

## Consenso Racional e a busca da legitimidade do Direito<sup>1</sup>

Tiago Cardoso Vaitekunas Zapater  
Professor de Direitos Difusos e Coletivos na PUC-SP  
Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC-SP  
Doutorando em Filosofia do Direito pela PUC-SP

### 1. Introdução.

O presente artigo tem por objetivo questionar alguns aspectos do conceito de consenso racional desenvolvido na teoria do discurso prático de HABERMAS e sua transposição para a teoria jurídica, e que, especialmente por meio da obra de ALEXY, ganhou notória difusão. Correndo todos os riscos, orientarei meus questionamentos por dois comentadores:<sup>2</sup> ANTONIO CAVALCANTI MAIA, que em recente ensaio fez apontamentos relevantes acerca das conexões entre as obras de ALEXY e HABERMAS<sup>3</sup> e STEPHEN K. WHITE que, em excelente obra monográfica, analisou em profundidade alguns dos fundamentos, conexões e consequências teóricas mais amplas da obra de HABERMAS.<sup>4</sup>

Inicialmente, examinarei como o conceito de consenso racional desenvolvido por HABERMAS dá suporte a um determinado conceito de legitimidade normativa de base procedimentalista, desenvolvido por ALEXY. Em seguida, com apoio em LUHMANN e DE GIORGI, faço coro à crítica cética do consenso racional e questiono a necessidade de um conceito de legitimidade normativa no Direito da Modernidade.

### 2. Legitimidade como problema do direito e a teoria do discurso

Se existe um problema que pode ser considerado como fundante da filosofia do direito é o problema da legitimidade ou, caso se queira, do conhecimento do *verdadeiro* Direito. A própria pergunta pelo objeto da filosofia do direito e dos diferentes enfoques pelos quais o direito pode ser abordado, em algum momento conduz a esse problema, que também pode ser formulado como o problema da legalidade de se distinguir entre lícito/ilícito.

---

<sup>1</sup>- Artigo elaborado como trabalho de conclusão do crédito Filosofia do Direito, ministrado pelo Prof. Marcio Pugliesi no segundo semestre de 2012.

<sup>2</sup>- A escolha dos comentadores -- em detrimento dos próprios autores comentados -- tem suas razões práticas e metodológicas. Em certo sentido, na análise de uma obra ou algum de seus aspectos, a noção da sua recepção pode ser mais reveladora do que a busca da interpretação autêntica. Do ponto de vista prático, considerada a pretensão modesta do presente estudo e a extensão e complexidade das obras em questão, parece legítimo, com perdão do trocadilho, recorrer aos comentadores.

<sup>3</sup>- ANTONIO CAVALCANTI MAIA. "Habermas/Alexy e o discurso prático" In: EDUARDO RIBEIRO MOREIRA (Org.) *Argumentação e Estado Constitucional*, São Paulo: Ícone, 2012, p. 402.

<sup>4</sup>- STEPHEN K. WHITE. *Razão, Justiça e Modernidade* - a obra recente de Jürgen Habermas, trad. Marcio Pugliesi, São Paulo: Ícone, 1995.

O Direito da Antiguidade Clássica e da Idade Média pôde, com enormes diferenças, gozar de diferentes doutrinas das fontes do direito, cuja hierarquia parecia, no geral, dar conta de questionamentos de legitimidade propriamente jurídica, isto é, da *legalidade da legalidade*. A própria noção de que o direito pode ser criado e não descoberto virá a se consolidar na Modernidade, de modo que a questão pelo fundamento último do direito, quando aparece, não tem a mesma configuração que virá a ter entre nós. Dito de outro modo, no florescer da Modernidade que a legitimidade aparece mais como verdadeira questão e não como resposta aos problemas jurídicos. Esse questionamento vai se desenvolvendo nos problemas relacionados à necessidade de um fundamento para o direito internacional, nos problemas decorrentes da concorrência entre jurisdições ou entre a expansão do Direito absolutista sobre jurisdições locais e o direito dos doutores. O direito vai aparecendo cada vez mais com direito positivo e a questão da legitimidade das normas vai ganhando espaço, posto que imiscuída com a questão da legitimidade da autoridade que põe a norma. Esse tipo de questionamento é central no jusnaturalismo dos sécs. XVII e XVIII e para o pensamento contratualista. O critério da legitimidade da norma é dado pelo critério da legitimidade da autoridade ou do próprio Estado Moderno.

