

CrossRef DOI of original article:

1 Scan to know paper details and author's profile

2

3 Received: 1 January 1970 Accepted: 1 January 1970 Published: 1 January 1970

4

5 Abstract

6

7 **Index terms—**
8 are analyzed, with the intention of delineating the understanding of the fact that generates the legitimacy
9 of Law. With the Kelsenian scientific positivism demonstrated by the Pure Theory of Law, we analyze the
10 legitimacy that, for the author, is translated into the elaboration of a legal system backed by the static and
11 dynamic principle, being the right legitimized by being under the sieve of a fundamental norm (Grundnorm).
12 Subsequently, the analytical study is subsidized in the Habermas Theory of Communicative Action, by which it
13 moves away from the scientific technicism, approaching the moral and the communication as a way of arriving at
14 the consensus, in which, according to the author, the legitimacy of the legal system. As for the methodological
15 approach, priority was given to qualitative research and, as a procedural technique, bibliographical research. The
16 analysis of secondary data was carried out in a descriptive way. Finally, it can be concluded that the scientific-
17 theoretical theoretical framework of Kelsens pure theory can generate legitimacy for dictatorial and undemocratic
18 governmental regimes, simply because the order is statically based under a fundamental norm (as in the case of
19 the german national-socialist regime, that, after defeat in World War II, used Kelsens theory as a defense during
20 the Nuremberg Trial. Habermas takes a different approach, he understands that the legitimization of the norm does
21 not come by pure and simple adaptation to another hierarchically superior norm, but it is through the practice
22 of communicative action, where the interlocutors arrive democratically to a consensus, being thus, coauthors of
23 the standard to which they are submitting. Habermas conceives the complexity of society and understands that
24 law would be the tool for maintaining social order. However, law is established through competent bodies to
25 do so, in this point, the need for politics is brought, which must be based on fundamental principles capable
26 of perpetuating the possibility of discourse and communicative action, so that Thus establishing legitimacy. In
27 this way, Habermas sees the importance of the structural conception of the law that Kelsen exposes in the
28 static principle, making that conception become primordial even for the maintenance of the legitimacy based on
29 communicative action.

30 1 RESUMO

31 O trabalho objetiva analisar os fundamentos da legitimidade do ordenamento jurídico nos moldes do Estado de
32 Direito contemporâneo. A análise subsidia-se, a priori, a partir da noção historicista weberiana, que compreende
33 a apreciação dos principais tipos de (Grundnorm). Posteriormente, o estudo analítico subsidia-se na Teoria do
34 Agir Comunicativo de Habermas, por meio da qual se afasta do tecnicismo científico, aproximando-se da moral
35 e da comunicação como modo de se chegar ao consenso, em que, segundo o autor, repousaria a legitimidade do
36 ordenamento jurídico. Quanto à abordagem metodológica, priorizou-se a pesquisa qualitativa e, como técnica
37 procedural, a pesquisa bibliográfica.

38 A análise dos dados secundários realizou-se de forma descritiva. Por fim, conclui-se que o arcabouço
39 teórico científico da teoria pura de Kelsen pode gerar legitimidade aos regimes governamentais ditatoriais
40 e antidemocráticos, pelo simples fato de que o ordenamento está pautado estaticamente sob uma norma
41 fundamental (como o caso do regime nacional-socialista alemão, que, após a derrota na Segunda Guerra Mundial,
42 utilizou a teoria de Kelsen como defesa durante o Julgamento de Nuremberg). Habermas apresenta um enfoque
43 diferente, comprehende que a legitimação da norma não advém por pura e simples adequação a outra norma
44 hierarquicamente superior, porém, se dá por meio da prática do agir comunicativo, em que os interlocutores
45 chegam democraticamente a um consenso, sendo assim, coautores daquela norma a qual estão se submetendo.

46 Constatou-se, ainda, que Habermas concebe a complexidade da sociedade e entende que o direito seria a
47 ferramenta de manutenção da ordem social. Contudo, o direito estatui-se por meio de organismos competentes

2 I. INTRODUÇÃO

48 para fazê-lo e, assim, emerge a necessidade da política, que deve se pautar em princípios fundamentais capazes
49 de perpetuar a possibilidade do discurso e do agir comunicativo, para que se estabeleça a legitimidade. Dessa
50 forma, Habermas vê a importância da concepção estrutural do direito que Kelsen expõe no princípio estático,
51 fazendo com que tal concepção torne-se primordial até mesmo para a manutenção da legitimidade baseada no
52 agir comunicativo.

53 Palavras-chave: legitimidade. direito. weber. kelsen. habermas.

54 2 I. INTRODUÇÃO

55 As formas de dominação exercidas durante toda a história da humanidade alicerçavam-se sob um ponto em
56 comum, estavam pautadas sob um fato que as legitimava. Um questionamento, todavia, permanece: em que
57 reside e respalda-se a legitimidade do Direito contemporâneo, que submete aqueles aos quais abrange? Partindo
58 de tal questionamento, contudo, distante de tentar obter uma resposta definitiva, o presente trabalho tem como
59 objetivo central, apontar uma conclusão vetorialmente resultante dos pontos e teorias trabalhadas para apreciar
60 tal questionamento.

61 A hipótese central deste estudo consubstancia-se na análise da diagnose historicista weberiana da dominação,
62 estabelecendo a dominação legal/racional como pano de fundo para a incidência da Teoria Pura do Direito e da
63 Teoria do Agir Comunicativo, que serão o aporte teórico London Journal of Research in Humanities and Social
64 Sciences para apreciar o questionamento supra realizado. Ambas as teorias serão esmiuçadas, contrapostas e
65 terão apontadas suas divergências e congruências, com a finalidade de chegar a um denominador comum em
66 relação ao problema da legitimidade do Direito contemporâneo.

