

DISCUTINDO O CONCEITO DE LEGITIMIDADE NO CONTEXTO ATUAL

Francisco Romão Ferreira¹Marcelo Machado Costa Lima²**Resumo**

Neste texto, procuraremos estabelecer uma revisão do conceito de “legitimidade” na literatura filosófico-política relacionando-o ao *modus procedendi* do atual governo do Estado do Rio de Janeiro diante da condução da crise política e econômica, mais especificamente em relação à Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. É que o grau de radicalidade atingido pela referida crise vem colocando em risco o futuro da Universidade, e com ele, por consequência, um dos mais ricos habitats de produção intelectual do Estado. A perspectiva de evasão de quadros muito qualificados, que passam a cogitar a possibilidade de inserção em diferentes instituições nacionais e internacionais é cada vez mais real. Por isso não é possível desconsiderar o fato de que a fragmentação da UERJ no médio e longo prazo traz à tona a discussão acerca da legitimidade de um governo que, envolto em inúmeras denúncias de corrupção (que em tudo o distancia de uma forma considerada republicana) e má gestão pública, desrespeita e destrói a história, o patrimônio (material e imaterial) da instituição. Nesse quadro, a pergunta norteadora que se coloca é a seguinte: é possível, no âmbito da configuração constitucional do Estado Democrático de Direito, que um governo coloque em xeque a existência da principal instituição de produção de conhecimento do Estado, *locus* natural para a construção de uma forma crítica e reflexiva de pensar, e, ainda assim, mantenha as condições de legitimidade para exercer o poder?

Palavras-chave: Direito; Legitimidade; Legitimação; Universidade; Crise

UMA BREVE INTRODUÇÃO COM UM PANORAMA DA CRISE NA UERJ

A Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ – vem vivenciando um dos mais difíceis episódios de sua história. A ausência de recursos financeiros para a sua manutenção básica já se transformou em algo corriqueiro e, o que poderia se caracterizar como uma crise pontual, vem se transformando em um problema crônico e estrutural. Os setores de ensino, de extensão e da pesquisa foram atingidos de forma contundente, colocando em risco o futuro da própria instituição. Embora o esvaziamento da UERJ, como uma das principais instituições universitárias do país, no médio e longo prazo possua direta relação com a crise financeira e econômica por que passa o Estado do Rio de Janeiro, não há como reduzir o problema a esse ângulo de análise.

¹ Pós-doutor em Ciências pela FIOCRUZ. Professor adjunto do Instituto de Nutrição da UERJ e professor permanente do PPG-ANS. E-mail: chicoromaferreira@gmail.com

² Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Lisboa. Professor de Direito Constitucional no IBMEC e na UNESA. E-mail: marcelomclima@gmail.com

Na verdade, a tão propalada crise econômica mantém uma relação indissociável com um outro tipo de mazela, menos evidente, porém ainda mais deletéria para uma comunidade política que se pretende democrática: uma possível crise de legitimidade. Nesse ponto, estamos a nos referir fundamentalmente sobre a crise de reconhecimento de autoridade daqueles a quem foram concedidos poderes jurídico-políticos para gerir a coisa pública, mas que, imersos em denúncias de corrupção, não aparentam possuir as características elementares mínimas exigidas para exercer o poder e produzir de decisões em uma realidade republicana e democrática. Por isso, a crise vivenciada pela UERJ se torna um caso emblemático, pois ao figurar com destaque na realidade acadêmica brasileira, é a mesma reconhecida como um dos núcleos mais profícuos e democráticos na promoção de debates sobre as políticas públicas, principalmente aquelas relacionadas ao ensino e seu acesso. Aliás, há décadas, vem ela se destacando nesse universo não apenas pela promoção do debate, mas, também assumindo papel de pioneirismo na implantação de políticas públicas que se destacam pelo caráter democrático e plural. A título de exemplo, sabe-se ser a UERJ a primeira grande universidade a promover o sistema de cotas no país, conferindo efetividade ampla à igualdade material.

Aliás, paralelamente, conta a UERJ com um grande programa de extensão universitária junto à sociedade fluminense, além de incentivar a implantação de unidades em cidades do interior do estado do Rio de Janeiro. Sua produção acadêmica reflete a qualidade da pesquisa produzida na instituição, sendo inclusive considerada a 5ª melhor universidade do Brasil na edição 2016-2017 do University Ranking by Academic Performance (URAP). Encontra-se entre as 15 melhores do país segundo o Ranking Universitário da Folha de São Paulo e é a segunda melhor do estado do Rio de Janeiro (atrás apenas da UFRJ, em um universo de mais de 50 universidades³, contando as instituições públicas, privadas e militares).

Todavia, mesmo com todo esse capital simbólico a precarização da instituição acontece de forma contínua e ininterrupta, sendo que as consequências malélicas são evidentes e de grande prejuízo para toda a sociedade. Senão vejamos: a) em agosto de 2017 o calendário acadêmico ainda não dava conta de finalizar o segundo semestre de 2016; b) a pesquisa está sem recursos e o Hospital Universitário Pedro Ernesto funciona com 20% da sua capacidade; c) os professores e servidores técnico-administrativos experimentam atrasos em seus vencimentos de aproximadamente três meses, tendo como referência o momento de escrita desse texto; d) os alunos não recebem suas bolsas de iniciação científica, assim como os bolsistas de produtividade do Programa ProCiência - que reúne os principais pesquisadores da instituição - não percebem seus incentivos há diversos meses; e) o pagamento de empresas terceirizadas (vigilância, limpeza, manutenção, restaurante universitário etc.) permanece em estado de inadimplência, inviabilizando o funcionamento da Universidade nas áreas relacionadas à atividade meio.

³ Informação disponível com lista completa em <https://listadefaculdades.wordpress.com/faculdades-no-rio-de-janeiro/>

Como se observa, em um quadro como o apresentado, a crise não só afeta a pesquisa, como alcança resultados ainda mais deletérios, de forma imediata: estimula a evasão de alunos, já que os efeitos mediatos são socialmente mais complexos e não transitórios. Os Programas de Pós-Graduação, por exemplo, muitos bem avaliados pela Capes (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior) e com reconhecimento internacional, tiveram uma procura pelo corpo discente significativamente menor no ano de 2017, inclusive com perda de bolsas de estudos. O financiamento de pesquisa, que sempre foi fortemente incentivado pela Faperj (Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio), foi e vem sendo fortemente abalado pela não liberação de parte dos recursos de 2015 e a completa inadimplência no ano de 2016.

Outro demonstrativo da paulatina destruição da reputação institucional é a queda brutal de procura pelos seus outrora disputados cursos. O Departamento de Seleção Acadêmica (Dsea) informou no site da instituição que apenas 35,6 mil estudantes se inscreveram para o exame marcado para o dia 16 de julho⁴. Essa quantidade representa menos da metade dos 80 mil estudantes que se candidataram a uma vaga no ano anterior. Nessa mesma lógica, no ano de 2016, houve um aumento no número de alunos que solicitaram transferência da Uerj. No caso específico, foram 700 alunos, 36,7% a mais do que em 2015, quando 510 estudantes deixaram a instituição. Em 2017 a previsão é a de que os números devem seguir em trajetória ascendente. A situação também é bastante precária no Colégio de Aplicação da UERJ (que atende alunos de ensino fundamental e médio) e das unidades externas localizadas em outros municípios⁵.

A ausência de perspectivas para regularização da situação torna inócua qualquer tentativa de planejamento acadêmico, bem como provoca um estado de profunda incerteza para formular seus projetos vida àqueles que, direta ou indiretamente, dependem de uma gestão minimamente eficiente da coisa pública. Se por um lado, a todo momento, há ameaça de paralização dos serviços terceirizados e técnico-administrativos (atividades-meio), por outro lado, na perspectiva dos servidores efetivos houve o congelamento de todas as progressões e promoções a que estes têm direito de acordo com os respectivos planos de carreira. Houve um rompimento no princípio jurídico da confiança legítima, o qual constitui um dos pilares da relação servidor-Administração Pública, agravado pelo fato do Poder Legislativo estadual ter aprovado um aumento de contribuição previdenciária dos servidores estaduais, que pode ser constitucionalmente questionado sob o argumento da proibição de retrocesso social.

Os relatos acima explicam o aumento do número de requerimentos de exoneração, de licenças ou de

⁴ Informe institucional disponível em <http://www.uerj.br/> acesso em 11 de julho de 2017

⁵ Em Duque de Caxias, localiza-se a Faculdade de Educação da Baixada Fluminense; em Nova Friburgo, o Instituto Politécnico; em Resende, a Faculdade de Tecnologia; em São Gonçalo, a Faculdade de Formação de Professores; na Ilha Grande, no município de Angra dos Reis, o Centro de Estudos Ambientais e Desenvolvimento Sustentável e em Teresópolis, o Departamento de Turismo do Instituto de Geografia. Algumas dessas unidades estão sem condições de manterem o funcionamento básico. Inviabilizando o processo de interiorização do ensino superior no estado.

redução de carga horária. Em um tal contexto, cria-se uma tendência para que os docentes abdicuem do regime de dedicação exclusiva (o que reflete diretamente na produção acadêmica institucional) e assumam outros vínculos profissionais, situação que se afasta claramente da ideal, tanto para o profissional, como para a instituição universitária.

Como a situação narrada vem se alastrando desde 2015, é possível percebermos não se tratar de uma crise conjuntural, mas, pelo contrário, estarmos diante de uma crise orgânico-estrutural, sem precedentes. O fato é que a ausência de uma gestão minimamente responsável e eficiente, somada à perda de confiança dos cidadãos e administrados no governo do estado, vem alterando por completo o perfil da universidade. A dilapidação do patrimônio acadêmico conquistado desde a sua fundação em 04 de dezembro de 1950, bem como a dissipação do patrimônio material conduzem a um quadro de afronta ao Estado Constitucional desenhado em nossa Carta Maior.

Escrevemos então o presente artigo sob um formato de ensaio com o intuito de iniciar uma reflexão, a partir do contexto acima descrito, acerca do conceito de legitimidade. A questão que se levanta é a de saber se a eleição formal (cuja licitude é hoje já fortemente contestada) pode, por si só, justificar a autoridade político-jurídica de agentes políticos cuja gestão tem sido reiteradamente acusadas de ineficientes e corruptas.

Amigo, encaixa essa informação em nota de rodapé lá no começo, quando falamos pela primeira vez em “corrupção”. Percebe-se que a crise financeira atual é fruto de irresponsabilidade por parte do partido que está no poder (o PMDB), que por sua vez é acusado de corrupção no âmbito federal⁶, com o ex-governador adorado Sérgio Cabral Filho preso e acusado de vários atos ilícitos⁷, com o governo atual também citado e envolvido em escândalos de corrupção⁸, com a cúpula da Assembleia Legislativa igualmente comprometida com negociações fraudulentas⁹, com um importante aliado do partido e representante do governo estadual junto ao governo federal preso¹⁰.

Justamente este governo, cujas evidências dos desvios de finalidade múltiplos são cada vez mais contundentes, é aquele que possui poderes para definir o futuro de uma universidade, que é uma das maiores do

⁶ O atual presidente, Michel Temer, foi denunciado pelo crime de corrupção passiva pela Procuradoria Geral da República e foi citado por corrupção em outros processos no âmbito da Operação Lava Jato.

⁷ O ex-governador Sergio Cabral Filho responde a vários processos por corrupção, lavagem de dinheiro e formação de quadrilha. Foi condenado a 14 anos e 2 meses de prisão no primeiro processo julgado.

