



VOLUME 4

GEOVANY CARDOSO JEVEAUX

Acesso formal e material à Justiça e acesso à Justiça formal e material





Esta obra foi selecionada para integrar a “Coleção Pesquisa Ufes”,
a partir de Chamada Pública feita pela Pró-Reitoria de
Pesquisa e Pós-Graduação (PRPPG) da Universidade Federal
do Espírito Santo (Ufes) aos programas de pós-graduação
da universidade.

A seleção teve por base pareceres que consideraram critérios de
inovação, relevância e impacto.

O financiamento da Coleção foi viabilizado por meio do
Programa de Apoio à Pós-Graduação (Proap) da Coordenação
de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes) e de
recursos do Tesouro Nacional.



**Universidade Federal
do Espírito Santo**



Editora Universitária – Edufes

Filiada à Associação Brasileira
das Editoras Universitárias (Abeu)

Av. Fernando Ferrari, 514
Campus de Goiabeiras
Vitória – ES · Brasil
CEP 29075-910

+55 (27) 4009-7852
edufes@ufes.br
www.edufes.ufes.br

Reitor

Paulo Sergio de Paula Vargas

Vice-reitor

Roney Pignaton da Silva

Chefe de Gabinete

Zenólia Christina Campos Figueiredo

Diretor da Edufes

Wilberth Salgueiro

Conselho Editorial

Carlos Roberto Vallim, Eliana Zandonade,
Eneida Maria Souza Mendonça, Fátima Maria
Silva, Graziela Baptista Vidaurre, Isabella Vilhena
Freire Martins, José André Lourenço, Marcos
Vogel, Margarete Schat Góes, Rogério Borges
de Oliveira, Sandra Soares Della Fonte, Sérgio da
Fonseca Amaral

Secretaria do Conselho Editorial

Douglas Salomão

Administrativo

Josias Bravim
Washington Romão dos Santos

Seção de Edição e Revisão de Textos

Fernanda Scopel, George Vianna,
Jussara Rodrigues, Roberta
Estefânia Soares

Seção de Design

Ana Elisa Poubel, Juliana Braga,
Samira Bolonha Gomes, Willi Piske Jr.

Seção de Livraria e Comercialização

Adriani Raimondi, Dominique Piazzarollo,
Marcos de Alarcão, Maria Augusta
Postinghel, Maria de Lourdes Zampier



Este trabalho atende às determinações do Repositório Institucional do Sistema Integrado de Bibliotecas da Ufes e está licenciado sob a Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações 4.0 Internacional.

Para ver uma cópia desta licença, visite <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.



MC&G

Diretora da MC&G Editorial

Maria Clara Costa

Secretaria do Conselho Editorial

Helena Pires

Seção de Edição e Revisão de Textos

Carlos Otávio Flexa | Natalia Natalino |

Roberto Azul | Joyce Guimarães

Seção de Design

Glaucio Coelho | Victória Sacagami

Conselho Editorial

Alexandra Santos Pinheiro | UFGD | Brasil

Angélica Ferrarez de Almeida | UERJ | Brasil

Antonio Liberac C. Simões Pires | UFRB | Brasil

Arlindo Nkadibuala | UniRovuma | Moçambique

Juan Miguel González Velasco | UMSA | Bolívia

Luciano Brito | UFRB | Brasil

Maria Alice Resende | UFRB | Brasil

Núria Lorenzo Ramírez | UB-GREC | Barcelona

Rosy de Oliveira | UFRB | Brasil

Thayse Figueira Guimaraes | UFGD | Brasil

Preparação de texto

Carlos Otávio Flexa

Projeto gráfico

Edufes

Diagramação e capa

Glaucio Coelho

Revisão de texto

Roberto Azul

Natalia Natalino

Fotografia da capa por
Ilya Plakhuta obtida em
<https://unsplash.com/>.

Esta obra foi composta com
a família tipográfica Crimson Text.

Dados Internacionais de Catalogação-na-publicação (CIP)

J58 Jeveaux, Geovany Cardoso.

Acesso formal e material à justiça e acesso à justiça formal e material [recurso eletrônico] / Geovany Cardoso Jeveaux. — Vitória : EDUFES ; Rio de Janeiro : MC&G , 2021.

Dados eletrônicos (e-Pub) — (Coleção Pesquisa UFES ; 4).

Inclui bibliografia.

ISBN: 978-65-88077-00-9 [coleção]

ISBN: 978-65-88077-53-5

1. Direito constitucional - Brasil. 2. Acesso à justiça - Brasil. 3. Assistência judiciária - Brasil. 4. Tutela jurisdicional - Brasil. I. Título. .

