

contraditória e dialeticamente, o hermetismo de uma obra que se abre inúmeras vezes, mas cada vez com um novo sentido. Há filósofos da arte contemporâneos que compreendem esse fenômeno de multiplicidade na arte como fundamental para o exercício da tolerância; e vai haver sempre um filósofo da arte tentando entender o sentido profundo desse fenômeno que nunca morre. De todo modo, não parece tão triste imaginar que a arte perdeu sua função de revelar o maior dos sentidos do mundo e da vida, pois essa perda foi essencialmente necessária para a conquista de sua verdadeira autonomia, de não ter que servir a nada além de si, e de ter apenas seu sentido em si mesma. Não há motivo para vestirmos luto ao diagnosticar a real situação da arte hoje. A transformação do seu conteúdo eterno e divino em finito possibilitou-lhe atingir o extremo de sua libertação, que consiste em ter muitos e infinitos sentidos, e conseqüentemente de não fazer mais qualquer sentido em si mesma.

A ARTE MORREU! UM VIVA A ARTE!

Referências

- BORNHEIM, Gerd Alberto. *Páginas de Filosofia da Arte*. Rio de Janeiro: UAPÊ, 1998.
- GETHMANN-SIEFERT, Annemarie. „Die Funktion der Kunst in der Geschichte. Untersuchungen zu Hegels Ästhetik”. *Hegel-Studien*, Beiheft 25, Bonn, 1984.
- GETHMANN-SIEFERT, Annemarie; PÖGGELER, Otto. „Welt und Wirkung von Hegels Ästhetik”. *Hegel-Studien*, Beiheft 27, Bonn, 1986.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Vorlesungen über die Ästhetik*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1989-1990.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Cursos de Estética*. Trad. Marco Aurélio Werle. São Paulo: EdUSP, 1999-2004.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986.

A LEGALIDADE COMO FORMA DO ESTADO DE DIREITO¹

Delamar José Volpato Dutra*

RESUMO *O presente estudo visa a demonstrar que o Estado legal, assim como concebido por Weber e Kelsen, não pode ser identificado com o Estado de direito, mesmo que a legalidade seja uma condição necessária deste. Isso acontece porque a legalidade não é uma condição suficiente do Estado de direito em razão de não resolver adequadamente o que Habermas nomeia de dialética entre igualdade de fato e de direito. O texto apresenta, a seguir, a partir de Habermas, quatro fases de juridicização: 1] o Estado absolutista burguês; 2] o Estado burguês de direito; 3] o Estado democrático de direito e 4] o Estado social e democrático de direito. As três últimas fases são figurações conceituais do Estado de direito, regulando, verticalmente, a relação dos indivíduos para com o Estado e, horizontalmente, a relação para com o mercado. Por fim, apresentam-se os efeitos colaterais advindos de cada uma dessas fases de figuração do Estado de direito. Defende-se a tese de que tais efeitos são decorrência de uma perspectiva substancialista do Estado de direito, que interpreta os sujeitos apenas como atores, ou destinatários de*

* Professor do Departamento de Filosofia da Universidade Federal de Santa Catarina.

¹ Artigo recebido em maio/2003 e aprovado em fev./2004.

¹ Das abreviaturas:

- HABERMAS, J. *Faktizität und Geltung*: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992.
- FG HABERMAS, J. *Direito e democracia*: entre faticidade e validade. [v. I]. [Trad. F. B. Siebeneichler: Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats]. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- TrFG HABERMAS, J. *Direito e democracia*: entre faticidade e validade. [v. II]. [Trad. F. B. Siebeneichler: Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats]. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

direitos. Tais problemas são melhor resolvidos por uma perspectiva procedimental do Estado de direito, a qual, ao tratar os sujeitos como autores, pode contar com uma perspectiva autocorretiva dos problemas decorrentes do que Weber chamou de materialização do direito.

Palavras-Chave Weber, Kelsen, Habermas, Estado de direito, legalidade

ABSTRACT *In this paper I argue that legal state as presented by Weber and Kelsen cannot be identified with the rule of law, because legality is a necessary but not a sufficient condition for making it possible. The ultimate reason for this is that it doesn't solve what Habermas calls the "dialectic of legal and factual equality". This paper presents three models of the rule of law, confronting them with the absolute state. These are the liberal, the democratic and the welfare state models. These regulate in different ways the relations both between the individual and the state and between individuals among themselves. Undesired effects of each model are also presented and discussed. It claims that these undesired effects stem from the fact that in each case we have to do with a substantive model of the rule of law, treating the subjects as mere addressees of the law. Those problems are better solved by the procedural model of the rule of law proposed by Habermas, because it treats the subjects of rights as makers of the law.*

Key-Words Weber, Kelsen, Habermas, rule of law, legality

Introdução

Para o esclarecimento do conceito de Estado de direito, em Habermas, é necessário ter claros os seguintes conceitos com ele relacionados, quais sejam, democracia e legalidade. Segundo ele,

Estado de direito e democracia aparecem a nós como objetos inteiramente separados. Há boas razões para isso. Porque o governo político é sempre exercido na forma jurídica, o sistema legal pode existir onde a força política não foi ainda domesticada pelo Estado de direito. E o Estado de direito existe onde o poder de governar não foi ainda democratizado. Enfim, há governos ordenados legalmente sem as instituições do Estado de direito e há Estado de direito sem constituição democrática. Naturalmente, esses fundamentos empíricos para a divisão do trabalho no tratamento acadêmico dos dois assuntos não implica que, de um ponto de vista normativo, o Estado de direito possa existir sem democracia.²

² HABERMAS, Jürgen. *Die Einbeziehung des Anderen: Studien zur politischen Theorie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997. p. 293.

portanto, no Estado absolutista burguês [1], pode haver Estado de direito sem democracia e no Estado burguês de direito [2], pode haver legalidade sem Estado de direito. Para compreendermos essas afirmações, temos que distinguir os sentidos dos termos aqui envolvidos. A possibilidade de haver Estado de direito sem democracia [1] implica em ter que tomar a noção de Estado de direito, sim, num sentido normativo, mas substancial. Nessa perspectiva, o Estado de direito garante um conjunto de direitos substantivos com relação ao poder legiferante do Estado. Para que haja legalidade sem Estado de direito [2], temos que tomar a legalidade como uma forma, a qual pode albergar tanto uma concepção normativa de direito, quanto qualquer outra regra, para a qual não estamos dispostos a atribuir o valor da justiça. Veremos que a legalidade é necessária para o Estado de direito em razão de sua forma, mas pode albergar normas com conteúdos diferentes e mesmo contraditórios entre si. "O direito não possui estrutura *própria*, cuja forma pudesse sofrer modificações, pois a forma do direito é representada como um estojo ou cápsula plástica que se ajusta a qualquer tipo de ação de regulação por parte da administração. O conceito de lei é despojado, à maneira positivista, de toda e qualquer determinação de racionalidade. O *minimum* ético restante passa da forma semântica da lei para a forma democrática da legislação".³ Este é um argumento para distinguir Estado legal de Estado de direito, o qual deverá ser entendido a partir da democracia.

A partir de Weber e Kelsen, pode-se mostrar que a legalidade é um dos elementos do Estado de direito, o que ainda não determina nenhuma restrição conteudística ao poder, sendo um primeiro estágio do Estado de direito, necessário, mas não suficiente. Habermas tratará a noção de Estado de direito a partir do aspecto normativo do direito e do poder, o que remeterá, em sua concepção processual de legitimidade, para o princípio da democracia, já que é o modo como se dá conta da legitimidade do direito. Portanto, normativa-mente, para Habermas, o Estado de direito vem conectado com a democracia, pois é a única maneira de se dar conta da normatividade, sem apelar a alguma noção axiológica substancial.