⁸ Em delação premiada, o ex-presidente do Tribunal de Contas do Rio de Janeiro, Jonas Lopes de Carvalho, afirmou que o atual governador do estado, Luiz Fernando Pezão, sabia do esquema de pagamento de propina dentro do TCE. A delação levou cinco conselheiros da ativa e um conselheiro aposentado para a cadeia.

⁹ Em 29/03/2017 o presidente da Assembleia Legislativa do Rio (Alerj), Jorge Picciani (PMDB), foi alvo de condução coercitiva. Ele e mais seis conselheiros do TCE foram levados para depor na Superintendência da Polícia Federal. Os conselheiros permaneceram presos.

¹⁰ O deputado federal cassado e ex-presidente da Câmara Eduardo Cunha (PMDB-RJ) foi condenado em maio de 2017 a 15 anos e quatro meses de prisão por corrupção passiva, lavagem de dinheiro e evasão de divisas no âmbito da Operação Lava Jato.

país e de suma importância para o estado do Rio de Janeiro, para o seu progresso econômico, social e cultural, voltada para as peculiaridades e necessidades próprias de nossa região.

É preciso, portanto, compreender de forma mais profunda o conceito de legitimidade, a fim de tentar melhor analisar o cenário atual, pelo que, de outra forma, recolocamos a nossa questão norteadora: é possível, no âmbito da configuração constitucional do Estado Democrático de Direito, criar mecanismos que despotencializam progressivamente as instituições capazes de pensar crítica e reflexivamente sobre o seu próprio exercício do poder e ainda assim, possa receber a qualificação de legítimo? A esta questão outra, subsidiária, se impõe: é democrático e legítimo o poder quando, justificado pela obtenção de maioria nas eleições populares, é exercido por intermédio de deletérios atos de gestão, contaminados, inclusive, pela dúvida da ausência de probidade? Ou seja, a via democrática *lato sensu* (representação pela via eleitoral) pode isoladamente ser utilizada como fundamento para eliminar as vozes de instâncias representativas da sociedade?

Mesmo que aprioristicamente possuam as questões acima levantadas natureza retórica, e que intuitivamente aqueles que têm razoável conhecimento dos fatos acima expostos tendam a respondê-la com um alto grau de convicção, o problema teórico que circunstancia a situação fática não é revestido de tamanha simplicidade. Há um certo tipo de visão, inclusive hegemônica, profundamente conservadora, que tende a relacionar o conceito de legitimidade com o conceito de legalidade, sem produzir distinções. Nesta linha, o que seria legal também seria legítimo, já que esse juízo de legalidade exigiria tão somente o reconhecimento de que os procedimentos formais teriam sido devidamente observados. Nesta direção, para estes, em geral, a democracia também recebe uma definição profundamente simplificada, em que a mera obtenção de vitória nas urnas, por si só, é hábil a conceder uma legitimidade intocável para o exercício do poder, por um pré-definido período (mandato).

Parece-nos ser esta visão, no entanto, muito apequenada para justificar a legitimidade das instâncias decisórias de exercício do poder. Há outros elementos que devem ser a estes somados para que o direito se apresente como legítimo e, portanto, habilitados a justificar a ação da autoridade. Se recusamos a concepção que afirma que a legitimidade encontra fundamento unicamente na legalidade ou na vitória nas urnas, por outro lado, não entendemos possível que a aplicação do direito em um Estado Democrático de Direito deixe de buscar seus fundamentos também na legitimidade. Para tornar mais claro o que aqui se afirma, passamos a tentar produzir uma análise sobre algumas das principais formulações acerca do conceito de legitimidade.

CONSIDERAÇÕES ACERCA DO CONCEITO DE LEGITIMIDADE

O conceito de legitimidade, como qualidade do que é legítimo, está inserido de modo mais amplo na cultura jurídica, embora de maneira heterogênea e polissêmica. (GOYARD-FABRE, 2012, p. 1089) Essa procura

por uma definição conceitual apresenta-se desafiante a partir do próprio estudo etimológico do termo. Em uma primeira perspectiva, pode explicitar aquilo que é de acordo com a lei ou é por esta consentida. (CORTELAZZO; ZOLLI, 1999, p. 8671) Pode ainda querer dizer que se trata daquilo que está em conformidade aos costumes e às regras pré-estabelecidas. (LAGARDE, 2002, p. 375) Mas pode, ainda, querer dizer que é aquilo que torna algo idôneo, justificável, (FOUBET, 2002, p. 1199) ou mesmo como senso de justiça ou racionalidade. (LEVI, 2004, p. 675)

Toda essa gama de possibilidades semânticas, construídas no decorrer da história – certamente fundadas em diferentes concepções ideológicas e filosóficas produzidas em cada tempo histórico e situações específicas - geraram incerteza e dificuldades na demarcação do conceito. Afinal, o que se pretende dizer quando se afirma que um ato emanado pelo poder público é legítimo?

A obtenção de resposta a esta questão não pode ser dada sem o devido enfrentamento de áspersas questões travadas nos âmbitos da filosofia política e das teorias jurídico-políticas contemporâneas. Porém, deve-se admitir que essa seja uma discussão que se tornou incontornável no âmbito da demarcação do espaço teórico-metodológico do direito hodierno e das ciências sociais em geral, cuja tarefa vem se tornando crescentemente mais complexa, na medida em que deve, não apenas explicitar princípios fundacionais de sociedades plurais ocidentais (naturalmente fluidas), mas, concomitantemente buscar adequação a concepções ético-morais em tradições construídas em quadros históricos singulares.

Pertence ao registro do pensamento político do início do período moderno a definição de legitimidade como “o bom fundamento do Poder, o que lhe confere justificação e validade”, (GOYARD-FABRE, 2012, p. 1089) sendo que o princípio da legitimidade, um pouco mais adiante, nas suas diferentes acepções, é inserido em um contexto histórico no qual o poder, a partir de um projeto iluminista, tende a transformar-se em um ordenamento estatal de natureza jurídica com fins a organização jurídico-administrativa. Assim, observa-se uma alteração na visão acerca da legitimidade: passando-se de um critério de legitimação moral, teocrático e consuetudinário para um título de legitimidade compreendido formalisticamente, no qual o ente estatal é autorizado a ser fonte da lei em razão de ter sido legitimado por um contrafático acordo originário entre indivíduos. Esse modelo levado a extremos no decorrer do desenvolvimento das visões positivistas é que fundamenta aquela visão que praticamente iguala os conceitos de legitimidade e legalidade e que, portanto, estaria apto a conceder bases a decisões jurídico-políticas, mesmo quando estas atentam contra instituições que, pelas suas características, como procuraremos demonstrar mais adiante, elas sim, ajudam a produzir contemporaneamente um juízo de legitimidade.

Nos dias de hoje, em uma vertente bastante usada, vem sendo a legitimidade, em sua dimensão política, definida como um atributo do Estado, que consistiria na obtenção, junto a uma parcela significativa da população,

de um grau de consenso capaz de assegurar a obediência sem necessidade de recorrer ao uso da força, (BORDIEU; PASSERON, 1970, p. 18) a não ser em casos esporádicos. O Estado, portanto, exerce um poder que é uma forma de violência simbólica”, porque ele é um poder capaz de impor significações como legítimas, todavia dissimulando as razões de força que estão no fundamento dessa sua força, adicionando sua própria força (fundamentalmente simbólica) a essas relações de forças que fundamentam o poder. Quanto mais age a força simbólica, menos se necessita da força concreta. (BORDIEU; PASSERON, 1970, p. 18) O que se almeja é a transformação da obediência em adesão, de forma a que esta acabe por se estabelecer como elemento integrador na relação de poder mantida entre Estado e cidadãos. (LEVI, 2004, p. 675) Mas o que percebemos diante da crise atual é a perda de legitimidade diante da população e o questionamento quase unânime da sociedade que gostaria de mudar os quadros do governo, mas não possui os mecanismos para fazê-lo no curto prazo, o que resta então, para os que estão de forma ilegítima no poder é o uso da força militar, pressionando e chantageando a sociedade para a manutenção dos quadros atuais no poder. Na falta da adesão resta apenas a força bruta contra servidores estaduais e toda e qualquer manifestação legítima dos movimentos sociais.

A legitimidade é um conceito fundamental tanto para o campo da política quanto para o campo do jurídico. Há quem assuma perspectivas conceituais distintas, conforme a área de análise, entendendo que pode apresentar-se a legitimidade em uma vertente política ou em uma vertente jurídica. (GOYARD-FABRE, 2012, p. 1089) Desde já, antecipamos nossa posição de não nos atrelarmos a essa visão, antecipando que nossa posição é a de nos filiar a uma posição habermasiana (pelos argumentos que serão um pouco mais adiante explicitados) que entende ser o direito o meio de integração das sociedades pós-tradicionais por excelência, de maneira que no que se refere à temática sobre a legitimidade, não há como isolar os campos da política e do direito, tornando-os estanques. Estamos, neste caso, diante da dupla face de Janus.

No âmbito dos estudos acerca da legitimidade faz-se necessária, porém, antes de tudo, fazer uma distinção que vem em nosso auxílio no sentido de diminuir as ambiguidades do conceito. Trata-se do binômio legitimidade/legitimação, que embora estejam internamente relacionados e se auto complementem, denominam fenômenos diversos, aprofundados por campos de estudos específicos. (DINIZ, 2006, p. 517) A legitimidade está associada aos fundamentos últimos das ordens de domínio (religando-se a fatores éticos) (DINIZ, 2006, p. 517) e que se relaciona a problemas de fundamentação para o reconhecimento da juridicidade normativa, nos termos que temos enfatizado neste trabalho.

Vê-se, portanto, que neste caso se enfatiza uma dimensão axiológica do conceito, sendo que a ideia de consenso livremente construído no processo de formação da vontade de um determinado grupo passa a ser considerada uma das bases éticas da sociedade de uma ordem jurídico-constitucional. Por isto, a ênfase da legitimidade está situada nos critérios de justificação a que é submetida a decisão político-jurídica. Assim, seguindo

esta direção que nos parece mais adequada, as posições assumidas pelo do Estado do Rio de Janeiro, autoritárias e sem qualquer substrato axiológico, em muito se afastariam desta vertente do conceito de legitimidade.

Por outro lado, o conceito de legitimação ordinariamente vem significando o poder existente (ou, ao menos, objetivado) para despertar e cultivar a aceitação, o consenso e o reconhecimento em uma base territorial. Assim, a aceitação se converte no resultado da crença – correta ou não – de que o sistema é o mais adequado, constituindo uma forma de medição da disposição para a obediência e para a aceitação. Estando ela mais relacionada a um procedimento de avaliação empírica da aceitação e reconhecimento da autoridade, acaba por se traduzir em uma dimensão fática da legitimidade.

Neste caso, o realce está na descrição fática dos elementos colocados a disposição para fins de obediência a um sistema jurídico-político. Mas como os fatos teimam em apontar para os casos de corrupção, má administração e negligência com a coisa pública, a aceitação da legitimidade do atual governo torna-se cada vez mais frágil e sem amparo legal nas diferentes esferas da nação, seja nas instituições públicas ou na sociedade civil. A fragmentação da legitimidade do atual governo expõe a sua fragilidade institucional e a falta de legitimação por parte da sociedade, dificultando o reconhecimento da sua autoridade.

