann na “fórmula procedimental”, na série concatenada de atos processuais. As regras formais do procedimento bastam como premissas legitimadoras da decisão buscada pelos participantes. O elevado índice de tecnicidade e formalismo dos procedimentos garantem para os envolvidos na lide uma expectativa de sucesso. Por sua vez, as incertezas e intervenções de advogados, juízes, promotores e outros agentes no âmbito do processo acabariam por introduzir mudanças de curso de discussões e reivindicações, contribuindo para a definição de papéis e posturas cujo efeito seria limitar o conflito, de tal forma a evitar a sua eventual generalização. A postura inicial de disputa e confrontação tenderia a se reduzir e suavizar ao longo dos sucessivos atos e decisões, criando-se condições para aceitação

de uma decisão final desfavorável. A propósito, Tércio Sampaio Ferraz Jr. observa que:

“...a função legitimadora do procedimento não está em se produzir consenso entre as partes, mas em tornar inevitáveis e prováveis decepções em decepções difusas: apesar de descontentes, as partes aceitam a decisão. Um comportamento contrário é possível, mas a parte que teima em manter sua expectativa decepcionada acaba pagando um preço muito alto, o que a força a ceder. Neste sentido, a função legitimadora do procedimento não está em substituir uma decepção por um reconhecimento, mas em imunizar a decisão final contra as decepções inevitáveis” (Cf. LUHMANN, 1980, p. 4).

Por essa concepção, os procedimentos em geral, ao invés de serem aperfeiçoados pelo estímulo aos processos de aprendizado, acabam-se prestando basicamente para desviar e amortizar as frustrações, estabilizando as expectativas de comportamento quanto às desilusões e por esse modo assegurando a continuidade da estrutura do sistema social. As estruturas, entre elas o direito positivo, só podem ser estabilizadas e institucionalizadas quando estão alicerçadas sob regramentos eficientes. Os modelos normativos procedimentais para Luhmann deveriam atuar idealmente como: a) mecanismos de enfraquecimento das desilusões; e b) reorganização das expectativas, de modo a se obter assim a estabilização das estruturas. A operacionalidade dos procedimentos, por esse prisma, pode então ser medida de acordo com sua capacidade de redução dos conflitos e insatisfações inerentes a sistemas de alta complexidade e diferenciação como os procedimentos legislativos, administrativos e judiciais, que nesta exata razão exigem a adoção de estratégias funcionais como as acima descritas a fim de se garantir sua manutenção e continuidade. Luhmann, entretanto, reconhece que na prática a rees-

truturação das expectativas para uma aprendizagem isenta de desilusões neste campo ainda se revela insuficiente.

“Os processos de aplicação jurídica não se encontram aperfeiçoados sob o ponto de vista das suas possibilidades de aprendizagem. Servem mais para o desvio e a redução das frustrações na medida em que equipam os partidos em conflito com possibilidade de agressividade legítima mas canalizada, isolando então o perdedor de tal forma que a sua frustração fica sem conseqüências. O efeito da aprendizagem é pequeno para ser apreciado. Isto é válido para as expectativas dos interessados e, também, para o “aperfeiçoamento do judiciário” ... Em geral, porém, não há à disposição nos processos de aplicação jurídica nem os meios para a comprovação de alternativas, probabilidades e concatenação de conseqüências, nem as liberdades para construção de alternativas de princípio ou princípios novos” (1980, p. 192-193).

A legitimação pelo procedimento não conduz, necessariamente, ao consenso efetivo⁶, à harmonia coletiva de opiniões sobre justiça e injustiça e, portanto, não se destina a ser uma conscientização pessoal de convicções socialmente constituídas, por exemplo quanto a valores e princípios. Na verdade, a organização do sistema especial do procedimento por meio dos seus protocolos, atos, promessas, discussões, retóricas e decisões tem o visio de especificar a insatisfação, de fracionar e absorver os protestos. Assim, a decisão judicial é aceita como obrigatória de *per se*, independente de qualquer exaltação de ânimo. Uma vez “caídos no funil do procedimento”, as partes precisam se mover para chegar a uma decisão. Ainda sob o prisma de Luhmann, a força motriz do procedimento deriva da incerteza quanto aos resultados. O interesse das partes deve ser mantido desperto pela lógica procedimental até a sentença definitiva. Alcançada

esta, já não importa mais a revolta ou descontentamento residual do(s) litigante(s) quanto ao seu conteúdo.

“A envergadura do reconhecimento institucional da jurisdição pura e simples, e que sempre aconteceu – e também os resultados alegados no procedimento – criam uma situação inequivocamente estruturada, que já não deixa ao indivíduo quaisquer chances. E é exatamente esta evidência que facilita a aceitação, determina a debilidade do perdedor isolado, possibilita-lhe aceitar com maior rapidez a decisão como premissa própria de comportamento” (p. 98-99).

Esse aspecto fundamental da teoria luhmanniana acerca da função procedimental enquanto mecanismo redutor da complexidade do sistema jurídico não passou despercebido a Tércio Sampaio Ferraz Jr., que sagazmente o sintetiza como

“sendo a função de uma decisão absorver e reduzir insegurança, basta que se contorne a incerteza de qual decisão ocorrerá pela certeza de que uma decisão ocorrerá, para legitimá-la. Em certo sentido, Luhmann concebe a legitimidade como uma ilusão funcionalmente necessária, pois se baseia na ficção de que existe a possibilidade de decepção rebelde, só que esta não é, de fato, realizada. O direito se legitima na medida em que os seus procedimentos garantem esta ilusão” (p. 5)

3. As crises de legitimação do Estado moderno e o modelo ético-discursivo de J. Habermas

3.1. Crises de legitimação e níveis de justificação

A questão das premissas legitimatórias do *potestas* estatal, sua relação com o sistema jurídico e seus mecanismos inerentes de reconhecimento e aceitação social foram

sucessivas vezes examinados com particular sagacidade pelo filósofo e sociólogo alemão Jürgen Habermas⁷, um dos principais expoentes da teoria crítica da sociedade seminada pela Escola de Frankfurt. Habermas, ao longo de suas dissertações e análises sobre o tema, não só se dedica a suscitar a problemática da legitimidade, de suas condições formais e fatores de legitimação ao longo de períodos históricos sucessivos, com especial atenção para sua colocação na modernidade, como ainda propõe reconstituir um modelo de democracia normativa. Partindo de uma releitura histórica dos critérios de legitimação fundados sob premissas empiristas e normativas, Habermas elabora uma seqüência tipológica provisória dos níveis de justificação sociais, particularmente útil para um melhor posicionamento conceitual e contextual do tema, ao tempo em que propõe uma reconstrução das pretensões de validade e do conteúdo normativo das legitimações com base em sua peculiar lógica de desenvolvimento.