67 Para tal, a abordagem metodológica baseia-se nos pressupostos teóricos do sociólogo, político alemão e
68 historiador Max Weber (1999a, 1999b, 2002, 2010); do jurista e filósofo austríaco Hans Kelsen (1998); e do
69 filósofo e sociólogo alemão Jürgen Habermas (1989, 1990, 1997). Enquanto à metodologia de abordagem utilizada,
70 prioritariamente, aplica-se a pesquisa qualitativa. De tal forma, Chizzotti (2003, p. 221) explana:

71 A pesquisa qualitativa recobre, hoje, um campo transdisciplinar, envolvendo as ciências humanas e sociais,
72 assumindo tradições ou multiparadigmas de análise, derivadas do positivismo, da fenomenologia, da hermenêutica,
73 do marxismo, da teoria crítica e do construtivismo, e adotando multimétodos de investigação para o estudo de
74 um fenômeno situado no local em que ocorre, e enfim, procurando tanto encontrar o sentido desse fenômeno
75 quanto interpretar os significados que as pessoas dão a eles. Nos moldes do que explana o autor, a abordagem do
76 presente estudo propõe a síntese trans disciplinar entre ciências jurídicas, humanas e filosofia, tomando-as como
77 parâmetro para trabalhar a hipótese central da temática.

78 No que tange à metodologia de pesquisa, o presente estudo pauta-se na pesquisa bibliográfica, por sua vez, foi
79 de primordial importância para o desenvolvimento do arcabouço teórico. Desta forma, de acordo com Marconi e
80 Lakatos (2003, p. 183) a pesquisa bibliográfica:

81 [...] ou de fontes secundárias, abrange toda bibliografia já tornada pública em relação ao tema de estudo, desde
82 publicações avulsas, boletins, jornais, revistas, livros, pesquisas, monografias, teses, material cartográfico etc., até
83 meios de comunicação orais: rádio, gravações em fita magnética e audiovisuais: filmes e televisão. Sua finalidade
84 é colocar o pesquisador em contato direto com tudo o que foi escrito, dito ou filmado sobre determinado assunto,
85 inclusive conferências seguidas de debates que tenham sido transcritos por alguma forma, quer publicadas, quer
86 gravadas.

87 Referente à análise de dados, se dá de forma descritiva, ponto que exprime característica notória da pesquisa
88 qualitativa, por meio da qual, conforme Goldenberg (2004, p. 48-49):

89 O pesquisador deve tornar essas operações claras para aqueles que não participam da pesquisa, através de uma
90 descrição explícita e sistemática de todos os passos do processo, desde a seleção e definição dos problemas até os
91 resultados finais pelos quais as conclusões foram alcançadas e fundamentadas.

92 O presente trabalho divide-se em três seções, além desta introdução e das considerações finais. Desta
93 forma, na segunda seção do trabalho apresenta-se a diagnose da dominação de Max Weber, que contextualizará
94 as porvindouras teorias apreciadas pelo trabalho. A análise weberiana perpassa pelas formas de dominação
95 concebidas pelo autor, sendo embasadas no historicismo, traduzem-se na dominação carismática, dominação
96 tradicional e, por fim, no tipo de dominação na qual se delineará o trabalho (por traduzir fielmente os parâmetros
97 do Estado de Direito contemporâneo), a dominação legal/racional. Posteriormente, na terceira seção, apresenta-
98 se uma contextualização da Teoria Pura do Direito, por meio de uma análise e compreensão de seu contexto e
99 desdobramentos. A teoria kelseniana trabalha a legitimidade do ordenamento jurídico embasando-se no Direito
100 como uma ciência pura, é neste momento que se torna oportuna a apresentação da Teoria do Agir Comunicativo
101 de Jürgen Habermas na quarta seção deste trabalho.

102 A teoria de Habermas será apontada como um contraponto à Teoria Pura de Kelsen, não observando a
103 legitimidade do ordenamento embasado no Direito como ciência pura, que se legitima pela harmonia da hierarquia
104 normativa London Journal of Research in Humanities and Social Sciences de seu ordenamento jurídico, mas como
105 uma resultante do discurso livre que gera e legitima a norma.

106 Por fim, as considerações finais, além de traçar congruências e divergências, tem como escopo chegar a um
107 ponto resultante entre a contraposição das referidas teorias. Weber (2010, p. 36) parte da noção de conceito
108 puro, a qual ele considerava de extrema importância para as ciências sociais e, assim, estabelecer sua ideia acerca
109 dos três modelos de dominação 1 . A partir dos modelos elaborados por Weber, pode-se traçar analogias com

110 fatos sociais 1 Weber (2010, p. 102, grifos do autor) estabelece a seguinte diferenciação entre poder e dominação:
111 "Poder significa toda a probabilidade de, dentro de uma relação social, impor a vontade própria mesmo contra
112 a resistência, seja qual for o fundamento dessa probabilidade. Dominação denominar -se-á a probabilidade de
113 encontrar obediência a uma ordem de determinado conteúdo em dadas pessoas [...]. Portanto, o conceito de
114 dominação é mais preciso que o conceito de poder e significa uma [...] probabilidade de encontrar submissão a
115 uma ordem" (WEBER, 2010, p. 102). Em outra passagem, Weber (1999a, p. 187) afirma que a dominação é um
116 caso especial do poder, pois desempenha um papel decisivo na formação das sociedades capitalistas no presente,
117 assim como contribuiu para a formação das sociedades economicamente constituídas no passado, como as feudais.

118 de diversas épocas, tornando a casuística sociológica possível. Weber (2010, p. 36-37, grifos do autor) dizia:
119 [...] a casuística sociológica só é possível a partir do tipo puro ('ideal'). Mas é de per si evidente que a sociologia
120 emprega, além disso, ocasionalmente também o tipo médio dos tipos empírico-estatísticos: -uma
121 construção que não carece particularmente da elucidação metodológica.