A reforçar a tese acima sustentada, entendemos que no campo do direito, principalmente no âmbito do direito constitucional (cuja característica essencial é situar-se no âmbito de estudo jurídico-político) não há espaço para delimitações conceituais rígidas entre os dois conceitos, mesmo porque a nossa linha de análise, como veremos, não prescinde de nenhuma das duas direções de análise.

Também sobre qual vertente (política ou jurídica) do conceito de legitimidade deve ser privilegiada, ou seja, se a análise será jurídica ou, por outra via, uma análise política, já nos adiantamos que entendemos que o isolamento em compartimentos entanques, no contexto dos Estados contemporâneos, não produz qualquer sentido. (OTERO, 2012a) A verdade é que o esforço analítico, mesmo sem negar o caráter contrafático desta empreitada, pode nos conceder uma visão mais apurada em uma ou outra perspectiva (jurídico-político ou político-jurídico), mas, conforme já tivemos a oportunidade de afirmar, jurídico e político sempre se pressupõem. Começemos, então, pela visão que acentua o aspecto político.

A PERCEPÇÃO DO TERMO EM SUA ACEPÇÃO MAIS PROPRIAMENTE POLÍTICA

Todas estas concepções acerca da legitimidade, em diferentes medidas, estão na base das visões contemporâneas sobre o tema. O termo “legitimidade”, como observado, apresenta uma gama de possibilidades semânticas dependendo do ângulo da análise. A própria dimensão e alcance do termo em sua acepção jurídica não pode deixar de se entrelaçar com suas concepções políticas e filosófico-políticas que lhe dão base. (OTERO, 2012b) Nesta linha de análise, o desvelamento do conceito de legitimidade resulta da interação entre conceitos da

filosofia política (ou mesmo da ciência política) em que cada um dos elementos que interage coopera de maneira relativamente independente para sua determinação. Seguindo orientação clássica sobre o tema, estes elementos são a comunidade política, o regime e o governo. (LEVI, 2004, p. 676) Situemo-nos, então, sobre tais perspectivas.

Iniciando por comunidade política, assumimos a visão daqueles que entendem ser esta um grupo social que congrega os indivíduos unidos pela divisão do trabalho político em uma determinada base territorial. Esse aspecto do Estado realça a crença na legitimidade quando se observa na população sentimentos difusos de identificação com a comunidade política. (LEVI, 2004, p. 676) No Estado nacional, a crença na legitimidade é caracterizada, com maior evidência, por atitudes de fidelidade à comunidade política e, em muitos casos (ainda é possível afirmar), de lealdade nacional.

Por regime estamos considerando (LEVI, 2004, p. 676) o conjunto de instituições que regulam a luta pelo poder e o exercício deste, bem como o conjunto dos valores que dão sustentação e animam a vida dessas instituições. Assim, se é possível afirmar que em um regime monárquico devem estar disseminados, no âmbito do espaço político, princípios monárquicos; ou que no regime socialista estão espalhados os princípios socialistas, também é razoável supor que em um regime democrático está pressuposta a existência de princípios democráticos que o sustentam. Daí a forte inadequação entre as ações levadas a cabo (e anteriormente apontadas) pelo governo do Estado do Rio de Janeiro e o denominado Estado Constitucional de Direito, tão realçado na Constituição de 1988, e que é espécie do Estado Democrático de Direito.

A percepção de adesão a um regime está, então, no fato de que os governantes e sua política são reconhecidos na proporção em que os aspectos fundamentais deste regime são aceitos. Assim, quem legitima o regime tem que aceitar também o governo que veio a se concretizar no espaço estabelecido pelas regras e princípios deste, mesmo que a ele apresentasse oposição política. Sintetizando, o interesse concreto que une aqueles que aceitam o regime (mesmo aqueles que estão na oposição política ao governo) é a assunção deste como plataforma comum de luta entre os grupos políticos. Mas diante do fracasso do governo atual a adesão se esvai a olhos vistos e os atores sociais que poderiam lhe dar o aval cada vez mais estão convencidos da sua inoperância e falta de capacidade de continuar a gerir o patrimônio público.

Um terceiro elemento-chave neste processo de construção da legitimidade política é o governo. Seria este o conjunto dos papéis em que se concretiza o exercício do poder político. (LEVI, 2004) Na linha do que foi acima exposto, se a força do governo repousa em sua legitimidade, para que ele seja qualificado como legítimo, em regra é suficiente que tenha se estruturado em conformidade com as normas do regime e que exerça o poder de acordo com as mesmas, respeitando determinados valores fundamentais da vida política. Todavia, pode acontecer que a pessoa que chefia o governo seja ela mesma o fator de crença na legitimidade. No caso atual, o governo

federal, que poderia vir a socorrer o governo estadual, também carece de legitimidade e é acusado dos mesmos problemas (corrupção e má administração) no âmbito nacional.

Como já tivemos a oportunidade de expressar de forma superficial, uma perspectiva de análise da legitimidade mais próxima ao panorama jurídico-político mostra que o paradigma positivista permanece produzindo fortes ecos em nosso sistema jurídico, aproximando-o enormemente do conceito de legalidade. (BOBBIO, 2004) Com isso, conseqüentemente, dá-se uma supervalorização à dimensão formal da norma, em detrimento da sua dimensão ético-substancial, embora não possamos esquecer que a forma do direito é um valor em si. Ou seja, estamos presos à dimensão formal da norma mesmo que a realidade mostre claramente que as normas estão sendo alteradas, desrespeitadas ou ignoradas. No caso que remonta a relação entre o Governo do Estado do Rio de Janeiro e a cidadania em geral e mais especificamente a UERJ, pode-se afirmar que a legitimidade está sendo corroída lentamente e a sociedade não está encontrando meios de reverter o quadro atual e substituir os atores que comandam o jogo político, mesmo porque não existem outros atores confiáveis. Até mesmo porque, no atual quadro político do Estado, a crise de legitimidade extrapolou os quadros do governo e agora afeta todo a esfera de organização política.

A LEGITIMIDADE NO CONTEXTO DA ESTRUTURA POLÍTICA E SOCIAL

Afastando-nos de uma visão idealizada e eventualmente ingênua, há de se considerar que o povo não deve ser considerado como um somatório abstrato de indivíduos, cada qual participando diretamente com igual fatia de poder no controle do Governo e no processo de elaboração das decisões políticas. Esta é uma visão ficcional da ideologia democrática. As relações sociais não subsistem entre indivíduos totalmente autônomos, mas entre indivíduos inseridos em um contexto, no qual desempenham um papel definido pela divisão social de papéis sociais.

Ora, a divisão destes papéis e a luta por ocupação de espaço social e político dela decorrente fazem com que a sociedade nunca seja pensada através de representações que correspondam à realidade, mas por meio de uma imagem que vai sendo deformada pelos interesses (ideológicos) dos protagonistas desta luta, cuja função é a de legitimar o poder constituído. Pode-se afirmar que quando o fundamento e os fins do poder são percebidos como compatíveis ou de acordo com o próprio sistema de crenças e quando o agir é orientado para a manutenção dos aspectos básicos da vida política, o comportamento de indivíduos e grupos pode ser definido como legitimação. *A contrario sensu*, quando as decisões proferidas pelo Estado são percebidas na sua estrutura e nos seus fins como estando em contradição com o próprio sistema de crenças esse comportamento pode ser definido como contestação da legitimidade.

Não se trata de uma representação totalmente ilusória da realidade. Toda ideologia e todo princípio de legitimidade do poder, para se justificarem eficazmente necessitam conter também elementos descritivos extraídos do mundo vivido, que os tornem dignos de confiança e, conseqüentemente, idôneos para produzir o fenômeno do consenso. Por isso, quando as crenças que sustentam o poder não correspondem mais à realidade social ou aos valores do grupo, são deixadas de lado e assiste-se a mudança paradigmática das concepções teóricas que justificam o poder.

Quando o poder é firme e apresenta-se em condição de justificar adequadamente seus atos – seja de maneira progressista, seja de maneira conservadora – é presumível que alcance o consenso necessário. Porém, há de se ter cuidado aqui, pois se nos limitarmos a definir como legítimo um Estado cujos valores e estruturas fundamentais são aceitos, acabaremos por englobar nesta formulação também o contrário do que normalmente se entende por consenso: o consenso imposto (um consenso sem adesividade intensa) e o caráter ideológico de seu conteúdo. Neste caso, a definição geral proposta acaba por se revelar insatisfatória, uma vez que pode ser aplicada a qualquer conteúdo. Como no caso que estamos assistindo atualmente.

Para superar essa suposta contradição terminológica (“consenso imposto”), faz-se necessário evidenciar que termo legitimidade pode apresentar, concomitantemente, uma dimensão fática - comprovável pela empiria -, e uma dimensão axiológica, no caso um valor de convivência social. A dimensão fática, então, refere-se à aceitação da decisão por um segmento relevante da população, sem que estejamos avaliando sua adesão interna. Já a dimensão axiológica traduz um consenso livremente manifestado por uma comunidade de homens autônomos e conscientes. Nesse caso, para que se considere legitimado um ato governamental é necessário que se busque não apenas obediência, mas adesão interna, psicológica, por parte do destinatário do ato. No caso do governo do Estado do Rio de Janeiro, nenhum dos dois elementos parecem estar presentes na sua relação com a cidadania e, muito mais ainda, na sua relação com a comunidade da UERJ.

De qualquer forma, é importante ressaltar que o sentido da expressão legitimidade não é estático e, sim, dinâmico. Em cada manifestação histórica da legitimidade, vislumbra-se a promessa, até agora sempre incompleta na sua manifestação, de uma sociedade justa, onde o consenso, que dela é a essência, possa se manifestar livremente sem a interferência do poder ou da manipulação e sem mistificações ideológicas. A legitimidade vincula-se, no sentido que estamos nos referindo ao termo, não apenas à realidade fática observável no mundo das relações jurídico-sociais e jurídico-políticas, mas também à conexão entre essa realidade e o aspecto psicológico-valorativo dos indivíduos submetidos às decisões de poder emanadas pelo Estado.

Com base nesse critério, é possível afirmar que será mais legítimo o Estado onde o consenso tem condições de ser manifestado mais livremente, sem o uso da violência estatal. Podemos, então, afirmar que a legitimidade é uma idealidade não concretizável de forma plena na história, sendo que as ordens emanadas pelo

Estado serão mais ou menos legítimas na medida em que torna real o valor de um consenso livremente manifestado por parte de uma comunidade de homens autônomos e conscientes, o que implica na aproximação com a ideia-limite de eliminação de qualquer tipo de violência estatal ou mesmo aquela proveniente de qualquer grupo específico da sociedade civil. Mas o que nos dizem os principais teóricos do direito acerca da legitimidade, quais são os principais fundamentos conceituais que poderiam nos ajudar a pensar esta questão?

