

Perspectivas teóricas sobre a legitimidade da regulação: comparação entre os pensamentos de Jürgen Habermas e de José Pedro Galvão de Sousa

Theoretical perspectives on the regulatory activity's legitimacy: comparison between the approaches of Jürgen Habermas and of José Pedro Galvão de Sousa

Submetido(submitted): 29 June 2023

Parecer(reviewed): 4 July 2023

Revisado(revised): 22 July 2023

Aceito(accepted): 24 July 2023

Arthur de Oliveira Calaça Costa *

<https://orcid.org/0009-0003-8103-9440>

Artigo submetido à revisão cega por pares (Article submitted to peer blind review)

Licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International

Abstract

[Purpose] To analyze points of convergence between the thoughts of Jürgen Habermas and José Pedro Galvão de Sousa regarding state regulatory activity.

[Methodology/approach/design] For the purposes of this study, we start from the understanding of regulation as a "technology of governing social systems" (ARANHA, 2021). From this assumption, the political-philosophical aspects of the thoughts of both authors will be examined. The first author's approach is grounded in Aristotelian-Thomistic realism and the principle of state subsidiarity, while the second author's approach can be described as de-transcendentalized rationalism and Deliberative Democracy.

[Findings] Despite the opposition between the fundamental premises of each author's thoughts, there is a convergence regarding the assertion that the excessive heteronomous action of the State in the administration of social life produces dysfunctions that imply a deficit in the self-realization of the members of a political society. Both authors propose a form of reclaiming individual participation in the administration of social life as a solution.

Keywords: State Regulation. Legitimacy. Habermas. Galvão de Sousa.

Resumo

[Propósito] Analisar pontos de aproximação entre os pensamentos de Jürgen Habermas e de José Pedro Galvão de Sousa a respeito da atividade regulatória estatal.

[Metodologia/abordagem/design] Para fins deste estudo, parte-se da compreensão de regulação enquanto "tecnologia de governo de sistemas sociais" (ARANHA, 2021). Desse pressuposto, serão examinados os aspectos político-filosóficos dos pensamentos

*Pós-graduado em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET. Bacharel em Direito pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Professor Seminarista do IBET. Sócio do Cypriano e Barbosa – Sociedade de Advogados. E-mail: arthurcalacacosta@gmail.com.

de ambos os autores, que se estreiam no realismo aristotélico-Tomista e no princípio da subsidiariedade estatal, no caso do segundo, e no que se pode denominar racionalismo destranscendentalizado e Democracia Deliberativa, no caso do primeiro.

[Resultados] Apesar da oposição entre as premissas fundamentais dos pensamentos de cada autor, há uma convergência quanto à afirmação de que os excessos da atuação heterônoma do Estado na administração da vida social produzem disfuncionalidades que implicam um déficit de autorrealização dos membros de uma sociedade política — e, como solução, ambos propõem uma forma de resgate da participação dos indivíduos na administração da vida social.

Palavras-chave: Regulação estatal. Legitimidade. Habermas. Galvão de Sousa.

INTRODUÇÃO

O problema de pesquisa que orienta o presente artigo pode ser formulado nos termos do seguinte questionamento: existem semelhanças entre as propostas de critérios de aferição da legitimidade do Estado Regulador formuladas por Jürgen Habermas e José Pedro Galvão de Sousa quanto aos critérios de aferição de legitimidade da atividade regulatória?

A relevância do tema proposto se justifica não apenas em razão de a legitimidade da atuação regulatória consistir em um dos pressupostos do Estado Regulador, mas se mostra conveniente também na medida em que a elucidação das semelhanças e dos pontos de distanciamento entre diferentes perspectivas teóricas pode orientar o ente regulador de maneira mais precisa no desenvolvimento de técnicas regulatórias.

Em síntese, no que diz respeito ao fundamento da legitimidade política da atividade regulatória, toma-se por premissa aquela segundo a qual o estado da arte da discussão assume a assertiva de que a legitimidade da atividade regulatória encontra fundamento não mais na instituição de uma entidade regulatória *per se*, e sim na participação dos regulados da tomada da decisão política pela qual o ente regulador e os entes regulados cooperarão para o alcance do interesse público primário.

Nesse sentido, as propostas teóricas de Jürgen Habermas e de José Pedro Galvão de Sousa indicam condições em que a atuação regulatória do Estado pode ser considerada dotada de legitimidade política — e, em que pese partirem de pressupostos filosóficos opostos, chegam a conclusões que, em certa medida, se aproximam.

Tem-se por hipótese que, apesar da oposição entre as premissas fundamentais dos pensamentos de cada autor, há uma convergência quanto à afirmação de que os excessos da atuação heterônoma do Estado na administração da vida social produzem disfuncionalidades que implicam um

déficit de autorrealização dos membros de uma sociedade política — e que, como solução, ambos propõem uma forma de resgate da participação dos indivíduos na administração da vida social: o primeiro, pela viabilização da participação individual na tomada de decisões na esfera pública por meio da ação comunicativa; o segundo, pela reentronização dos corpos intermediários como entidades suscetíveis de instituir normas jurídicas não estatais

Dessa forma, a fim de se verificar quais são esses possíveis pontos de contato, o presente trabalho será iniciado com um exame da natureza da atividade regulatória, quanto à sua matéria, seus agentes, sua finalidade e do fundamento da sua legitimidade, e será seguido de análises individualizadas dos pensamentos de Jürgen Habermas e de José Pedro Galvão de Sousa relativamente a cada um desses aspectos, a fim de se concluir a análise da questão cujo exame é proposto neste artigo.

DA NATUREZA DA ATIVIDADE REGULATÓRIA

A regulação consiste em uma atividade estatal levada a efeito por meio de uma tecnologia de administração das leis com vistas ao alcance de determinados objetivos, assim considerados não apenas os resultados imediatamente mensuráveis de certas políticas públicas, mas também, em um sentido mais amplo, os objetivos políticos orientados por certas visões de mundo e que apontam para o que se entende o bem comum de dada sociedade política.

Visando a que melhor se compreenda a natureza da atividade regulatória, que se situa, em termos político-filosóficos, no paradigma do Estado Regulador, convém expor, ainda que brevemente, os paradigmas de Estado que antecederam esse último. Cada um dos referidos paradigmas propõe uma forma de atuação do Estado como adequada à consecução do bem comum.