Elementos da sociologia do direito de Weber: o Estado legal

Para Weber, pode haver Estado sem direito, mas não direito sem Estado. Portanto, não há, para ele, um direito substancial que pudesse receber o nome

³ TrFG2, p. 208.

de direito, independentemente de um aparato normativo. Daí a sua filiação ao positivismo, pois, o positivismo, caracteriza-se, menos pela afirmação de que o direito é o direito positivo e mais pelo que subjaz a essa afirmação, a saber, que o direito é o direito positivo porque o direito, em última análise, não passa de uma forma coercitiva.⁴ De fato, segundo Kelsen,

o Direito positivo é essencialmente uma ordem de coerção. Ao contrário das regras do direito natural, as suas regras derivam da vontade arbitrária de uma autoridade humana e, por esse motivo, simplesmente por causa da natureza de sua fonte, elas não podem ter a qualidade da auto-evidência imediata. O conteúdo das regras do Direito positivo carece da necessidade "interna" que é peculiar às regras do direito natural em virtude de sua origem [...] a doutrina que declara a coerção como característica essencial do Direito é uma doutrina positivista e se ocupa unicamente com o Direito positivo.⁵

Como consequência, o sistema do direito natural tende a ser um sistema estático, ao contrário do positivo, que é um sistema dinâmico, em razão de ser um produto da atividade humana, o que determina um caráter, na história, conservador do direito natural. Poder-se-á ver adiante de que modo as formulações de Weber sobre o direito são compatíveis com essa formulação de Kelsen.

Segundo Weber, a legitimidade é uma crença no dever ser de uma norma.⁶ A ação social legítima pode ser: a) racional com relação a fins; b) racional com relação a valores (por. ex., o direito natural); c) afetiva e d) tradicional. Essas são ações racionais e legítimas. Assim, a legitimidade é *íntima* quando afetiva, quando referente a valores e quando tradicional (religiosa). É *externa* quando referente a fins racionais. **O direito**, como ordem jurídica, está garantido externamente pela probabilidade da *coação* (física ou psíquica).⁷ A legalidade é uma forma de legitimidade sobre a qual se acrescenta a coerção.

Sendo a legitimidade uma crença, nada impede que normas distintas e mesmo contraditórias possam ser consideradas como válidas.⁸ A seguir, pode-se ver como Weber apresentará um conceito de direito, bem como de poder, neutro a qualquer determinação de legitimidade no que concerne a conteúdos, já que qualquer conteúdo pode ser objeto de uma norma legítima.

O conceito de coerção remete, para Weber, à questão do poder: "*poder* significa a probabilidade de impor a própria vontade, dentro de uma relação

social, mesmo contra toda a resistência e qualquer que seja o fundamento desta probabilidade".⁹ O poder, quando revestido de legitimidade, é obedecido. A obediência aos ditames do poder metamorfoseia-o em *dominação*. A *disciplina*, como se sabe, para Weber, é uma obediência automatizada. Uma associação de dominação é *política* quando pode contar com a coerção externa, portanto, com o poder. *O Estado* é um instituto político que consegue manter com êxito o monopólio legítimo do uso da força física para manter a ordem. Segundo Weber, a coação física não é o modo normal de manutenção das associações políticas, mas é o seu meio específico, a sua última ratio.

Essa consideração de Weber, por um lado, unifica poder e direito, enquanto uma pura forma coercitiva despida de conteúdo e, por outro lado, separa essa forma de qualquer conteúdo que possa vir a lhe ser acrescentado. Ou seja, a definição de direito, como acima visto, une-o intrinsecamente, com o poder, ou seja, com a coerção. Mas, não determina qualquer conteúdo. Mesmo a legitimidade jurídica, aqui, é despida de conteúdo, pois ela é formal, reme-tendo ao procedimento de sua criação e à crença de que esse procedimento é legítimo. Nas palavras de Weber,

não é possível definir uma associação política — inclusive o "Estado" — assinalando os fins da "ação da associação" [...] não existiu nenhum fim que ocasionalmente não haja sido perseguido pelas associações políticas; e não houve nenhum [...] que todas essas associações tenham perseguido. Só se pode definir, por isso, o caráter político de uma associação pelo meio [...] que sem ser-lhe exclusivo é certamente específico e para a sua essência *indispensável*: a coação física.¹⁰

Essa consideração de Weber permite-lhe oferecer uma concepção de legitimidade da legalidade neutra com relação a conteúdos, bem como uma concepção de direito também correspondente a essa neutralidade. Nesse sentido, Weber é partidário de uma legitimidade estritamente processual, já que uma norma portará um índice de crença na sua legitimidade, dentre outros motivos, por causa do procedimento legal pelo qual passou.

Esse imbricamento entre Estado e legalidade nos remeterá à noção de Estado legal, cuja melhor formulação em Weber será a burocracia. O Estado regido pela legalidade é portador de algumas características peculiares. Primeiro, o seu aspecto processual, já "que qualquer direito pode se criar e se modificar por meio de um estatuto sancionado corretamente quanto à forma"; segundo, a legalidade, já que "se obedece, não a pessoa em virtude de seu direito próprio, mas à *regra* estatuída, a qual estabelece, ao mesmo tempo, a

4 Cf. FG, p. 113 [TrFG1, p. 117].

5 KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. [L. C. Borges: General Theory of Law and State]. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 559.

6 Cf. WEBER, Max. *Economic y sociodact. esbozo de sociología comprensiva*. [J. Winkelmann: Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der Verstehenden Soziologie]. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1998. p. 26.

7 *Idem*, p. 20 e 27.

8 *Idem*, p. 26.

9 WEBER, *op. cit.*, p. 43.

10 *Idem*, p. 44.

quem e em que medida se deve obedecer. Também o que ordena obedece, a emitir uma ordem, a uma regra: à 'lei' ou ao 'regramento' de uma norma *formalmente* abstrata".¹¹

Kelsen e a análise do Estado de direito como pleonasma

Na contramão de Weber,¹² o qual separa Estado de direito (mas não o direito do Estado), Kelsen funde direito e Estado na sua maior profundidade. Kelsen critica a separação que Weber faz entre uma consideração sociológica do Estado, o qual poderia ser exercido, seja legalmente, seja de qualquer outro modo. A isso Kelsen chamará de concepção mística do poder do Estado. Ou seja, para ele, o Estado só existe como ordem jurídica. Como para Weber, para Kelsen também "o direito é uma organização da força",¹³ no entanto, ao contrário de Weber, a validade de uma norma identificar-se-á com sua existência.¹⁴ Nesse sentido ele adere ao brocardo hobbesiano *auctoritas, non ventas facit legem*. A teoria que separa direito e Estado, Kelsen a chama de bilateral, segundo a qual o Estado vincula-se aos direitos que ele mesmo produziu. Assim, o Estado existiria independentemente do direito, em seguida ele criaria o direito e se autovincularia a ele. Isso porque o Estado precisa de legitimação e para ser legitimado pelo direito este tem que ser pressuposto como sendo uma ordem essencialmente diferente de si mesmo. É desse modo que o Estado seria transformado de um fato de poder, ou do poder como fato, em um Estado de direito.¹⁵

Seu argumento é que os atos de Estado, como criar leis, são, na verdade, atos de indivíduos que criam leis. Esses indivíduos são autorizados juridicamente a fazer tais atos. Dizer que o Estado cria o direito, significa apenas dizer que estes indivíduos, autorizados juridicamente, criam o direito. E isso só quer dizer, no fundo, que o direito regula a sua própria criação. "Não é o Estado que se subordina ao Direito por ele criado, mas é o Direito que, regulando a conduta dos indivíduos e, especificamente, a sua conduta dirigida à criação do Direito, submete a si esses indivíduos".¹⁶ Portanto, se todo Estado é um Estado de direito, esta última expressão não passa de um *pleonasma*" como "descer para baixo". Segundo ele, haveria uma contradição entre conceber o Estado

como não sendo não jurídico para, depois, tentar concebê-lo juridicamente. Assim, "como organização política, o Estado é uma ordem jurídica".¹⁸ O poder estatal, portanto, é a vigência de uma ordem jurídica. O poder do Estado não uma instância mística para além da eficácia de sua ordem jurídica. O poder do Estado funde-se com a eficácia da norma jurídica. Portanto, o Estado não existe independentemente da ordem jurídica, podendo ou não, ser enformado pelo direito e exercido por ele; não, eles (Estado e direito) são a mesma coisa.