Prima facie, legitimidade associa-se com os critérios de bom e justo para que um dado ordenamento político mereça reconhecimento. “Legitimidade significa que um ordenamento político é digno de ser reconhecido” (HABERMAS, 1990, p. 219). Nesse sentido, a importância da legitimação enquanto fundamento de validade estatal decorre do reconhecimento factual de sua necessidade para a estabilidade de um ordenamento político. A exigência de reconhecimento é particularmente sentida nos momentos de contestação e polêmica, quando surgem problemas de legitimação. Sendo uma categoria intrínseca à gênese e continuidade do poder e das relações de poder ao longo dos séculos, trata-se de um problema perene, e como tal os conflitos de legitimação são dados como inevitáveis. Quando emergem embates de legitimação do poder, não superados ou contornados pelos critérios de validade então existentes, cria-se o campo propício para a irrupção de revoltas e revoluções. Onde não há reconhecimento, deixa

de haver acatamento, perde-se a autoridade e gera-se um vácuo de poder propício para a revolução. Como assinala Habermas,

“esses conflitos podem levar a uma temporária perda da legitimação; e, em certas circunstâncias, isso pode ter conseqüências críticas para a estabilidade de um regime. Quando o desfecho de tais crises de legitimação ligasse à mudança das instituições de base não somente do Estado, mas da sociedade inteira, falamos então de revolução” (1990, p. 220).

Tanto no plano histórico como no analítico, Habermas circunscreve a legitimidade à organização do poder. “Somente ordenamentos políticos podem ter legitimidade e perdê-la; somente eles têm necessidade de legitimação” (p. 220). De acordo com essa perspectiva, apenas com o aparecimento das sociedades estatais, e com a necessidade de um poder político central regulador de conflitos por meio de decisões-sanções obrigatórias, visando impedir a fragmentação social e conservar sua identidade normativa coletiva, é que a legitimidade surge como exigência de validade aferível. Entretanto, não obstante os problemas de legitimação sejam uma constante de sociedades burguesas e do Estado moderno, Habermas reconhece que os conflitos de legitimidade existiram em todas as grandes civilizações antigas, e até mesmo nas sociedades arcaicas; assumindo geralmente, nas sociedades tradicionais, a forma de movimentos messiânicos ou proféticos.

Na transição gradativa do medievo para a Idade Moderna, verificou-se historicamente a ascendência de uma nova classe de atores sócio-econômicos, a classe burguesa, sobre a nobreza e o clero então dominantes. Paralelamente, a anomia da organização feudal cedeu espaço à estruturação de Estados nacionais fortes, propulsionada pela necessidade de segurança e garantia dos interesses mercantilistas da burguesia. A constituição de uma nova estrutura estatal também trouxe à tona nos séculos

seguintes um particular acirramento e generalização dos conflitos de classes, com motivações e reivindicações políticas, religiosas e econômicas as mais diversas. E, uma vez que o advento do Estado moderno está diretamente associado com a estruturação de classes pela ótica marxista, é de se notar que a agudização dos conflitos classistas daí por diante tenha implicado a propagação dos fenômenos de ilegitimação. Para Habermas, esses embates por legitimação situam-se no âmbito das doutrinas legitimadoras, justificadoras do domínio e processo político, posto que diretamente relacionadas com a definição de identidades coletivas, envolvendo categorias sociais geradoras de unidade e consenso como a tradição, a territorialidade, a língua, a participação étnica e a razão.

O Estado *per se* não cria a identidade normativa da sociedade, mas assume a tarefa de defendê-la e garanti-la, impedindo a desintegração social por meio de mecanismos reguladores cogentes. É precisamente no desempenho dessa sua incumbência primordial que Habermas situa o critério de aferição da legitimidade de um dado ordenamento político, condicionando, portanto, sua inerente necessidade de aceitação e reconhecimento, ou seja, sua pretensão de legitimidade à conservação da identidade normativamente determinada de uma sociedade, no sentido de sua coesão e unidade estrutural. Nesse sentido,

“as legitimações servem para satisfazer essa pretensão, ou seja, para mostrar como e por que instituições existentes (ou propostas) estão aptas a empregar a força política, de modo a realizar os valores constitutivos da identidade de uma sociedade. O fato de que as legitimações convençam ou mereçam a crença depende certamente de motivos empíricos; mas esses motivos não se formam de modo autônomo com relação à força de justificação (...) que é própria das legitimações, ou – como se poderia dizer – do

potencial de legitimação ou dos motivos que possam ser mobilizados. O que é aceito como motivo e como algo capaz de conseguir consenso – e, portanto, de criar motivações – depende do nível de justificação exigido em cada oportunidade” (1990, p. 224).

A capacidade de convencimento das legitimações liga-se aos diferentes níveis de justificação. A cada nível de justificação corresponde uma determinada força legitimadora. Por níveis de justificação Habermas entende “as condições formais de aceitabilidade dos fundamentos, que conferem eficácia às legitimações; em suma, que lhes conferem a força de obter consenso e de formar motivos” (p. 225). Essas condições formais relacionadas com os procedimentos e premissas de uma formação racional da vontade são propostas por Habermas como substitutivas – no contexto das teorias legitimadoras do Estado moderno – daqueles “fundamentos últimos” ou justificativas metafísicas reinantes nas formulações contratualistas e jusnaturalistas clássicas. A morte anunciada da metafísica e do direito natural marca a ruptura da modernidade com um nível de justificação precedente, e por isso mesmo vindica uma pretensão de validade independente de cosmologias, religiões e ontologias. Como bem acentua Albrecht Wellmer, “com a derrubada da visão de um mundo animista (...) ‘cada homem se tornou um antropomorfismo aos olhos do homem’ (Apud HABERMAS 1980, p. 157).” A força legitimadora da modernidade aqui está diretamente relacionada com o acordo racional, e, portanto, o novo nível de justificação é matizado pela reflexividade.

“Os procedimentos e as premissas da justificação são agora os fundamentos legítimos sobre os quais se apóia a validade das legitimações. A idéia do acordo que se verifica entre todos – e entre todos enquanto livres e iguais – determina o tipo de legitimidade por procedimentos (*prozeduralen Legitimitatstypus*), que é próprio da

época moderna”.

As forças de justificação estão diretamente associadas aos motivos aptos a mobilizar substratos ou segmentos sociais em direção a um consenso. O potencial de legitimação encontrará variações, entretanto, relacionadas com os diferentes motivos mobilizados pelas forças sociais em determinados contextos. A capacidade em conseguir consenso dependerá do nível de justificação exigido em cada ocasião. Por essa ótica, cada nível de justificação associa-se a um determinado potencial de aceitação ou convencimento. Mas esse potencial só se converterá em legitimação se reconhecido e aceito pela forças sociais aptas a realizá-lo. O que nos leva a supor que o grau de exigência de legitimidade determina o correspondente nível de justificação a ser encampado pelos substratos societários historicamente.