O paradigma de Estado Absolutista surge ao início da modernidade como o cume de um progressivo movimento de centralização do poder político, antes exercido de forma difusa pelos senhores feudais. Apresenta como principais características a utilização do poder de polícia como instrumento dessa centralização, voltada à efetividade do controle social por meio de atos individuais e concretos; a intensificação da produção normativa escrita pelo Estado, ainda personificado no Monarca, como corolário do poder de polícia e como principal marca da jornada de juridificação própria do Estado Absolutista, em decorrência da hipervalorização da vontade do soberano como fundamento da ordem jurídica; e pelo monopólio estatal do uso da força como meio de garantia do cumprimento das normas jurídicas (LOPES, 2018, p. 75 e ss.).

Seus reflexos no âmbito econômico implicaram a adoção do mercantilismo como uma forma de gestão da vida econômica e o

estabelecimento de uma liberdade de atuação negativa dos entes particulares, que poderiam estabelecer contratos e formas autônomas de organização dentro dos limites pré-estabelecidos pelo Estado. Dessa maneira, salvo em relação àqueles indivíduos que, por não terem acesso formal ao direito escrito, acabavam sendo regidos não pelo Direito Estatal formal por formas autônomas de regulação ou por estruturas tradicionais de dominação, o Direito estatal passou a ser considerado o único Direito, desconsiderando-se o caráter jurídico das formas de regulação estabelecidas por estruturas sócio-econômicas não estatais.

Em resposta a esse paradigma de Estado Absolutista, sobreveio o Estado Liberal, com vistas a atender a um anseio por liberdade negocial advinda das classes burguesas emergentes. Esse paradigma ficou caracterizado, sobretudo, pela atuação abstencionista do Estado – agora incumbido de assegurar, enquanto direito subjetivo dos entes particulares, um espaço de não intervenção estatal no âmbito econômico –, sob a premissa de que o mercado seria orientado por leis próprias que, uma vez obedecidas, seriam capazes de prover, suficientemente, a produção e a distribuição dos bens entre os agentes de mercado; a necessidade de uma justificativa técnica para a intervenção estatal – haja vista que, uma vez que as leis de mercado dadas pela ciência econômica, supostamente, seriam capazes de prover de maneira eficiente a distribuição de bens, a intervenção estatal somente seria admitida diante de uma justificativa técnica ou econômica; pela busca da autorrealização individual através da liberdade para buscar a satisfação de interesses egoísticos; e pela racionalização da integração social, que passou a assumir um caráter sistêmico mediada pelo dinheiro.

O paradigma do Estado Liberal proporcionou, por um lado, o desenvolvimento do capitalismo, uma vez que a lei, de caráter geral e abstrato, assegurava, em boa medida, a previsibilidade das condições negociais e favorecia o êxito econômico dos empreendimentos; por outro, ocasionou uma forma de exclusão social daqueles desprovidos de propriedade, uma vez que a integração social, agora dotada de feições sistêmicas, era mediada pelo intercâmbio de propriedade. Dessa maneira, o modelo de Estado Liberal acabou por acarretar relevante mitigação da liberdade individual em razão da privação das condições materiais para o exercício da liberdade, uma vez que a integração social mediada pela propriedade provocava a exclusão daqueles indivíduos desprovidos desse elemento mediador.

Como corolário desse paradigma de Estado, predominou no plano jurídico-constitucional, o modelo Estado de Direito, caracterizado pela abstrativização e pela generalização do direito formal – em contraposição à predominância dos atos individuais e concretos no paradigma do Estado Absolutista –, pelo desprezo pela verdade ou por questões morais, reputadas

como estranhas ao direito ou metajurídicas e estruturadas sob a forma hipotético-condicional e encaradas como postulados lógico-formais. Dentro dessa perspectiva, o Estado de Direito se organizava, internamente, em normas de estrutura hipotético-condicionais (“se A, logo B”), tinha por justificativa a necessidade de assegurar espaços de não intervenção estatal, em respeito à liberdade negocial e ao direito de propriedade, e pôde contribuir para os anseios da burguesia emergente por meio da promoção de condições estáveis para o ambiente de negócios.

Com vistas, pois, a atender a demandas do mundo da vida decorrentes da exclusão das condições materiais para a fruição da liberdade, concebeu-se o modelo de Estado Social – inicialmente corporativista –, que deu lugar ao Estado de Bem-Estar Social. Nesse paradigma, o sistema econômico permaneceu orientado para a acumulação de capital e para a maximização de resultados; fez-se necessário, porém, como meio para a entrega de utilidades materiais aos indivíduos excluídos do processo de integração sistêmica predominante no modelo de Estado Liberal, estender as fronteiras da zona de não intervenção estatal: o Estado passou a poder intervir nas relações contratuais e nos contornos do direito de propriedade sob a justificativa da necessidade de oferecimento de compensações sociais que viabilizassem o exercício da liberdade.

Dentro desse modelo, o Estado passa a absorver as externalidades negativas do sistema econômico decorrentes dos aspectos deletérios das formas predominantes de integração social – e, para assimilar essas externalidades, precisa dominar as relações sociais. Isso faz com que essas relações – profissionais, escolares, familiares etc. – passem a se sujeitar à administração estatal; por força desse movimento, a integração social passa a ser mediada pelo fornecimento de utilidades materiais (compensações) pela burocracia estatal e as relações integram-se, sistemicamente, pela atribuição heterônoma de papéis sociais aos indivíduos relacionados.

Nesse contexto, as relações que, sob os paradigmas de Estado anteriores, eram informalmente disciplinadas pelos próprios indivíduos ou grupos sociais passam a ser gerenciadas pelo Estado – e, como instrumento dessa atuação, a estrutura interna predominante das normas jurídicas deixa de se orientar unicamente pelo formato hipotético-condicional (“se A, logo B”) e passa a assumir, em muitos casos, a forma de programas políticos, que estabelecem objetivos sociais a serem alcançados. A racionalidade normativa do Estado passa a fundar-se não mais na necessidade de definição dos limites da atuação estatal e da esfera privada, e sim no direcionamento da vida econômica e da vida social para as finalidades político-institucionais colimadas pelas autoridades estatais e o direito passa a servir de instrumento à consecução dessas mesmas

finalidades – muitas vezes com a superação de decisões tomadas no âmbito legislativo por deliberações administrativas: “[a] participação cidadã resumia-se a cada um receber a sua parte” (LOPES, 2018, p. 98).