Contudo, se por algum momento, as propostas jusracionalistas/jusnaturalistas pareciam ter dado conta do problema da legitimidade das normas, com a estabilização da Modernidade a legitimidade volta a se tornar problemática. O Estado se torna Estado Democrático. A positividade do direito se estabiliza como regra, isto é, é a sua variabilidade que lhe confere estabilidade, pois o direito pode ser posto e revogado democraticamente. O problema da legitimidade das normas vai aparecendo como um problema de certeza do direito e se torna cada vez mais relevante. A variabilidade fundada -- ao menos do ponto de vista formal-institucional -- em critérios exclusivamente jurídicos é uma realidade do Estado Moderno que torna, no mínimo, implausíveis as antigas teorias do direito natural, do direito divino ou do direito racional como critérios de legitimidade. Por isso, não parece exagerado dizer que, em muitos aspectos, a história da filosofia do direito, no direito da Modernidade, é a história da busca por fundamentos estáveis para um direito intrinsecamente instável.

As grandes teorias jurídicas dos sécs. XIX e XX se voltaram, em maior ou menor grau a esse problema e, em alguma medida, o positivismo do início do séc. XX parecia ter encontrado respostas satisfatórias, atrelando a legitimidade das normas à legitimidade de autoridade e a pressupostos de certeza e segurança jurídica. A norma legítima é aquela posta pela autoridade/procedimento competente e que seja clara, não-retroativa, não-contraditória com outras normas e que, como diz OÑATE, “*permita a cada um saber aquilo que pode querer*”.<sup>5</sup> No entanto, o totalitarismo abalou as bases desse pensamento, especialmente no segundo pós-guerra e, no cenário da necessidade de se legitimar o julgamento do lado

---

<sup>5</sup>- A expressão é de FLÁVIO LOPEZ DE OÑATE, *La certeza del Derecho*, tra. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redin, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1953, p. 75-76.

perdedor e os crimes nazistas (praticados, muitas vezes, com amparo legal). As escolas críticas vão ganhando espaço, assim como a aspiração a um critério material mínimo de legitimidade jurídica. O problema desse tipo de aspiração, no entanto, já era antigo: onde encontrar o fundamento de legitimidade para esse conteúdo mínimo, sem arranhar o princípio democrático e a liberdade? Como conciliar esses conteúdos mínimos com a crescente proliferação de demandas à identidade, liberdade, movimentos sociais etc.?

É nesse contexto que, a partir dos anos 70, parte da teoria jurídica buscará paradigmas que deem conta do problema da legitimidade em uma sociedade de crescente complexidade. Segundo MAIA, a par da *teoria retórica*, da *teoria dos sistemas* e do *positivismo legal institucionalista*, a *teoria do discurso* de HABERMAS aparece como uma das principais correntes jusfilosóficas alternativas ao paradigma juspositivista<sup>6</sup> que, segundo o autor, poderia ser considerado dominante.<sup>7</sup>

Assim como a *teoria retórica* e a *teoria dos sistemas*, a *teoria do discurso* não é uma teoria delimitada ao direito. Trata-se também de uma teoria da sociedade – ou, pelo menos, uma teoria para a sociedade – e que busca, na sociedade, os fundamentos do direito. Mas, muito diversamente do pensamento contratualista do séc. XVIII, não se trata de partir de uma figura ideal de sociedade (o bom ou o mau selvagem) para dizer que são legítimas as normas que satisfazem a busca desse ideal. Nada disso. Aqui, o direito é parte da sociedade e, como esta, nasce da e na interação social. Compreender o direito é compreender a interação social tal como ela é. A teoria do discurso busca explicar as formas de interação na sociedade e, ao fazê-lo, propõe também uma ética daí decorrente.

Nesse sentido, HABERMAS busca reelaborar o esforço kantiano para construir as bases racionais e seculares de uma ética universalista fundante da justiça (direito) e também da democracia. Nessa ética, regras aplicáveis à interação dialógica, à argumentação – particularmente do tipo normativa, sobre o que se deve ou não fazer –, determinam a consideração e ponderação recíproca de todos os interesses envolvidos, gerando assim motivações universalizáveis para as decisões. A esse conjunto de regras que permitem atingir o consenso fundado em razões universalizáveis pode-se chamar de discurso prático.

O consenso racional é o consenso atingido pela força dos argumentos livres de coações, fundado na noção de reciprocidade (só assumir propostas normativas que sejam aplicáveis a quem as propõe), que constitui a base da ética do discurso: em uma argumentação deve-se agir de modo a buscar esse consenso. A norma (a afirmação que reivindica validade normativa) é legítima se conta com o consenso racional a seu respeito. Constituído como fundamento de uma teoria geral do direito, a hipótese do consenso racional se aproxima bastante da norma fundamental kelseniana. Consenso racional e norma fundamental

---

<sup>6</sup>- Com base em JAMES E. HEGERT. *Contemporary german legal philosophy*, Philadelphia: University of Philadelphia Press, 1996.

<sup>7</sup>- ANTÔNIO CAVALCANTI MAIA. "Habermas/Alexy e o discurso prático", op. cit.

aparecem, de modo mais ou menos ambíguo, como premissa teórica e também como critério de inteligência para testes de legitimidade/validade do direito posto.