A LEGITIMIDADE EM WEBER: O LOGICISMO LEGALISTA

A obra de Max Weber, embora sempre relacionada a uma perspectiva de análise positivista, é dominada por duas preocupações: levar em conta a realidade empírica, e não ocultar a relação com os valores. (WEBER, 1994, p. 142) Se a primeira das ideias expressas é evidente em um sociólogo, a segunda não é tão evidente em um autor tão identificado com ideais positivistas. (SAUQUILLO, 2006, p. 1179-1196) Seus estudos de sociologia política e sociologia jurídica são, ao mesmo tempo, uma sociologia da dominação - que põe em evidência a manifestação concreta da força (*potentia*) - e uma reflexão sobre os valores capazes de justificar a relação entre mando e obediência. Ao examinar a história do direito político, Weber teria mostrado que as antinomias e os conflitos múltiplos são decorrência de um mundo dominado pela irracionalidade, de maneira que não é surpreendente que os teóricos do direito político tenham atribuído sucessivamente à legitimidade três figuras ideais: uma figura carismática, dominada pelo valor exemplar de uma personalidade, uma figura tradicionalista, obediente às virtudes do ontem eterno e, por fim, uma figura racional baseada na designação regular daqueles que governam na legalidade. (BENDIX, 1978, p. 285-297)

São, então, para Weber, os três tipos puros de dominação legítima, que justificam o exercício do poder (WEBER, 1981, p. 82-83): a) a de caráter carismático, que se fundamenta na veneração extracotidiana da santidade, do poder heroico ou do caráter exemplar de uma pessoa e das ordens por esta reveladas ou criadas (dominação carismática); b) a de caráter tradicional, que se fundamenta na crença cotidiana na santidade das tradições vigentes desde sempre e na legitimidade daqueles que, em virtude dessas tradições, representam a autoridade (dominação tradicional) (WEBER, 1994, p. 148-158) e, por fim, c) a de caráter racional, baseada na crença na legitimidade das ordens estatuídas e do direito de mando daqueles que, em virtude dessas ordens, estão nomeados para exercer a dominação (dominação legal). WEBER, 1994, p. 142-148) De notar que enquanto nas duas últimas formas acima apontadas, as relações com a autoridade se baseiam em normas prévias, na dominação carismática o vínculo é a simples relação de confiança. (SORIANO, 2012)

Não se pode imaginar que seja possível encontrar estes tipos ideais fundamentando o exercício de poder de forma isolada, estanque. O exercício real do poder se dá com a hegemonia de um tipo ideal, mas sempre acompanhada, em maior ou menor grau, de características dos demais tipos, de forma que ainda que estejamos

em uma época na qual se compreenda majoritariamente que a legitimidade para o exercício do poder deva advir das leis, não se pode jamais esquecer que a própria força desta advém da tradição (no processo de formação mental) ou mesmo do prestígio pessoal daqueles que a apoiam. De toda a forma, mesmo considerando esta imbricação entre os tipos ideais importa-nos especialmente o último tipo de legitimidade acima citada, aquela baseada em uma dominação legal, que é a que tem sido o sustentáculo do poder no mundo ocidental, nos últimos tempos e que está intimamente relacionada a um culto de uma razão que se quer senhora de si mesma. O triunfo de uma racionalização intelectualista se deve à ciência e à técnica, sendo que o exercício do poder legítimo não escapa a esta visão.

Por isso, a legitimidade racional vem a significar que a autoridade dos governantes e de seus atos se impõem em virtude da legalidade ou, mais precisamente, em virtude da crença na “validade” de um estatuto legal e de uma competência positiva baseada em regras racionalmente estabelecidas. (WEBER, 2002, p. 57) Em Weber, a legitimidade de um ato político ou jurídico provém da autoridade que se fundamenta no respeito das obrigações definidas pelos estatutos e pelos regulamentos estabelecidos. Assim, os servidores dos Estados modernos encontram a legitimidade de seus atos nessa obediência à legalidade em vigor, que constitui a legitimidade de uma decisão de um ato jurídico.

Segundo Weber, no tempo da racionalidade moderna, ou seja, a racionalidade formal, (RITZER, 2010, p. 169-170) todo poder está inserido no quadro lógico-formal da regularidade jurídica do Estado. Assim, todo ato jurídico e toda conduta dos cidadãos encontram legitimidade na conformidade à letra das leis e dos códigos, o que pode nos levar a uma neutralidade axiológica da legitimidade formal, tendo em vista que o corpo de regras de direito decorreria da axiomática técnico-relacional na qual se funda a própria norma de direito. (OLIVO, 2003, p. 325-348)

Por esta razão, em Weber, a opção pela forma burocrática (ligada à regra e à ordem) em detrimento de uma forma diletantista de administração (relacionada à desordem e à anarquia) é um imperativo no mundo moderno do Século XX. Embora, reafirme-se, Weber tenha noção que o tipo ideal de uma racionalidade perfeita e pura não seja possível, já que sempre existirá uma defasagem entre a racionalização sistemática e total do direito e a congruência dos comportamentos com a validade normativa de uma ordem jurídica, a verdade é que a seu ver a legitimidade praticamente coincide com a legalidade, (WEBER, 1994, p. 142) com todas as consequências que isso acarreta. (WEBER, 1994, p. 142-143)

Todavia, parece-nos exagerada e superficial a afirmação por muitos feita de que em Weber, a fase racional-moderna da legitimidade jurídica corresponderia exclusivamente à hipertrofia instrumentalista ou operacional do direito. Muito embora, não possamos afastar a premissa de que é a legalidade o critério weberiano da legitimidade (de forma a lhe conferir aparência tecnocrática), como já afirmado anteriormente, a legitimidade

em Weber também reflete o conflito sem fim dos valores, o que nos leva a deduzir que a legitimidade racional não é puramente formal, embora seja esta a dimensão que eminentemente se destaca na sua concepção. (HABERMAS, 2003, p. 96)

A LEGITIMIDADE EM GUGLIELMO FERRERO

Ferrero, juntamente com Weber, estabelece os primeiros sinais de atenção reservados à legitimidade por parte do pensamento político contemporâneo. (BOBBIO, 1967, p. 47) Impressiona-nos no pensamento de Ferrero não somente a atualidade, mas sua capacidade de tratar com clareza um tema tão espinhoso. Seus estudos encontram base na obra *Mémoires* de Talleyrand-Perigord, (TALLEYRAND-PERIGORD) que data do fim do Século XIX, (SORGI, 1983, p. 158) nos quais estariam presentes princípios de legitimidade que levarão a que Ferrero, mais adiante, desenvolvesse sua própria teoria. (FERRERO, 1999, p. 52-70)

Embora Ferrero, em sua obra, faça algumas confusões terminológicas, (SORGI, 1983, p. 161) ficam bem claros os elementos centrais de sua teoria tais como: a) a força deve pôr-se a serviço da autoridade; b) o princípio da legitimidade é o fundamento do direito de comandar e implica aos cidadãos o senso de obrigação política; c) que a alternativa ao governo legítimo é o reino da força bruta, da desordem, da anarquia, a usurpação violenta, a revolução destrutiva que demole inteiras civilizações.

Para Ferrero, a legitimidade se configura como um acordo tácito e implícito entre o poder e seus “sujeitos” sobre certas regras e princípios que fixam as atribuições e os limites do poder, bem como as modalidades de seu exercício. (FERRERO, 2005, p. 310) O poder é legítimo quando, além de ser atribuído, é também exercitado segundo um princípio aceito por aqueles que obedecem (ou, ao menos, pela maioria destes) e respeitado por aqueles que governam (que o exercitam). (FERRERO, 1999, p. 39)

Problema que se coloca, então, é aquele sobre a desigualdade no âmbito do exercício do poder. Ferrero faz referência uma das grandes problemáticas políticas suscitadas em todos os tempos históricos e ainda sem resposta definida, que decorre da premissa de que entre todas as desigualdades humanas, nenhuma tem consequências tão importantes e, por isso, tão necessitadas de justificativas como a desigualdade derivada do poder. (FERRERO, 2005, p. 27) Surge, então, uma antiga pergunta, que se coloca em um papel de centralidade neste contexto: quem tem o direito de comandar de modo que os demais se sintam na obrigação de responder?

Duas possíveis respostas se apresentam, segundo Ferrero: ou têm direito de governar os mais fortes, ou têm direito de governar os mais sábios. Aceitar a primeira resposta aproxima-nos da barbárie, da luta perpétua, da ausência de racionalidade. Já a segunda resposta, que pareceria mais razoável, apresenta a dificuldade prática de reconhecer objetivamente aqueles homens que possuem uma superioridade de inteligência, sabedoria,

moralidade e capacidade de tal ordem que pareça indiscutivelmente meritória a estes o direito de comandar, já que são dignos de serem obedecidos. (FERRERO, 1999, p. 56-58)

Assim, sem definir claramente uma preferência pela democracia ou por uma aristocracia, (FERRERO, 2005, p. 25-27) um regime legítimo é aquele no qual o poder é estabelecido e exercitado segundo regras fixadas há um tempo considerável (o que demonstra o apreço de Ferrero por uma posição políticas mais conservadoras, no sentido não-revolucionário), observadas e aceitas por todos, interpretadas e aplicadas sem hesitação e sem “flutuações” por acordo unânime, segundo a letra e o espírito da lei, reforçados pela tradição. (FERRERO, 2005, p. 208)

Já no que se refere à relação entre legitimidade e legalidade, tantas vezes abordadas neste capítulo, a posição de Ferrero assemelha-se a uma que será mais posteriormente defendida por Bobbio, o que demonstra que sua visão deixará um legado importante em uma das principais vozes da filosofia política italiana do Século XX. O elemento formal de legalidade, em Ferrero, não exaure o conceito de legitimidade, já que esta concede substância a um governo fundamentando sobre a aceitação do povo, que nasce por sentimento, tradição, tempo, por convencimento de direito divino ou enquanto projeção da soberania popular. Essa posição teórica de Ferrero vai conceder material teórico para se buscar um conceito de “consenso” que, afastando-se da abstração e generalidade, possa se situar histórica e culturalmente. (FERRERO, 1988, p. 167)

A LEGITIMIDADE NA LINHA NORMATIVISTA KELSENIANA

Hans Kelsen, ao abordar o problema da legitimidade no contexto de sua visão jurídica (constante na *Teoria pura do direito*), dispensa toda dependência do sistema de elementos extrajurídicos. O Estado é reduzido a um conjunto de normas, sendo a última norma, fonte de validade a todas as demais normas, tese que será duramente atacada por Carl Schmitt, como veremos a seguir. Nesta direção, excluiu de qualquer consideração aspectos de ordem política, moral, econômica ou filosófica. (KELSEN, 2008, p. 1) Assim, em um quadro epistemológico dessa natureza, restou claro que sua perspectiva de análise aponta para uma íntima relação entre legitimidade e legalidade, aproximando-se, neste sentido, da linha weberiana acima abordada.

Quando tratou do que denominou por “dinâmica do direito”, o jurista vienense, partindo da premissa de que qualquer matéria é passível de receber a forma jurídica, acabou por estabelecer que o fundamento de validade das ordens jurídicas residiria, então, no respeito às formas procedimentais estabelecidas para sua criação, nos termos já analisados anteriormente (mais propriamente no Capítulo 2). Assim, o reconhecimento da validade (e juridicidade, por consequência) normativa depende fundamentalmente do respeito formal às regras procedimentais que, por sua vez, dependem da “norma hipotética fundamental” que, extrapolando a constituição (norma positiva fundamental), consiste na “constituição” em um sentido lógico-fundante, fictício, mas não

positivo. A validade de uma norma jurídica (lembrando que há uma relação forte entre o conceito de validade e legitimidade em Kelsen), em determinada ordem de direito, está na afirmação de que tal norma foi criada em conformidade com a norma fundamental, hipótese lógico-transcendental necessária ao estabelecimento do sistema do direito para a epistemologia do direito kelseniana. (KELSEN, 2008, p. 244)

Em Kelsen, o “princípio da legitimidade” não é independente do “princípio da efetividade” (KELSEN, 2008, p. 234), já que para o vienense o governo “efetivo” representaria, para um tempo histórico específico, o “governo legítimo do Estado”. (KELSEN, 2008, p. 242-244) Desta maneira, o “princípio da legitimidade” é o princípio segundo o qual uma norma jurídica só pode ser ditada pelo órgão habilitado para esse efeito por uma norma superior – entendendo-se que o “princípio da efetividade” designa, no tempo, sua estrita limitação. Considerada em sua acepção jurídica (e não política ou ideológica), a ideia de legitimidade não se aplica a normas “eficazes” em sua individualidade, mas a normas produzidas segundo um procedimento constitucional, na medida em que este pertence a uma ordem jurídica total globalmente dotada de eficácia. (BULYGIN, 2007, p. 110). Mais uma vez observa-se a aproximação entre os conceitos de validade e legitimidade na visão formalista kelseniana.