CDU: 347.81017

Elaborada por Priscila Pena Machado - CRB - 7/6971

GEOVANY CARDOSO JEVEAUX

Acesso formal e material à justiça e acesso à justiça formal e material

 **EDUFES**

Vitória, 2021

Sumário

Introdução	8
Capítulo 1	
Acesso à justiça como efetividade os.....	10
Capítulo 2	
Da instrumentalidade do processo ao formalismo valorativo	15
Capítulo 3	
Juiz ativo, ativismo judicial e função criadora do direito	32
Capítulo 4	
A teoria da justiça de Kelsen	50
Capítulo 5	
A justiça traída pelo processo: a legitimação pelo procedimento de Niklas Luhmann	63
Capítulo 6	
A justiça política de Otfried Höffe.....	71
Capítulo 7	
Acesso qualitativo à justiça e teoria da argumentação: Alexy, Habermas e Dworkin	78
Capítulo 8	
Panorama das teorias da justiça social, procedimentalismo e racionalidade.....	96
Capítulo 9	
A teoria da justiça de Rawls	108

Capítulo 10	
A crítica neoliberal de Nozick	124
Capítulo 11	
A crítica neoliberal de Hayek	128
Capítulo 12	
A crítica comunitária de Michael Walzer	133
Capítulo 13	
As Mudanças da Teoria da Justiça de Rawls em	
“O Liberalismo Político”	139
Conclusão.....	144
Referências.....	149
Índice	156
Sobre o autor.....	158

Introdução

O tema do acesso à justiça contém em seu próprio título um problema nominal que tem obscurecido ou ao menos limitado a pesquisa de seu objeto: ou bem se dá ênfase aos aspectos formais e substanciais do acesso aos serviços judiciais ou aos chamados equivalentes jurisdicionais (arbitramento, autocomposição), ou bem se investigam os critérios ideológicos também formais e substanciais de atuação do Estado como agente distribuidor de bens. Em outras palavras, as abordagens da matéria têm sido ou de um acesso formal e substancial à justiça ou de um acesso à justiça formal e substancial. Trata-se de expressões que não são vazias de significado e que não designam a mesma coisa.

Quando se fala em um acesso formal e substancial à justiça, cuida-se de investigar quais são as melhores condições de se obter uma decisão judicial ainda desprovida de conteúdo, do modo mais rápido (celeridade) e com o maior índice de aceitação do resultado (efetividade). Por outro lado, quando se fala em um acesso à justiça formal e substancial, cuida-se de investigar as condições pelas quais o Estado atua ou deve atuar como árbitro distribuidor de bens (não apenas por meio do processo).¹

1 Isso coloca em questão a justiça intrínseca das decisões políticas, nas quais se encontram os atos políticos em geral, as leis e as decisões judiciais.

Essas duas abordagens da justiça por meio do processo não têm sido coincidentes, bastando notar que, enquanto a primeira delas tem sido objeto do trabalho dos processualistas, a segunda tem sido objeto do trabalho dos autores da filosofia política.

O objetivo do presente trabalho é o de conciliar essas duas abordagens, encontrando os pontos de contato de ambas e um ou mais mediadores que permitam um diálogo coerente com as suas premissas e conclusões.

Capítulo 1

Acesso à justiça como efetividade

Como parte da primeira abordagem, o trabalho que melhor a expressa é a pesquisa conduzida por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, intitulada de “Projeto de Florença”, que envolveu também vários pesquisadores de outros países. Nesse trabalho, a premissa básica dos autores é a de que a justiça social pressupõe o acesso efetivo à justiça, no sentido de favorecer as pessoas comuns, ou seja, equilibrando a relação entre demandantes pobres e ricos. Considerando, porém, que a efetividade perfeita exige igualdade substancial, e que esta não passa de uma utopia, os autores aceitam uma efetividade imperfeita, capaz de superar os obstáculos ao acesso efetivo, sem abandonar os valores do procedimento (CAPPELLETTI, 1988, p. 8; 15; 93-94; 164).²

2 Em outras palavras, a pesquisa promoveu um corte epistemológico reducionista: não estando dentro do espaço da pesquisa o conceito e as teorias sobre a justiça social, preferiu-se tratá-la como uma utopia em troca de um enfoque processual aparentemente menos dogmático da efetividade, como meio de superação das denominadas barreiras ao acesso.

A efetividade foi então definida como “o modo pelo qual os direitos se tornam efetivos”, sendo que a tomada de consciência para ela teve início com o surgimento dos direitos coletivos e dos novos direitos humanos. Esse despertar para uma nova realidade chamou a atenção para (i) a função social do processo, para (ii) a não exclusividade das cortes ou para a concorrência de protagonistas não oficiais na solução dos litígios e para (iii) uma maior relação e influência recíproca entre o direito processual e o direito material. Se antes o individualismo liberal qualificava o acesso com base nos direitos formais de agir e ao contraditório, mediante a pesquisa da relação de imputação entre antecedente e consequente, de maneira indiferente à própria realidade, a estratificação e a complexidade sociais geradas na segunda metade do séc. XX passaram a exigir um processo de resultados, com satisfação aos seus consumidores (CAPPELLETTI, 1988, p. 9-12).