Com o objetivo de, por um lado, manter as compensações oferecidas pelo Estado de Bem-Estar Social – evitando a exclusão daqueles indivíduos desprovidos de propriedade do processo de integração – e de, por outro, assegurar a autonomia, privada e pública, dos mesmos membros da sociedade política – fazendo frente à clientelização dos cidadãos ocasionada pelos excessos da burocracia estatal na administração das compensações e das relações sociais –, emerge o paradigma do Estado Democrático de Direito. Fundado na dignidade da pessoa humana, esse paradigma de Estado pressupõe, fundamentalmente, que todo indivíduo deve ser considerado como um fim em si mesmo, sendo injusta a sua instrumentalização pelo sistema político burocrático ou pelo sistema econômico.

Nessa linha, o Estado Democrático de Direito tem por desafio estabelecer formas moderadoras de regulação, que assegurem a fruição de utilidades materiais sem suprimir a participação dos cidadãos na vida política e na conformação das instituições. Isso porque, nesse viés, o Direito emerge não apenas como meio de legitimação, pelos procedimentos formais que estabelece, mas também carece de legitimação pela participação autônoma dos indivíduos na conformação de seus conteúdos normativos – que não se encontram à disposição das autoridades políticas, mas que, enquanto instituição, devem encontrar fundamento nos elementos culturais e morais constitutivos da sociedade política.

Seu modelo de Estado correspondente, sob a perspectiva jurídico-econômica, é o Estado Regulador. Nessa linha, a finalidade do Direito consiste em proporcionar a integração dos demais sistemas sociais regulados de tal maneira que as compensações materiais convivam com a autonomia individual – sem que com isso ocorra uma colonização do sistema econômico pela política, como se dá no Estado de Bem-Estar Social, ou uma sujeição da política ao domínio econômico, como se deu no Estado Liberal.

Assim, nesse modelo, o Direito, quanto à estruturação interna de suas normas, prefere estabelecer procedimentos a definir conteúdos materiais, fixando condições de organização e coordenação dos partícipes de cada sistema na definição autônoma do jurídico (LOPES, 2018, p. 114).

Em síntese, a regulação pode ser definida como uma “tecnologia de governo de sistemas sociais”, caracterizada como um “projeto de direito público”, com vistas ao “alcance de um equilíbrio dinâmico das interações dos atores setoriais em conformidade com um objetivo de interesse geral”

(ARANHA, 2022, Loc. 1320-1326). O Estado Regulador, por sua vez, apoia-se nos seguintes pressupostos:

“a) no Estado garante dos direitos fundamentais, inclusive a igualdade de condições competitivas; b) no Estado de intervenção permanente e simbiótica; c) no Estado Administrativo, por sua apresentação de agigantamento da função de planejamento e gerenciamento das leis; d) no Estado legitimado no figura do administrador, do processo de gerenciamento normativo da realidade ou do espaço público regulador; e) no Estado de direitos dependentes de sua conformação objetiva em ambientes regulados; f) no Estado Subsidiário, em sua apresentação de potencialização da iniciativa privada via funções de fomento, coordenação e fiscalização de setores relevantes; e g) no conceito de regulação como processo de retroalimentação contínua da decisão pelos efeitos dessa decisão, reconformando a atitude do regulador em uma cadeia infinita caracterizada pelo planejamento e gerenciamento conjuntural da realidade.” (ARANHA, 2022, Loc. 1428-1434)

Uma vez definidos os contornos da atividade regulatória, passa-se ao exame dos critérios de legitimidade dessa atividade propostos pelos dois autores cujos pensamentos se pretende comparar neste artigo – a começar pelo de Jürgen Habermas.

DA LEGITIMIDADE DO DIREITO NO PENSAMENTO DE JÜRGEN HABERMAS

Antes de examinar, propriamente, os critérios de legitimação do Direito em Jürgen Habermas – a partir dos quais se pode examinar, igualmente, a legitimidade da atividade regulatória –, convém situar os pressupostos da matriz filosófica de seu pensamento.

Pode-se dizer, em síntese, que Jürgen Habermas é, sob certos aspectos, partidário dos pensamentos de Immanuel Kant e de Max Horkheimer e Theodor Adorno e, sob outros aspectos, refratário a essas mesmas linhas de pensamento. Habermas adere ao pensamento kantiano e reage à postura da Escola de Frankfurt – aqui considerada como o pensamento de Adorno e Horkheimer – na medida em que afirma a possibilidade de emancipação pelo uso da razão (“pelo uso da razão, seria possível transformar o mundo e, sobretudo, emancipar a pessoa humana” – HOMMERDING *et al.*, 2017, p. 1561); nesse sentido, Habermas, embora não se afaste, em termos radicais, do idealismo kantiano – haja vista que “a análise kantiana [...] está orientada para o sujeito, não para o objeto” (RAMOS, 1993, p. 51) –, tampouco concorda, em termos absolutos, com a afirmação de que, “no domínio da natureza, sem o qual a mente não existe, a escravização pela natureza persiste” (ADORNO *et al.*, 2002, p. 68)

(com a qual Adorno e Horkheimer decretam a falência do projeto iluminista, esteado na racionalidade), mas “busca substanciar uma racionalidade originada no diálogo entre os partícipes do mundo vivido” (CIARLINI, 2016, p. 78).

Os referidos desenvolvimentos, resumidamente, dizem respeito à superação dos paradigmas do sujeito e do objeto enquanto referenciais de produção de conhecimento, assim acolhidas por Habermas. Segundo o Autor, tomando-se a verdade enquanto conceito absoluto, a superação do paradigma epistemológico do objeto se deu a partir da percepção de que um mesmo fato (objeto) não manifesta a sua essência de maneira uniforme à generalidade de seus observadores; a superação do paradigma do sujeito operou-se a partir do momento em que se percebeu que não jaziam no sujeito – mais precisamente, nos elementos da sua consciência – as condições possibilitantes do alcance da verdade sobre determinados fatos, uma vez que os elementos da consciência individual, por não serem suscetíveis de apreensão pela generalidade dos observadores do mesmo fato, não poderiam constituir um conhecimento tido como objetivo (HABERMAS, 2012).