Para Kelsen, seria esse o ensinamento que, em direito interno, se depreende do fato revolucionário. O caráter fundamental de uma revolução consiste em modificar ou substituir a constituição vigente por uma nova constituição, desatendendo as vias prescritas pela constituição afastada. (KELSEN, 2008, p. 234-235) Por via de consequência, o reconhecimento de legitimidade implica que o governo efetivo, que dita normas gerais e normas individuais eficazes com base numa constituição eficaz, representa o governo legítimo do Estado. Parece-nos que Kelsen, nesse ponto, pretende corrigir tanto o erro do idealismo que põe acento no *Sollen*, quanto o do realismo, que se alicerça no *Sein*. Por isso, do ponto de vista da epistemologia jurídica kelseniana, a eficácia de uma norma é condição de sua validade, embora não seja ela própria, em si, a validade, como bem acentuou Kelsen. (KELSEN, 2008, p. 242)

É observável que em Kelsen só se pode extrair legitimidade de uma norma no âmbito da regularidade jurídica. A legitimidade de um governo e a legitimidade de uma decisão jurídica são pensáveis apenas por meio de sua regularidade constitucional; do mesmo modo a legitimidade de um julgamento só é pensável em relação à sua legalidade. (GOYARD-FABRE, 2012, p. 1092) Além disso, nas relações internacionais, os Estados são considerados legítimos quando, numa situação de paz civil, seu aparato jurídico dita leis e obtém a observância dessas leis. Conclui-se que, em todos os níveis da ordem jurídica, será considerado ilegítimo todo e qualquer ato de direito (lei, ato administrativo, decisão judiciária) contrário à regra ou marginal em relação a ela. No normativismo kelseniano, a noção de legitimidade, assim definida logicamente, corresponde ao respeito ao esquema de distribuição da pirâmide jurídica, nos termos do escalonamento proposto.

A LEGITIMIDADE ALÉM DO LOGICISMO LEGALISTA E DO NORMATIVISMO SISTÊMICO

Das veementes críticas dirigidas ao logicismo legalista peculiar à legitimidade racional, principalmente quando voltadas ao normativismo sistêmico de Kelsen, emergem movimentos de reação que procuram arrancar o conceito de legitimidade dos trilhos estritamente legalistas. Recorre-se para tanto a argumentos diferenciados, com graus diversos de persuasão. Contra o legalismo weberiano invocou-se a resistência dos fatos e o recurso aos valores. Ao mesmo tempo, foram (e ainda são) redobrados os ataques contra o pretense “formalismo” kelseniano, acusado de justificar comportamentos reprováveis pela consciência humana. Alega-se que um Estado de Direito caracterizado por uma ordem jurídica coercitiva fundada em um legalismo exacerbado pode tornar-se a máscara dos mais agressivos regimes de opressão.

Embora entendamos que se deva levar em consideração os argumentos que atenuam as críticas dirigidas às visões weberiana e kelseniana acerca da legitimidade, já que a radicalidade crítica esconde pontos bastante positivos das construções teóricas, a verdade é que, diferentemente do que se proporá neste trabalho, os valores, sobretudo os valores políticos, só transversalmente atingem a concepção racional-legalista da legitimidade jurídica nesses autores. Nesta linha, em ambas as formulações deixa-se entrever duas carências de que padece uma avaliação acerca da legitimidade quando nos utilizamos apenas do critério da “regularidade normativa”.

A primeira carência refere-se à mitigação do papel da factualidade empírica, o que certamente se encaixa de forma relativa no contexto de críticas schmittiana, mas de forma ainda mais alargada em Hart, conforme veremos abaixo. A segunda carência diz respeito à desconsideração dos aspectos teleológico e axiológico no âmbito da discussão sobre a legitimidade (devidamente levados em conta em Ferrero e Habermas). Assim como foi defendida uma visão tridimensional do direito, também a legitimidade, segunda a entendemos, não pode prescindir de uma visão de todas as possíveis dimensões que circundam o fenômeno jurídico-político. (GOYARD-FABRE, 2012, p. 1093)

Procuraremos, então, apresentar sinteticamente algumas das principais ideias norteadoras dos autores acima citados, de forma a estabelecer algumas das balizas teóricas pelas quais poderemos trilhar em direção de um dos objetivos imediatos deste trabalho que é o de fundamentar em linhas teóricas que marcaram influência nas formulações jurídico-políticas no decorrer da história do pensamento brasileiro a relação entre validade jurídica e legitimidade em um emergente contexto neoconstitucional (de cariz pós-positivista), que observe todas as possíveis dimensões do fenômeno jurídico.

**CARL SCHMITT, O DECISIONISMO E O ATAQUE AO POSITIVISMO
NORMATIVISTA**

Começemos por Schmitt, um dos mais poderosos “inimigos” da visão legalista-normativista de legitimidade kelseniana. (KERVÉGAN, 2013, p. 125) A justificação do poder estatal é assunto de total relevância na primeira metade do Século XX na Alemanha, estando presente nas literaturas jurídica e política. Schmitt, como um dos mais importantes representantes dessa cultura política germânica do Século XX, propõe a análise de seu conceito de legitimidade com base no chamado “decisionismo”, (SÁ, 2009, p. 205) teorização controversa que lhe deu a fama de ser o principal nome do direito a conceder bases de sustentação jurídica ao regime nazifascista. (BORON, 2006, p. 145-146)

A partir da etiqueta “decisionismo” se estabelece uma nova fórmula de justificação ao poder que não parece querer esconder seu autoritarismo. Para tanto, Schmitt estuda o comportamento das instituições estatais na situação de normalidade e demonstra deficiências do sistema de legalidade, desferindo uma crítica avassaladora tanto ao pensamento liberal, então em crise, como ao positivismo (SCHMITT, 2009, p. 287-288) (em especial ao de tipo lógico-dedutivista, mais precisamente ao normativismo kelseniano). (KERVÉGAN, 2013, p. 110)

Na verdade, em torno à possível extensão do §2º do Art.48 da Constituição de Weimar, acerca da competência da promulgação de decretos ao legislador extraordinário, que era concedida ao Presidente do Reich, estabeleceu-se enorme polêmica, que circunstancia algumas das principais ideias estabelecidas por Schmitt, e que passamos a apresentar de forma bastante sintética. Assim, Schmitt afirma a possibilidade jurídica do poder estabelecer o fundamento último de tudo que possui validade e valor jurídico na vontade, em uma decisão que está em grau de, por ela própria, enquanto decisão, criar direito. (SCHMITT, 2009, p. 261) Nesse sentido, contra a visão normativistas kelseniana, afirma que a força do direito não pode ser derivada da força jurídica de regras precedentes, já que mesmo uma decisão não proveniente de regras precedentes tem o condão de criar direito.

Para Schmitt, um normativismo consequente conduz à absurda hipótese de que a decisão adequada à norma deriva sua força jurídica de outra norma, enquanto a decisão contrária a essa norma deriva a sua força em si própria. (SCHMITT, 2009, p. 261) Já em uma perspectiva decisionista, que defende a fonte de todo o direito, ou seja, de todas as normas e de todos os ordenamentos sucessivos não é o comando normativo precedente (de natureza meramente legal), mas a autoridade ou soberania de uma decisão final, que, por sinal, é apenas instrumentalizada pelo comando normativo. (SCHMITT, 2009, p. 261-262)

Por isso, para Schmitt, o direito é a lei, mas a lei é essa ordem da autoridade que decide sobre as controvérsias entorno ao direito (*auctoritas, non veritas facit legem*). (SCHMITT, 2009, p. 263) Assim, a decisão soberana não pode ser explicada do ponto de vista jurídico, com base a uma norma, ou a partir de um ordenamento concreto. Para o decisionismo é só a decisão que tem o condão de fundamentar, tanto a norma

como o ordenamento. A decisão soberana é o princípio absoluto e o princípio absoluto não é outro que não a decisão soberana. Nesse sentido, Schmitt distingue a decisão política e a norma, desvalorizando esta última, e no limite chega a considerar que uma decisão intrinsecamente soberana, como o estado de exceção, sendo jurídica, impõe-se e chega a poder operar sem vínculo à norma que a prevê. (MORAIS, 2014)

Cabe ressaltar que, segundo Schmitt, o “conceito positivo de constituição” não pode identificar a constituição com o texto constitucional, já que “constituição” em muito difere de um dispositivo técnico ou de um conjunto de medidas organizativas. Trata-se de uma “decisão de conjunto” (*Gesamtentscheidung*) relativa ao tipo e à forma de unidade política. Isto significa que a constituição como um todo descansa sobre a decisão política fundamental do titular do poder constituinte e que deve seguir sendo fiel a ela, identificando-se uma ligação indissociável entre os termos “Constituição” e “Poder Constituinte”. (SCHMITT, 1982, p. 93-103)

Em Schmitt, a relação entre legitimidade e legalidade pode ser resumida da seguinte forma: a legalidade democrática vive de pressupostos que ela própria não é capaz de garantir e que, inclusive, chega a comprometer. Embora, por diversas razões, isso vá leva-lo à justificação do estado de exceção, o que denigre a visão teórica por ele sustentada e cria um abismo entre os conceitos de legitimidade por ele pensados e aquele por nós sustentado (em um Estado Constitucional de Direito), vale a pena ressaltar, por fim um ponto forte na visão schmittiana: o fato de ter sabido reconhecer o caráter indissociável entre o jurídico e o político.