O próprio Kelsen, no entanto, aponta para o significado normativo da expressão *Estado de direito*, a saber, a satisfação dos requisitos da democracia e da segurança jurídica,¹⁹ a qual ele descarta como um preconceito jusnaturalista para com o direito, pois o direito e o Estado não passam de "uma ordem coerciva de conduta humana — com o que nada se afirma sobre seu valor moral ou de Justiça".²⁰ Portanto, "também uma ordem coerciva relativamente centralizada que tenha caráter autocrático e, em virtude da sua flexibilidade ilimitada, não oferece qualquer espécie de segurança jurídica, é uma ordem jurídica e a comunidade por ela constituída — na medida em que se distinga entre ordem e comunidade uma comunidade jurídica e, como tal, um Estado".²¹ Porém, por ter confundido Estado legal e Estado de direito,²² Kelsen não acede ao conteúdo normativo deste último.

Ora, como se pode perceber, Kelsen não se pergunta por uma concepção normativa do Estado. A consequência disso é que ele deixa de se perguntar pela questão da justiça ou da legitimidade, fundindo-a com a eficácia, pois a justiça ou a legitimidade são puras formas, podendo justificar quaisquer conteúdos, os quais só podem ser dados pelo direito positivo.²³ Kelsen cita, como exemplo, o direito de propriedade, o qual foi estabelecido como direito legítimo pelo direito natural, mas que se configura, na verdade, como um dos vários direitos historicamente criados. Para Kelsen, só há, na sociedade, conflitos de interesses, os quais têm que ser solucionados,²⁴ sem fazer qualquer referência a idéias irracionais de justiça ou legitimidade. A única concessão que pode ser feita, com base na experiência, é que sistemas jurídicos iguais são mais

18 KELSEN. *Teoria pura do direito*. p. 302. Nem toda ordem jurídica será um Estado, por ex., as relações jurídicas internacionais.

19 *Idem*, p. 328.

20 *Idem*, p. 334.

21 *Idem*, p. 334.

22 FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. [P. A. Ibáñez: Diritto e ragione. Teoria delgarantismo penale]. Madrid: Trotta, 2000. p. 360.

23 Cf. KELSEN. *Teoria geral do direito e do estado*. p. 14-15.

24 *Idem*, p. 19.

11 WEBER, op. cit., p. 707.

12 Cf. KELSEN. *Teoria geral do direito e do estado*. p. 271-272.

13 *Idem*, p. 30.

14 *Idem*, p. 43.

15 Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. [J. B. Machado: Reine Rechtslehre]. 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1991. p. 301.

16 *Idem*, p. 327.

17 *Idem*, p. 328.

duradouros.²⁵ Justiça, para Kelsen, é que uma regra seja aplicada onde tem que ser aplicada e injusto é deixar de aplicá-la quando deveria ser aplicada. A justiça, legalmente considerada, não concerne ao conteúdo da norma, mas à sua aplicação. Justiça, nesse sentido, não concerne a conteúdos, mas à própria ordem jurídica.²⁶

Como não poderia deixar de ser, com essa formulação, Kelsen retira qualquer noção normativa presente no Estado de direito, reduzindo-o ao seu primeiro estágio, ou à sua forma, qual seja, a legalidade.

Juridicização [Verrechtlichung]: Estado legal e Estado de direito

Em suma, a teoria da legalidade de Weber e Kelsen aplica-se a todos os estados, mesmo àqueles que não são estados de direito. No caso de Weber, nem todos os estados se utilizam do meio organizativo e racionalizador do direito, já, no de Kelsen, qualquer Estado, por definição, pode ser apreciado como um conjunto de regras jurídicas, as quais são, como se sabe, coercitivas, por definição.

Habermas, na esteira de Weber, identifica, na modernidade, quatro estágios de juridificação. Esse fenômeno da juridificação tem penetrado quase todos os âmbitos da existência humana: começou pela política, depois pelo direito comercial, passando, em seguida, aos direitos sociais, chegando, hoje, a incluir as relações familiares entre marido e mulher, a educação, o meio ambiente, a educação escolar, o pátrio poder, a seguridade social (previdência, saúde e assistência social). Restam, atualmente, poucos âmbitos que não sejam regradados juridicamente.

Não se irá mencionar aqui, mas essas etapas de juridificação determinarão, progressivamente, uma perda da formalidade jurídica, ancorando-a em determinações mais positivas (conteudísticas) do que negativas (formais), o que implicará numa perda do caráter racional do direito e em novos efeitos não emancipatórios. Todas essas jornadas de emancipação e garantias jurídicas têm um resultado ambivalente, com efeitos colaterais repressivos. Assim, as etapas democratizantes da formulação do Estado de direito trouxeram efeitos colaterais, como o problema das minorias, decorrente da regra da maioria, difícil de resolver, ou o problema da neutralidade do poder, ainda não resolvido. Assim, por exemplo, o Brasil, ao adotar a língua portuguesa, favoreceu os valores do colonizador em detrimento dos indígenas. O caráter emancipatório das normas de direito privado, com relação

25 Cf. KELSEN. *Teoria geral do direito e do estado*. p. 20.

26 *Idem*, p. 20.

ao mundo do trabalho medieval, implicou repressões sobre os que tinham que vender sua força de trabalho. A última etapa de juridificação, como se verá, visa a resolver esse tipo de problema, por meio dos direitos sociais. Mas essa nova etapa, certamente emancipatória de relações sociais com base no poder social de classes, implicará no caso do paternalismo no Estado de bem-estar social.

Trabalhando com essas ambivalências decorrentes das formulações do Estado de direito, pretende-se apresentar tais formulações ao modo de uma aprendizagem, em que, se concebida tal figuração ao modo procedimental, as figurações poderão tomar uma roupagem autocorretiva, em razão da presença de sujeitos que podem se auto-interpretar, não só como destinatários dos direitos do Estado de direito, mas como autores dos mesmos, a partir da discursividade própria do procedimento comunicativo. Tomaremos como protótipo desse tipo de autocorreção dos efeitos colaterais do Estado de direito a questão do feminismo, ou dos direitos da mulher, ligados, principalmente, à maternidade.

Como sabemos, a tese de Habermas é a de que, com a racionalização do mundo vivido, há uma colonização dos âmbitos desse mundo vivido por determinações sistêmicas. Porém, ao contrário de Weber, cuja leitura da racionalização segue a linha de seu conceito de ação racional com relação a fins, a leitura da racionalização feita por Habermas nortear-se-á por um conceito mais amplo de ação, qual seja, o de ação comunicativa, mais amplo que aquele de Weber, e capaz de abranger uma explicação da racionalização que incorpora também uma racionalidade na racionalização dos valores, os quais não são, então, como em Weber, remetidos para o âmbito do ceticismo. Ora, um dos meios de organização mais utilizados, na modernidade, pelos imperativos sistêmicos, é o direito. Assim, pode ser lida uma progressiva juridificação de âmbitos antes restritos a uma forma de integração social espontânea, típica do mundo vivido. Essa juridificação é lida por Habermas desde a perspectiva de sua legitimidade. Como se verá, o Estado legal é uma *condido sine qua non* para a legitimidade do poder. O Estado legal será uma das determinações necessárias, embora não suficientes, do Estado de direito, o qual, para se instituir enquanto tal, deverá ter outras determinações posteriores. Como se viu acima, para Kelsen, a legalidade é a condição suficiente do Estado de direito, mesmo porque todo Estado, para ele, já é Estado legal. O que se passa a investigar, agora, serão essas determinações posteriores, a começar por Hobbes.