Não se deve confundir os aspectos de produção e conservação do poder legítimo com a configuração institucional assumida por ele. A separação entre fundamentos legitimadores e institucionalizações do poder é evidente. Os níveis de justificação se organizam de forma hierárquica. Com um certo nível de justificação, são compatíveis certas tipologias institucionais e não outras. Os diferentes níveis de justificação nem sempre se compatibilizam com as formas assumidas pelo poder. Algumas pedem um dado nível de justificação e não outro. Um nível de justificação que já tenha sido superado ou rejeitado em um certo *locus* num particular momento histórico dificilmente será reeditado. Muito provavelmente se pedirá por um nível de justificação de uma outra espécie.

Por suposto, dependendo dos referenciais conceituais adotados, diferentes níveis de justificação podem ser encontrados e delimitados historicamente; em grandes linhas, pelos menos dois fundamentais sobressaem no seu conjunto e são explicitados por Habermas:

a) Nível de justificação próprio das sociedades pré-estatais: que vincula a legiti-

midade a saberes e valores de ordem cosmogônica, ontológica e religiosa. A premissa da obtenção ou outorga de poder vincula-se a uma relação de dependência com o que Habermas chama genericamente de *fundamentos últimos*, representações unificadas e idealizadas do mundo (da natureza e dos homens) em seu conjunto sob a forma de conhecimento dogmático, legado por sábios e profetas. A forte presença de elementos poderosamente dogmáticos e de sacralidades, como mitos, lendas, alegorias e axiomática sob o peso da *tradio*, dão o tom dos critérios de legitimação recorrentes do poder político nesses ambientes sociais. Esse nível tende a ser substituído à medida que as estruturas do Estado moderno vão progressivamente se auto-afirmando e consolidando, a partir do fim do baixo medievo.

b) Nível de justificação das sociedades organizadas de modo estatal: a premissa fundamental desse novo critério de validade assenta-se não mais em pressupostos ontológicos ou religiosos, mas numa construção motivada da razão. À medida que a especialização científica e racionalização progressivas da cultura européia iniciadas no período renascentista se aceleram no fim do medievo, notadamente pelas expansões mercantis e pela difusão do ideário burguês, opera-se um distanciamento gradual das antigas representações sacrais. Nesse processo conhecido como secularização, a separação antes tênue ou inexistente entre a esfera religiosa e a laica dá lugar a uma cada vez mais acentuada divisão funcional de competências e atribuições. O surgimento do moderno Estado burguês traz consigo uma série de peculiares componentes legitimadores integrados em sua estrutura orgânica como o monopólio da força, a especialização funcional e centralização administrativas, associados às idéias-chaves de nação, soberania e territorialidade. Nessa nova ordem de ventos inspiradores, o direito também é racionalizado e exige assim um novo critério de validação. A ruptura com o paradigma anterior conduz necessariamente a

um novo posicionamento conceitual fundado na procedimentalização da legitimidade. Por essa ótica, “os procedimentos e as premissas da justificação são agora os fundamentos legítimos sobre os quais se apóia a validade das legitimações” (1983, p. 226). De forma que o princípio racional de legitimação substitui os anteriores princípios conteudísticos relativos à natureza e à divindade. Doravante, a idéia do comum acordo racional motivado pela busca de consenso é que determinaria o modelo de legitimidade procedimental próprio da época moderna.

Avaliando as teorias de justificação das sociedades tradicionais sob a perspectiva do seu modelo de práxis discursiva, considera que elas se mantiveram divorciadas das representações históricas conhecidas do poder legítimo. Por outras palavras, tomando como referencial o novo nível de justificação crítico-reflexivo, e comparando a crença na legitimidade com as instituições justificadas, verifica-se o quanto as formulações pré-discursivas se mantiveram distanciadas dos exemplos históricos de legitimações válidas. Como solução entrevista para esse divórcio recorrente entre crença na legitimidade e o correspondente sistema institucional justificado, Habermas propugna um paradigma de justificação reconstrutivo calcado sobre premissas e procedimentos ético-comunicativos aptos a gerar consenso.

3.2. A reconstrução da legitimidade jurídico-política pela razão procedimental

O distintivo da modernidade no tocante à legitimidade seria o fato de se operar a transferência do poder legítimo para um nível reflexivo de justificação. Abandonam-se, então, os fundamentos últimos enquanto nível de justificação em troca de um princípio formal de legitimação. E esse princípio vem a ser a legitimidade procedimental fundada num acordo racional entre livres e iguais, enquanto expressão de um interesse geral. Do ponto de vista da práxis social,

esse critério procedimental de legitimação corresponde ao modelo normativo de democracia. Os ordenamentos políticos, desta perspectiva, passam a derivar sua legitimação das próprias condições formais discursivas e deliberativas enquanto mecanismos geradores de um possível consenso. Assim, as regras do jogo político democrático adquirem força legitimadora a partir de sua capacidade de mobilizar os substratos sociais e de obter consenso em torno de um interesse comum. Para Habermas, portanto,

“o interesse é comum, porque o consenso livre de constrangimento permite apenas o que *todos* podem querer; é livre de decepção, porque até a interpretação das necessidades, na qual cada indivíduo precisa estar apto para reconhecer o que ele quer, torna-se o objeto de formação discursiva da vontade. A vontade, formada discursivamente, pode ser chamada ‘racional’, porque as propriedades formais do discurso e da situação deliberativa garantem suficientemente que um consenso só pode surgir através de interesses generalizáveis, interpretados apropriadamente, pelo que quero dizer necessidades *que podem ser participadas comunicativamente*” (1980, p. 137).

A compreensão procedimentalista do direito em Habermas atrela a legitimidade do sistema jurídico a pressupostos comunicativos e às condições do processo democrático de formação da opinião e da vontade. O *constructo* por ele proposto ancora sua formulação do conceito de legitimidade sob a ótica de um paradigma dialógico procedimental, no contrafluxo de tipificações históricas de índole decisionista e monológica. Nessa perspectiva, “o processo democrático da criação do direito constitui a única fonte pós-metafísica da legitimidade” (1997, p. 308). Donde se deflui que nas modernas sociedades pluralistas, após a derrocada do direito natural e a transição da moral convencional para a moral pós-convencional,

o direito positivado enquanto *medium sui generis* de integração social extrai sua força legitimatória de sua gênese procedimental democrática. E, por sua vez, a autocompreensão originada da perspectiva procedimentalista localiza essa gênese do processo democrático nas estruturas da sociedade civil e de uma esfera pública política livre dos imperativos sistêmicos da burocracia e da economia.

Evidentemente, do cotejo do modelo discursivo habermasiano com a dura realidade da práxis social exsurge uma distância quase intransponível, em particular se contabilizado o amplo domínio exercido pelos imperativos sistêmicos sobre as estruturas do mundo da vida, inclusive sobre eventuais pretensões de validade racional procedimental. Nesse sentido, os procedimentos legislativo e jurisdicional no âmbito de um Estado democrático de direito só poderiam gozar de uma *presunção* de racionalidade, até porque a práxis da justificação racional só pode-se fundar sobre argumentos com uma pretensão de aceitabilidade racional e não de verdade incondicional, como em outros domínios do saber. Habermas, a seu turno, não ignora as dificuldades inerentes ao fundamento discursivo da legitimidade normativa no contexto de sociedades complexas e reconhece que “o processo democrático, que possibilita a livre flutuação de temas e contribuições, de informações e argumentos, assegura um caráter discursivo à formação política da vontade, fundamentando, desse modo, a *suposição falibilista* de que os resultados obtidos de acordo com esses procedimentos são *mais ou menos racionais*” (p. 308).