HART E A FORÇA DOS FATOS

Herbert Hart, influenciado pela filosofia analítica de Austin, propôs em *The Concept of Law* uma sociologia descritiva que observa em seus mínimos detalhes a realidade social regida pelo direito. Como é natural deduzir, em um positivismo de base empiricista o peso da experiência e da factualidade são fundamentais na elaboração de um juízo de legitimidade. Em Hart, o direito é, acima de tudo, um fenômeno cultural que não é um fim em si mesmo. Analisando o conteúdo, o modo de formação e o campo de aplicação das regras de direito, constata ele que toda ordem de direito comporta duas espécies de regras. As primeiras, “primárias”, são substanciais, já que ditam condutas e estabelecem obrigações; as segundas, “secundárias”, são instrumentais e habilitadoras, pois conferem poderes, públicos ou privados. (HART, 2011, p. 89-90) Em sua concepção do direito, o importante não é tanto a complementaridade das regras “primárias” e “secundárias”, mas sim a “textura aberta” do sistema do direito, que exige sua adaptação às figuras concretas e móveis da realidade social. (HART, 2011, p. 137)

Em Hart, as condições da legitimidade jurídica não são visualizáveis somente pelo ângulo da regularidade lógico-formal, já que a produção de um ato pelo Poder Legislativo faz parte, como é evidente, dos critérios de reconhecimento de uma regra de direito (HART, 2011, p. 114). Porém, estes critérios também podem aceitar,

como é natural em um sistema de *common law*; uma prática consuetudinária, um precedente jurisdicional, ou até mesmo um texto doutrinário constitutivo de autoridade. No que diz respeito à questão da validade de uma regra de direito, se é verdade que a mesma só produz sentido dentro de dado sistema jurídico, sob a tensão de uma realidade específica (posição, inclusive, que temos defendido no âmbito deste trabalho), há de se buscar, então, as referências “reais”, ou seja, no âmbito empírico, já que as regras de um sistema jurídico, na qualidade de modelos de comportamento, devem orientar a prática dos sujeitos de direito. (BENÍTEZ, 2006, p. 171)

Para emitir um juízo de legitimidade no âmbito jurídico, é preciso, então, levar em consideração a eficácia prática do sistema. Essa eficácia decorre de um “juízo externo de fato” e se insere em uma perspectiva pragmatista e até mesmo utilitarista (o que vai, como se sabe, em direção à tradição anglo-saxã). Por esta razão, segundo Hart, os critérios da legitimidade jurídica, em última análise, devem ser postos em termos empirista-factualista, cuja tônica recai nas necessidades buscadas pela regra e nos fins materiais a que visa, em clara concessão ao pragmatismo. (GOYARD-FABRE, 2012, p. 1094)

Hart não pretende minimizar a importância da constitucionalidade das leis ou do controle de constitucionalidade das regras em uma ordem de direito. Mas, ao se distinguir expressamente de Kelsen, não considera a “norma fundamental” como pressuposta, de natureza meramente lógica, pois constata que, em dado Estado, existe uma constituição, posta, positiva, que deve ser respeitada. Assim, para Hart, se há em toda norma um componente geral e abstrato ligado à forma lógica do direito, não há como desconsiderar, por outro lado, um componente particular e concreto ligado a seu conteúdo real. Em vista disso, volta-se à questão das relações que o direito mantém com a política e a moral. Portanto, se o filósofo que se interroga sobre a legitimidade jurídica não pode desprezar a relação entre um ato de direito e a experiência concreta na qual ele se aplica, não pode fugir, igualmente, ao exame da relação que todo ato de direito possui com os ideais e os valores, nem que para tanto seja considerado um conteúdo moral mínimo. A “neutralidade axiológica”, no caso, é impossível. A legitimidade jurídica é irreduzível ao desencadeamento de uma mecânica lógica, muda e sem juízo de valor.

A LEGITIMIDADE SEGUNDO A VISÃO BOBBIANA

Em Bobbio, em um enfoque de dimensão política é possível compreender a legitimidade como sendo um possível atributo do Estado, que consistiria na presença, em uma parcela significativa da população, de um grau de consenso capaz de assegurar a obediência da norma sem que para isso seja necessário recorrer ao uso da força, (BOBBIO, 1995, p. 77) a não ser em casos esporádicos. (BOBBIO, 2004, p. 675) Busca-se superar a mera obediência, transformando-a em adesão, que faz da crença na legitimidade o elemento integrador nas relações de poder no âmbito do Estado. (LEVI, 2004, p. 675)

Outro ponto de grande importância na análise bobbianas refere-se à impossibilidade da neutralidade

axiológica no juízo de legitimidade. Norberto Bobbio, parece assumir a posição de que o apego à forma não pode ser o fundamento exclusivo da legitimidade jurídica. Embora, como já afirmado de forma reiterada neste trabalho, Bobbio se inclua nas fileiras positivistas, entende ser de primordial importância desmitificar os procedimentos logicista-legalistas (até mesmo porque não está nas fileiras normativistas), revelando o valor de justiça que dá sustentação ao direito.

O pensador italiano percebe que o problema da legitimidade é um problema de justificação do poder e retira da tradição seis critérios de legitimidade: o princípio teocrático, o apelo à natureza como força originária, a tradição, o princípio democrático do consenso, o apelo à natureza ideal e o progresso histórico. (BOBBIO, 1995, p. 81-82) Para Bobbio, essas linhas de justificação servem para rebelar-se contra as normas impostas por um governo despótico, contra uma potência colonial ou imperialista, contra um sistema econômico ou político considerado injusto ou opressivo.

Bobbio também faz velada crítica a posições positivistas que tentam aproximar o conceito de legitimidade ao de efetividade. Enquanto as teorias precedentes ao positivismo defendiam formas de sustentação ética para o exercício do poder, algumas visões positivistas (Kelsen, à frente, como um dos mais autorizados defensores da tese) entenderam que só o poder efetivo era legítimo, invertendo a visão até então presente de que a efetividade é que dependia da legitimidade. Sob esta perspectiva, a legitimidade é um puro e simples estado de fato. (BOBBIO, 1995, p. 82)

A LEGITIMIDADE EM HABERMAS E O PAPEL MEDIADOR DO DIREITO

O pensamento habermasiano, é um dos pontos fulcrais para nosso estudo acerca da legitimidade, por ser uma das principais vias de análise do tema na contemporaneidade, principalmente a partir de sua compreensão acerca da democracia. Isso não quer significar que assumamos todas as suas teorias ou a assumamos em toda sua extensão, mas é inegável que algumas dessas concepções ajudam a avançar largamente, não apenas na definição de legitimidade por nós assumida, mas na relação privilegiada que o conceito mantém com o direito na visão aprofundada que Habermas imprime.

A partir da década de 1980, Habermas passa a defender suas posições com base em uma teoria de fundo por ele mesmo desenvolvida, a chamada teoria do agir comunicativo. Segundo o autor, por esta linha um ordenamento é legítimo até que os destinatários das normas deixem de cumpri-lo, aderindo a um outro ordenamento alternativo. Só neste caso estaríamos diante da possibilidade de afastamento do ordenamento ilegítimo. Ela, ao contrário da figura clássica da razão prática não é uma fonte de normas do agir, (HABERMAS, 2003, p. 17) e não está adstrita a nenhum ator singular ou mesmo algum macrossujeito sócio-político. A teoria do agir comunicativo se sustenta em um *telos* linguístico do entendimento, que procura encontrar

concomitantemente as condições possibilitadoras e as condições limitadoras que regem o debate entre sujeitos que buscam o entendimento consensual. (HABERMAS, 2003, p. 20)

No campo da prática retoma o tema clássico da unidade da razão prática, a partir da Teoria do Discurso, (HABERMAS, 2003, p. 159) evitando uma antinomia entre uma visão absolutista (afastando-se de fundacionismos metafísicos) e uma visão relativista (configurada em historicismo exacerbado). Assim, a sua teoria discursiva se articula entre os princípios universais de justiça e as concepções particulares de bem, a partir de uma discursividade racional. O objetivo principal neste sentido é conjugar a liberdade dos antigos com a liberdade dos modernos (CONSTANT, 1986, p. 265-291) (autonomias pública e privada), de modo a assegurar o vínculo interno entre soberania popular e direitos humanos, mas também proporcionar uma justificação do Estado de direito democrático no qual direitos humanos e soberania popular desempenham papéis (necessariamente) complementares. (ARAÚJO, 2003, p. 228-229)

Habermas, ao interligar diversas áreas do conhecimento pelas vias filosófica e sociológica, invade a esfera da análise jurídica, principalmente a partir das relações que estas mantêm com campos da política e da moral. (HABERMAS, 2003, p. 20) Sendo hoje considerado um dos mais influentes pensadores para o desenvolvimento de teorias jurídico-políticas da atualidade, seu pensamento estabelece especial relevo no universo de discussão jurídico-constitucional (inclusive de forma acentuada no contexto brasileiro), principalmente a partir de sua obra denominada “Direito e Democracia: entre facticidade e validade”. (HABERMAS, 2003)

Embora não sendo o único, este é o trabalho “jurídico-político” mais importante de Habermas e uma de suas obras mais influentes, (PINZANI, 2009, p. 139) sendo relevante para nossos propósitos, desde logo, levantar, a partir do próprio título da obra, alguns dos objetivos do filósofo. O que poderia desde logo auxiliar na transmissão de clareza quando se referencia “facticidade e validade”, não atinge esse objetivo em razão de um motivo tantas vezes apontado neste trabalho: no mundo linguístico, um único significante pode, por vezes, gerar uma grande diversidade de significados. No caso específico, a dificuldade acentua-se em razão da própria pretensão de Habermas, que parece querer estabelecer um conceito para validade que vá além dos limites impostos pela tradição weberiana e mais ainda do que aquele pensado por Kelsen.

Dentro da linha de entendimento até aqui exposta, principalmente nos Capítulos 3 e 4, as expressões usadas por Habermas poderiam sugerir uma relação entre a validade como juridicidade e a facticidade como eficácia social. Não é o caso, pois seria uma simplificação que pode nos levar a equívocos insuperáveis. No desenvolvimento da obra em comento, Habermas vai nos indicando que o seu enfrentamento é em busca da relação entre a eficácia social da norma jurídica (em âmbito da validade como juridicidade estrita) (MOREIRA, 2002, p. 121-122) e um tipo de validade que se pretende legítima, não porque seja meramente legal, mas porque exige, para sua identificação como válida, outras qualidades.

Melhor elucidando: o campo da facticidade em Habermas é o plano do mundo concreto, dos fatos, das coisas como elas são, cuja dimensão do êxito é observada e buscada no real. Nela, os sujeitos agem estrategicamente (razão de tipo estratégica, identificada mais frequentemente com o positivismo), (DREIER, 2003, p. 51) mas que é cego para questões de certo/errado (daí considerarmos que só podemos coadunar esta perspectiva com o que chamamos nos capítulos anteriores de validade se entendermos o conceito sob uma ótica positivista). No mundo da facticidade, a percepção do sujeito é a de que o direito é um ato de poder, que deve ser obedecido sob pena de aplicação de uma sanção. (HABERMAS, 2003, p. 45)

Por outro lado, no âmbito da validade (aqui ainda sob a orientação terminológica habermasiana), estamos no plano ideal, das normas que se reconhecem como importantes, dos valores que justificam escolhas, das utopias que se reconhecem como inspiradoras e que justificam as instituições existentes. Este tipo de validade pressupõe o que estamos chamando neste trabalho de legitimidade. Ou seja, nossa percepção é a de que Habermas tentou analisar o direito como um meio de integração social que não se satisfaz com a mera conformidade entre a conduta dos destinatários da norma e os dispositivos legais impostos pelo Estado. Para além disso, essa conduta deve se dar em conformidade com uma adesão interna à norma (e, naturalmente, ao seu conteúdo). Como isso pode ocorrer, veremos mais adiante.

Assim, são características de normas jurídicas bem-sucedidas no campo da facticidade, aquelas que geram obediência por interesse do agente, que age de forma calculada (a partir do uso de uma razão calculadora, pragmática), mas não necessariamente por aderência interna, psicológica, ao comando normativo. Já no âmbito da validade (legitimidade), as normas bem-sucedidas são aquelas que em razão da correção de seu conteúdo conseguem mais que a mera obediência, mas também a adesão interna daqueles a quem se dirigem as normas. Feito esse breve esclarecimento, passamos a estabelecer algumas das premissas habermasianas no seu propósito de estabelecer a relação entre direito e legitimidade.

A FORMA E FUNÇÃO DO DIREITO MODERNO: O DIREITO COMO MECANISMO DE INTEGRAÇÃO SOCIAL

Antes de adentrarmos mais propriamente na questão referente à legitimidade, parece-nos importante realçar uma questão já superficialmente posta acima, mas que é de grande relevância neste contexto. Trata-se da função do direito como mecanismo de integração social. Segundo Habermas, é o direito o único meio integrador que resta a uma sociedade marcada por uma plural concepção de bens, na linha dos ensinamentos rawlsianos.