Nessa esteira, para Habermas, as possibilidades do atingimento da verdade foram, a partir do giro linguístico, transferidas dos elementos da consciência do sujeito cognoscente para os elementos da linguagem (HABERMAS, 2012) - marcando, assim, a separação de caminhos entre Habermas e Kant, para quem as condições de cognoscibilidade não se encontram no objeto ou na linguagem, e sim “na estrutura da mente em si” (RAMOS, 1993, p. 51). Assim, por consubstanciar um elemento de análise objetiva – assim, por meio da partilha intersubjetiva –, é na linguagem que passam a residir os elementos de aferição da racionalidade das proposições veritativas sobre determinado fato (RAMOS, 1993, p. 51).

Dessa forma, para Habermas, o problema da verdade já não se coloca enquanto adequação da mente do sujeito ao objeto conhecido e tampouco como conhecimento da verdade a partir dos elementos da consciência. Para o filósofo, o conhecimento somente pode ser obtido por meio do consenso fundado, considerado como a comunhão a respeito da veracidade de determinado fato, alcançada *a posteriori* por meio de um debate em que são pressupostos: (i) a mais ampla inclusividade de participantes, que possam contribuir com o seu conhecimento para a construção da verdade, e a igualdade de direitos comunicativos; (ii) a racionalidade dos sujeitos falantes e a racionalidade como fator de validação das proposições – excluída a coação como meio de obtenção do consenso; (iii) suposição de mundo objetivo comum entre os falantes; e (iv) a incondicionalidade dessas exigências de validez (HABERMAS, 2012). O processo em comento, pelo qual Habermas reputa possível alcançar um juízo – sempre transitório – de verdade a respeito de proposições pretensamente

veritativas a respeito de fatos ou de normas (*rectius*: aceitabilidade racional) é denominado ação comunicativa.

Em outras palavras, a verdade, ou a aceitabilidade racional, a respeito dos enunciados de fato somente pode ser obtida por meio da ação comunicativa no bojo de uma postura cooperativa entre os participantes do procedimento, por meio da qual, pressupondo a racionalidade comum dos agentes e a pretensão comum de cada um deles em construir enunciados racionalmente aceitáveis por meio da ação comunicativa a partir de uma suposição de unidade de mundo, torna-se possível fundar consensos acerca de dados culturais.

Transpondo esses pressupostos filosóficos para o debate acerca da legitimidade do Direito – e, assim também, da atividade regulatória –, Habermas propõe como critério fundante de legitimidade do Direito uma concepção procedimentalista do sistema jurídico, segundo a qual:

“A teoria discursiva do direito explica a legitimidade do direito com a ajuda de procedimentos e pressupostos comunicativos – institucionalizados, por seu turno, juridicamente – que fundam a presunção de que os processos de produção do direito e de aplicação do direito conduzem a resultados racionais. No que se refere ao conteúdo, as normas ditadas pelo legislador políticos e os direitos reconhecidos pela administração da justiça devem sua ‘racionalidade’ ao fato de que os seus destinatários são tratados como membros iguais e livres da comunidade de sujeitos jurídicos, em uma palavra, no trato igual das pessoas jurídicas protegidas em sua integridade.” (HABERMAS, 2005, p. 497)

Dessa forma, não é pela conformidade a conteúdos definidos *a priori* que o direito, em Habermas, extrai sua legitimidade – uma vez que, com efeito, o “seu critério racional legitimador somente será obtido após a dialetização desses interesses e sua ponderação diante de tantos outros interesses em conflito” (CIARLINI, 2013, p. 244), e sim da sua feição procedimental:

“A obtenção de um consenso jurídico legítimo resulta de um acordo racionalmente motivado, resultante de um procedimento normativamente estabelecido que satisfaça a exigência de um acordo livre, discursivo e estabelecido de modo autônomo pelos participantes.” (SOUSA, 2011, p. 48)

É por essa via que o Autor, de um lado, propõe a conciliação da manutenção das compensações materiais com a autorrealização dos cidadãos na sociedade política e, de outro, a manutenção da autonomia dos indivíduos na esfera privada pela sua participação em comum na esfera pública:

“Daí que a igual distribuição de direitos subjetivos não pode desligar-se dessa autonomia pública que os cidadãos só podem exercer em comum, participando na prática da produção legislativa.” (SOUSA, 2011, p. 497)

Essa participação dos cidadãos na esfera pública não se limita à representação política nos órgãos deliberativos parlamentares: embora o Estado

“ocupe o centro dessa esfera pública, destacadamente com os complexos parlamentares, não mais se confunde com a mesma”, sendo certo que

“[a] **sociedade civil, seus movimentos sociais, organizações e associações de toda ordem**, os meios de comunicação de massa, partidos políticos etc., compõem um complexo mais ou menos institucionalizado de formação, reprodução e canalização da opinião pública e da vontade política que, filtrados por sua pertinência, constituem o *input* dos órgãos políticos estatais. A oposição entre Estado e Sociedade, quanto à titularidade da interpretação do sistema dos direitos, mostra-se falsa se, tanto em sua gênese quanto na reprodução e reconstrução hermenêutica do sentido de suas normas, o direito puder ser visto como imposto pelos cidadãos por si mesmos.” (SCOTTI, 2017)

Pode-se afirmar, assim, que, em Habermas, a atividade regulatória, enquanto movimento de juridificação, consistente em uma “tecnologia de governo de sistemas sociais”, caracterizada como um “projeto de direito público”, com vistas ao “alcance de um equilíbrio dinâmico das interações dos atores setoriais em conformidade com um objetivo de interesse geral”, extrairia sua legitimidade não dos resultados, mas sim do procedimento, lastreado nos pressupostos de validade da ação comunicativa, por meio do qual os cidadãos, participando ativamente do processo, poderiam contribuir de maneira autônoma para a obtenção de objetivos próprios dessa mesma atividade.