No caso de Hobbes, a legitimidade resolve-se de uma vez por todas, a partir dos interesses dos indivíduos na saída do estado de guerra,²⁷ remetendo para uma forma de legitimidade não democrática. Nesse Estado, o problema

27 Cf. FG, p. 119 [TrFG1, p. 123].

da legitimidade não atinge a relação vertical do indivíduo para com o Estado, mas somente a relação horizontal para com os outros. Por essa razão, embora o Estado Leviatã esteja vertido na forma jurídica, não existem, ainda, as determinações próprias da legitimidade no que concerne à relação vertical dos indivíduos para com o Estado. Então, o que o Estado, na roupagem da legalidade, determinará será o âmbito das relações legítimas no nível horizontal dos indivíduos entre si, no tráfico burguês da sociedade civil.

A seguir, ter-se-á as etapas seguintes de juridificação, as quais contituir-se-ão em novas determinações possíveis da legitimidade, agora num novo âmbito, qual seja, aquele da relação vertical dos indivíduos para com o Estado. Nasce, então, a noção de Estado de direito para além do Estado legal, enfocado por Weber e Kelsen. É claro que o modo como se conceberá a legitimidade, horizontalmente, determinará, também, de alguma forma, a maneira como se conceberá a legitimidade no nível vertical. Assim, em Hobbes, a legitimidade das regras horizontalmente concebidas será dada por um imperativo hipotético, a partir de determinados interesses postos como fim, resultando um conjunto de regras que Hobbes chama de leis naturais. Resolvido o problema da legitimidade horizontalmente, não se pode pôr o problema da legitimidade daquilo que resolve e torna possível a legitimidade horizontal. Assim, nos estágios seguintes, vai se colocar o problema justamente da legitimidade da relação vertical do indivíduo para com o Estado, bem como será recolocado o problema da legitimidade horizontalmente. Nesse sentido, as formulações da igualdade e liberdade determinarão novos modos de se conceber a soberania, bem como a legitimidade, seja horizontal, seja vertical.

O percurso que apresentaremos a seguir constitui-se numa dialética entre uma versão substancialista e uma versão procedimental, esta última já implícita na própria formulação democrática da soberania, em que deverão se originar todas as regras. Weber será um autor importante na formulação desse elemento processual, que pode ser visto, sem muita dificuldade, nos fundamentos da própria teoria contratual, na medida em que aquilo que dará legitimidade a uma regra, no contratualismo, será um *agreement*. Dessa maneira, ou o acordo segue-se de um imperativo hipotético, como em Hobbes, ou de determinações substantivas, como em Rousseau, ou propriamente procedimentais, como em Weber e Habermas. Assim, a versão substancialista pode ser lida como uma tentativa de fugir ao solo movediço de uma legitimidade que não pode mais assegurar a priori a sua validade. O fim das formas tradicionais de vida traz o vácuo das infinitas possibilidades de conteúdo legítimo.

1] O Estado absolutista burguês

Este Estado representa o cenário político, do poder, dentro do qual se diferencia o sistema econômico capitalista. Desenvolve-se, nessa esfera, o direito privado, cuja base é o sujeito capaz de relações contratuais. Ora essa realidade vai ser juridificada a partir do direito e suas características de positividade, legalidade e formalidade.²⁸ De fato, essa é a leitura que Hegel faz dessa problemática, na medida em que, segundo sua formulação, nas teorias contratuais, o Estado acaba reduzido à sociedade civil. Numa leitura possível, a partir de Hobbes, o Leviatã surge para dar segurança, para garantir a propriedade, inexistente na ordem do estado de natureza. Constitui-se a sociedade civil, aqui, a partir do Estado, como seu garantidor. Segundo Habermas, o mundo vivido permanecerá como uma espécie de reserva de onde o Estado e a sociedade civil "extraem aquilo de que necessitam para sua reprodução: trabalho e disponibilidade à obediência".²⁹ Hobbes apresenta, claramente, apenas as determinações sistêmicas do Estado, o qual, se por um lado garante a propriedade e a sociedade civil, por outro, se institui na base do senhorio absoluto sobre aquilo que garante. Para se entender essa problemática é necessário ter em mente a distinção, feita por Hobbes, entre três conceitos: *jus naturale* [*right of nature*], *lex naturales* [*law of nature*] e *lex civiles* [*civil law*]. Hobbes, embora defenda uma complementaridade entre lei civil e lei natural, já que elas se contêm uma à outra na medida em que a lei natural, sem a lei civil, seria despida de eficácia, no entanto, a lei civil não alberga qualquer direito [*jus, right*] do indivíduo; ao contrário, a lei civil será sempre uma restrição ao *jus naturalis*.³⁰ Desta maneira, os direitos [*rights*] não encontrarão qualquer determinação no âmbito do direito positivo.

É claro que Hobbes já pode ser lido na perspectiva de uma elementar teoria dos direitos humanos, herdeira da teoria dos direitos naturais, como o direito à vida.³¹ O problema é que em sua obra tais direitos não ensejam um Estado de direito para proteger a vida. Ensejam, no entanto, o direito de desobediência. Isso se deve, quiçá, à necessidade de um Estado forte como o único capaz de evitar o estado de guerra e, portanto, a suprema ameaça à vida. Ou seja, os direitos do estado de natureza implicariam numa limitação do poder, o que teria como consequência a deterioração do Estado.

28 Positivo é um direito estatuído; a legalidade prescinde do comportamento ético e a formalidade implica em normas neutras eticamente, estabelecendo um espaço para a liberdade de arbítrio, segundo a regra, o que a lei não proíbe, ela permite [cf. TKHI 336].

29 HABERMAS, Jürgen. *Theorie des kommunikativen Handelns*. (Band 2). Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1981. p. 506.

30 Cf. HOBBS, Thomas. *Leviathan*. Oxford: Oxford University Press, 1996. Cap. XIV e XXVI.

31 Ver STRAUSS, Leo. *Natural Right and History*. Chicago: The University of Chicago Press, 1965.

As jornadas seguintes de juridificação podem ser lidas como respostas às pretensões do mundo vivido postas à disposição do mercado e do poder na primeira etapa de juridificação, determinando a progressiva incorporação de direitos [*rights*] pela lei civil.

2] O Estado burguês de direito

O característico desta etapa de juridificação é que a *lex civilis* incorporará como regras positivas direitos subjetivos [*rights*] que podem ser alegados contra os atos do soberano ou da soberania. Elementos próprios do mundo vivido passam a ser reconhecidos e protegidos. **Instaura-se** o princípio da legalidade no sentido, agora, do império da lei, no qual a administração pública não pode agir nem contra, nem *praeter e* nem *ultra legem*. "As garantias relativas à vida, à liberdade e à propriedade das pessoas privadas já não são simplesmente resultados laterais funcionais de um tráfico econômico institucionalizado em termos de direito privado; ao contrário, com a idéia de Estado de direito to-mam o estatuto de normas constitucionais moralmente justificadas".³² Locke pode ser considerado um exemplar desse tipo de formulação.

3] O Estado democrático de direito

Historicamente, essa nova etapa acontece com a Revolução Francesa e encontra sua formulação teórica em Kant e Rousseau. Os cidadãos passam a ter direitos [*rights*] políticos: a legitimidade de uma norma depende do assentimento daqueles que serão afetados por ela. Essa nova etapa juridiciza o processo democrático de legitimação de normas, mediante o direito de voto, a liberdade de organizar e pertencer a partidos etc. Serão novas determinações do mundo vivido a serem elevadas à proteção jurídica. Com isso, o meio poder encontra seu ancoramento definitivo no mundo vivido.

Essas duas etapas podem ser entendidas como um freio ao poder, que o repõe a partir das determinações do mundo vivido, num primeiro momento deixadas de lado. Trata-se, portanto, de uma determinação claramente burguesa da emancipação, que nem por isso deixa de ter o seu valor normativo.