Neste sentido, ainda segundo Habermas, nestas circunstâncias de pluralidade exacerbada, a integração social não pode ser gerada pela economia (como costumam afirmar os economistas e os propagandistas da globalização), pela religião (principalmente em países que adotam a liberdade religiosa), pelas administrações

(organizadas em torno de uma grande e complexa burocracia), pela política (categoria normal para o entendimento na esfera pública) ou pela comunicação face a face ou pelo compartilhamento de valores (como entenderiam os comunitaristas). Nas circunstâncias das sociedades contemporâneas a integração social só pode ser gerada pelo direito e sua forma jurídica, pois é ele compreendido como um complemento funcional da moralidade pós-tradicional, compensando vários de seus déficits, tais como a indeterminação cognitiva e a incerteza motivacional. (ARAÚJO, 2003, p. 231)

São motivos apontados por Habermas para que a forma jurídica seja indigitada como aquela capaz de integrar as sociedades modernas pluralizadas, diferenciadas e complexas, pelo menos quatro motivos:

1. O direito, em sociedades como as nossas, proporciona a garantia de igual distribuição de direitos subjetivos entre todos, o que corresponde a uma estrutura de tomada de decisão descentralizada;
2. O direito é promulgado por um agente legiferante político, mas é implementado por uma autoridade administrativa com poderes para obrigar o cumprimento da norma;
3. A obrigatoriedade do cumprimento da norma jurídica (imperatividade), a partir da ameaça de sanção, em razão da legalidade do comportamento exigido, como decorrência natural das sociedades modernas em que as normas jurídicas não estão mais submetidas a uma moralidade dominante, que seja compartilhada pelo conjunto da população;
4. O direito traz uma espécie de estabilização das expectativas normativas dos membros de uma comunidade política (segurança jurídica), em que os cidadãos aceitam as normas jurídicas a eles endereçadas, desde que consideradas como legítimas.

O que Habermas pretende afirmar é que os cidadãos não estão mais dispostos a seguir mandamentos que não estejam fundamentados em “boas razões”, ou seja, em normas legítimas. (HABERMAS, 2003, p. 165-) O problema, como se vê, é como é possível o poder político encontrar “boas razões” (transformáveis em normas jurídicas) que satisfaçam um grupo social que, embora largamente dividido em concepções de vida (morais, filosóficas e religiosas) tão diversas, sintam comprometidos com as mesmas. É o que autor alemão tenta solucionar através da legitimidade, como atributo da validade.

A LEGITIMIDADE EM HABERMAS

Enquanto o Positivismo, como foi visto, tentou descobrir a legitimidade pela legalidade, o Jusnaturalismo defendeu a tese de que a legalidade é uma decorrência natural da legitimidade. Para Habermas, embora ambas as posições sejam insuficientes, são, porém, complementares. Essa percepção levou o intelectual alemão a concluir que a legitimidade do Direito não deve nem ser assimilada por aquilo que alguns chamariam de moral social (no sentido de um conjunto de valores tidos como hegemônicos em uma dada sociedade e, portanto, mais

correlacionado, na linguagem habermasiana com o que o mesmo denomina por eticidade), (HABERMAS, 2003, p. 131) mas tampouco deve ser o direito completamente separado da moral. (HABERMAS, 2003, p. 131)

A razão disso é que o direito positivo é um complemento funcional de uma moral pós-tradicional que, por definição, é uma moral fraca, típica das sociedades pluriculturais. Por isso, enquanto tiver o Direito de responder à pretensão de legitimidade, não perde seu valor moral (universal), tendo em vista que não basta que a norma seja somente cumprida (com o que se satisfaria uma linha positivista mais radical), necessitando que, além do mero cumprimento, o propósito de sua presença e permanência no sistema jurídico seja justificável, o que implica na busca pela correção do enunciado normativo. Como se pode observar, a questão central da legitimidade em Habermas é abordada por meio da racionalidade jurídica (no âmbito da teoria discursiva), assegurada pelo vínculo estabelecido entre a autonomia privada e a autonomia pública de cidadãos integrados socialmente através do agir comunicativo. (ARAÚJO, 2003, p. 232)

Assim, para poder exercer plenamente sua função sócio integrativa, o direito tem de ser legítimo, visto que um direito ilegítimo não consegue se impor, a não ser por um tempo, com o uso abusivo e desproporcional da força (ilegítima). Como ponto inicial e, certamente, central da discussão acerca da validade/legitimidade na perspectiva habermasiana, informamos que o tema é examinado, obrigatoriamente, pelas razões que externaremos abaixo, sob duplo olhar, ou seja, sob a perspectiva da soberania popular e sob a perspectiva de direitos humanos (ou direitos fundamentais, como parece preferir Habermas).

No que se refere à legitimidade em termos de soberania popular, a mesma é obtida por meio de um procedimento democrático, decorrente dos direitos à comunicação e participação que garantem a autonomia pública aos cidadãos. (GIANCOMANTONIO, 2010, p. 35) Em um arranjo comunicativo, como participantes de discursos racionais, os parceiros de direito devem examinar se uma norma controvertida encontra, ou poderia encontrar, o assentimento de todos os possíveis atingidos. (HABERMAS, 2003, p. 138) O direito só é legítimo quando seus destinatários são, ao mesmo tempo, seus autores. Ou seja, a teoria do discurso que fundamenta a legitimidade em Habermas se baseia na intuição, já percebida em Rousseau, de que o reconhecimento dos indivíduos como pessoas responsáveis consiste em tomá-las seriamente como agentes que podem e devem ter voz na validação de normas e leis as quais eles próprios estão sujeitos. (ARAÚJO, 2003, p. 234)

Todavia, no âmbito do desenvolvimento da temática, alguns importantes interlocutores no espaço teórico da discussão contemporânea da democracia deliberativa vêm avançando com proposições ainda mais agudas. Ao encontro de Habermas, Joshua Cohen entende ser possível coletar resultados legítimos em sociedades complexas como a nossa na medida em os cidadãos que estão sujeitos à decisão em questão produzem assentimentos devidamente refletidos por intermédio da participação, no âmbito de uma deliberação autêntica. (COHEN, 1989, p. 17-34)

É bem verdade que, na esteira do que muitos importantes estudiosos já constataram, não parece ser possível vislumbrar participação ampla nas configurações de Estados-nação contemporâneos (DAHL, 1970), o que acaba por reforçar uma concepção um tanto quanto pessimista para aqueles que acreditam em uma democracia participativa em sentido estrito, que é aquela afirma não ser a deliberação uma atividade para o *demos* (WALZER, 1999, p.68).

Por isso, inobstante ainda poderem ser consideradas as eleições um canal de enorme influência na esfera pública, já vai se revelando normal a um considerável número de influentes estudiosos da democracia considerar o fato de haver muitas vias não eleitorais e não sufragistas de influência que contornam a crítica das escolhas sociais. (DRYZEK, 2004, p.50) Nesse sentido, a legitimidade do discurso presente na esfera pública também depende de sua submissão ao controle refletido de atores competentes, dotados de um arsenal teórico-intelectual capaz de identificar discursos populares ideológicos dotados de falsas necessidades, e que buscam simplesmente a manipulação na arena pública (DRYZEK, 2004, p.55).

Para esses, o controle dos discursos de forma refletida pode ser o maior adversário, ou mesmo o pior inimigo. Não parece trazer maiores discussões o fato de que nas sociedades democráticas contemporâneas as universidades constituem uma das principais arenas (se não, a principal) a sediar a disputa entre os diversos discursos que, construídos no seio social, rivalizam entre si buscando o tão desejado juízo de legitimidade.

Assim, não há como desconectar o fato de que a política de debilitação dos naturais *habitats* do pensamento crítico e reflexivo utilizada pelo atual governo do Estado do Rio de Janeiro (o denominado “governo Pezão”), não se revele exatamente fruto da crise econômica (criada por uma gestão desastrosa cujo nível de corrupção atingiu padrões sem precedentes). É, também, decorrência previsível da completa incapacidade de um governo que, sem nenhuma competência para persuadir qualquer segmento social pela via discursiva, busca, convenientemente, inviabilizar as vozes críticas, atacando o *locus* de suas produções.

De qualquer forma, mesmo que as deliberações estendidas se mostrem inviáveis nas sociedades contemporâneas, acreditamos que um juízo de legitimidade somente está apto a ser aferido quando a deliberação sofre um controle difuso, competente e qualificado. Embora, reitere-se, não se queira mitigar a importância dos processos eletivos, a verdade é que os mesmos, tomados isoladamente, cada vez mais se revelam débeis no propósito de trazer à tona facetas reais de uma democracia deliberativa. Na prática é o resultado dos discursos submetidos ao supramencionado controle, que, juridicizados, concedem autoridade ao Estado de Direito para agir e ter suas ações reconhecidas na esfera pública pelos cidadãos/ destinatários.

O problema se torna evidente quando o discurso estatal não apenas deixa de reproduzir as demandas dos grupos sociais mais significativos, mas cria, concomitantemente, mecanismos que abafam os seus discursos. Nestas circunstâncias, entendemos que ao problema na inércia e ineficácia se junta um outro ainda muito mais

grave: o de “atuar” em direção contrária aos mais caros valores do |Estado Democrático de Direito. É o que o atual governo do Estado do Rio de Janeiro segue fazendo, com a contínua política de desmantelamento da Universidade do estado do Rio de Janeiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS - A LEGITIMIDADE COMO JUSTIFICAÇÃO DO PODER

Terminamos este texto com poucas certezas, mas algumas convicções. Pelo que foi exposto acima, nos diferentes modos de percepção do conceito, uma das posições que parece ser encampada por todos os autores citados é aquela que assevera que a questão de fundo da legitimidade é a da justificação do poder. É tanto mais legítimo o exercício do poder pelo Estado quanto menos necessita ele se utilizar da força estatal para a consecução dos objetivos por ele delineados. Ou seja, a legitimidade de um sistema e suas normas é inversamente proporcional à necessidade do uso coercitivo da norma secundária (no sentido hartiano da expressão). Portanto, se o governo somente consegue governar e legislar por intermédio de força policial ou de estratégias jurídicas que postergam a sua deposição, parece claro que a legitimidade recebida pela via eleitoral vai se dissipando de forma categórica, não só inviabilizando a condução do poder, mas deixando claro que, sob a perspectiva teórica, a democracia não pode se resumir a uma mera aferição de quem obteve maior número de votos.

Outro problema suscitado refere-se ao fato de que, embora o cumprimento da norma seja uma exigência natural de um sistema que se pretende eficaz, essa “obediência” pelos destinatários, por si só, não caracteriza um sistema legítimo. Pelo contrário, se os mandatários do poder desconhecem ou subvertem as normas eles estão colocando em risco a própria sociedade. O mero temor da sanção pode surtir efeitos imediatos, mas tende a ser uma solução temporária e paliativa. Mas o que fazer quando a sanção (violência estatal) torna-se o único meio para se obter a conduta almejada? Ou ainda pior, o que fazer se nem mesmo o temor da sanção é capaz de gerar o necessário respeito à lei?

É necessário, como diriam os diferentes pensadores citados, um liame psicológico que ligue a norma e seu destinatário, de forma a necessitar mais que uma mera aderência externa por temor à sanção, uma motivação interna para o cumprimento das regras sistêmicas ou o uso do poder da violência simbólica, pois quanto mais se utiliza da força simbólica, menos se usa da força concreta. (BORDIEU, 1970, p. 18) Mas se os governantes que deveriam nos fazer obedecer às normas são os primeiros a burlá-la e seus crimes são historicamente mantidos sob o véu da impunidade, como conferir legitimidade a tais governantes?