Após o giro lingüístico⁸, a referência residual conteudística do direito, no sentido de garantia das liberdades dos cidadãos, passa a residir doravante no estabelecimento de processos discursivos orientadores de ações do sistema político. Com isso, o paradigma anterior de legitimação do direito referenciado à formação racional da vontade de fundo contratualista cede lugar a uma

formação discursiva da vontade: “a comunidade jurídica não se constitui através de um contrato social, mas na base de um entendimento obtido através do discurso” (HABERMAS, 1997, p. 309). Na modernidade, portanto, o signo distintivo da legitimidade se vincula a um processo democrático entendido sob o prisma da teoria do discurso, e não mais a partir de referências a uma moral precedente ou transcendente. A propósito dessa fusão de horizontes sob o paradigma ético-discursivo entre razão procedimental, democracia e direito, assinala com pertinência Gisele Cittadino:

“Um amplo e irrestrito processo democrático de argumentação pode incluir não apenas as concepções individuais sobre a vida digna como os valores culturais que configuram identidades sociais. Em uma sociedade pós-convencional, a lógica democrática pressupõe um uso público da razão que, dada a racionalidade reflexiva e crítica dos cidadãos, não se encontra limitado pelos valores de concepções individuais ou de mundos plurais. Em meio à heterogeneidade e à diferença, não há outra maneira de enfrentamento da violência e da dominação senão através de uma racionalidade prática (...), que, ao colocar em cena um amplo debate democrático, submete a um processo de justificação as normas e instituições das sociedades contemporâneas” (1999, p. 117-118).

Habermas admite que o direito positivo, devido às suas condições formais, surge na modernidade como resultado de um processo de aprendizagem social, funcionando – à falta de um equivalente nas sociedades complexas – como meio adequado para a estabilização de expectativas de comportamento. E, sem embargo de em certos momentos Habermas valer-se de premissas sistêmico-funcionais em algumas elaborações de sua análise de conjuntura dos sistemas político, econômico e jurídico, sob os auspíci-

os das contribuições da teoria dos meios regulativos de Parsons e da psicologia do desenvolvimento social, as conclusões e derivações a que chega alimentam as justificativas do seu modelo ético-discursivo. A autonomia do direito e a identificação de legitimidade com legalidade, por exemplo, assumem em Habermas uma conotação diferenciada e menos radical que a formulada por Luhmann⁹. À pura legitimidade instrumental auto-referida deste, amoral ou moralmente neutra, Habermas propõe a institucionalização de procedimentos jurídicos permeáveis a discursos morais¹⁰. Com efeito, Habermas descreve o direito como um sistema situado entre a moral e a política (1997, p. 218), interagindo discursivamente com ambos a partir dos seus próprios recursos e códigos, num grau consideravelmente maior de abertura cognitiva e menor de auto-referencialidade do que o da teoria sistêmica luhmaniana¹¹.

Como se evidencia pela recorrência da temática ao longo da obra *Facticidade e Validade*¹², em sua filosofia do direito Habermas concede uma atenção fulcral à investigação da relação tensional entre direito e moral, legitimidade e legalidade, e suas múltiplas implicações. Para o filósofo alemão, no Estado Democrático de Direito, a tensão entre legitimidade e positividade é administrada no nível das decisões judiciais como a harmonização entre as exigências ideais feitas ao processo de argumentação com as restrições impostas pela exigência funcional de regulamentação fática do direito. E, sem embargo de o gerenciamento dessa tensão se estender correlativamente às dicotomias entre igualdade de fato e igualdade de direito, autonomia pública e privada, aqui nos interessa mais de perto a ambivalência¹³ analisada por Habermas entre, de um lado, a pretensão de validade normativa do direito evocada pela facticidade da ameaça coercitiva e, de outro, a pretensão de validade social do direito aceito livremente. Sob o prisma reconstrutivo da teoria do discurso, a despeito do caráter originariamente impo-

sitivo das normas jurídicas assumido na contingência de sua formulação, nada obsta a que no curso de sua aplicação fundamentada nos processos judiciais demande-se por uma pretensão de validação ou legitimidade social, que só poderia ser resgatada – segundo Habermas – por meio de uma práxis justificativa racional baseada nas melhores razões e informações. “Pois o modo de validade do direito aponta, não somente para a expectativa política de submissão à decisão e à coerção, mas também para a expectativa moral do reconhecimento racionalmente motivado de uma pretensão de validade normativa, a qual só pode ser resgatada através de argumentação” (1997, p. 247).

A moral de *per se* é incompleta e indeterminada, vez que seus critérios de avaliação estão adstritos ao subjetivismo discursivo dos participantes sob a perspectiva da justiça, da legitimidade e da simetria de chances, sem quaisquer referências a critérios positivos prévios ou externos. Essa incompletude do discurso moral o leva a “emigrar” para o direito positivo em busca de entrelaçamento ou complementação. Constatado esse imbricamento, a necessidade de administração dessa tensão subjacente ao Estado de direito, entre a facticidade do direito positivo e a pretensão conseqüente de legitimidade de um discurso originalmente coercitivo, leva Habermas a sustentar que, após o colapso do direito natural e das representações metafísicas, “a racionalidade procedimental, que já emigrou para o direito positivo, constitui a única dimensão na qual é possível assegurar ao direito positivo um momento de indisponibilidade e uma estrutura subtraída a intervenções contingentes” (p. 246).

Na modernidade, desenvolve-se assim uma relação funcionalmente necessária entre a perspectiva moral e o direito positivo, e não mais de antagonismo ou preferência. O controle dessa tensão interna ao nível do sistema jurídico se verificaria como resultado do inter cruzamento entre racionalidade

procedimental e os processos jurisdicionais. Nesse sentido, Habermas assegura que

“...a legitimidade pode ser obtida através da legalidade, na medida em que os processos para a produção de normas jurídicas são racionais no sentido de uma razão prático-moral procedimental. A legitimidade da legalidade resulta do entrelaçamento entre processos jurídicos e uma argumentação moral que obedece à sua própria racionalidade procedimental” (p. 203).

Em outra passagem:

“...a legitimidade da legalidade não pode ser explicada a partir de uma racionalidade autônoma inserida na forma jurídica isenta de moral; ela resulta, ao invés disso, de uma relação interna entre o direito e a moral” (p. 202).