Para chegar a esse entendimento, os participantes devem recorrer ao "*discurso prático*", uma forma do agir comunicativo, cuja ética e racionalidade próprias permitem a superação das opiniões meramente subjetivas e coordenar convicções partilhadas intersubjetivamente.

Nota-se assim que, à diferença de Kelsen, o fundamento último da legitimidade em Habermas não está na pressuposição de um ato de vontade de uma autoridade. Também, à diferença de Kant, não está na possibilidade de universalização de um imperativo individual de conduta. O "fundamento do fundamento", ou a legitimidade da legitimidade, no discurso prático, é dialógica: universalização daquilo que, em um dado e qualquer diálogo, à luz de condicionamentos cognitivos e sociais sempre presentes, é pressuposto para o entendimento, aceitação, consenso e acordo livre de coações de qualquer tipo.

Essas pré-condições encontram seu fundamento de universalização -- ou o fundamento do fundamento do fundamento... -- em pressupostos cognitivistas ou, caso se queira, pré-psicológicos, que definem as estruturas mentais básicas da interação humana e, como tais, seriam inerentes ao ser humano capaz de participar de um diálogo racional (comunicativamente competente).

É a própria competência da linguagem e a inevitável inserção no contexto do mundo que dá aos agentes a capacidade de fazer uso das reivindicações de validade inerentes aos atos de fala (ilocucionárias) com o propósito de coordenação da interação social (e conseqüente formação de uma ética inerente a essa interação). A possibilidade do compartilhamento intersubjetivo de convicções -- atingido no consenso racional -- depende desse contexto, fundado na linguagem, comum a todos os participantes. Ao agir voltado a esse propósito de coordenação -- em contraposição a outras formas do agir, como o agir estratégico, dramático ou normativo -- Habermas chama de *agir comunicativo*. Neste agir, os agentes podem relacionar-se com os demais modelos de ação racional (estratégico, dramático ou normativo) de maneira reflexiva. Isto é, coordenam as próprias pretensões de validade das suas ações com as pretensões que imputam aos demais, como em um sistema de coordenadas. Quem se dispõe a participar de uma argumentação jurídica -- que tem por objeto reivindicações de validade normativa -- adota um agir comunicativo (ou então, não estará participando da argumentação).

O funcionamento, em síntese grosseira, é o seguinte. Todo agir comunicativo implica a afirmação de uma reivindicação de validade/racionalidade, que é avaliada à luz dos critérios da verdade/sucesso, legitimidade normativa e veracidade/autenticidade. Isso é, quando diante de uma afirmação que reivindica para si pretensão de validade o ouvinte reconhece e confirma essa pretensão como verdadeira, legítima ou

sincera. Locutor e ouvinte praticam imputações recíprocas de pretensões e reivindicações em cada ato de fala.

A vantagem desse modelo, segundo WHITE, é que ele pode "*esclarecer plenamente a estrutura interna racional do processo de chegar a um acordo intersubjetivamente válido. E é apenas tal acordo que pode, por sua vez, constituir a base de uma forma de cooperação, a força motivadora racional da qual não é redutível nem para sua conformidade com cálculos estratégicos nem para seu ajuste com uma estrutura normativa, cuja validade é socialmente prescrita*".<sup>8</sup>.

Daí porque o conceito da ação comunicativa (e a ética do discurso racional, portanto) está apoiada nas ideias de compreensão mútua. Nas palavras de WHITE "*o significado sentencial é compreendido quando se conhece as condições de verdade de uma sentença*" e, do ponto de vista do locutor, as condições de aceitabilidade são idênticas às condições para seu sucesso ilocucional. A compreensão demanda, portanto, que o ouvinte não apenas compreenda a gramática e o contexto do que é dito, como também as condições essenciais que poderiam motivá-lo a concordar com o que é dito. O ouvinte compreende quando compreende as condições de realização (dos atos e consequências que são implicados pela afirmação/ato ilocucional) e de acordo, isto é, as condições antecedentes para validade da reivindicação feita.<sup>9</sup>

De outro lado, é essa compreensão, esse entendimento, que permite a coordenação que levará ao consenso racional. A motivação para o consenso, para HABERMAS, estaria na garantia oferecida pelo locutor de que "*se necessário, a reivindicação de validade levantada com seu ato ilocucional*" pode ser resgatada, levando o locutor a contradições. "*O que concede a essa garantia seu poder peculiar é sua base racional, sua ligação às reivindicações de validade, que são testáveis cognitivamente*".<sup>10</sup> Esse teste cognitivo das reivindicações de validade – isto é, se uma dada afirmação se pretende verdadeira, sincera ou legítima – seria possível por meio da intuição, disponível a todo aquele que tem as competências para participar de uma comunicação. "*Em outras palavras, eles têm um senso intuitivo do que seriam as corretas diretrizes para testar reivindicações e chegar a um consenso sobre se dadas reivindicações são garantidas ou não*".<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup>- STEPHEN K. WHITE. *Razão, Justiça e Modernidade*, op. Cit. p. 48.