DA LEGITIMIDADE DO DIREITO NO PENSAMENTO DE JOSÉ PEDRO GALVÃO DE SOUSA

Da mesma forma como se procedeu ao examinar o pensamento de Habermas, convém, igualmente, analisar os pressupostos filosóficos do pensamento de José Pedro Galvão de Sousa antes de tratar, sob o ponto de vista do Autor, da legitimidade da atividade regulatória.

José Pedro Galvão de Sousa, um dos fundadores da Faculdade Paulista de Direito – que mais tarde viria a se integrar à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP –, foi um pensador brasileiro influenciado pelo realismo aristotélico-tomista. Essa matriz de pensamento filosófico encontra suas raízes no resgate, feito por Tomás de Aquino, do pensamento de Aristóteles e tem como principal expressão “a correspondência entre o nosso conhecimento e as coisas por ele atingidas” (GALVÃO DE SOUSA *et al.*, 2021, p. 785):

“[a] verdade, nesta perspectiva, é a adequação do entendimento à realidade, a uma realidade que existe independentemente de nós, de ser ou não captada por nós.” (RAMOS, 1993, p. 43)

Sendo o conhecimento orientado à apreensão da realidade quanto aos seus aspectos singulares, no plano sensível, e quanto aos seus aspectos universais (essências), no plano intelectual (LOMBO *et al.*, 2020, pp. 87 e 119), a legitimidade do Direito, fundamentalmente, decorre da apreensão da essência (natureza) racional do ser humano, de onde se extraem o justo por convenção (Direito Positivo) e o justo por natureza (Direito Natural), sendo este fundamento daquele primeiro (GALVÃO DE SOUSA, 1977).

Nesse sentido, em sua concepção clássica, o Direito Natural é um direito essencialmente moral, que corresponde à lei decorrente da natureza humana racional. Por experiência comum, prossegue Sousa, o homem busca sempre possuir o bem e evitar o mal (donde se tratar de um direito essencialmente moral); daí se conclui que o Direito Natural estabelece deontologicamente o conteúdo da lei quanto aos seus princípios morais primeiros, de acordo com a qual, ontologicamente, o ser humano se põe em condições adequadas à posse dos bens imediatos e do bem apetecível por si (GALVÃO DE SOUSA, 1977, pp. 5-11), que é a sua finalidade última.

Dentro dessa perspectiva, sendo a natureza humana racional, e sendo dela que decorre a lei natural, comum a todos os seres humanos em todas as épocas – nos dizeres de Cícero, trata-se da *recta ratio, naturae congruens, diffusa in omnes, constans, sempiterna* –, é o Direito Natural, segundo José Pedro Galvão de Sousa, que deve corresponder ao fundamento objetivo do Direito Positivo: o fundamento objetivo da ordem moral e jurídica reside na própria natureza humana que se conhece tanto especulativamente, sob aspectos essenciais, quanto por meio da observação das tendências naturais do ser humano, sob aspectos materiais (GALVÃO DE SOUSA, 1977, pp. 53 e ss.).

Sendo o ser humano, também por natureza, um ser social, as disposições a respeito de como melhor conformar os meios para a obtenção do bem comum em meio às circunstâncias particulares – sócio-econômicas, geográficas, culturais – de cada sociedade política (princípios morais segundos) podem e devem ser dispostas por meio de convenções, que consubstanciam o Direito Positivo; o Direito Positivo, todavia, não consiste em uma mera reprodução do Direito Natural. Antes, deve nele encontrar fundamento e realizá-lo concreta e historicamente, indo além do objeto material de suas disposições (princípios morais primeiros) (GALVÃO DE SOUSA, 1977, pp. 71 e ss.). Diz-se, a esse respeito, que o Direito Natural é, ao mesmo tempo, imanente e transcendente em relação ao Direito Positivo (GALVÃO DE SOUSA, 1977, pp. 71 e ss.).

“Com efeito, o Direito Natural não se plasma completamente no Direito Positivo através da dedução. Constitui os princípios básicos, que servem de fundamento inicial ao debate que resultará na lei escrita, pois esta não poderá contrariar esses princípios básicos.

Assim, o Direito Positivo seria composto por duas grandes ordens normativas: a primeira abrangendo as normas essenciais ou primárias, fundadas no Direito Natural e que, portanto, cabe ao Estado apenas reconhecer; a segunda, englobando as normas periféricas ou secundárias, próprias do poder criador do Estado. Como exemplo das primeiras teríamos aquelas concernentes aos direitos fundamentais do homem (direito à liberdade, à vida, ao trabalho, à propriedade, à procriação e educação dos filhos, etc.); em relação às segundas encontraríamos, a título de exemplo, a forma ideal de governo, de organização do Estado, etc.

Conclui-se, portanto, que um Direito Natural, que se baseia na própria natureza humana, cognoscível pela experiência e no qual se deve apoiar o Direito Positivo, como um dos pressupostos de sua legitimidade, pois o descompasso com a Natureza importa no estabelecimento da lei que não traduz a Justiça, mas apenas a vontade daqueles que detêm o Poder.” (MARTINS FILHO, 1992, p. 64)

Quanto à sua concepção de sociedade política, Galvão de Sousa pontua que o Positivismo Jurídico, ao reduzir todo o direito ao Direito Positivo, negando a existência do Direito Natural, encontra suas raízes filosóficas no liberalismo político, segundo o qual a sociedade é composta por um aglomerado de indivíduos, e no voluntarismo, segundo o qual a ordem jurídica decorre de um ato da vontade da autoridade (GALVÃO DE SOUSA, 1977, pp. 84 e ss.).

Dessas premissas, Galvão de Sousa destaca que se irradiam como consequências a identificação do direito com a lei positiva e o reconhecimento do Direito estatal como o único direito possível; tal compreensão, porém, equivocava-se, a seu ver, quanto à exata compreensão da sociedade política, que se trata não apenas de um aglomerado de indivíduos mas que se compõe também por corpos intermediários – tais como empresas, associações, sindicatos – que, embora de maneira distinta, produzem normas jurídicas, segundo entende, assim como o Estado o faz (GALVÃO DE SOUSA, 1977, pp. 84 e ss.). Segundo Sousa, o individualismo, próprio do liberalismo político, conduz ao reconhecimento do monismo jurídico (*i. e.*, a ideia segundo a qual o único direito que existe é aquele produzido pelo Estado) e ao totalitarismo jurídico e político, uma vez que, por essa via, descarta-se a participação dos corpos intermediários no processo de juridificação (GALVÃO DE SOUSA, 1977, pp. 84 e ss.).