O Estado social e democrático de direito

Marx analisou a primeira etapa, da formação da sociedade civil, ou do mercad^o de trabalho, em sua ambivalência, mostrando como à liberdade de vender a força de trabalho correspondia a alienação dos resultados da produção desse trabalho, por meio do conceito de mais valia e da exploração que ele promovia. Nesse sentido, Marx demonstra, contra Weber, como o direito concebido formalmente, a partir do contrato, gera também efeitos perversos. Ou seja, não só a materialização do direito carrega valores anacrônicos para dentro do mundo jurídico, mas a próprio direito formalmente considerado engendra e protege desigualdades de fato. Por isso, essa quarta etapa de juridificação determinará um novo ganho emancipatório, a partir da perspectiva do trabalho. Trata-se da constitucionalização de uma relação de poder social, ancorada numa estrutura de classes. Temos, nessa etapa, a limitação do tempo de trabalho, o direito ao lazer, o salário mínimo etc. Trata-se de uma juridificação do trabalho, antes à disposição do mercado.

O poder *per lege/sub lege* na filosofia habermasiana

Se não se equiparar Estado e direito, como Kelsen, pode-se falar de governo *per leges* e de governo *sub lege*. O governo *per leges* é um primeiro estágio do Estado de direito, ou para dizer, a forma fraca, *Tatu sensu*, do governo *sub lege*. Neste primeiro momento, já há função ou potencial garantista,

na medida em que se transforma num marco formal que pode ser regulamentado, que pode criar suas próprias condições de reprodução e controle [...] pressupõe uma escolha inicial pela interdição da arbitrariedade, pela previsibilidade da solução jurídica e pela demarcação das condições do exercício do poder perante outras formas informalizadas de seu exercício. Dizer que o poder se expressa juridicamente implica proceduralizar o exercício do poder, o que permitirá dar o passo seguinte, qual seja, a exigência de que tal expressão se dê através de um determinado tipo de normas que aglutinem as características de generalidade e abstração. Além disso, permitirá a implantação da submissão ao direito até chegar-se ao princípio da legalidade substancial que implica a limitação material do âmbito do juridicamente possível³³

Também as formulações antigas, como a de Platão, da lei como senhora dos governantes e os governantes como escravos da lei, sistema no qual aparece-

³³ CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de direito e legitimidade*: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 22-3.

rão todos os bens,³⁴ podem ser consideradas como uma formulação dessa confiança no efeito racionalizador da lei. Mesmo Aristóteles compartilha de tal evidência: "quem recomenda o império da lei parece recomendar o império exclusivo da divindade e da razão, mas quem prefere que um homem governe, de certo modo também quer pôr uma fera no governo, pois as paixões são como feras e transformam os governantes, mesmo quando eles são os melhores homens. Portanto a lei é a inteligência sem paixões".³⁵

Numa versão substancialista, no sentido strictu sensu, ou forte, do Estado de direito, há o condicionamento não só pela forma e pelo procedimento, mas também pelo conteúdo das normas."

No primeiro estágio pode-se chegar ao chamado absolutismo legislativo que "atinge seu paroxismo com os Estados totalitários, os quais, no entanto, se viam como Estados de Direito na medida em que se excluía a arbitrariedade pública, e o respeito à lei era assegurado".³⁷ O regime militar brasileiro, pós-1964, também pode ser considerado um exemplo de um Estado dentro da forma legal, mas não um Estado de direito no sentido mais forte.

Junto com o movimento constitucionalista ou garantista vem uma dimensão normativa muito forte. A questão está em como dar conta dessa dimensão normativa indisponível. Uma perspectiva é aquela substancial, o que significa uma tentativa de atualizar o discurso dos direitos naturais, melhorados através dos direitos humanos. São exemplos dessa perspectiva Bobbio, Ferrajoli e Cademartori, entre outros. Outra perspectiva é daqueles, como Habermas, que seguem uma versão processual da legitimidade, sem dar-lhe um conteúdo substancial.

O garantismo substancialista de Ferrajoli

Ferrajoli adere à tese de que o Estado legal é apenas uma etapa, necessária, mas não suficiente, do sentido normativo do Estado de direito. A legalidade e seu efeito racionalizador tem que ser complementada por determinações conteudísticas, materiais. Esse passo é feito pela positivação dos direitos naturais. Esse fator determina a obsolescência da oposição entre direito positivo e direito natural, pois os direitos naturais passaram não só a ser vínculos de legitimidade externos, mas também internos. Com a positivação desses princípios, a legitimidade passa a depender não só da conformidade

34 PLATON. *Oeuvres complètes de Platon I*. Trad. Léon Robin. Paris: Gallimard, 1950. p. 715d.

35 ARISTOTE. *La politique*. Trad. J. Tricot. Paris: Vrin, 1970. p. 1287b.

36 Cf. CADEMARTORI, *op. cit.*, p. 24.

37 *Idem*, p. 26.

formal com procedimentos de sua produção, mas, também, da conformidade substancial com princípios superiores positivados; ou seja, a validade de uma norma não se confunde com a sua existência jurídica.³⁸ Esse, segundo Ferrajoli, é o elemento mais marcante do Estado constitucional de direito. Isso implicará a nulidade de leis, não só sob o aspecto formal, mas, principalmente, substancial.

Ferrajoli distingue os seguintes conceitos:

vigência-existência-eficácia: validade formal, norma positiva;
validade: validade substancial.

Validade e vigência confundem-se no Estado absoluto, segundo a máxima de Ulpianus *quod principi placuit legis habet vigorem*. Num tal sistema, é delito o que agrada ou desagrade ao soberano. Já no Estado de direito, há uma separação, de tal forma que a validade será, antes de tudo, uma validade substancial referente a valores já positivados, os quais proibem ou garantem.³⁹ Isso determina um imbricamento entre normas inferiores inválidas e normas superiores ineficazes. Esse tipo de problemática não há nos estados absolutos.

Ao contrário de Habermas,⁴⁰ para quem o processo justifica determinados conteúdos, Ferrajoli mantém a posição de que o procedimento de gestação de normas que ele denomina direitos formais atendem só a vigência das leis, ao passo que os substanciais é que determinam a validade.⁴¹

A versão habermasiana da legitimidade pelo procedimento

Cada etapa percorrida pelo Estado de direito visa a resolver uma disfunção existente. E cada etapa engendra um efeito colateral decorrente de seu próprio funcionamento, que determina que se tenha que buscar uma nova formulação capaz de dar conta desse efeitos colaterais. Assim, na primeira etapa, o Estado surgiu para garantir o âmbito do mercado. No entanto, esse primeiro momento gerou o superdimensionamento do Estado, problemática essa que veio a ser resolvida pelas duas etapas seguintes, as quais geraram, por sua vez, efeitos colaterais, como o problema das minorias ou o poderio do mercado

38 Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. [P. A. Ibáñez: Diritto e ragione. Teoría del garantismo penale]. Madrid: Trotta, 2000. p. 355.

39 *Idem*, p. 363.

40 Para uma melhor compreensão da posição de Habermas, ver *A fundamentação discursiva do estado de direito como imperativo categórico e como imperativo hipotético*, do mesmo autor do presente escrito.

41 Cf. FERRAJOLI. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2001. p. 23.

sobre os processos democráticos do Estado de direito democrático. Na última etapa apresentada, aquela do bem-estar social, teremos o problema do paternalismo. A solução dessa cadeia de problemas só pode acontecer se tomarmos as etapas figurativas do Estado de direito numa perspectiva procedimental e não substancialista. Essa formulação atualiza, de alguma forma, a crítica de Weber à materialização do direito. Só que, para Weber, tal materialização implicava numa perda de racionalidade, já que se perdia o caráter próprio da racionalidade do direito, qual seja, a sua formalidade. Ou seja, para Weber, todos os conteúdos jurídicos remetiam a valores, os quais ancoravam em formas de vida tradicionais e, portanto, a uma vida ética, cuja racionalidade não podia ser apresentada. Habermas, ao acreditar numa formulação racional também para a moral, já que se apresenta como um cognitivista, vai apresentar uma cognição normativa possível para a moral. Nesse sentido, a sua tese é que Weber foi incapaz de ver uma racionalidade procedimental e, portanto, formal para a moral. Tal como já vimos, decorre de sua concepção reducionista de ação racional, como voltada só para os meios e não também para os fins. Ora, concebido de modo procedimental, as conseqüências perversas da materialização do direito podem ser atenuadas por um processo autocorretivo, a partir da racionalidade comunicativa, na qual os sujeitos não só são destinatários de direitos, mas seus autores.