<sup>9</sup>- O problema, como aponta WHITE, segundo alguns críticos de HABERMAS, é que, na compreensão, há um mínimo de aceitação que aparece de modo tautológico. Para entender a assertiva, o ouvinte teria que conhecer as condições sob as quais ele poderia ser motivado a dizer "sim" à reivindicação levantada. Mas, para tanto, já seria necessário tomar alguma posição, afastando assim a imparcialidade do ponto de partida. Com base em THOMAS MCCARTHY, o autor diz que "*embora a abordagem geral de Habermas sobre o entendimento das assertivas - seu foco, isto é, em condições de aceitabilidade - possa ser plausível, a afirmação específica que ele faz sobre a necessidade do ouvinte/intérprete tomar uma posição a fim de entender não o é*". Idem, p. 49.

<sup>10</sup>- Idem, p. 50.

<sup>11</sup>- Idem, p. 50.

Para as reivindicações de autenticidade/veracidade, em linhas gerais, esse teste é feito em comparação das afirmações do locutor com suas ações subsequentes. No caso das reivindicações de legitimidade ou de verdade o teste demanda o recurso a um discurso teórico (verdade) ou prático (legitimidade). Nesse discurso os agentes se orientam para um consenso racional sobre se determinada reivindicação pode ou não ser apoiada. "*O conhecimento intuitivo do discurso funciona, então, como uma corte de apelação não convencional, mas intersubjetivamente compartilhada, na qual o locutor pode tentar sustentar sua reivindicação, se ela for desafiada pelo ouvinte*".<sup>12</sup>

### 3. Consenso racional como critério de legitimidade

ROBERT ALEXY parte dos trabalhos de HABERMAS e, em especial, do conceito de consenso racional para, sistematizando as regras do discurso prático, transformá-las em regras para o discurso jurídico aptas a produzirem um critério de legitimidade.

ALEXY propõe que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático e que, portanto, também tem a finalidade de alcançar um acordo racionalmente motivado, ou seja, livre de constrangimentos internos ou externos e fundado sobre o peso das provas e dos argumentos.<sup>13</sup> Para ALEXY, o discurso prático é um procedimento que permite sujeitar enunciados normativos e valorativos à razão, por meio de argumentos, em oposição à perspectiva positivista que não reconhece a capacidade humana para julgar diferenças valorativas. Daí sua aplicabilidade, no Direito, para produzir critérios de legitimação normativa.

Assim, a legitimidade de uma norma (decisão judicial, lei, contrato etc.) poderia ser aferida aferindo-se o procedimento que regra a argumentação que a norma se baseia. As regras desse procedimento são as regras do discurso prático. E qual o fundamento dessas regras? Diz WHITE:

"O sentido intuitivo dos fundamentos de um consenso racional constitui para Habermas a fonte última de qual qualquer norma deriva sua capacidade vinculante ou legitimidade para um grupo particular de agentes. Enquanto que a conformidade a uma dada norma pode envolver muitos fatores (por exemplo, considerações consuetudinárias ou estratégicas), a capacidade daquela norma de oferecer o tipo de acordo e coordenação de ação de que Habermas está falando precisa derivar de uma convicção por parte dos agentes sujeitos àquela norma de que ela é legítima".<sup>14</sup>

A transposição desse enfoque para as teorias jurídicas é imediata. Como observa MAIA, "*ao elaborar uma perspectiva na qual se procura fornecer critérios racionais para a justificação dos ditames regradores da vida coletiva, têm-se repercussões importantes na filosofia do Direito, à medida que o*

---

<sup>12</sup>- Idem, p. 50.

<sup>13</sup>- ANTONIO CAVALCANTI MAIA, "Habermas/Alexy e o discurso prático" p. 419.

<sup>14</sup>- STEPHEN K. WHITE. *Razão, Justiça e Modernidade*, op. Cit p. 50.

*problema da legitimidade pode ser tratado a partir de um discurso racional de justificação, e não deixado ao voluntarismo e ao irracionalismo, subjacentes às posições positivistas".<sup>15</sup>*

A partir da proposta de que a argumentação jurídica é um caso do discurso prático ALEXY, vai sistematizar regras para esse discurso. A sua aplicação teria especial utilidade nos casos em que a subsunção lógica não encontra resposta para os conflitos, sendo necessário ponderar interesses, valores e princípios.

O discurso prático, para ALEXY, tem as seguintes regras básicas: 1 – Nenhum participante pode se contradizer; 2-O orador só pode afirmar aquilo em que acredita; 3- Todo orador que aplicar um predicado F a um objeto tem que estar preparado para aplicar F a todo outro objeto que seja igual em todos os aspectos relevantes; 4- Todo orador só pode afirmar aqueles julgamentos de valor ou de obrigação em dado caso os quais está disposto a afirmar nos mesmos termos para cada caso que se assemelhe ao caso dado em todos os aspectos relevantes; 5- Oradores diferentes não podem usar a mesma expressão com diferentes significados.