Já vimos que a relação entre moral e direito passa a ser de complementariedade no âmbito do Estado democrático de direito e que, além disso, quando da institucionalização das ordens jurídicas, a moral migrou para o direito positivo, sem contudo se descaracterizar. O que implica reconhecer que agora a moral passa a ser parte integrante e se introjeta nos procedimentos jurídicos, ou seja, a moral internalizada na esfera juspositiva assume uma natureza tipicamente procedimental. Conseqüência relevante que se depreende da introjeção da moralidade nas ordens jurídicas constitui sua função de controle¹⁴ sobre o próprio direito, por meio dos seus recursos de fundamentação e aplicação de possíveis conteúdos normativos. Inversamente, nessa via de mão dupla, também a fundamentação moral das decisões judiciais é restringida no âmbito dos próprios discursos jurídicos, pelos mecanismos da própria lógica operativa do sistema.

Ademais, Habermas reconhece que a relação complementar entre o discurso moral e o direito positivo, embora funcionalmente necessária, não é exaustiva, até porque o direito possui uma estrutura mais complexa que a moral, existindo, com efeito, ques-

tões reguladas pelo direito que não visam unicamente elementos éticos e pragmáticos, mas também ajustes de interesses passíveis de compromisso. Desta feita, a formação política da vontade do legislador democrático não deriva exclusivamente de prescrições morais, devendo somar-se ainda uma ampla rede de debates e negociações aptas a gerar compromisso, a fim de que o direito compense, assim, as deficiências funcionais da moral que conduziria a “resultados indeterminados do ponto de vista cognitivo e inseguros do ponto de vista motivacional” (1997, p. 313).

4. Conclusão

Tradicionalmente, como exposto alhures em leitura retrospectiva, a questão da legitimidade tem estado associada com os fundamentos de validade do poder político. Por outras palavras, com a problemática da justificação do poder, em suas múltiplas variantes. Poder e legitimidade devem caminhar juntos para assegurar a necessária estabilidade ao corpo social. Poder aqui entendido não como poder político em sentido específico de uma esfera de autoridade, mas como poder soberano em sentido amplo, concebido como a expressão soberana do Estado inclusiva de todas as dimensões estruturais e decisórias por ele compreendidas.

Max Weber demonstrou que o poder soberano do Estado sem legitimidade fica paralisado e acaba por implodir. Neste passo, também Habermas considera que sem o recurso às legitimações não é possível a nenhum sistema político assegurar a lealdade das massas. Weber, registre-se, foi o notável precursor de uma teoria geral de legitimação no âmbito das ciências sociais. Ainda hoje, não há como deixar de reconhecer o domínio exercido nas formulações conceituais posteriores pela matriz-teórica de justificação política por ele esboçada. O verniz dos tipos ideais weberianos da autoridade legítima perpassa de modo direto ou indireto as principais reelaborações subseqüen-

tes da temática. Mesmo seus críticos tomam-no como referência obrigatória¹⁵. Na esteira do influxo doutrinal de Weber, reportamos-nos ao pertinente ensinamento de Hermann Heller, para quem

“...el poder del Estado no ha de contentarse con la legalidad técnico-jurídica sino que, por necesidad de su propia subsistencia, debe tambien preocuparse de la justificación moral de sus normas jurídicas o convencionales positivas, es decir, buscar la legitimidad. (...) La legitimidad engendra poder. El poder del Estado es tanto más firme cuanto mayor es el voluntario reconocimiento que se presta, por quienes lo sostienen, a sus principios ético-jurídicos y a los preceptos jurídicos positivos legitimados por aquéllos. *Sólo goza de autoridad aquel poder del Estado a quien se le reconoce que su poder está autorizado. Su autoridad se basa únicamente en su legalidad en tanto ésta se fundamenta en la legitimidad.* La legitimación del poder del Estado puede ser referida a la tradición, de suerte que ese prestigio aparezca consagrado por su origen; o puede apoyarse en la creencia de una especial gracia o capacidad, es decir, en la autoridad que da al depositario del poder el ser estimado como personalidad superior; o bien, finalmente, puede basarse en el hecho de que se vea en el depositario del poder al representante de determinados valores religiosos, ético-políticos o de outra naturaleza. En este sentido sólo puede considerarse asegurado aquel poder que goce de autoridad entre aquellos que, de los que sostienen al poder, sean políticamente relevantes” (HELLER, 1998, p. 309). [grifos nossos]

Se entendida como pressuposto do poder, nenhum governo poderia nascer sem ser simultaneamente legítimo. Se, ao contrário, supormos que o poder pode-se sustentar sem recurso à legitimidade, a legitimida-

de comportaria uma natureza derivada e secundária do poder *per si*, sendo portanto um atributo e não um pressuposto daquele. Nesse caso, seria factível admitir-se a viabilidade de surgirem governos nascidos sem o signo da legitimidade originária. Por diversas mutações operadas na sociedade, um poder mesmo não originalmente legítimo – isto é, não surgido exatamente sob premissas de validade reconhecidas – poderá, como não raro sói acontecer, convalidar no curso do tempo por meio de algum critério de legitimação, ou até mesmo por acomodação do corpo social com a nova situação constituída. De outra parte, se partirmos da premissa de que todo poder aspira á continuidade e permanência no tempo, perceberemos como e por que o poder busca na legitimidade ou na *autoritas* que ela confere a mola propulsora de sua perpetuação¹⁶. Assim, a legitimidade e o potencial de legitimação ligam-se indissociavelmente à efetividade do exercício do poder. Afinal, os governos amparados por algum componente de legitimação possuem teórica e empiricamente muito mais chances de auto-sustentação e preservação contra insurgências e golpes do que aqueles constantemente ameaçados pela instabilidade do seu não-reconhecimento. *Mutatis mutandis*, mesmo os governos totalitários recorrem a algum critério de legitimação, ainda que meramente retórico, para justificar sua autoridade e *vis imperium*. Não é despropositado o fato de a problemática da legitimidade vir à baila nos debates da opinião pública particularmente quando o poder instituído sofre de uma crise de legitimação. A instabilidade fundada em determinadas situações sócio-político-econômicas desfavoráveis costuma servir de nicho favorável para a contestação do *status quo* dominante, ao mesmo tempo em que cria o potencial crítico para um novo nível de exigência de legitimação.

Como vimos, quanto mais se recua no tempo mais o direito, a religião e o poder temporal parecem misturar-se e não raro formar um todo indiviso. Em muitos casos,

a autoridade espiritual e o poder temporal concentravam-se em figuras representativas de regimes teocráticos ou assemelhados, de forma que o regente enquanto emissário investido na terra de uma ordem superior era a um só tempo legitimante e legitimado. Destarte, ainda hoje no âmbito religioso, a legitimidade das Escrituras, da investidura espiritual dos profetas e de sua dogmática assume grande relevância nos domínios teológicos. Com o advento da modernidade, ancorada na progressiva racionalização e especialização da cultura ocidental, de origem européia, nota-se uma gradativa diferenciação e autonomização dessas esferas de saber humano. O processo paulatino de cientificização e racionalização das estruturas sociais acabaria por trazer consigo uma conseqüente paralela, denominada por Max Weber desencantamento ou desmágica das cosmovisões e metafísicas. Desde Hobbes, com efeito, marca-se um ponto limítrofe na laicização da justificação do poder soberano. A partir de então, as sucessivas revoluções burguesas se encarregariam de difundir e propagar a nova ideologia do poder desvinculado de recursos místicos, religiosos ou ontológicos. A nova premissa se assentaria num derivado da racionalidade, um *constructo* racional de vontades fundado no consenso.