Para Kelsen e Weber, as fórmulas do direito natural e da justiça são vazias de conteúdo, albergando, na verdade, direitos historicamente gestados.

Contudo, nenhuma das numerosas teorias do Direito natural conseguiu até agora definir o conteúdo dessa ordem justa de um modo que pelo menos se aproximasse da exatidão e objetividade com que a ciência natural pode determinar o conteúdo de leis da natureza ou a ciência jurídica, o conceito de uma ordem jurídica. Aquilo que até agora tem sido proposto como Direito natural ou, o que redundo no mesmo, como justiça, consiste, em sua maior parte, em fórmulas vazias, como *suum cuique*, "a cada um o seu", ou tautologias sem sentido como o imperativo categórico, ou seja, a doutrina de Kant de que os atos de alguém devem ser determinados somente por princípios que se queiram obrigatórios para todos os homens [...] Na verdade, a resposta ao que é o seu de cada um, a qual é o conteúdo dos princípios gerais obrigatórios a todos os homens, ao que é certo e o que é errado a resposta a todas essas perguntas deve, supostamente, ser dada pelo Direito positivo. Conseqüentemente, todas essas fórmulas de justiça têm o efeito de justificar qualquer ordem jurídica positiva. Elas permitem que qualquer ordem jurídica positiva desejada tenha a aparência de justa. Quando as normas a que se atribui o caráter de "lei da natureza" ou justiça têm um conteúdo definido, elas surgem como princípios mais ou menos generalizados de um Direito positivo definido, princípios que, sem razão suficiente, são propostos como absolutamente válidos pelo fato de serem declarados como sendo leis naturais ou justas.⁴²

42 KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*, p. 14-15.

por isso, "declarar a propriedade como um direito natural, porque é o único que corresponde à natureza, é uma tentativa de tornar absoluto um princípio especí^{al} que, historicamente, em certo tempo e sob certas condições políticas e econômicas, tornou-se Direito positivo".⁴³ Por isso, o direito natural pode ser tanto revolucionário, como conservador. Kelsen propõe abandonar essa metafísica do direito e tratá-lo como de fato é.

Weber, em sua análise do direito natural, numa versão que ele chama de material, epíteta-o de irracionalismo, que vai desde as concepções substantivas estóicas, até as formulações do direito consuetudinário e às teorias do espírito do povo da escola histórica. Frente a essa formulação material dos direitos naturais, Weber alinha uma concepção formal do mesmo. Embora o direito natural não possa ser completamente formal, a sua formulação nos séculos XVII e XVIII tem um caráter claramente formal. De fato, as teorias contratualistas implicam numa concepção formal dos direitos naturais, a partir da liberdade de contratar.⁴⁴ Ou seja, a partir dessa formulação, em tese, pode resultar qualquer norma válida. É claro que essa formulação já traz algum conteúdo, como a proibição da escravidão, por atentar contra as próprias bases formais. Weber detecta nas posições da Suprema Corte americana, contrárias às regulamentações do mundo do trabalho, uma clara posição em direção a direitos naturais formais. Por outro lado, o próprio Weber constata como esse direito natural formal se transformou progressivamente em direito natural substantivo, a partir de determinações sociais e econômicas, como é o caso do socialismo ou das posições regulamentadoras e limitadoras da vontade contratual negocial. Tal é o caso da tese da exploração do Estado de necessidade na lei da usura, a qual proíbe juros elevados, a nulidade das cláusulas contratuais leoninas.⁴⁵ Tais limitações ao formalismo só podem ser feitas a partir de determinações materiais, ligadas não ao mundo jurídico, mas ao mundo ético, o qual, como sabemos, porta, para Weber, uma certa dose de irracionalidade, por remeter sempre a uma moral tradicional.

Não demorou muito para que essa tendência fosse detectada e exigida da própria atividade jurisdicional. Passa-se, então, a exigir do juiz uma atividade criadora, frente à inevitável omissão das leis em face à irracionalidade dos fatos (algo já alfinetado pela afirmação aristotélica de que a lei tem que ser corrigida em razão de sua universalidade). Ora, é uma ilusão pensar que possa haver simples interpretação, sem qualquer referência a juízos concretos de

43 KELSEN. *Teoria geral do direito e do estado*, p. 16.

44 Cf. WEBER, *op. cit.*, p. 640-641.

45 *Idem*, p. 653.

valor. Como se sabe, a tese de Weber é que isso debilita a racionalidade formal do direito.⁴⁶

Weber ficará indeciso entre a eficácia positivista da coerção e a necessidade da legitimidade para uma eficácia duradoura. Sendo pacífica a sua adesão ao direito positivo,⁴⁷ como característica da modernidade, podemos, no entanto, discutir, como faremos adiante, a sua concepção cética de legitimidade. Ou seja, Weber quer defender uma legitimidade puramente formal, mas não consegue deixar de sempre vislumbrar o descaminho para justificações éticas irracionais. Segundo Habermas, podem ser destacadas duas características no tratamento da legitimidade por parte de Weber: o tratamento empirista e a sua desconexão categorial com o racionalidade moral. Tal diagnóstico pode ser comprovado pela confusão ou não distinção, em Weber, entre dogmática jurídica, teoria do direito e filosofia do direito. Ele teria mantido uma atitude cética em relação ao direito em razão do seu ceticismo a princípios cognitivistas.⁴⁸

Passando pelo processo de racionalização, a sociedade moderna desqualifica todas as legitimações substantivas, restando, portanto, como última ratio, o procedimento legal mediante o qual se chega às regras. O direito exige uma justificação pós-tradicional. Em *Teoria da ação comunicativa* (1981) e em *Direito e moral (Tanner Lectures, 1986)*⁴⁹ Habermas busca mostrar como, apesar da negativa de Weber, a motivação da decisão no procedimento legal remete a uma questão de valor.⁵⁰ Weber não teria percebido que a justificação procedimental legal remete a determinações morais. Weber não teria percebido, também, que a própria moral passou por um processo de racionalização que a retirou do solo dos valores, elevando-a para um patamar pós-tradicional, no qual ela julga a partir de princípios. A noção de direitos fundamentais e de soberania popular são a expressão dessa moral de princípios.⁵¹

"Os critérios *materiais* para julgar o que é legítimo em sentido jusnaturalista são a 'natureza' e a 'razão'." Weber elimina rapidamente do direito natural moderno o seu caráter estritamente procedimental e isso porque ele

46 Cf. WEBER. *op. cit.*, p. 658.

47 HABERMAS, Jürgen. *Theorie des kommunikativen Handelns*. (Band 1). Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1981. p. 339.

48 Cf. FG, p. 94-95 [TrFG1, p. 98-99].

49 O modo como Habermas concebe a relação de complementaridade entre direito e moral muda em FG. A mudança dá-se porque, nessa obra, Habermas determinará uma diferenciação entre as razões morais e as razões jurídicas, as quais são mais amplas do que as razões morais, não podendo ser reduzidas a essa. Essa nova formulação remete a uma compreensão do princípio do discurso neutro com relação à moral e ao direito. Inicialmente, Habermas dera uma conotação moral a tal princípio.

50 Cf. HABERMAS. *Theorie des kommunikativen Handelns*. (Band 1), p. 331-2; TrFG2, p. 194.

51 *Idem*, p. 338, 340.