122 Deve-se visualizar a legitimidade e a legalidade como conceitos basilares para a compreensão do estudo do
123 poder, neste caso, com enfoque na legitimidade ?? , sobre a qual Weber (1999a) disserta. A legitimidade traduz-
124 se no fundamento do poder em determinada sociedade, é o que leva os integrantes daquela sociedade a aceitar
125 a obediência daquele que emana a ordem (WEBER, 1999a). A legalidade, por sua vez, é uma manifestação do
126 Estado e de seu poder tendo como objeto a lei, segundo Bonavides (2011, p. 120):

127 A legalidade nos sistemas políticos exprime basicamente a observância das leis, isto é, o procedimento da
128 autoridade em consonância estrita com o direito estabelecido. Ou em outras palavras traduz a noção de que todo
129 poder estatal deverá atuar sempre de conformidade com as regras jurídicas vigentes. Em suma, a acomodação
130 do poder que se exerce ao direito que o regula.

131 Para Weber (1999b) Desse modo, apresenta-se, nas próximas seções, uma abordagem acerca do modelo
132 teórico proposto por Weber (1999b) dos tipos puros de dominação legítima, a fim de compreender as bases
133 jurídicas impostas aos indivíduos mediante as concepções de legalidade. Ou seja, a submissão dos indivíduos
134 aos ordenamentos ocorre não por simples temor ou motivos teleológicos-racionais, mas funda-se, sobretudo, nas
135 relações de dominação, que decorrem da fé em uma autoridade legítima (WEBER, 2010, p. 71). O carisma 3
136 é a força motriz da dominação exercida pelo líder 4 , tem que se manter, caso contrário, a premissa basilar da
137 dominação carismática sucumbe e a autoridade é colocada em questionamento. Weber (1999a, p. 326; 1999b
138 A dominação carismática é uma das expressões mais primitivas e rudimentares de autoridade, em comunidades
139 antigas, onde um indivíduo mais qualificado, forte (e consequentemente carismático) se destacava, ele então
140 naturalmente era delegado como líder. Somente após transcender o estágio primitivo que a comunidade concebe
141 de forma mais complexa os conceitos de legalidade e tradição como forma de governo.

142 3 A Dominação

143 4 A Dominação Tradicional

144 A dominação tradicional é o segundo tipo de dominação analisada por Weber (1999b) e funda-se na "[...]" crença
145 na santidade das ordenações e dos poderes senhoriais de há muito existentes" (WEBER, 1999b, p. 131). O poder
146 emana do senhor e quem o obedece é o súdito. Trata-se de uma estrutura patriarcal, em que a obediência ao
147 senhor dá-se pela sua dignidade, "[...]" santificada pela tradição: por fidelidade" (WEBER, 1999b, p. 131). As
148 normas estatuídas pelo senhor aos súditos são fixadas pela tradição e a violação representa o enfraquecimento da
149 legitimidade do seu domínio (WEBER, 1999b, p. 131). Ratificando o sentido de "dominação", o autor explana:

150 Por 'dominação' compreenderemos, então, aqui, uma situação de fato, em que uma vontade manifesta
151 ('mandado') do 'dominador' ou dos 'dominadores' quer influenciar as ações de outras pessoas (do 'dominado'
152 ou dos 'dominados'), e de fato as influencia de tal modo que estas ações, num grau socialmente relevante, se
153 realizam como se os dominados tivessem feito do próprio conteúdo do mandado a máxima de suas ações [...].
154 (WEBER, 1999a, p. 191).

155 A tradição é um dos pilares mais fortes de uma sociedade, pois está intrínseca nas relações sociais, é aceita e
156 normalmente incontestável. A tradição é imemorial, não é possível dar com precisão o seu início, é considerada
157 como um estatuto "[...]" 'válido desde sempre' [...]", tornando difícil sua contestação (WEBER, 1999b, p. 131).

158 A ruína do poder que emana da tradição se dá justamente pela ruptura com a mesma. A modernização, o
159 contato com outras culturas, outras formas de organização e o cosmopolitismo são agentes que contribuem para
160 o fim desse tipo de autoridade, porém, enquanto há vigência deste regime não existem códigos estatuídos para
161 determinar a ação do senhor, ela se legitima por si só, na própria tradição.

162 O corpo administrativo de uma sociedade na qual impõe a dominação tradicional, normalmente, é formado
163 por pessoas com vínculo de proximidade com o senhor, como pessoas de confiança e até mesmo familiares. A base
164 do corpo administrativo é a fidelidade, isso se mostra claro durante os regimes monárquicos da Idade Média, onde
165 existia uma família real e quanto mais próximo geneologicamente do senhor, maior poder e maior influência detinha
166 seu cargo, o quadro administrativo torna-se o âmbito afetivo/familiar/ doméstico do senhor, um patriarcalismo
167 ampliado, dele emana uma ordem, que se legitima na tradição, no costume e no viés consuetudinário social
168 (WEBER, 1999b, p. 131-132).

7 DESTA FORMA, NAS PALAVRAS DE NELSON HUNGRIA ACERCA DO TRIBUNAL DE NUremberg:

169 5 A Dominação Legal/Racional

170 O mais moderno tipo de dominação concebido por Weber é a dominação legal/racional. É a forma para qual
171 as outras dominações weberianas convergem, sua legitimidade não se baseia no carisma, tampouco na tradição,
172 porém, em um regime estatuído. De acordo com Weber (1999b, p. 128): "Sua ideia básica é: qualquer direito
173 pode ser criado e modificado mediante um estatuto sancionado corretamente quanto à forma". As constituições
174 escritas contêm em regra determinações especiais relativas ao processo através do qual, e através do qual somente,
175 podem ser modificadas. O princípio de que a norma de uma ordem jurídica é válida até a sua validade terminar
176 por um modo determinado através desta mesma ordem jurídica, ou até ser substituída pela validade de uma
177 outra norma desta ordem jurídica, é o princípio da legitimidade. (KELSEN, 1998, p. 146).

178 Portanto, o princípio da legitimidade funda-se na estabilidade da vigência do ordenamento jurídico. Contudo,
179 Kelsen concebe um limite para esse princípio, pois em um status quo onde o ordenamento jurídico e a norma
180 fundamental estão ameaçados como, por exemplo, em um levante de movimentos revolucionários, o respaldo
181 da validade de um ordenamento jurídico se fragiliza e pode ser derrubado. Assim, explana sobre a exceção ao
182 princípio da legalidade: "Este princípio, no entanto, só é aplicável a uma ordem jurídica estadual com uma
183 limitação muito importante: no caso de revolução, não encontra aplicação alguma" (KELSEN, 1998, p. 146).