Aqui interessa notar como Galvão de Sousa, de certa forma, tangencia os movimentos de juridificação próprios de cada paradigma de Estado abordados ao início deste artigo a partir da evolução da filosofia política na modernidade e dos influxos desse movimento sobre o Direito Civil. A esse respeito, Galvão de Sousa destaca que se faz relevante tratar do Direito Civil – que sofre importantes intervenções do absolutismo monárquico e essas intervenções são intensificadas, historicamente, pelo idealismo, pelo totalitarismo e pela tecnocracia – porque, em sua gênese, o Direito Civil é a

expressão mais genuína do Direito Natural e da autonomia política dos indivíduos de uma sociedade (GALVÃO DE SOUSA, 1977, pp. 102 e ss.).

Segundo Galvão de Sousa, tamanha era a importância de se preservar o Direito Civil dos povos, mesmo no contexto das monarquias absolutistas, que até mesmo monarcas como Luís XIV reconheciam a necessidade de o Estado respeitar, antes de modificar, o direito civil de povos conquistados (GALVÃO DE SOUSA, 1977, pp. 102 e ss.). Com a crescente centralização, via institucionalização, do poder estatal, porém – que antes era pessoal e se limitava ao poder de treinar e de governar –, o Estado passou a administrar os mais diversos aspectos da vida em sociedade. De acordo com Galvão de Sousa, isso se deu por influência do idealismo político – em detrimento do realismo – que levava os políticos a pretenderem a fundação da ordem estatal com base em pressupostos ideológicos os mais diversos, que variaram, quanto à prevalência, ao longo do tempo (GALVÃO DE SOUSA, 1977, pp. 102 e ss.).

Nessa toada, num primeiro momento (Séc. XIX), sob o influxo de ideologias de viés liberal, as constituições nos Estados modernos surgiram como um pretenso fundamento do Estado, limitando-se a estabelecer garantias contra o árbitro estatal e princípios de organização do poder político. No século seguinte, porém, as Constituições assumiram uma feição mais social e avançaram sobre outros aspectos da vida, disciplinando temas como a segurança pública, educação, saúde, trabalho etc. (GALVÃO DE SOUSA, 1977, pp. 102 e ss.).

Com o aumento das suas funções – que passaram do governo da sociedade civil à sua administração –, o Estado passou a conferir maior relevância, em sua atuação, aos temas que assegurariam o regular cumprimento dessas vastas atribuições – passando a editar normas, de forma proeminente, sobre Direito Administrativo e Direito Tributário. Assim, com a crescente necessidade de centralização de aspectos da vida civil e o aumento da técnica, estavam colocadas as ocasiões para que o Estado se tornasse totalitário e tecnocrático, substituindo o Direito dos corpos intermediários e seu pluralismo jurídico pelo direito unicamente estatal e o governo dos homens, exercido com prudência, pela administração das coisas, tendo por fim a eficiência segundo a técnica (GALVÃO DE SOUSA, 1977, pp. 102 e ss.).

Feito esse apanhado, Sousa observa que o individualismo, que levou o Direito Civil a adquirir maior grau de prestígio na época das codificações, foi exatamente o que levou à sua deriva, por dois motivos: (i) a perda das raízes do Direito Civil no Direito Natural; e (ii) a sua desconexão com o direito histórico. Nesse sentido, a perda das raízes que o Direito Civil mantinha no Direito Natural decorre da exagerada valorização da autonomia da vontade, que fez com que o Direito Civil se desconectasse das realidades que lhe são subjacentes para

submetê-las ao arbítrio da vontade legislativa (GALVÃO DE SOUSA, 1977, pp. 102 e ss.).

Num segundo momento, o idealismo deu lugar a que, sem considerar o desenvolvimento natural e histórico do Direito – que vai do Direito econômico (da família) ao direto político, na linguagem de Aristóteles –, passou a importar formas jurídicas do Direito francês ou do direto anglo saxão; com isso tudo, a elaboração legislativa deixa de ser um *legere*, enquanto disposição de normas e procedimentos orientados para o bem comum à luz da realidade político-social conhecida, e passa a ser um *velle*, enquanto ato de vontade arbitrário e fundante da ordem jurídica, e faz com que o Direito Natural seja descartado para ter seu lugar ocupado pelo Positivismo, elemento fundante dos regimes totalitários e da tecnocracia, nos quais a técnica não apenas é instrumento do fazer estatal (transformação da ordem) mas assume uma verdadeira maneira de exercício do poder:

“[s]uprime os corpos intermediários, extirpa a livre iniciativa, desconhece o princípio da ação supletiva do Estado e ao Estado atribui todos os poderes, fazendo desaparecer as autoridades sociais e as liberdades concretas dos homens.” (GALVÃO DE SOUSA, 2018, p. 134)

Como remédio para o totalitarismo tecnocrático – que, segundo o Autor, suprime a autonomia dos indivíduos na sociedade política –, Sousa propõe:

“a valorização dos grupos sociais perante o Estado e o reconhecimento do princípio de subsidiariedade – o qual, por sua vez, conduz a um federalismo orgânico e a um regime de descentralização compatível com a necessária centralização de certas atividades.” (GALVÃO DE SOUSA, 2018, p. 142)

Dentro dessa perspectiva, transportados os pressupostos teórico-filosóficos do pensamento de José Pedro Galvão de Sousa para fins de aferição da legitimidade da atividade regulatória, pode-se afirmar que: (i) essa tarefa, embora não afaste a possibilidade de deliberação procedimental, passa necessariamente pela análise do conteúdo material das disposições obtidas, reflexivamente, pelos procedimentos organizados pela entidade reguladora, que deve conformar-se ao conteúdo do Direito Natural; (ii) deve contar com a participação dos corpos intermediários em esferas de não intervenção estatal, sempre que, à luz das circunstâncias historicamente situadas de uma sociedade política, essa intervenção for excessiva em relação às exigências concretas de necessária centralização de certas atividades; e (iii) deve pressupor, nessa perspectiva, uma atuação subsidiária do Estado.