Diferentemente da discussão hoje menor entre separação de poder estatal e religião, o debate em torno da distinção entre direito e política parece longe de pacificação, a despeito da acentuada tendência mundial atual de interdisciplinariedade acadêmica e profissional. A interseção entre essas duas estruturas sociais de poder e autoridade tem sido e continua a ser alvo de calorosos debates, seja entre os próprios juristas seja entre os cientistas políticos. Isso se torna particularmente sensível no campo do direito constitucional, em que a evidência da convergência mútua é inconteste e as diferenciações mais pedagógicas do que estruturais. Para uns parecerá censurável afirmar que o direito nasceu primeiro e o poder político é

uma sua decorrência, para outros censurável será dizer que o poder estatal surgiu primariamente e o direito constitui apenas uma sua derivação ou sucedâneo; ainda outros fundirão sua aparição num momento único. Por outro lado, se não é possível chegar-se a um acordo sobre o posicionamento espaço-temporal do poder em relação ao direito, de modo satisfatório, não se nega entretanto a evidência da indissociabilidade e do mútuo influxo entre ambas as estruturas sociais¹⁷. Pré-supondo esse mutualismo estrutural, pode-se inferir, com efeito, que a temática da legitimidade também é cara aos estudiosos do direito, obviamente assumindo variáveis diversas daquelas peculiares ao sistema político, mas ainda assim, na essência, preservando o seu aspecto de fator de justificação dos atos e órgãos estatais. Essa percepção se confere mesmo no dizer da famosa frase: nem tudo que é lícito é legítimo e vice-versa. Mais precisamente, podemos identificar que a conotação e o tratamento recebidos pelo tema da legitimidade *versus* legalidade na esfera específica do direito situam-se no âmbito da tensão entre positividade e normatividade. Neste particular, e adotando como paradigma a sagaz analogia estabelecida por Bobbio entre legitimidade e legalidade sob as óticas da teoria política e jurídica, deflui-se que “a legitimidade e a legalidade têm, em relação à Teoria do Poder, a mesma função que a justiça e a validade em relação a uma teoria geral da norma jurídica”. Ainda pelo seu raciocínio: “como a justiça é a legitimação da regra, assim, ao contrário, a validade é sua legalidade; como a legitimação é a justiça do Poder, a legalidade é, ao contrário, sua validade” (Apud GOYARD-FABRE, 1999, p. 288). Donde se concebe que tal como uma norma jurídica pode ser válida sem ser justa, da mesma forma o poder político em um dado Estado pode ser legal sem ser legítimo.

Adentrando mais especificamente no contexto da abordagem da problemática da legitimação sob o signo da modernidade, encontramos em Habermas e Luhmann dois

dos mais representativos expoentes dessa nova tendência integradora, embora com posições divergentes em aspectos relevantes. O referido influxo epistemológico e funcional de interaproximação e heterofundamentação no âmbito das ciências naturais e humanas e das neociências produz uma série de releituras no mínimo intrigantes, a partir da conjunção analítica transdisciplinar (ou interdisciplinar), cada vez mais necessária no âmbito investigativo e cognitivo de sociedades hipercomplexas. De fato, para lidar com a torrencialidade de variáveis, mutações, generalizações, possibilidades e indeterminações oferecidas pela complexidade do sistema social contemporâneo, imperativo adotar-se novas *interfaces* epistemológicas multividentes ou multireferenciadas, sem descuidar obviamente da preservação dos recursos intrínsecos e da própria identidade normativa do sistema jurídico. Esse fenômeno, que em si não é novo, partindo de premissas pré-paradigmáticas fundadas numa visão integradora e holística daquilo que antes era hermético ou auto-referenciado, traz embutido consigo o germe de novas e fecundas releituras interdisciplinares de estruturas e organismos sociais, que não raro demarcam uma ruptura com vigentes modelos epistemológicos e empíricos tradicionais. Como não poderia deixar de ser, apesar da conhecida clausura normativa do direito, esse espontâneo e promissor espectro de variáveis e perspectivas decorrentes destas abordagens interativas de disciplinas cognitivas, aparentemente tão díspares, progressivamente descortina novos horizontes de compreensão da filosofia e teorias do direito e do processo. Isso não implica esvaziamento da autonomia ou da identidade normativa do direito enquanto disciplina autônoma, mas a necessidade de sua adaptação a um novo nível social de justificação, consentâneo com o contexto de trocas simbólico-fáticas próprio do processo de globalização e interdependência contemporâneas. A respeito, observa com muita propriedade Willis Santiago Guerra Filho:

“O que hoje se pratica em teoria do direito (*Rechtstheorie*) abrange não só a temática da “teoria geral” (fontes do direito, norma jurídica, conceitologia jurídica fundamental, etc.), indo muito além, para chegar à aplicação das mais diversas formas de cognição ao estudo do Direito: cibernética, teoria dos sistemas, semiótica, lógica simbólica e matemática etc. É se valendo de esquemas conceituais fornecidos por essas disciplinas, surgidas contemporaneamente, que também, cada vez mais, se procura dar respostas a questões tradicionalmente pertencentes ao campo de investigação da filosofia jurídica” (1999, p. 58-59).

A introdução de análises, observações e critérios cognitivos de outros marcos conceituais na esfera do direito, embora tenha o efeito imediato de provocar perplexidade e aparente dispersão metodológica, na verdade possibilita uma multividência operativa do sistema jurídico a partir de ângulos novos e inexplorados. Tamanha oxigenação das formas jurídicas tradicionais pode levar a primeira vista às idéias de desconstrução e minimalismo, mas entrevemos outras perspectivas e conotações para essas inserções/interseções. Não vemos neste particular um propalado fator desagregacionista e descaracterizador da auto-referência normativa do sistema. E sim, inversamente, um estímulo real e desafiante à própria capacidade de adaptação e aperfeiçoamento do direito diante de uma maior abertura cognitiva, que, utilizando-se de seus recursos hermenêuticos e dogmáticos intrínsecos, saberá filtrar seletivamente tais contributos interdisciplinares de modo a preservar sua identidade normativa e estrutura operativa.

Em regra, o curso de complexificação das modernas sociedades pluralistas e multiculturais aumenta o nível de exigência das justificações do poder e de suas estruturas normativas e constitutivas, e influi simultaneamente na necessidade de se produzir alter-

nativas e ampliar o leque de escolhas no seu âmbito discursivo visando substituir ou alterar parcialmente o modelo vigente. O aumento das variáveis discursivas relativas aos diferentes potenciais de legitimação com pretensões de validade institucional tem o significado evidente de possibilitar a diversidade de motivações de mobilização em busca de consenso e reconhecimento normativo junto às forças sociais. Uma consequência direta dessa constatação relativamente ao campo político é o fortalecimento das democracias, que historicamente se renovam e se vitalizam quanto mais elementos de escolha se oferecem à consideração deliberativa-eletiva. No campo do direito, isso pode ser particularmente notado na demanda por modelos procedimentais mais permeáveis e participativos sem abrir mão do rigor e eficiência técnica, a despeito do forte cariz tecnocrático ainda vigente em muitos países.