A essas regras, somam-se regras de racionalidade, que são: 1 - Todo participante precisa apresentar razões para o que afirma quando solicitado, a menos que possa citar razões que justifiquem uma recusa; 2-Qualquer pessoa que pode falar pode participar de um discurso (toda pessoa pode problematizar qualquer asserção; toda pessoa pode introduzir qualquer asserção no discurso; toda pessoa pode expressar atitudes, desejos e necessidades); 3-Nenhum orador pode ser impedido de exercer os direitos estabelecidos no item 2 por qualquer tipo de coerção interna ou externa ao discurso.

De especial importância são, então, as regras de justificação: 1 - Toda pessoa que fizer uma afirmação normativa que pressuponha uma regra com certas consequências para a satisfação dos interesses de outras pessoas tem de ser capaz de aceitar essas consequências para si; 2-As consequências de cada regra para a satisfação dos interesses de cada e de todo indivíduo tem de ser aceitas por todos; 3-Toda regra tem de ser clara e poder ser universalmente ensinada; 4-As regras morais subjacentes à visão moral de um orador devem ser capazes de aguentar o exame crítico nos termos de sua gênese histórica, isto é: (a) deve ser passível de justificação racional e (b) sua justificação racional deve permanecer atual;

---

<sup>15</sup> - ANTÔNIO CAVALCANTI MAIA. "Habermas/Alexy e o discurso prático" op. cit pp. 408-409. Trata-se, ainda, de buscar um sentido de legitimidade alheio ao sentido da legalidade e repensar a própria democracia. A chamada 'reabilitação da filosofia prática', como explica o autor, indica esse movimento de ideias, iniciado na década de 60. No âmbito legal, o positivismo teria abolido a distinção entre razão teórica e razão prática, admitindo apenas a primeira e, assim, teria tornado as proposições normativas alheias à razão. A razão teórica só tem competência sobre as proposições analíticas (matemática/lógica) e sintéticas (ontológicas/fáticas), não as normativas. Assim, a norma perderia a possibilidade de uma fundamentação racional de última instância.

e 5-As regras morais subjacentes à visão moral do orador devem suportar o exame crítico nos termos de sua gênese individual. 6-Os limites de realização devem ser levados em conta.<sup>16</sup>

A argumentação jurídica deve se apoiar nessas regras – além das regras jurídicas técnico-dogmáticas próprias – para ser considerada racional ou justificada. De modo geral, a argumentação técnico-dogmática deve seguir as seguintes regras: 1-Toda proposição dogmática tem de ser justificada recorrendo-se ao menos a um argumento prático geral sempre que seja objeto de dúvida; 2-Toda proposição dogmática tem de ser capaz de passar por um teste sistemático tanto no sentido mais estreito quanto no sentido mais amplo; 3-Sempre que os argumentos dogmáticos forem possíveis eles devem ser usados; 4- Se um precedente puder ser citado a favor ou contra uma decisão ele deve ser citado; 5- Quem quiser partir de um precedente fica com o encargo do argumento.<sup>17</sup>

No seu trabalho *Constitucionalismo Discursivo*, ALEXY explora mais diretamente a relação entre a teoria do discurso e a teoria dos direitos fundamentais, demonstrando como, a partir dela, emerge, especialmente para os casos de conflitos entre direitos fundamentais, a ponderação (“quanto mais alto é o grau do não-cumprimento ou do prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro”) e a proporcionalidade (adequação/necessidade/ponderação).<sup>18</sup>

Como aponta ARROYO, o discurso prático, como critério de legitimidade, não permite avaliar razões a favor de determinadas pretensões, mas permite “fundamentar propostas práticas e resolver conflitos entre normas e interesses contrapostos”.<sup>19</sup> Daí porque uma das principais derivações da teoria da argumentação de ALEXY será o princípio da proporcionalidade: quando se trata da colisão de direitos fundamentais, não há pretensões *a priori* legítimas, mas sim formas de decidir a colisão que são legítimas.<sup>20</sup> Em consequência, a proposta de legitimidade pautada na teoria do discurso poderia ser tida como meramente formal, uma forma de descrever o problema das colisões.<sup>21</sup> Não obstante, há um conteúdo ético, ainda que mínimo, que se pretende universalizável. A ética do discurso prático desenvolve a noção kantiana de que a legitimidade/justificação das normas depende da possibilidade da

---

<sup>16</sup>- ROBERT ALEXY, *Teoria da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy, 2001, pp. 293-295. Há também regras para alteração dos argumentos/discriminação e para a transição do discurso jurídico para o empírico.

<sup>17</sup>- *Idem*, p.298.