184 Sendo válido ressaltar que, na visão kelseniana, a legitimidade e validade da norma não dependem e nem
185 guardam qualquer relação com seu conteúdo moral ou ético, devendo o Direito ser uma ciência una, sem a
186 interferência de qualquer outra, como a sociologia ou filosofia. A legitimidade reside na consonância com uma
187 norma hierarquicamente superior e com o ordenamento jurídico em si. A norma seria a parte de um organismo
188 (ordenamento jurídico), que funciona como um todo de forma harmônica, se a norma quebrar essa homeostase,
189 ela perde sua legitimidade, seguindo o princípio do ordenamento estático.

190 6 Nuremberg e a Teoria Pura

191 Criado no final da Segunda Guerra Mundial (1939-1945) Desde sua gênese, o Tribunal foi apontado como um
192 tribunal de exceção, formado por aqueles que saíram vitoriosos da guerra, com o escopo de punir os derrotados.
193 Dentre todos os parâmetros analisados, as maiores críticas foram à limitação do direito de defesa dos réus 5 e
194 sua carência de legitimidade por ferir os princípios da legalidade e da irretroatividade da lei. Aplicou-se uma lei
195 a fatos retroativos que ao tempo de sua prática não eram considerados crimes (CAMPOS, 2008, p. 97).

196 7 Desta forma, nas palavras de Nelson Hungria acerca do 197 Tribunal de Nuremberg:

198 Foi este uma espantosa negação de elementares postulados do direito penal tradicional. Funcionando em nome da
199 Democracia Liberal, começou, no entanto, por adotar a supressão de um princípio intransponível para a segurança
200 e a liberdade do indivíduo, isto é, nullum crimen, nulla poena sine lege. Para combater os chamados grandes
201 criminosos de guerra, utilizou-se de uma teoria que, mesmo na ferrenha Alemanha totalitária, era combatida pela
202 Escola de Bonn contra a Escola de Kiel. Inspirou-se naquilo que os próprios Aliados condenavam, tanto assim
203 que um dos primeiros atos do governo de ocupação da Alemanha Ocidental foi a 5 Essa limitação traduzia-se no
204 cerceamento do princípio da ampla defesa e, por isso, caracterizou o Tribunal como de exceção.

205 revogação da famosa novela que dispensara a anterioridade penal. Deu efeito retroativo a um Plano de
206 Julgamento, formulado ad hoc, para a incriminação de fatos pretéritos, não considerados crimes ao tempo de sua
207 prática, e impôs aos acusados o enfocamento e penas arbitrárias, sem direito a qualquer recurso. [...] Repudiou
208 as normas seculares sobre a obediência devida e a coação irresistível, para proclamar, pela boca do Juiz Biddle,
209 com a mais despejada abstração da atual realidade político-social, que 'os indivíduos têm deveres internacionais
210 a cumprir, acima dos deveres nacionais que um Estado particular possa impor'. (HUNGRIA, 1980 Habermas
211 aponta em sua teoria a relevância da fala, que quando utilizada com uma finalidade de estabelecer comunicação
212 é uma forma eficiente de integração social e de atingir o consenso. É uma ação ou um agir comunicativo, em que
213 os participantes estão dispostos a um acordo plausível sobre o tema em questão. Comunicação, para Habermas,
214 traduz-se no diálogo, sendo na prática do agir comunicativo o modo para atingi-la. Sendo assim: Tão logo,
215 porém, as forças ilocucionárias das ações de fala assumem um papel coordenador na ação, a própria linguagem
216 passa a ser explorada como fonte primária da integração social. É nisso que consiste o 'agir comunicativo'.
217 Neste caso os atores, na qualidade de falantes e ouvintes, tentam negociar interpretações comuns da situação
218 e harmonizar entre si os seus respectivos planos através de processos de entendimento, portanto pelo caminho
219 de uma busca incondicionada de fins ilocucionários. Quando os participantes suspendem o enfoque objetivador
220 de um observador e de um agente interessado imediatamente no próprio sucesso e passam a adotar o enfoque
221 performativo de um falante que deseja entender-se com uma segunda pessoa sobre algo no mundo, as energias de
222 ligação da linguagem podem ser mobilizadas para a coordenação de planos de ação. Sob essa condição, ofertas
223 de atos de fala podem visar um efeito coordenador na ação, pois da resposta afirmativa do destinatário a uma
224 oferta séria resultam obrigações que se tornam relevantes para as consequências [Desse modo, o mundo da
225 vida compreende o aparato contextual que fornece parâmetros para interpretações, interações linguísticas (que
226 levarão ou não a um entendimento), consensos e dissensos na ação comunicativa, é a partir de tal posicionamento
227 que Miranda discorre: O que é, então, mundo da vida na teoria habermasiana? Em toda a obra do filósofo

228 alemão, o termo 'mundo da vida' ocupa uma posição central na coordenação e estabilização da ação social. O
229 mundo da vida constitui um pano de fundo do agir comunicativo, um horizonte para situações de fala e uma
230 fonte de interpretações para os atores que agem comunicativamente. E sua função primordial é estabilizar essa
231 comunicação improvável que, ao mesmo tempo que possibilita o consenso, é aberta à constante problematização
232 e ao grande risco de dissenso. (MIRANDA, 2009, p. 105).