A crescente procedimentalização social contemporânea, frente ao Estado, pelo Estado e até no âmbito exclusivamente privado¹⁸, pode ser indicada como reflexo ou influxo desse processo referido alhures de juridificação das relações sociais. Desde o advento do positivismo, a recorrência aos procedimentos ou fórmulas processuais, que derivam sua legitimidade da própria legalidade, tornou-se lugar comum. Em decorrência, a legitimidade no plano conceitual entendida como variável histórica de conteúdo axiológico assume agora um caráter eminentemente prático de funcionalidade, no sentido da obtenção de resultados eficientes. Nesse sentido, provavelmente a consequência mais gritante dessa massificação procedimental seja o esvaziamento conteudístico e ideológico¹⁹, ou seja, a legitimidade perde seu significado heteronômico e passa a desempenhar unicamente uma função instrumental auto-referenciada. O excesso de formalismo das modernas tecnocracias tende, neste passo, em nome da qualidade, da rapidez e da eficiência tão desejáveis, a sacrificar de mais a mais as

referências valorativas implícitas e explícitas. O apego ao mecanicismo refinado dos programas condicionais de decisão e a própria velocidade da auto-reprodução dos papéis simbólico-normativos no âmbito dos procedimentos administrativos, eleitorais e jurídicos, no sentido de Luhmann, exige uma crescente neutralização e desassociação conteudística. Assim, “a legitimidade deixa de reportar-se a conteúdos externos e o poder jurídico-político, embora de forma mais ou menos velada por uma retórica tradicional e aparentemente conteudista, pode ter pretensões a uma auto-legitimação” (ADEODATO, 1989, p. 55).

Numa visão mais distanciada de Luhmann e mais próxima de Habermas, entendemos o fenômeno da exigência pela procedimentalização antes de tudo como uma demanda social por regras transparentes, válidas e efetivas com exclusão de qualquer arbítrio e aptas a gerar consenso junto às tessituras sociais específicas ou genéricas. Se, por um lado, constata-se faticamente que o procedimento só possui *raison d’être* na medida em que cumpre sua função intrasistêmica, seja ele político, jurídico, administrativo, por outro lado, não cremos ser possível nem desejável esvaziar ou neutralizar a referência conteudística dos procedimentos em nome de uma legitimidade meramente tecnocrática, a despeito da hodierna massificação procedimental, muito menos salutar para seu papel social integrativo.

Notas

¹ “Com Hobbes, bem observa Simone Goyard-Fabre, começa, ao mesmo tempo que a desnaturalização da autoridade do Estado, aquilo que Max Weber chamará de ‘o desencantamento do mundo’” (1999, p. 76-77).

² Com efeito, para Schmitt toda regulação normativa retira sua validade, em última análise, de uma decisão política anterior, emanada de uma autoridade politicamente existente. De modo que “no fundo de toda normatividade reside uma decisão política do titular do poder constituinte, quer

dizer, do povo na Democracia e do monarca na Monarquia autêntica” [tradução livre do espanhol]. (1992, p. 47)

³ Cf. Willis Santiago Guerra Filho (1999, p. 94). Ainda segundo o referido autor, reportando-se a Wiethölter, “o Direito, em seu estágio presente de desenvolvimento nas chamadas sociedades pós-industriais, ou seja, na pós-modernidade, ingressa numa fase caracterizada por uma necessidade de procedimentalização (*Prozeduralisierung*) em seu modo de manifestar-se. Nela se consumaria a superação dialética (*Aufhebung*) dos dois períodos imediatamente anteriores e iniciais da sociedade civil moderna, os quais foram definidos, na teoria sociológica de Max Weber, pela tendência à formalização, do primeiro, e materialização, no segundo, que predomina no Direito moderno” (p. 67).

⁴ Em sentido convergente, pondera Willis Santiago Guerra Filho que: “o movimento histórico de positividade do direito, desencadeado pela falência da autoridade baseada no divino, implica a formação de um aparato burocrático cada vez maior, para implementar a ordem jurídica. Tanto a legislação, como a administração da *res publica* e da justiça, necessitam de formas procedimentais dentro das quais possam atuar atendendo aos novos padrões legitimadores do Direito, baseados na racionalidade e no respeito ao sujeito, portador dessa faculdade” (1992, p. 79).

⁵ Em sentido contrário, a crítica de Claus Offe, para quem “as regras de procedimento só parecem dispor de uma força legitimadora autônoma, quando lhes é atribuído um sentido material, ou quando são aplicadas a problemas não-conflitivos e relativamente inofensivos” (1994, p. 269).

⁶ Assim, “...a legitimação pelo procedimento e pela igualdade das probabilidades de obter decisões satisfatórias substitui os antigos fundamentos jusnaturalistas ou os métodos variáveis de estabelecimento do consenso” (p. 31).

⁷ Em particular, três linhas temáticas têm despertado a atenção de Habermas no âmbito investigativo da filosofia política: “1) o problema da fundamentação normativa da Teoria crítica da sociedade; 2) discussões concernentes à questão da legitimidade dos regimes políticos do capitalismo avançado; 3) reflexões sobre as possibilidades de funcionamento de uma democracia radical...” Maia, Antonio Cavalcanti (2000, p. 9). Para efeito deste ensaio, ater-nos-emos especialmente às contribuições derivadas das duas últimas.

⁸ *Momemntum* epistêmico-hermenêutico pelo qual se verifica um “*turning point*” da concepção de razão monológica centrada no sujeito em direção a uma vertente de racionalidade intersubjetiva ancorada na pragmática da função lingüística.

⁹ Na concepção luhmaniana, a legitimidade da legalidade liga-se ao efeito vinculativo proporcio-

nado pelas estruturas de aprendizado e reaprendizado de expectativas normativas. Considera Luhmann que, em sociedades fortemente diferenciadas e com um direito positivo, a legitimidade do direito não pode ficar dependente de categorias motivacionais psíquicas referentes a valores e normas. Segundo ele, a crença na vigência de valores e normas, neste novo contexto sistêmico, agora fica reduzida a uma mera variável. Por esse prisma, a legitimidade da legalidade é fruto da integração de um duplice processo cognitivo: de um lado, os processos diferenciados de controle e regulação das decisões e, de outro a aceitação de decisões sobre expectativas normativas. Assim, “quando o direito é positivado, não só os que decidem tem que aprender a aprender. Muito mais o precisam os atingidos por essas decisões” (1985, p. 63). “A legitimidade da legalidade, portanto, não caracteriza o reconhecimento do caráter verdadeiro de pretensões vigentes, mas sim processos coordenados de aprendizado, no sentido de que os afetados pela decisão aprendem a esperar conforme as decisões normativamente vinculativas, porque aqueles que decidem [os juízes], por seu lado, também podem aprender” (p. 63).