<sup>18</sup>- ROBERT ALEXY, *Constitucionalismo Discursivo*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 15.

<sup>19</sup>- J.C. VELASCO ARROYO, *La teoría discursiva del derecho - Sistema jurídico y democracia en Habermas*, Madrid: Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000 p. 122.

<sup>20</sup>- A conexão entre o discurso prático de Habermas, a teoria da argumentação de Alexy e o seu princípio da proporcionalidade não é simples nem imediata, mas está lá. Especialmente na medida em que o próprio Alexy propõe que a sua Teoria dos Direitos Fundamentais sirva como uma teoria estrutural, no sentido de tornar juízos normativos que disponham sobre direitos fundamentais suscetível a uma fundamentação racional passível de “controle intersubjetivo”. V. nesse sentido *Teoria dos Direitos Fundamentais*, São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 42 a 49. Essa conexão foi abordada em obra mais recente do autor, *Constitucionalismo Discursivo*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

<sup>21</sup>- Nas palavras de ALEXY, " A teoria do discurso não é uma máquina que nos permita determinar exata, objetiva e definitivamente o peso de cada Direito, mas mostra que são possíveis os argumentos racionais acerca dos direitos. E, por isto, mostra que a inclusão de direitos fundamentais no sistema jurídico conduz a uma conexão entre Direito e Moral". *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Ed. Gedisa, 1994, p. 82.



sua universalização. No entanto, como nota MAIA, HABERMAS procura "livrar seu projeto da pesada carga individualista e monológica" de KANT, embutindo no princípio de universalização uma *dimensão dialógica*, o seu princípio de universalização: "toda norma válida deve satisfazer à condição de que as consequências e efeitos colaterais que (previsivelmente) resultarem para satisfação dos interesses de cada um dos indivíduos, do fato de ela ser universalmente seguida, possam ser aceitas por todos os interessados (e preferidos a todas as consequências das possibilidades alternativas e conhecidas de regragem)".<sup>22</sup>

No discurso prático, a justificação dos juízos normativos se dá por meio de uma reelaboração dialógica do imperativo categórico kantiano, isto é, uma regra para universalização das regras do procedimento argumentativo. Para tanto, insere-se na lógica da própria argumentação a assunção da hipótese de universalização como condição de racionalidade. Estabelece-se, assim, uma conexão entre *correção, justificação* e generalizabilidade. Essa conexão, para HABERMAS, reabilita o discurso racional no âmbito normativo e reconecta o direito à moral. A legitimidade da norma deriva da observação do procedimento racional, que é o que segue o discurso prático. Esse procedimento se alicerça em uma ética que, apesar de minimalista, é universalizável e, por suas características, permite lidar (e preservar) valores e interesses. Contudo, assume o próprio ALEXY, que essas regras só podem ser cumpridas aproximadamente, como mandamentos de otimização que, apesar de não oferecerem soluções prontas para os casos difíceis, funcionam como um critério procedimentalista de legitimidade normativa.<sup>23</sup>

A proposta então é a de que a legitimidade de uma afirmação normativa (lei, decisão, contrato etc.) pode ser aferida caso possa ser aferido o histórico do processo que levou à sua produção (i.e., se ela é fruto de um consenso racional, que ponderou todos os interesses acordo com as regras do discurso prático) e caso se possa aferir a proporcionalidade das suas consequências sobre os envolvidos. Esse critério incorpora, ainda, um pressuposto de reciprocidade, exigido pelas regras de justificação, o que suporta um projeto ético universalista. Na verdade, a disposição à reciprocidade como pressuposto para participar da argumentação implicaria essa universalização. Assim, a legitimidade não é dada em termos binários, mas como um critério a ser realizado na medida do possível.

Em outras palavras, a proposta do discurso prático enquanto critério de legitimidade do direito implicaria uma legitimidade em graus ou *na medida do possível*. Não se pode deixar de notar que, nesses termos, a legitimidade possível não serve como critério de validade jurídica, mas sim como um argumento tautológico, que re-entra na própria argumentação. O consenso racional e o discurso racional, transpostos para a prática da argumentação jurídica, correm o risco de serem transformados eles mesmos

---

<sup>22</sup>- Jürgen HABERMAS, *Notas Programáticas para a fundamentação de uma ética do discurso*, op. cit, p. 86, apud ANTONIO CAVALCANTI MAIA, "Habermas/Alexy e o discurso prático" p. 410.

<sup>23</sup>- ANTONIO CAVALCANTI MAIA, "Habermas/Alexy e o discurso prático" op. Cit. p. 425.

em um argumento, em uma justificação para as justificações, mas que não consegue explicar seu próprio e último fundamento de legitimidade.

A questão que, de modo bastante modesto e reduzido, eu gostaria de colocar é a seguinte: o Direito Moderno precisa de um fundamento último de legitimidade para as suas normas? Há lugar no Direito da Modernidade para um fundamento último?