233 Habermas, entretanto, não deixa de descartar as hipóteses em que o mundo da vida é deixado de lado
234 em sua função de coordenador da ação. Tal hipótese normalmente aplica-se ao usar o agir estratégico, sendo
235 então utilizado no chamado plano dos sistemas, desta forma: O mundo da vida que serve de pano de fundo é
236 curiosamente neutralizado quando se trata de vencer situações que caíram sob imperativos do agir orientado pelo
237 sucesso; o mundo da vida perde sua força coordenadora em relação à ação, deixando de ser a fonte garantidora
238 do consenso. (HABERMAS, 1990, p. 97). Habermas então reconhece a relevância do mundo da vida e dos
239 sistemas, como pano de fundo, onde se regem os consensos e dissensos que devem ser observados para a vida
240 social. Todavia, mesmo os sistemas e o mundo da vida precisam de sua tipificação pelo Direito legitimado para
241 que sejam reconhecidas como fontes normativas. O Direito ainda concebe a função de sistema de saber e de
242 sistema de ação, sendo compreendido por Habermas hibridamente como uma fonte de interpretação normativa,
243 como uma instituição que tem o escopo de ser reguladora da ação. O Direito, portanto, carrega a capacidade
244 de institucionalizar o agir comunicativo, seja ele do mundo da vida ou sistema, por meio do processo legislativo
245 serão traduzidos em norma legítima. A função institucionalizadora do Direito é inegável, a tradução do mundo
246 da vida e dos sistemas em normas legítimas alicerçam a ordem social.

247 8 Os

248 9 A Legitimidade do Ordenamento Jurídico Segundo Jürgen 249 Habermas

250 A dominação legal/racional concebida por Weber (1999b, p. 128) concebe a noção de legitimidade daquela
251 autoridade da qual emana o poder, enquanto a premissa legitimadora de seu poder ainda existe. No caso da
252 dominação legal, a norma seria essa premissa, sendo que de acordo com a teoria do agir discursivo, a norma
253 legitima-se no momento em que esta não é baseada em fatores morais e éticos específicos, porém, na coautoria
254 daqueles que são diretamente afetados por essa norma, desse modo: "O direito não consegue o seu sentido
255 normativo pleno per se através de sua forma, ou através de um conteúdo moral dado a priori, mas através de um
256 procedimento que instaura o direito, gerando legitimidade" (HABERMAS, 1997, p. 172, grifos do autor).

257 Habermas então foca-se na busca de uma forma racional de se legitimar o Direito. A resposta que encontra
258 é a participação social, a discussão pela qual é feita a elaboração das normas. O autor ainda ratifica que uma
259 interação comunicativa é a base do Direito, considerando assim a autonomia política dos cidadãos, o pilar central
260 da legitimização do Direito, conforme o autor explana:

261 A idéia [sic] do Estado de direito exige que as decisões coletivamente obrigatórias do poder político organizado,
262 que o direito precisa tomar para a realização de suas funções próprias, não revistam apenas a forma do direito,
263 como também se legitem pelo direito corretamente estatuído. Não é a forma do direito, enquanto tal, que
264 legitima o exercício do poder político, e sim, a ligação com o direito legitimamente estatuído. E, no nível pós-
265 tradicional de justificação, só vale como legítimo o direito que conseguiu aceitação racional por parte de todos os
266 membros do direito, numa forma discursiva da opinião e da vontade. Isso traz como consequência [Juntamente a
267 isto, também, é preciso apreciar direitos fundamentais que funcionem concomitantemente ao discurso, para que,
268 assim, se assegure a democracia. Desta forma, só se concebe uma sociedade democrática, caso esteja presente
269 o livre discurso, a liberdade de dissenso e um aparato de direitos fundamentais. Sendo que: "O poder político
270 só pode desenvolver-se através de um código jurídico institucionalizado na forma de direitos fundamentais"
271 (HABERMAS, 1997, p. 171). Este aparato deverá funcionar como proteção para aquele grupo minoritário do
272 discurso, permitindo o ato de questionar, bem como assegurando a possibilidade de um novo discurso aberto a
273 novas concepções e resultados, o que é basilar para um sistema democrático.

274 Faz-se mister apontar a grande dicotomia existente na obra de Habermas com a Teoria do Agir Comunicativo
275 traduz de forma mais eficiente os moldes de um Estado Democrático de Direito. A Teoria Pura do Direito de Hans
276 Kelsen, por sua vez, se limita a desenhar apenas um Estado de Direito. Tal fato abre espaços para que as normas
277 que emanam desse ordenamento sejam nocivas, oprimam e cerceiem a participação no discurso de uma parcela
278 de indivíduos, pelo simples fato de que se assim disporem e estiverem amparadas por norma hierarquicamente
279 superior (Grundnorm), tal entendimento se legitimará (KELSEN, 1998, p. 136).

280 A partir desta análise que se concebe o ponto de convergência entre os autores, visto que Habermas concebe
281 a complexidade da sociedade atual e a necessidade de que o mundo da vida e os sistemas sejam englobados e
282 legitimamente tipificados pelo Direito, sendo este, a resposta para a questão da possibilidade de se alicerçar uma
283 ordem social perante tal complexidade (HABERMAS, 1997, p. 45).

284 O Direito não se estatui por si só, organismos competentes que deliberam acerca da norma que devem fazê-lo
285 e, nesse campo, deve-se falar na política, em suma, em sua legitimidade normativa (HABERMAS, 1997, p. 170).
286 De acordo com Habermas, a única possibilidade de um poder político ser concebido e desenvolver-se é alicerçando
287 sob a égide de direitos fundamentais, ou seja, princípios norteadores (HABERMAS, 1997, p. 171).

10 V. CONSIDERAÇÕES FINAIS

288 Assim, Habermas coaduna com a hierarquia normativa de Kelsen (traduzida pelo princípio estático),
289 colocando os princípios no topo da pirâmide kelseniana, como orientadores para as porvindouras normas
290 daquele ordenamento 7 , que se mostram como a Constituição nos moldes do Estado de Direito Democrático
291 contemporâneo e traduzem-se como a Grundnorm da Teoria Pura. Desse modo, Habermas afasta-se da proposta
292 kelseniana de negação dos elementos valorativos e morais, todavia, aproxima-se da concepção tecnicista estrutural
293 do direito, proposta pela Teoria Pura.

294 10 V. CONSIDERAÇÕES FINAIS

295 Conforme todo exposto, observa-se que a questão da legitimidade do ordenamento jurídico foi alvo das mais
296 variadas concepções. Inicialmente, 7 Do mesmo modo como os referidos, o ordenamento deve ser criado pelo
297 consenso do agir comunicativo.