PONTOS DE CONVERGÊNCIA E DE AFASTAMENTO ENTRE HABERMAS E GALVÃO DE SOUSA

Feitos os exames dos pressupostos filosóficos e dos critérios de aferição da legitimidade do Direito na visão de Jürgen Habermas e de José Pedro Galvão de Sousa, parecem mais evidentes os pontos de divergência entre os pressupostos filosóficos de um e outro autor.

Como visto, do ponto de vista epistemológico, Habermas supera o pessimismo da Escola da Frankfurt sem deixar de reconhecer as possibilidades de êxito da razão humana em direção ao projeto de emancipação e se afasta do pensamento kantiano ao propor uma solução para o fracasso do projeto de emancipação iluminista, com lastro na ação comunicativa e na transposição da aferição da aceitabilidade racional das proposições veritativas – dos elementos ocultos da consciência do sujeito para a linguagem, em que a razão intersubjetivamente partilhável e auditável pelos demais participantes da ação comunicativa. José Pedro Galvão de Sousa, sob esse mesmo aspecto, parte da premissa oposta, de que a verdade corresponde à adequação entre o intelecto e a coisa, a qual continuará sendo o que é independentemente do sujeito cognoscente.

Essas premissas filosóficas produzem impactos definitivos nos critérios de legitimação do Direito de ambos os Autores: Habermas, coerentemente, afirma que uma via de juridificação que se pretenda legítima deve supor uma concepção procedimental do Direito, segundo a qual o conteúdo de suas normas, embora não esteja à disposição das autoridades políticas, deve ser construído de forma racional e autônoma pelos cidadãos, por meio de uma razão destranscendentalizada e historicamente situada, por meio da qual os critérios de validade da norma serão aferidos apenas *a posteriori*, no decorrer e ao cabo do procedimento.

José Pedro Galvão de Sousa chega à conclusão parcialmente oposta, mas de forma igualmente coerente: para o autor brasileiro, embora uma visão procedimental do Direito, nos limites do seu pensamento, seja cabível quanto à deliberação a respeito daquilo que seriam os princípios morais segundos ou secundários – que podem ser dispostos de maneira convencional pelo Direito Positivo, para a conformação concreta do bem comum em determinada sociedade política –, essa mesma visão procedimental não se aplica à matéria do Direito Natural, que, por decorrer da natureza humana racional, permanece sempre a mesma em todas as épocas, faz-se universalmente presente em todos os seres humanos e, portanto, não é suscetível de ser modificada por convenções humanas.

Ainda, os autores parecem divergir quanto à extensão da intervenção estatal nas relações sociais. Se, para Habermas, o Estado deve franquear aos participantes dos diversos sistemas sociais o procedimento adequado à deliberação jurídico-política na esfera pública – e, por essa razão, não deixa de mediar a integração social junto aos cidadãos e, de certa forma, de dispor acerca das normas jurídicas –, José Pedro Galvão de Sousa parece não apenas tolerar mas também preferir espaços livres de atuação do Poder Estatal nos casos em que as circunstâncias concretas de certa sociedade política não exigirem a centralização de dadas atividades pelo Ente estatal.

Chamam atenção, todavia, os pontos de convergência que se apresentam mesmo em face de premissas filosóficas fundamentalmente opostas.

Tanto Habermas quanto Galvão de Sousa, embora não utilizem as mesmas expressões, reconhecem nas associações, sindicatos e em outras organizações e grupos sociais – denominados por Sousa de “corpos intermediários” – relevantes instrumentos de legitimação do Direito: para Habermas, tratam-se de veículos de participação autônoma no procedimento democrático de deliberação mediado pelo Estado acerca das formas de organização e distribuição dos bens materiais e das liberdades públicas e particulares; para Galvão de Sousa, tratam-se de entidades capazes de produzir direito próprio, parelho ao direito estatal, capazes de suprir demandas sociais e políticas mesmo longe dos espectros de necessária centralização da administração estatal sobre a vida social.

Também quanto à análise das circunstâncias que levam à busca por alternativas aos paradigmas do Estado Liberal e do Estado de Bem-Estar Social, ambos os autores parecem convergir: para Habermas, a administração das compensações materiais com a correspondente necessidade de dominação política das contingências das relações sociais pelo Estado leva à perda de autonomia dos cidadãos, que passam a integrar-se à sociedade como clientes do Estado e sua participação política fica limitada ao recebimento da sua parcela; segundo José Pedro Galvão de Sousa, essas mesmas circunstâncias, que decorreram, quanto à raiz político-filosófica, do liberalismo e do individualismo político, levaram à deriva o Direito Civil – maior expressão da autonomia política dos cidadãos – e à disciplina, de forma proeminente, de normas de Direito Administrativo e de Direito Tributário, tendentes a assegurar os meios materiais de cumprimento, por parte do Estado, do ônus de prestar, em larga escala, compensações materiais aos cidadãos.

À luz de todo o exposto, conclui-se que, em que pesem as divergências fundamentais quanto aos pressupostos filosóficos de ambos os autores, há uma convergência quanto à afirmação de que os excessos da atuação heterônoma do Estado na administração da vida social produzem disfuncionalidades que

implicam um déficit de autorrealização dos membros de uma sociedade política e que os corpos intermediários desempenham um papel relevante no resgate da autonomia políticas dos cidadãos na esfera pública e na legitimação do Direito, de modo geral, e da atividade regulatória, de modo particular.

CONCLUSÃO

O problema de pesquisa que orientou o presente artigo foi resumido em saber se existem semelhanças entre as propostas de critérios de aferição da legitimidade do Estado Regulador formuladas por Jürgen Habermas e José Pedro Galvão de Sousa quanto aos critérios de aferição de legitimidade da atividade regulatória.