52 WEBER. *op. cit.*, p. 642.

não consegue perceber que razão aqui não traduz um conteúdo metafísico qualquer, mas as condições formais que devem ser satisfeitas para um acordo racional: "Weber confunde novamente as propriedades formais do nível pós-tradicional de fundamentação com valores particulares, materiais". "Isso pode ser provado pela equiparação que ele faz entre razão e natureza, ao tratá-las igualmente na citação. No entanto, "o modelo do contrato social, do mesmo modo que o imperativo categórico, pode ser entendido como proposta para um processo, cuja racionalidade garante a correção de qualquer tipo de decisão toma-da conforme um procedimento".⁵⁴

A crença na legitimidade da legalidade só pode ter por base uma justificação de tipo prático-moral.⁵⁵ Por essa formulação de Habermas "a fé na legalidade de um procedimento não pode engendrar legitimidade *per se*, isto é, somente em virtude da correção procedimental".⁵⁶ A fé na legalidade é uma crença dependente de uma justificação moral,⁵⁷ a qual, em todo caso, deve ser entendida em termos processuais e não substantivos.

Como sabemos, na *Teoria* Habermas analisa o conceito de ação, a partir do qual Weber analisa a racionalização, como sendo muito estreito, porque vem colado à racionalidade com relação a fins. O conceito de ação comunicativa será mais amplo, pois permite diferenciar uma racionalidade estratégica de uma racionalidade moral, permitindo uma análise da racionalização de caráter mas abrangente, envolvendo uma complexidade maior. Além disso, as ambivalências de uma teoria da juridificação não podem ser adequadamente compreendidas dentro do marco de uma teoria da ação. Os âmbitos da ação comunicativa juridicizados separam-se de seus fundamentos prático-morais. Isso combina a teoria da ação comunicativa com a teoria sistêmica, não reduzindo tudo a esta última, como parece fazer Weber.

Já em 1986, Habermas ensaiava uma incipiente diferenciação entre o procedimento jurídico e o moral de forma mais favorável ao direito, pois o mesmo podia dispor de critérios de avaliação institucionalizados, ao passo que a moral não. O procedimento é marcado pela fragilidade, pela não infalibilidade, não há univocidade, nem prazo para chegar a um resultado. Só há procedimentos falíveis para fundamentar normas.⁵⁸ A moral sublimou-se num procedimento, despojando-se de conteúdos determinados.

53 HABERMAS. *Theorie des kommunikativen Handelns*. (Band 1), p. 342.

54 TrFG2, p. 201-2 [FG, p. 550].

55 Cf. HABERMAS. *Theorie des kommunikativen Handelns*. (Band 1), p. 343.

56 *Idem*, p. 344.

57 Cf. FG, p. 550-1 [TrFG2, p. 202].

58 Cf. FG, p. 565-7 [TrFG2, p. 216-217].

Kant obnubilou o sentido procedimental da universalidade ao confundir "a universalidade semântica da lei geral abstrata assumiu o lugar de uma universalidade procedimental, que caracteriza a lei surgida democraticamente como expressão da `vontade popular reunida'".⁵⁹

A Filosofia do Direito habermasiana tem no conceito de legitimidade a sua *clef de voûte*. Trata-se, portanto, de uma questão de justificação, de fundamentação. Ora, Habermas busca construir um procedimento de gestação de conteúdos legítimos, dado pelo princípio da democracia. O princípio da democracia é vertido no sistema de direitos, resultante da aplicação do princípio do discurso sob a forma jurídica e da institucionalização jurídica do princípio do discurso. O sistema de direito forma condições possibilitadoras da gestação de conteúdos legítimos. Eles estão vertidos no código do direito, mas são ainda insaturados, tendo que ser determinados pelo sistema político que adote tais condições democráticas.

Essa forma democrática já contém algum **conteúdo**, traduzido nos termos que definem a própria democracia enquanto procedimento. No geral, esse sistema de direitos, o qual se constitui numa noção de soberania popular procedimentalizada, se identifica, no fundo, com o conjunto dos direitos liberais individuais e políticos. No entanto, exceto pela restrição da própria forma do procedimento democrático, o qual se traveste de um certo **conteúdo**, não é indicado mais nem um princípio substantivo. Desse modo, Habermas pretende evitar as críticas às teorias substantivas da justiça, seja aquelas provindas dos direitos naturais, seja dos direitos humanos. Objeções como aquela de Kelsen, segundo o qual, como vimos, tais teorias não passam de uma forma vazia, que não dizem nada e não servem, no fundo, senão para justificar um certo conjunto de direitos historicamente constituídos.

Do paradigma procedimental como solução da dialética entre igualdade de direito e de fato

As etapas de juridicização propostas por Habermas e seus efeitos colaterais podem ser resumidos do seguinte modo. A primeira etapa estabelece dois sistemas fundamentais: o mercado e o Estado. Esses dois sistemas geram dois problemas básicos: aquele, as desigualdades gritantes e este um Leviatã com poderes, se não absolutos, quase absolutos. O paradigma liberal-democrático tenta resolver o segundo problema, por meio dos direitos liberais e políticos.

59 TrFG2, p. 244 [FG, p. 596].

No entanto, em tal paradigma perdura e se agudiza o problema da desigualdade de fato. O paradigma dos direitos sociais visa a resolver este último problema. Porém, as compensações do Estado de bem-estar social engendram o problema do paternalismo. Portanto, os efeitos colaterais a serem considerados são a desigualdade de fato característica do paradigma liberal e o paternalismo característico do paradigma dos direitos sociais.

Habermas pretende que o paradigma processual por ele proposto seja capaz de resolver ambos os problemas. Na verdade, o paradigma processual é uma operacionalização do sistema de direitos capaz de prestar honras à liberdade privada, própria do liberalismo, evitando o paternalismo, sem precisar abandonar os direitos sociais. Na verdade, para Habermas, à parte a possibilidade do paternalismo, o paradigma dos direitos sociais é normativamente superior ao liberal, ou seja, o paradigma liberal tal qual formulado historicamente — ou seja, de forma demasiadamente próxima ao mercado — é redutor da interpretação que faz do sistema de direitos, visto que o concebe apenas nos termos verticais da relação do indivíduo com o Estado, de tal forma que o paradigma social, por seu turno, consegue atribuir validade a certos conteúdos que compõem o sistema de direitos, presentes já no princípio kantiano do direito, ou seja, a compatibilidade dos arbítrios entre si, e que foram negados pelo paradigma liberal.⁶⁰ Sendo assim, se o paradigma dos direitos sociais puder ser reformulado em termos tais que se desfaçam seus possíveis efeitos paternalistas, fica salvaguardada a normatividade própria do paradigma liberal — a liberdade privada —, bem como uma maior igualdade de fato, sem a qual a liberdade privada não passaria de uma possibilidade. A seguir são apresentados, sumariamente, os traços principais do paradigma proposto por Habermas.

O Estado de direito social protege direitos relacionados ao trabalho, ao lazer, ao consumo, à moradia. Como destinatários de direitos, os atores sociais têm que ter um alto grau de competência, normalmente, ligada à escolaridade para fazer valer tais direitos. Como esses direitos estão distanciados da vida comum das pessoas, torna-se necessária "uma política compensatória de proteção jurídica, capaz de fortalecer o conhecimento do direito".⁶¹ O direito pode ser reforçado, com relação ao seu uso, seja por seguros de proteção jurídica, seja pela gratuidade de custas processuais. No entanto, essa coletivização dos meios de acesso ao direito só poderá ser eficaz se conseguir engajar, como autor, o necessitado de proteção. Ou seja, se o Estado puser à disposição do seu cliente os meios de acesso ao direito, mas sem tratar o sujeito como cida-

60 Cf. FG, p. 305-306 [TrFG 1, p. 311].

61 TrFG2, p. 149 [FG, p. 495].

ção, capaz de articular politicamente, como autor, a proteção de seus interesses, o Estado estará realimentando uma forma de paternalismo num nível mais elevado. Mesmo a tentativa de resolver tal problemática com os meios processuais do direito adoece do mesmo problema. Ou seja, pela introdução de desigualdade positiva processual para resolver uma desigualdade de fato.