298 London Journal of Research in Humanities and Social Sciences 67 buscou-se com o subsídio da análise
299 weberiana, a compreensão historicista da cronologia.

300 Perpassando pelas formas mais rudimentares e arcaicas de poder, Weber aponta os tipos de dominação: a
301 dominação carismática que decorre do apreço e admiração por aquele do qual emana o poder; a dominação
302 tradicional que se pauta na própria tradição que legitima o poder; e por fim a forma de dominação na qual se
303 estabelece o Estado de Direito, a dominação legal.

304 Uma vez compreendida esta análise histórica alicerçada em Weber, direciona-se para o estudo analítico de
305 duas teorias contemporâneas de extrema importância, a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen e a Teoria do
306 Agir Comunicativo de Jürgen Habermas. O escopo do aprofundamento nas teorias destes autores é investigar os
307 alicerces da legitimidade do ordenamento jurídico no Estado de Direito contemporâneo.

308 Para tanto, iniciou-se com a teoria do jurista austríaco Hans Kelsen. A partir do contexto no qual sua teoria
309 foi criada, verifica-se que, herdeiro do Iluminismo, o jurista tentava conceber o Direito como uma ciência, alheia
310 de questões morais, éticas ou políticas. Desta forma, a Teoria Pura do Direito analisava a legitimidade do
311 ordenamento a partir de um critério estrutural, em que seria legitimada a norma, caso obedecesse ao princípio
312 estático e dinâmico, ou seja, estivesse dentro dos parâmetros postos pelas normas de hierarquia superior, em suma,
313 pela norma fundamental. Constatou-se que tal pensamento mostra-se delineado na icônica pirâmide normativa de
314 Kelsen, em que a norma fundamental (análoga às Constituições dos Estados de Direito contemporâneos) está no
315 topo e todo aparato normativo infraconstitucional abaixo deve pautar-se nesta Grundnorm, concedendo, assim,
316 harmonia, eficácia e legitimidade ao ordenamento.

317 De tal maneira, observou-se que a legitimidade do ordenamento jurídico, para Kelsen, não resulta de qualquer
318 relação com seu conteúdo valorativo moral, pois tais elementos são subjetivos e incapazes de serem submetidos à
319 análise empírica, não devendo, assim, serem apreciados pela ciência do Direito. A legitimidade pauta-se na mera
320 consonância do ordenamento jurídico com seu alicerce, a norma fundamental. Portanto, a norma é uma parte de
321 um sistema que opera em harmonia e qualquer norma dissidente a este sistema, quebraria a homeostase de seu
322 funcionamento.

323 Diante da análise kelseniana, verificou-se que a Teoria Pura serviu de arcabouço teórico para legitimar regimes
324 segregacionais, como o icônico caso do governo nazista. O argumento básico era o respaldo das ações antisemitas
325 no ordenamento jurídico, desta forma, caso os oficiais não agissem conforme a norma, estariam incorrendo em um
326 ato ilícito, visto que o ordenamento era legítimo nos moldes da teoria de kelsen. Tal argumentação foi utilizada
327 para a defesa dos oficiais do regime nacional-socialista durante o Julgamento de Nuremberg.

328 Posteriormente, analisou-se a concepção do sociólogo alemão Jürgen Habermas. Por meio do estudo sistemático
329 da Teoria do Agir Comunicativo, foi possível inferir que essa teoria não vislumbra a legitimidade do ordenamento
330 jurídico na mera harmonia da hierarquia normativa, porém, na participação igualitária e livre no discurso de
331 produção da norma. De tal maneira, para Habermas, a legitimidade reside no diálogo e na livre apresentação
332 de dissensos (e na garantia principiológica da proteção à manifestação destes dissensos) de todos aqueles aos
333 quais a norma afetará. Então, concluiu-se que Habermas expõe a ilegitimidade do regime nazista, visto que as
334 normas antisemitas claramente violariam a possibilidade do discurso para gerar um consenso baseado no agir
335 comunicativo.

336 Assim, mesmo que tal ordenamento jurídico seja harmônico aos moldes do princípio estático e dinâmico, é
337 notoriamente ilegítimo.

338 Observou-se, então, que as teorias de Tais princípios fundamentais devem ser capazes de perpetuar a
339 possibilidade do agir comunicativo, pois, para Habermas, é esta a premissa capaz de gerar a legitimidade. O
340 ponto de divergência reside no fator legitimador do ordenamento, que, de acordo com Habermas, não se resume a
341 uma simples adequação com uma norma fundamental (que, todavia, deve ser respeitada nos moldes na pirâmide
342 kelseniana, o que ainda não é suficiente para gerar legitimidade), porém, respalda-se na garantia da participação,
343 do discurso e na livre apresentação de dissensos, que traduz a figura do Estado Democrático de Direito.



Figure 1:

Figure 2:

ABSTRACT

The objective of this work is to analyze the fundamentals the foundations of the legitimacy of the legal order in the mold of the contemporary State of Law. This analysis is subsidized, *a priori*, from the weberian historicist notion, which comprises the appreciation of the main types of domination that have been exercised throughout human history, such as charismatic domination, traditional domination, and, finally, the object on which will rest the theories that outlined the present study, the legal / rational domination. Once the diagnosis of domination elucidated by Weber is presented, the theories of Hans Kelsen (Pure Theory of Law) and Jürgen Habermas (Theory of Communicative Action)

Figure 3:

Hans Kelsen e Jürgen Habermas (Teoria Pura do Como teoria, quer única e exclusivamente por si, mas de que o objeto do sistema ocorreram durante a história humana, na possibilidade de derivação é o que Hans Kelsen

legitimado para ex-

ercer

um

cargo

do

qual

em-

ana

modo,

o

homem,

a na-

tureza

e o

uni-

verso

pas-

sam

a

questão

do

rela-

tivismo,

o ju-

rista

aus-

tríaco

se

atém

o

poder,

ou

seja,

a le-

gití-

maçã

o

não

está

no

ser

con-

ce-

bidos

como

or-

gan-

ismos

nos

quais

as ao

rela-

tivismo

con-

Direito conhecer o seu próprio objeto. Procura e Teoria do Agir Discursivo, científico é constituído pelo ângulo de visão observa-se a predominância denomina como princípio dinâmico:

constitue a precedente in internacional law?, Dessa maneira, Habermas ainda expõe a situação,

contradiz parte do exposto em sua Teoria: na qual a possibilidade de harmonia torna-se

completamente instável, e isso se dá, graças ao

A justiça demandava punição de tais pessoas grau de interesse dos participantes (HABERMAS,

apesar do fato de que pelo direito positivo elas 1989, p. 164-165). Neste cenário, as ações dos

não tinham responsabilidade pelos atos que a indivíduos ocorrem de forma estratégica, "[...]

lei retroativa considerou puníveis. No caso de influindo externamente, por meio de armas ou

dois postulados de justiça entrarem em bens, ameaças ou seduções, sobre a definição da

conflito, o postulado mais importante deve situação ou sobre as decisões ou motivos de seus

prevalecer; e a punição daqueles que eram adversários" (HABERMAS, 1989, p. 164).

moralmente responsáveis pelos crimes cometidos na Segunda Guerra Mundial Na teoria habermasiana, o modelo estratégico de

certamente deve ser considerada mais ação diferencia-se do agir comunicativo, em que, importante do que simplesmente concordar por sua vez, há condições preestabelecidas para se

com a regra que veda leis ex post facto, sujeita alcançar a harmonia das partes, ditando as

a muitas exceções. (KELSEN, 1947, p.153-164 possibilidades de ações e de meios para que se

Lomond CAMPOS, 2008, p. 97-98, grifos Jouto autor). Em seu artigo publicado no nalano de 1947, o jurista austriaco contrariou of a sua metodologia pura do Direito, con Re-siderando que valores morais e conceitos de seajuhtica deveriam sobrepor às normas posi- in tivamente postas e devidamente alicerçadas Hu(respeitando o princípio da legitimidade, no maque tange à validade temporal; e o princí- i- pio estático e dinâmico referentes à devi- tiesida estrutura do ordenamento, conforme o anfórprio jurista previu). Contudo, sua Teo-

como elementos valorativos morais, são Observa-se: "[...]" a

considerados no agir comunicativo, possibilitando tempo, u

o discurso que o elemento basilar da legitimação assumem a

para Habermas. comunicacionais de falantes, destinatários e

pessoas presentes" (HABERMAS, 1989, p. 166,

Em síntese conclui-se, pela análise da teoria de grifos do au

Kelsen, que ordenamento jurídico tem sua

legitimidade respaldada na hierarquia normativa,

disposta pela pirâmide kelseniana, bem como nos

princípios estático e dinâmico.

IV. HABERMAS: A TEORIA DO AGIR

COMUNICATIVO E A LEGITIMAÇÃO DA

ORDEM SOCIAL E I

4.1 A Teoria do Agir Comunicativo

Partindo desta análise acerca do princípio da legalidade (nu

assim, ao tecnicismo científico que deprecia e renegava vários aspectos subjetivos. Nas palavras de Miranda "[...] o mundo da vida é um horizonte de convicções comuns e indubitáveis, um conhecimento familiar dos participantes da integração linguística e inquestionavelmente certo" (MIRANDA. 2009, p. 104). Observa-se, então, a nítida incidência da moral no mundo da vida, termo que permeia toda a obra de Habermas, que, por sua vez, explana:

O mundo da vida em cada caso oferece uma provisão de obviedades culturais donde os participantes da comunicação tiram seus esforços de interpretação [...]. Essas suposições habitualizadas culturalmente e que

Londoformam como que um pano de fundo são apenas um dos componentes do mundo da vida; também as solidariedades dos grupos integrados por intermédio de valores e as competências dos indivíduos socializados servem, de maneira diferente das tradições culturais, como recursos para o agir searchorientado para o entendimento mútuo. (HABERMAS, 1981 in apud HABERMAS, 1989, p.166-167).

Hu-
man-
i-
ties
and
So-
cial
Sci-
ences

sic]
da interação.
(HABERMAS,
1997, p. 36).
Outro elemento
de suma
importância
para a
compreensão da
Teoria do Agir
Comunicativo é
o
mundo da
vida. Habermas
utiliza esta
terminologia
apreciando
os aspectos
valorativos,
morais e culturais
da ação humana, opondo-
se,

fundamentação tem como objetivo o consenso sobre algo no racional das questões social Jürgen Habermas

problematizadas por meio dos discursos. mundo. renovação das pesquisas nos campos da

(HABERMAS,
1994,
p.
171
apud
DURÃO,
Filosofia
e
So-
ci-
olo-
gia,
fun-
da-
men-
tadas
em

2009, p. 122). Desta maneira, a legitimação da norma, para novas bases ético-críticas, que procuram

Habermas, tange diretamente no conceito de revalorizar a práxis dialógica e argumentativa

A consenso. Tal elemento é obtido por meio da tensão entre o Direito, como a nas esferas sociais e políticas

institucionalização do consenso gerado pelo agir participação e coautoria daqueles que serão para a compreensão

comunicativo, e a política como instrumentos-submetidos à norma. Essa participação se dá de vida social individualizada

talização do poder, é capaz de gerar um forma racional por meio da fala, que é o dia. Não existe ordem social

desequilíbrio: instrumento primordial da comunicação. Assim, democrática sem mecanismos e fóruns

Longe-se, que a legitimidade do direito não se adequados à manifestação livre das ideias em A transformação