#### 4. O Direito Moderno precisa de um critério de legitimidade?

O sentido contemporâneo mais difundido da legitimidade – que, em vários sentidos, parece ser aquele presente na teoria do discurso prático – tem suas raízes no conceito medieval relacionado à legitimidade do ocupante do trono. SÃO TOMÁS DE AQUINO distingue entre modos legítimos e ilegítimos de aquisição do poder e a correspondente legitimidade da insurreição contra o governante injusto.<sup>24</sup> BARTOLO DA SASSOFERRATO entende que o tirano pode ser legalmente responsabilizado diante das leis do Sacro-Império, podendo ser punido pelo Imperador ou pelos magistrados locais.<sup>25</sup>

Assim, na sua origem medieval, o conceito de legitimidade permite acionar, legalmente, o direito de resistência contra usurpadores e tiranos. A importância prática do conceito está, portanto, no seu caráter autorizador de uma suspensão da legalidade contra o poder instituído. A norma jurídica ilegítima pode, assim, se tornar inválida.

Como coloca LUHMANN, no entanto, com a estabilização da positivação total do direito (e, pode-se acrescentar, com a democracia) no séc. XIX, o conceito de legitimidade perde esse fundamento originário. E, em que pese a algumas tentativas de restauração jusnaturalista, o conceito fica hoje relegado a um aspecto puramente fático, útil para absorver problemas decorrentes de um princípio da legalidade de cunho meramente positivista.<sup>26</sup> Em suas diferentes correntes teóricas, o conceito de legitimidade, de um modo ou de outro, parece referir a uma convicção puramente fática da validade do direito, da sua obrigatoriedade ou dos valores dos princípios em que as normas encontram justificação.<sup>27</sup> O problema que se coloca a partir daí, na perspectiva luhmaniana, é a protelação da inevitável questão acerca da

---

<sup>24</sup> SÃO TOMÁS DE AQUINO, *Comentários às Sentenças de Pedro Lombardo* – II, dist. XLIV, q. II, ad. e *Suma Teológica*, q. XLII, art. 2, disponível em [www.permanência.org.br](http://www.permanência.org.br).

<sup>25</sup> BARTOLO DA SASSOFERRATO, *On the Tyrant – Treatise on City Government c. 1330*. Disponível no site *Medieval Sourcebook*, ligado à Fordham University Center for Medieval Studies, em [www.fordham.edu/halsall/source/bartolus](http://www.fordham.edu/halsall/source/bartolus). reconhece-se o tirano como aquele que assassina os melhores homens da cidade, chegando a matar seus parentes mais próximos, impede os estudos e os sábios, proíbe reuniões, semeia espiões entre a cidadania, empobrece os contribuintes, guerreira com vizinhos etc.

<sup>26</sup> NIKLAS LUHMANN, *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, Milano: Giuffrè, 1995, p. 19.

<sup>27</sup> - Idem, *ibidem*.

possibilidade de se difundir a efetiva convicção acerca da justiça ou da validade vinculante das decisões, quando só alguns poucos é que decidem?

A resposta de LUHMANN põe certas questões intuitivas: nenhum sistema político pode se manter apenas mediante o poder de coação (como propõem os decisionistas), porque a força se esgota, e também não existe consenso real suficiente para a manutenção durável de um poder (os consensos são raros e, quando existem, pontuais). Ademais, dificilmente há consensos unânimes, de modo que um grupo de discordantes sempre precisará ser submetido a uma coerção por parte do grupo que atingiu o consenso. Então, deve existir algo mais em termos de legitimidade. Algo que, assim como ocorre com a verdade, permita sua generalização independentemente da motivação, consenso ou coação, porque a legitimidade deve ser capaz de abarcar e, conceitualmente, explicar ambos. Por isso, para LUHMANN, na sociedade atual a legitimidade só pode ser pensada como a “*disponibilidade generalizada para aceitar, dentro de determinados limites de tolerância, decisões ainda indeterminadas no seu conteúdo*”.<sup>28</sup> O problema então é entender se as bases dessa disponibilidade estão em uma motivação psicológica de participar democraticamente em um procedimento que tende a garantir a maior parcela possível dos seus interesses (e a proposta de HABERMAS segue esse caminho), ou se essa disponibilidade resulta de mecanismos sociais que tornam equivalentes as configurações de motivos individuais diversos.

Ao que se nota, na análise de LUHMANN, onde há um consenso real (um racionalmente motivado), um conceito como legitimidade simplesmente não seria necessário ou, no mínimo, seria impreciso. Por mais que se delimite regras detalhadas para o discurso – sem entrar na questão de que os participantes menos intuitivos podem nem sequer conhecer essas regras –, em última análise não é possível, retroativamente, saber a motivação de cada um dos interessados para concordar com uma proposta. Daí porque, “*diante de um elevado grau de complexidade e de variabilidade do sistema sociedade a legitimação do poder político não pode depender de uma moral tida como natural, mas deve, ao invés, ser elaborada no interior do próprio sistema político*”.<sup>29</sup> Os procedimentos decisórios (processo judicial, eleições e processo administrativo) voltam-se a essa elaboração, daí a se falar em *legitimação social* por meio de *procedimentos jurídicos*.