Para se chegar a essa solução, investigou-se, previamente, a natureza da atividade regulatória e os paradigmas de Estado, com as correspectivas jornadas de juridificação, que antecederam o paradigma do Estado Regulador. Ao cabo dessa exposição preliminar, verificou-se que a regulação pode ser definida como uma “tecnologia de governo de sistemas sociais”, caracterizada como um “projeto de direito público”, com vistas ao “alcance de um equilíbrio dinâmico das interações dos atores setoriais em conformidade com um objetivo de interesse geral”. Visa a proporcionar a integração dos demais sistemas sociais regulados de tal maneira que as compensações materiais convivam com a autonomia individual – sem que com isso ocorra uma colonização do sistema econômico pela política, como se dá no Estado de Bem-Estar Social, ou uma sujeição da política ao domínio econômico, como se deu no Estado Liberal.

Em seguida, foram analisados os pressupostos filosóficos e os critérios de legitimação do Direito nos pensamentos de Jürgen Habermas e de José Pedro Galvão de Sousa, com vistas a encontrar, ali, fundamentos de legitimidade comparáveis para a atividade regulatória.

Viu-se, quanto ao pensamento de Habermas, que o Autor assume, do ponto de vista epistemológico, pressupostos filosóficos parcialmente vinculados ao pensamento kantiano e, em outra parte, atrelados ao pensamento da Escola de Frankfurt, por força dos quais adere a um modelo de racionalidade destrancendentalizada como meio *a posteriori* para o alcance do conhecimento. O direito, de modo geral, e a regulação, particularmente, extrairiam sua legitimidade não dos resultados, mas sim do procedimento, lastreado nos pressupostos de validade da ação comunicativa, por meio do qual os cidadãos, participando ativamente do processo deliberativo, poderiam contribuir de maneira autônoma para a obtenção de objetivos próprios dessa mesma atividade.

Quanto a José Pedro Galvão de Sousa, viu-se tratar-se de pensador ligado ao realismo aristotélico-tomista, para quem, diversamente, a verdade consiste na correspondência entre o intelecto do sujeito cognoscente e a coisa conhecida. O fundamento de legitimidade do Direito, em parte fundamental, residiria no Direito Natural, universalmente presente em todos os homens e imutável ao longo das épocas, com o qual o Direito Positivo e o produto da atividade regulatória deveria guardar conformidade; em parte acessória, dependeria da valorização dos corpos intermediários como entidades capazes de produzirem direito próprio e de atuar de forma socialmente efetiva naqueles espaços em que a centralização da administração da vida social pelo Estado não se fizesse necessária.

Ao final do estudo, foram comparados os pontos de convergência e de divergência entre os pensamentos de ambos os autores relativamente aos fundamentos de legitimação do Direito e da atividade regulatória. Concluiu-se que em que pese as divergências fundamentais quanto aos pressupostos filosóficos de ambos os autores, há uma convergência quanto à afirmação de que os excessos da atuação heterônoma do Estado na administração da vida social produzem disfuncionalidades que implicam um déficit de autorrealização dos membros de uma sociedade política e que os corpos intermediários desempenham um papel relevante no resgate da autonomia políticas dos cidadãos na esfera pública e na legitimação do Direito, de modo geral, e da atividade regulatória, de modo particular.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADORNO, Theodor; HORKHEIMER, Max. *Dialectic of enlightenment: philosophical fragments*. Stanford: Stanford University Press, 2002
- ARANHA, Marcio Iorio. **Manual de Direito Regulatório: Fundamentos de Direito Regulatório**. 5ª ed. London: Laccademia Publishing, 2022
- CIARLINI, Alvaro Luís de Araújo Sales. Racionalidade e destranscendência como emancipação: lineamentos de um difícil diálogo entre o direito e as liberdades públicas. **Clássicos do Direito**. 1ª ed. CIARLINI, Alvaro Luis de Araújo Sales (Org.). Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2016
- _____. **Direito à saúde: paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2013

GALVÃO DE SOUSA, José Pedro; GARCIA, Clóvis Lema; CARVALHO, José Fraga Teixeira de. **Dicionário de Política**. Rio de Janeiro: Edições CDB, 2021

_____. **Direito Natural, Direito Positivo e Estado de Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977

_____. **O Estado tecnocrático**. São Luís: Livraria Resistência Cultural, 2018

HABERMAS, Jürgen. **Agir comunicativo e razão destranscendentalizada**. Trad. Lucia Aragão. Rio de Janeiro: Biblioteca do Tempo Universitário, 2012

_____. *Faticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso* (Trad. Manuel Jimenez Redondo). 4ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005

HOMMERDING, Adalberto Narciso ; MOTTA, Francisco José Borges. Direito e legitimidade em Jürgen Habermas: aportes para a construção de um processo jurisdicional democrático. **Quaestio Iuris**. Vol. 10, nº 3. Rio de Janeiro, 2017

LOMBO, José Angel; RUSSO, Francesco. **Antropologia filosófica: uma introdução** (Trad. Henrique Menegaz e Placimário Ferreira). São Paulo: Cultor de Livros, 2020

LOPES, Othon de Azevedo. **Fundamentos da Regulação**. Rio de Janeiro: Processo, 2018

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **A legitimidade do Direito Positivo: Direito Natural, Democracia e Jurisprudência**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992

RAMOS, José Maria Rodriguez. **Lionel Robbins: Contribuição para a Metodologia da Economia**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1993

SCOTTI, Guilherme. Discursiva do direito, Teoria. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/99/edicao-1/discursiva-do-direito,-teoria>>

CALAÇA COSTA, Arthur de Oliveira. *Perspectivas teóricas sobre a legitimidade da regulação: comparação entre os pensamentos de Jürgen Habermas e de José Pedro Galvão de Sousa*. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, v. 10, nº 1, p. 15-34, maio de 2023.

SOUSA, Francisco Pereira de. **O discurso de legitimação do direito e da política em Habermas** (Tese de Doutorado). Universidade Federal da Paraíba; Universidade Federal de Pernambuco; Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Programa Integração de Doutorado em Filosofia. João Pessoa: 2011

**Journal of Law and Regulation
Revista de Direito Setorial e Regulatório**

Contact:

Universidade de Brasília - Faculdade de Direito - Núcleo de Direito Setorial e Regulatório
Campus Universitário de Brasília
Brasília, DF, CEP 70919-970
Caixa Postal 04413

Phone: +55(61)3107-2683/2688

E-mail: ndsrf@unb.br

Submissions are welcome at: <https://periodicos.unb.br/index.php/RDSR>