Jour-

nal

of

Re-

search

in

Hu-

man-

i-

ties

and

So-

cial

-
- 344 [Accioly et al. ()] , Hildebrando; Accioly , G E Silva , Do . 2000. São Paulo: Saraiva.
- 345 [Bianchi et al. ()] , Alvaro Bianchi , Max Weber Lua Nova , São Paulo . <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n92>> 2017. 92 p. 5. (ago. 2014. Disponível em)
- 346 [_____] _____. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia comprensiva*,
- 347 [Goldenberg ()] ‘A arte de pesquisar: como fazer pesquisa qualitativa em ciências sociais’. Mirán Goldenberg .
348 Rio de Janeiro: Record, 2004. 8.
- 349 [Cella and Gaziero ()] ‘A crítica de Habermas à idéia de legitimidade em Weber e Kelsen’. José Cella , Renato
350 Gaziero . CONGRESO MUNDIAL DE FILOSOFIA DEL DERECHO Y FILOSOFIA SOCIAL, (Granada,
351 España. Anais..) 2005. 12.
- 352 [Chizzotti ()] ‘A pesquisa qualitativa em ciências humanas e sociais: evolução e desafios’. Antonio Chizzotti .
353 Revista Portuguesa de Educação 2003. Portugal. 16 (2) p. .
- 354 [Neto and Santos ()] *A questão da justiça de Kelsen a Luhmann: do abandono à recuperação*. 2010. 321 f. Tese
355 (Doutorado em Direito) -Programa de Pós-Graduação em Direito, Arnaldo Bastos Neto , Santos . 2010. São
356 Leopoldo. Universidade do Vale do Rio dos Sinos
- 357 [Weber ()] *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. Tradução de Pietro Nassetti, Max Weber . 2002. São
358 Paulo: Martin Claret.
- 359 [Bonavides ()] Paulo Bonavides . São Paulo: Malheiros, 2011. 18. (Ciência política)
- 360 [Chauí ()] Marilena Chauí . Convite à filosofia, (São Paulo) 2000. Ática. (E-book)
- 361 [Clemente and Edílson De Araújo (2007)] Marcos Clemente , Edílson De Araújo . <http://www.revistafenix.pro.br/PDF13/DOSSIE_%20ARTIGO_13-Marcos_Edilson_de_Araujo_Clemente> Cangaço e cangaceiros: histórias e imagens fotográficas do tempo de Lampião. Fénix: Revista de História e Estudos Culturais, (Uberlândia, MG) nov./dez. 2007. 10 mar. 2017. 4 p. .
- 362 [_____ ()] ‘Conceitos sociológicos fundamentais’. _____. Tradução de Artur Morão. Covilhã: Lusofia
363 2010.
- 364 [Habermas ()] ‘Consciência moral e agir comunicativo’. Jürgen Habermas . Tradução de Guido. A. de Almeida.
365 Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro 1989.
- 366 [Vieira et al. ()] *democracia e direitos humanos: os movimentos sociais e o processo de construção de uma esfera*
367 *pública plural e democrática mundial*. 2013. 646 f. Tese (Doutorado em Direito) -Programa de Pós-Graduação
368 em Direito, Suzana Vieira , Maria Gauer , Globalização . 2013. São Leopoldo, RS. Universidade do Vale do
369 Rio dos Sinos
- 370 [Durão and Barbieri ()] ‘Habermas: os fundamentos do estado democrático de direito’. Aylton Durão , Barbieri
371 . Trans/Form/Ação 2009. São Paulo. 32 p. .
- 372 [Honesko and Hugo Nicastro ()] ‘Hans Kelsen e o Neopositivismo Lógico: aspectos de uma teoria descritiva da
373 ciência do direito’. Vitor Honesko , Hugo Nicastro . Revista Jurídica da UniFil 2004. Londrina, PR. p. .
- 374 [Marconi et al. ()] Marina Marconi , ; De Andrade , Eva Lakatos , Maria . *Fundamentos de metodologia científica*.
375 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- 376 [Campos and Ribeiro ()] ‘O genocídio e sua punição pelos tribunais internacionais’. Ricardo Campos , Ribeiro
377 . <https://www12.senado.leg.br/ril/edições/45/178/ril_v_45_n178_p91>, (Brasília, DF) 2017.
378 45 p. 15. (abr./jun. 2008. Disponível em)
- 379 [Miranda and Da (2009)] ‘O mundo da vida e o direito na obra de Jürgen Habermas’. Maressa Miranda , Silva
380 Da . Prisma Jurídico jan./jun. 2009. São Paulo. 8 (1) p. .
- 381 [Capra ()] *O ponto de mutação: a ciência, a sociedade e a cultura emergente*. Tradução de Álvaro Cabral, Fritjof
382 Capra . 2006. São Paulo: Cultrix.
- 383 [Losano and Introdução (ed.) ()] *O problema da justiça*, Mário G Losano , Introdução . KELSEN, Hans (ed.)
384 1998. São Paulo: Martins Fontes. p. . (Tradução de João Baptista Machado. 3. ed.)
- 385 [_____ ()] ‘Os três tipos puros de dominação legítima. Tradução de Gabriel Cohn’ . _____. Max Weber:
386 *sociologia*. 7. ed. São Paulo: Ática, Gabriel Cohn (ed.) (Org.) 1999. p. .
- 387 [_____ ()] *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler,
388 1990. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro.
- 389 [De et al. ()] *Revisão técnica de Gabriel Cohn*, Tradução De , Regis Barbosa , Karen Elsabe Barbosa . 1999.
390 Brasília, DF. p. 586. Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo

10 V. CONSIDERAÇÕES FINAIS

- 399 [Kelsen] ‘Teoria pura do direito. Tradução de João Baptista Machado’. Hans Kelsen . *London Journal of Research*
400 *in Humanities and Social Sciences*
- 401 [Bíblia Sagrada ()] *Tradução portuguesa da versão francesa dos originais grego, hebraico e aramaico*, Bíblia
402 Sagrada . 2004. São Paulo; Ave-Maria: Editora. (traduzidos pelos Monges Beneditinos de Maredsous (Bélgica).
403 160. ed.)
- 404 [Sanches et al. ()] ‘Um sentido para a legitimidade do Direito: consciência, ação e interação’. Samyra Sanches ,
405 ; Naspolini , Luciano Silva , Braz . *Sequência* 2016. Florianópolis. 73 p. .