HABERMAS e ALEXY também propõem uma legitimação pelo procedimento, no sentido de que, obedecido determinado procedimento e determinados requisitos mínimos que garantem o consenso racional, qualquer decisão é possível. LUHMANN, diversamente, sem pretender entrar nos pormenores do seu trabalho, entende que os requisitos procedimentais não se voltam à garantia de consenso, mas sim à garantia de controle do dissenso. Em resumo, o procedimento funciona na medida em que permite aos participantes readequarem suas expectativas, isto é, reaprenderem diante do resultado com o qual eles não

---

<sup>28</sup> - Idem, p.20.

<sup>29</sup> - Idem, p.22.

concordam. Não para passarem a concordar com o resultado, mas para aceitarem a vinculação da decisão (a legitimidade) independentemente do seu conteúdo.

A diferença pode parecer pouco significativa, já que ambas propostas são, em essência, procedimentalistas, mas há consequências interessantes. Diferente de HABERMAS e ALEXY, no conceito de legitimidade luhmaniano não há espaço para um critério de aferição de validade das normas jurídicas.

A legitimidade, para LUHMANN, está ligada a uma prestação que o sistema jurídico pode oferecer para o sistema político, e não a um *fundamento do fundamento* do Direito. Para LUHMANN, o procedimento absorve o dissenso possibilitando um clima institucional em que aqueles que discordam da decisão têm um ônus pesado de demonstrar as razões da sua irrisignação e, de todo modo, são conduzidos a aceitar a sua vinculação e legitimidade mesmo que não concordem com ela. Para o modelo do *discurso prático* e do *consenso racional*, o dissenso, desde que demonstrado de acordo com as regras, pode, ao menos em tese, conduzir à ilegitimidade da norma. A ética do discurso aparece para fazer o papel de *fundamento do fundamento...*

Tentativas dessa natureza têm em mente o resgate de um fundamento para o dever-ser e que, pela sua própria natureza, há de ser universalizável ou já universal. Mas, afóra as boas intenções desse tipo de tentativa, será que o Direito tem alguma utilidade para o conceito de legitimidade?

Lembrando que, como ponto de partida, o conceito de legitimidade especificamente jurídica só tem sentido como um critério extralegal de validade. Qualquer noção que emparelhe legitimidade à constitucionalidade ou a esferas normativas já positivadas perderia todo o sentido. A teoria de LUHMANN busca demonstrar que o sistema político ainda tem uma utilidade relevante para a legitimidade e busca essa legitimidade nas prestações oferecidas pelo sistema jurídico e seus procedimentos juridicamente regulados. A teoria do *consenso racional*, no entanto, não só não apresenta uma distinção funcional tão eficiente como a luhmaniana entre direito e política, como pretende que o *consenso racional* possa, na maior medida do possível, servir como um critério extralegal de validade.

Contudo, o direito da Sociedade que se descreve como Moderna – a nossa sociedade – não parece ter lugar para um conceito desse tipo. As observações propostas pela teoria dos sistemas luhmaniana sobre o direito da sociedade complexa rejeitam a validade dessas tentativas. O direito é paradoxal, porque não pode justificar a legitimidade propriamente jurídica das suas normas. Quando, na Modernidade, o direito consegue se diferenciar de outros sistemas, como a política e a religião, e torna-se possível falar em normatividade especificamente jurídica, antigas fórmulas para ocultar o paradoxo (como a origem divina do direito) perdem o sentido. O direito moderno é autopoietico, as condições de validade são sempre definidas juridicamente e, portanto, nenhum critério extralegal de validade pode fazer as vezes de

um fundamento último. Ao contrário, é a inexistência de um fundamento último e a conseqüente garantia da estabilidade da variabilidade do direito, que possibilitam a constante readequação das próprias expectativas para manter aquela disponibilidade generalizada a aceitar as decisões.

A esse respeito, coube a DE GIORGI sentenciar que “*o direito moderno se emancipou da verdade e não mais reproduz a necessidade da ordem (...) outros regimes do direito representavam sua produção como resultado de um processo cognitivo: conhecimento do direito era conhecimento dos fundamentos do direito. O direito positivo moderno torna grotesca a concepção do conhecimento dos fundamentos, assim como a ideia de que um consenso sobre os fundamentos possa lhe conferir validade*”.<sup>30</sup>

---

<sup>30</sup>- RAFFAELE DE GIORGI, “Deus com Barba e Deus sem Barba”, In: *Direito, Tempo e Memória*, São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 174.