Habermas acata, então, como sentido político de aprendizado democrático do direito como autor, não a imposição coletiva do direito, mas a formação cooperativa da vontade. Ou seja, os destinatários devem poder ser capazes de gerir o acesso ao direito. Não se trata de abolir os ganhos dessa figuração do Estado de direito como Estado social, pois

as compensações do Estado de bem-estar social criam a igualdade de chances, as quais permitem fazer uso simétrico das competências de ação asseguradas; por isso, a compensação das perdas em situações de vida concretamente desiguais, e de posição de poder, serve à realização da igualdade de direito. Nesta medida, a dialética entre igualdade de direito e de fato transformou-se num dos motores do desenvolvimento do direito sem ressalvas do ponto de vista normativo.⁶²

O problemático é quando as interferências do Estado social, sob o ponto de vista do direito, para garantir uma igualdade de fato, atingem a autonomia dos destinatários de tais correções protetivas. Isso ocorre quando tais correções transformam-se em assistência e os clientes passam a ter seus direitos tutelados. Isso acontece nas regulamentações trabalhistas e familiares. Nesses âmbitos, há uma espécie de tutela, por parte do Estado, por meio de juizados da infância e da juventude, do ministério do trabalho, de interesses que deveriam ser engendrados pelos próprios interessados. Isso assegura "uma representação eficaz dos interesses, porém às custas da liberdade de decisão dos membros de organizações condenados à adaptação e à obediência passiva".⁶³ Tal formulação, ao mesmo tempo propicia e retira a liberdade de ação.

Porém, se essas formulações forem compreendidas de um modo democrático, então, fica "permitido que os destinatários do direito estabelecido possam entender-se, ao mesmo tempo, como autores que criam o direito".⁶⁴ Em suma, o difícil será evitar, por um lado, as discriminações fáticas, sob o ponto de vista do direito formal, o qual defende a liberdade privada e, por outro, o paternalismo, sob o ponto de vista do direito material, o qual defende a igualdade de fato: "um programa jurídico é discriminador, quando não leva em

62 TrFG2, p. 155 [FG, p. 501].

63 TrFG2, p. 156 [FG, p. 502].

64 TrFG2, p. 157 [FG, p. 503].

conta as limitações da liberdade derivadas de desigualdades fáticas; ou paternalista, quando não leva em conta as limitações da liberdade que acompanham as compensações oferecidas pelo Estado, tendo em vista essas desigualdades".⁶⁵ Portanto, trata-se de equilibrar os princípios da justiça liberal, entendida como distribuição igual de direitos e da justiça social entendida como distribuição igual de chances. Ou seja, trata-se da igualdade para além das determinações formais do direito, de tal forma que seja promovida uma igualdade material de chances, sem atentar contra a liberdade.

Habermas assevera que o erro das duas formulações consiste em entender o processo de juridicização da liberdade como distribuição. Isto é, concebem os direitos ao modo de posses e não de papéis ou relações. Ou seja, para Habermas, os direitos têm mais a ver com um *fazer*, com uma ação, do que com *ter*, com uma posse. Nesse sentido, a injustiça não é só privar alguém do que é seu, mas privar alguém de fazer, de um exercício de criação do direito que está na base da própria noção de cidadania ativa. A passagem da interpretação do direito como um ter para um agir determina uma formulação radicalmente democrática do direito, na qual o cidadão passa a ter um papel ativo na gestação de direitos, não sendo só o destinatário deles. Como autor e destinatário, o processo assume uma função autocorretiva, inexistente quando o direito é interpretado a partir da propriedade ou do dar a cada um o que é seu.

A cidadania ativa será a única não só a poder determinar fatores relevantes para que sejam instituídas medidas protetivas, mas, também, mediante essa determinação mesma manter um espaço de liberdade intacta e ativa, portadora de interesses que podem ser exercidos não só pela tutela do Estado, mas pela própria atividade política.

No caso do feminismo, as políticas protetivas criaram efeitos contrários. Assim, os direitos ligados à gestação e à maternidade ao mesmo tempo que protegiam as mulheres, agravavam a dificuldade de conseguir empregos, devido aos custos desses direitos para o setor de produção. Para que aquilo que é igual seja tratado de modo igual e o que for diferente de modo diferente, será preciso operacionalizar os aspectos relevantes para instituir diferenças, sem ferir a igualdade. Para uma compreensão procedimentalista, "a concretização de direitos fundamentais constitui um processo *que garante a autonomia privada de sujeitos privados iguais em direitos, porém em harmonia com a ativação de sua autonomia enquanto cidadãos*".⁶⁶

65 TrFG2, p. 157 [FG, p. 503].

66 TrFG2, p. 169 [FG, p. 515].

A partir dessas formulações e frente ao insucesso do paradigma social, material, sem levar em conta todas as circunstâncias relevantes, o paradigma liberal, formal, encontra razões epistemológicas para abandonar a complexidade à sua própria autoregulação. Frente aos dois, o paradigma procedimental pode tentar abarcar o âmbito da complexidade das questões relevantes para o tratamento da desigualdade, em que os próprios destinatários do direito, como seus autores, podem corrigir os rumos dos acontecimentos, num processo de aprendizagem falível:

Todo aquele que tenta enfrentar as perspectivas reformistas, servindo-se apenas dos argumentos triviais que destacam a complexidade, confunde legitimidade com eficiência e desconhece o fato de que as instituições do Estado de direito não visam simplesmente reduzir a complexidade, mas procuram mantê-la através de uma contra-regulação, a fim de estabilizar a tensão entre facticidade e validade.⁶⁷

Trata-se de entender a constituição e, portanto, o direito "como sendo a instituição de um processo de aprendizagem falível, através do qual a sociedade vence, passo a passo, sua natural incapacidade para uma autotematização normativa".⁶⁸ Como visto, as diferenciações no direito processual, como parte do paradigma dos direitos sociais, bem como a questão do feminismo, são os exemplos aportados para indicar de que modo se evitaria o paternalismo tendencialmente ligado a esse paradigma, permitindo que a liberdade e a igualdade sejam melhor realizadas do que no paradigma liberal.

A QUASI-MATERIALIST, QUASI-DUALIST SOLUTION TO THE MIND-BODY PROBLEM

*John-Michael Kuczynski**

RESUMO *Se o mental pode afetar ou ser afetado pelo físico, então o mental deve ser ele mesmo físico. Se não fosse assim, as explicações do mundo físico não poderiam ser fechadas — e elas são fechadas. Há razões para se pensar que o materialismo é falso, tanto em suas versões redutivistas quanto nas não redutivistas. Mas como explicar então a aparente sensibilidade do físico ao mental e do mental ao físico? A única solução possível parece ser a seguinte: objetos físicos são na realidade projeções ou isomorfos de objetos cujas propriedades essenciais são mentais. Um modo um pouco menos preciso de apresentar essa tese é o de dizer que propriedades constitutivas, i.e. não estruturais e não fenomenais, de objetos físicos são mentais, i.e. são propriedades tais as que habitualmente encontramos apenas por "introspecção". A cadeira, na medida em que a conheço através da percepção sensorial e de hipóteses estritamente baseadas na percepção, é um tipo de sombra de um objeto que é exatamente como ela, com a única diferença de suas propriedades essenciais serem mentais. Esse raciocínio, embora radicalmente contra-intuitivo, explica a aparente sensibilidade do mental ao físico e inversamente, sem se expor às críticas feitas ao materialismo, ao interacionismo dualista e ao epifenomenalismo.*

Palavras-chave *Filosofia da mente, Problema do Corpo-Mente, Físicalismo, Dualismo*

* Professor do Departamento de Filosofia da University of California, Santa-Bárbara. Artigo recebido em set./2003 e aprovado em mar./2004.

67 TrFG2, p. 188 [FG, p. 535].
68 TrFG2, p. 189 [FG, p. 535-536].