Diante de tudo o que foi citado acima nos mostra que legitimidade carece da crença da sociedade na solidez das instituições, mas na medida em que o governante se mostra inapto, incompetente ou leviano a legitimação social deixa de existir e o pacto se rompe. Se o que confere a legitimidade é o sentido de justiça ou de racionalidade (pela via discursiva), o Estado e seus representantes passam a ser dotados de um poder reconhecido

pela população, que obedece sem a necessidade do uso da força, na medida em que o consenso legitima o exercício do poder, realinhando as forças políticas. O problema que vem a tona neste caso ocorre quando o governante não mais consegue sustentar perante os destinatários das normas a crença em seu discurso, cujo teor é repudiado no espaço público.

Em qualquer Estado Democrático de Direito há de se considerar desprovido de legitimidade quando os governantes subvertem as normas, ultrapassam os limites das leis, ignoram as decisões das instâncias superiores da justiça e alteram a legislação de modo a criarem mecanismos legais de sobrevivência política. Porém, o que dizer de um governo quando o mesmo ataca de forma inexorável a Instituição que se constitui em uma das principais arenas de disputa democrática entre os diversos discursos que, construídos no âmbito da sociedade, fundamentam os consensos possíveis e a legitimidade do exercício do poder?

Por fim, retornando à questão que motivou este ensaio, ou seja, se seria possível, no âmbito da configuração constitucional do Estado Democrático de Direito, que um governo que coloca em xeque a existência da principal instituição de produção de conhecimento do Estado (no caso, a Universidade do Estado do Rio de Janeiro), inegável *locus* de construção de uma forma crítica e reflexiva de pensar, e ainda assim, manter as condições de legitimidade para exercer o poder, a resposta é não.

Por todos os motivos acima apresentados e tendo por referência qualquer posição teórica que tome por pressuposto uma visão democrática, revela-se insustentável defender a manutenção das condições de legitimidade do atual governo do Estado do Rio de Janeiro. Não se limitando aos desatinos éticos e à gestão temerária, supera-se em seu cinismo, destruindo, não apenas o patrimônio material do Estado pelo qual deveria zelar, ou ainda o enorme patrimônio intelectual que tanto contribuiu para a formação de inúmeras gerações de estudantes, mas, principalmente, ataca a própria democracia quando torna inviável a existência de um espaço público que se notabiliza pela luta a favor de políticas públicas justas e eficientes, bem como contra governos inoperantes e inconsequentes.

DISCUSSING THE CONCEPT OF LEGITIMACY IN THE CURRENT CONTEXT

Abstract

In this text, we will try to establish a revision of the concept of "legitimacy" in the philosophical-political literature by relating it to the *modus procedendi* of the current government of the State of Rio de Janeiro, in the face of the political and economic crisis, specifically in relation to the State University of Rio de Janeiro - UERJ. It is that the degree of radicalism reached by the aforementioned crisis is putting at risk the future of the University, and with it, consequently, one of the richest habitats of intellectual production of the State. The prospect of evasion of highly qualified staff, who begin to consider the possibility of insertion in different national and international institutions is increasingly real. Therefore, it is not possible to disregard the fact that the fragmentation of UERJ in the medium

and long term brings to the fore the discussion about the legitimacy of a government that, surrounded by innumerable reports of corruption (which keeps it distant from a considered republican form) and poor public management, disrespects and destroys the institution's history, assets (material and intangible). In this context, the guiding question is: is it possible, within the constitutional configuration of the Democratic State of Law, for a government to question the existence of the state's main knowledge production institution, a natural locus for construction In a critical and reflexive way of thinking, and yet maintain the conditions of legitimacy to exercise power?

Keywords: Law; Legitimacy; Legitimation; University; Crisis

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Luiz Bernardo Leite. Moral, direito e política: sobre a teoria do discurso de Habermas. *In.*: OLIVEIRA, Manfredo; AGUIAR, Odilio Alves; SAHAD, Luiz Felipe N. A. S. (Orgs.). **Filosofia política contemporânea**. Petrópolis: Vozes, 2003.

BENDIX, Reinhard. **Max Weber: an intellectual Portrait**. Berkeley: University of California Press, 1978.

BENÍTEZ, Francisco Carpintero. **Regla de reconocimiento o contexto de reconocimiento?**. *In.*: RAMOS PASCUA, J. A.; ÁNGEL, Miguel. (Eds.). **El positivismo jurídico a examen: estudios en homenaje a José Delgado Pinto**. Salamanca: Ediciones Universidad Salamanca, 2006, p. 171.

BOBBIO, Norberto. Sur le principe de légitimité. **Annales de Philosophie Politique**, n. 7. Paris: Presses Universitaires de France, 1967.

_____. **Stato, governo, società**. Frammenti di un dizionario politico. 2ª ed. Turim: Einaudi, 1995.

_____. Legalidade. *In.*: BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. (Orgs.). **Dicionário de política**. 12 ed. Brasília: Editora UNB, 2004.

BORDIEU, Pierre; PASSERON, Jean-Claude. **La reproduction**. Paris: Minuit, 1970.

BORON, Atilio A.; GOZÁLEZ, Sabrina. **Resgatar o inimigo? Carl Schmitt e os debates contemporâneos da teoria do estado e da democracia**. *In.*: BORON, Atilio A. (Org.). **Filosofia política contemporânea: controvérsias sobre a civilização, império e cidadania**. São Paulo: Departamento de Ciência Política Universidade de São Paulo, 2006.

BULYGIN, Eugenio. **Il positivismo giuridico**. Milão: Giuffrè, 2007.

CONSTANT, Benjamin. De la liberté des anciens comparée à celle des modernes. *In.*: **De l'esprit de conquête et l'usurpation**. Paris: Flammarion, 1986.

COHEN, Joshua. **Deliberation and Democratic Legitimacy**. *In.*: HAMLIN, Alan; PETTIT, Philip. (Eds.) **The Good Polity; normative analysis of the State**. Oxford: Basil Blackwell, 1989.

CORTELAZZO, Manlio; ZOLLI, Paolo. **Dizionario etimologico della lingua italiana**. 2 ed. Bologna: Zanichelli, 1999.

DAHL, Robert. **After the Revolution?** New Haven: CT Yale University Press, 1970.

DINIZ, Antonio Carlos. Legitimidade. *In.*: BARRETO, Vicente de Paulo. (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DRYSEK, John. **Legitimidade na democracia deliberativa**. *In.*: COELHO, Vera Shattan P.; NOBRE, Marcos (Orgs.) **Participação e deliberação. Teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo**. São Paulo: Editora 34, 2004.

FERRERO, Guglielmo. **La rovina della civiltà antica**. Milão: SugarCo, 1988.

_____. **Ricostruzione: talleyrand a Vienna (1814-1815)**. Milano: Corbaccio, 1999.

_____. **Potere**. Lungro: Marco, 2005.

FOUBET, Fabrice. A verdade; o irracional; o sentido; a sabedoria. *In.*: Instituto Piaget. **As grandes noções da filosofia**. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

GIANCOMANTONIO, Francesco. **Introduzione al pensiero politico di Habermas**. II dialogo dela ragione dialogante. Milão: Mimesis, 2010.

GOYARD-FABRE, Simone. Legitimidade. *In.*: ALLAND, Denis; RIALS, Stéphane. (Orgs.). **Dicionário da cultura jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. v. I. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 6 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Almedina: Coimbra, 2008.

_____. A inevitabilidade de uma construção monista. *In.*: KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Almedina: Coimbra, 2008.

_____. Concepção do direito e concepção do mundo. *In.*: KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Almedina: Coimbra, 2008.

_____. Dinâmica jurídica. *In.*: KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Almedina: Coimbra, 2008.

_____. Direito e natureza. *In.*: KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Almedina: Coimbra, 2008.

KERVÉGAN, Jean-Francois. **¿Que hacemos com Carl Schmitt?**. Madri: Escolar y Mayo, 2013.

LAGARDE, Alain. O estado; o poder; a violência; a sociedade. *In.*: Instituto Piaget. **As grandes noções da filosofia**. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

LEVI, Lucio. Legitimidade. *In.*: BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G (Orgs.). **Dicionário de política**. 12 ed. Brasília: Editora UNB, 2004.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Decisão, decisores e decisionismo**. Disponível em <http://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/icjp_ebook_carlschmittrevisitado.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2014.

MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do direito em Habermas**. 2 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

OLIVO, Luís Carlos Concellier de. Elementos da teoria política em Max Weber. *In.*: WOLKMER, Antônio Carlos. (Orgs.). **Introdução à história do pensamento político**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

OTERO, Paulo: Editorial. *In.*: **Direito & Política: Law & Politics**. n. 1, Loures: Paulo Nogueira, out./dez. 2012a.
_____. A dimensão política da administração pública: a quebra do mito da separação de poderes entre política e administração. *In.*: SOUSA, Marcelo Rebelo de; QUADRO, Fausto de; PINTO, Eduardo Vera-Cruz. (Coords.). **Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda**. Direito administrativo e justiça administrativa. v. IV. Coimbra: Coimbra, 2012b.

PINZANI, Alessandro. **Habermas**. Porto Alegre: Artmed, 2009.

RITZER, George. Racionalização. *In.*: SCOTT, John. (Org.). **Sociologia: conceitos-chave**. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

SÁ, Alexandre Franco de. **O poder pelo poder: ficção e ordem no combate de Carl Schmitt em torno do poder**. Lisboa: Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa, 2009.

SAUQUILLO, Julián. El significado de “la ciencia libre de valores”. *In.*: RAMOS PASCUA, J. A.; RODILLA GONZÁLEZ, M. Á. (Eds.) **El positivismo jurídico a examen: estudios en homenaje a José Delgado Pinto**. Salamanca: Ediciones Universidad Salamanca, 2006.

SCHMITT, Carl. I tre tipi di pensiero giuridico. *In.*: MIGLIO, Gianfranco. (Org.). **Le categorie del “politico”**. Bolonha: Il Mulino, 2009.

_____. Il problema della legalità. *In.*: MIGLIO, Gianfranco. (Org.). **Le categorie del “politico”**. Bolonha: Il Mulino, 2009.

_____. **Teoría de la constitución**. Madrid: Alianza, 1982.

SORGI, Giuseppe. **Potere tra paura e legittimità**. Milão: Giuffrè, 1983.

SORIANO, Ramón. **Sociologia del derecho**. 4 ed. Barcelona: Ariel, 2012.

TALLEYRAND-PERIGORD, Charles-Maurice de. **Mémoires**. Disponível em: <<http://www.gutenberg.org/ebooks/28427>>. Acesso em: 21 set. 2013.

WALZER, Michel. **Deliberation and what else?** *In.*: MACEDO, Stephen. (Ed.) **Deliberative Politics: Essays on Democracy and Disagreement**. New York: Oxford University Press, 1999.

WEBER, Max. **Conceitos básicos de sociologia**. São Paulo: Centauro, 2002.

_____. **Economia e sociedade**. v. I. 3 ed. Brasília: Editora UNB, 1994.

_____. La política como vocación. *In.*: WEBER, Max. **El político y el científico**. Madri: Alianza, 1981.

Trabalho enviado em 10 de abril de 2017.

Aceito em 09 de setembro de 2017.