¹⁰ “O direito, pondera Habermas, não é um sistema fechado narcisisticamente em si mesmo, uma vez que se alimenta da ‘eticidade democrática’ dos cidadãos e da cultura política liberal”. (...) “Como o direito também se relaciona internamente com a política e com a moral, a racionalidade do direito não pode ser questão exclusiva do direito” (1997, p. 323, 230).

¹¹ Habermas associa a autonomia do direito à realização do Estado democrático de direito, enquanto Luhmann deriva a auto-referência do sistema jurídico da diferenciação de seu código binário de preferência daqueles outros códigos dos sistemas da política e da economia. Além disso, Habermas na perspectiva da sua teoria do discurso entende que o código imanente à comunidade do direito precisa ser completado por meio dos direitos comunicativos e de participação, que assegurem um “uso público e equitativo de liberdades comunicativas” (1997, p. 319-320).

¹² Cuja tradução brasileira recebeu o título “*Direito e Democracia - entre Facticidade e Validade*” (1997).

¹³ Segundo anota Flávio Beno, “a posição defendida por Habermas situa-se (...) entre dois extremos: entre o positivismo e o funcionalismo neutro, de um lado, que não faz referência alguma à moral e à justiça, e o cognitivismo kantiano, de outro, segundo o qual o direito positivo depende essencialmente da moral, devendo, pura e simplesmente, ser subsumido à idéia de justiça” (SIEBENEICHLER, p. 162).

¹⁴ Neste particular, mister conferir a posição de Klaus Gunther, para quem “a razão prática se faz

valer, em contextos de fundamentação de normas, através de um exame da possibilidade de universalização de interesses e, em contextos de aplicação de normas, através da apreensão adequada e completa de contextos relevantes à luz de regras concorrentes. Por conseguinte, os processos jurídicos destinados a institucionalizar a imparcialidade da jurisdição têm que fazer jus a essa idéia reguladora" (Cf. Habermas, 1997, p. 246).

¹⁵ "O tratamento dos processos de legitimação nas ciências sociais move-se hoje" – inclusive entre teóricos marxistas – "sob o signo de Max Weber" (HABERMAS, 1983, p. 239).

¹⁶ Acerca da íntima relação entre autoridade e legitimidade, também Carl Friedrich, para quem "a autoridade ajuda a legitimar o poder e o Governo pelo próprio fato de que a capacidade para emitir comunicações que podem ser elaboradas por razões convincentes ajuda aqueles que emitem as comunicações a serem olhados como tendo o direito à posição governante que ocupam" (1974, p. 99).

¹⁷ A esse respeito Miguel Reale assinala com pertinência que "a problemática do poder é essencial tanto à Ciência Jurídica quanto à Ciência Política, não faltando jusfilósofos contemporâneos que, justamente, apontam o poder como 'elemento de conexão' entre o mundo do Direito e o do Estado, os quais reciprocamente se coimplicam, sem se reduzirem um ao outro" (1984, p. 76).

¹⁸ A exemplo da notória expansão dos procedimentos de arbitragem comercial privada.

¹⁹ Em sentido contrário, Willis S. Guerra Filho avalia que "a ciência jurídica – como toda ciência, aliás – não tem como escapar completamente das influências ideológicas. É certo, também, que para ela é particularmente difícil uma 'neutralização ideológica', e podemos mesmo duvidar de que isso seja desejável, pois, se perseguirmos esse já tão desgastado ideal com demasiada obstinação, terminamos por não cumprir um dos principais compromissos que se deveria assumir ao fazer ciência jurídica: o compromisso com a democracia e a emancipação social" (1999, p. 204).

Bibliografia

ADEODATO, João Maurício. *Problemas de legitimidade: no rastro do pensamento de HANNAH Arendt*. Rio de Janeiro: Forense universitária, 1989.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CALVO GARCIA, Manuel. *Los fundamentos del método jurídico: uma versión crítica*. Madrid: tecnos, 1994.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

DUVERGER, Maurice. *As modernas tecnodemocracias*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1975.

FRIEDRICH, Carl Joachim. *Tradição e autoridade em ciência política*. Rio de Janeiro: Zahar, 1974.

GOYARD-FABRE, Simone. *Princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da constituição*. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

_____. Estatuto epistemológico da pesquisa em direito. *Notícia do Direito brasileiro*. Brasília: Faculdade de Direito/UnB, n. 5, jan./jun. 1998.

_____. Sobre a natureza processual da constituição. *Revista de Processo*. São Paulo, RT, n. 62, 1992.

HABERMAS, Jürgen. *A crise de legitimação no capitalismo tardio*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1980.

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. *Para a reconstrução do materialismo histórico*. São Paulo: Brasiliense, 1983.

_____. Problemas de legitimação no estado moderno. In: _____. *Para a reconstrução do materialismo histórico*. São Paulo: Brasiliense, 1990.

_____. Uma outra via para sair da filosofia do sujeito: razão comunicativa vs. razão centrada no sujeito. In: *Discurso filosófico da modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HELLER, Hermann. *Teoría del estado*. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1998.

LUHMANN, Niklas. *A improbabilidade da comunicação*. Introdução de João Pisarra Esteves. Disponível em: [Http://ubista.ubi.pt/~comum/estebes-pisarra-luhmann.htm](http://ubista.ubi.pt/~comum/estebes-pisarra-luhmann.htm). Lisboa: Vega, 1992.

_____. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: UnB, 1980.

_____. *Sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. V. 2.

MACEDO Júnior, Ronaldo Porto. *Constituição, Soberania e Ditadura em Schmitt. Lua Nova*. São Paulo: CEDEC, n. 2, 1997.

MAIA, Antonio Cavalcanti. *Direitos humanos e a teoria do discurso do direito e da democracia*. Rio de Janeiro, 2000. (mimeo.)

MARQUES, Cláudia Lima. A crise científica do direito na pós-modernidade e seus reflexos na pesquisa. In: KRIEGER. Maria da Graça; ROCAH.

Marininha Aranha, (Orgs.). *Novos rumos de pesquisa*. Porto Alegre: UFRGS, 1998.

NEVES, Marcelo. Luhmann, Habermas e o estado de direito. *Lua Nova*. São Paulo: CEDEC, n. 37, 1996.

OFFE, Claus. *Problemas estruturais do estado capitalista*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

REALE, Miguel. *Direito natural/direito positivo*. São Paulo: Saraiva, 1984.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Madri: Alianza, 1992.

_____. A revolução legal mundial: superlegalidade e política. *Lua Nova*. São Paulo: CEDEC, n. 42, 1997.

SIEBENEICHLER, Flávio Beno. Uma filosofia do direito procedimental. In Jürgen Habermas: 70 anos. *Revista Tempo Brasileiro*. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, n. 138, 1999.

WEBER, Max. *Economia e sociedade*. Brasília: UnB, 1998. V. 1.