Para tanto, seria necessário remover os obstáculos a essa efetividade, a saber: a) custas; b) pequenas causas não gratuitas; c) relação desigual entre prazos peremptórios (curtos) e tempo de duração do processo (longo); d) possibilidades desiguais das partes (privilégios, poder econômico, capacidade técnica, litigantes eventuais/habituais, legitimidade e resultado individual da defesa de interesses difusos). As reformas tendentes a promover essa remoção foram então descritas em três “ondas” cronológicas, a saber: 1) assistência judiciária; 2) representação jurídica dos interesses difusos; 3) novas formas de derrubar as barreiras ao acesso efetivo (CAPPELLETTI, 1988, p. 15-29; 21).

Na primeira “onda” se caminhou da assistência voluntária à assistência remunerada pelo Estado. Essa última foi objeto de três modelos, a saber: o sistema de remuneração pública da assistência (*staff system*), o sistema de advocacia privada (*judicare*) e o sistema misto, de escolha entre a advocacia pública e a advocacia privada. O maior problema do primeiro modelo é o conflito de interesses entre os direitos tutelados e o próprio Estado como sujeito passivo das demandas,

enquanto o maior problema do segundo modelo é o seu individualismo, ou seja, o não tratamento do demandante pobre como classe. Apesar dos avanços dessa “onda”, remanescem outras dificuldades: a) o não reconhecimento de direitos extradomésticos, como os direitos do consumidor e do inquilino; b) a intimidação moral diante dos advogados e da corte; c) a desigualdade econômica diante de grupos econômicos; d) a remuneração inadequada dos advogados em qualquer dos modelos empobrece a própria assistente, numa espécie de soma de pobreza (CAPPELLETTI, 1988, p. 31-47).

Na segunda “onda” surge a representação dos interesses difusos nos chamados “litígios de direito público”, diante de sua vinculação a questões de política pública que envolvem grandes grupos de interessados e que exigem mudança do individualismo processual para um coletivismo. Nesse movimento, a ação governamental (ministério público, advogado/procurador-geral, agências públicas, *ombudsman*) se mostrou ineficiente para a tutela desses interesses, ao contrário das ações populares e coletivas (*class action*), movidas por autores ideológicos, com notórias vantagens sobre as ações governamentais, a saber: a) associações temporárias de grupos, com redução do formalismo e das despesas; b) aumento do poder de barganha; c) honorários com cláusula de sucesso aumentaram o interesse de profissionais habilitados. Ao lado das *class actions* surgiram também três modelos de representação, a saber: 1) sociedades de advogados de interesse público; 2) assessoria pública, constituída de escritórios independentes que auxiliam grupos a reivindicar direitos e a se organizarem em grupos permanentes; 3) modelo misto (CAPPELLETTI, 1988, p. 50-67).

Na terceira “onda” encontram-se os esforços para aumentar a efetividade do acesso, mediante o emprego de um conjunto de instituições e mecanismos de demanda e de prevenção de demandas e a adoção de estudos críticos e de reformas do aparelho judicial, com reconhecimento, contudo, de que simples mudanças legislativas não são capazes de alterar a realidade e às vezes funcionam como

mecanismo de redistribuição de vantagens, e não de compensação delas. Entre as alterações recomendadas estão: a) juízos e tribunais especializados; b) juízes leigos ou árbitros; c) meios informais e extrajudiciais de solução de litígios; d) mudança da legislação material tendentes a prevenir litígios; e) adequação das regras processuais ao tipo de litígio. Já as reformas recomendadas dizem respeito: a) aos procedimentos, com mais concentração de atos e oralidade;³ b) aos meios extrajudiciais de solução dos litígios, com a adoção de juízos arbitrais, de conciliação e de incentivos econômicos (isenções ou condenações à parte que resista ao acordo de forma irrazoável); c) à especialização de órgãos e de procedimentos judiciais, com a tutela dos interesses coletivos e difusos (CAPPELLETTI, 1988, p. 67-91).

Fazem parte ainda dessa terceira “onda” três fenômenos importantes, a saber: 1) as reformas dos juizados especiais ou de pequenas causas; 2) a mudança do modelo decisório; 3) a simplificação do direito (CAPPELLETTI, 1988, p. 99-158).

No plano dos juizados especiais ou de pequenas causas, as reformas foram conduzidas para obter: a) acessibilidade geral, com a adoção do *jus postulandi* (para ambas as partes), de plantões noturnos, de juizados instalados nas próprias comunidades, de simplificação de formas e de atermadores judiciais (serventuários que reduzem a termo das reivindicações); b) equalização das partes, mediante julgadores ativos, simplificação dos meios de obtenção das provas, audiências prévias de aconselhamento, paraprofissionais jurídicos aconselhadores, perícias oficiais ou pagas pelo Estado, vedação às pessoas jurídicas (especialmente comerciantes cobradores de dívidas), marcação revisível na revelia e defesa do consumidor (com juizados especiais).

3 Conferir Cappelletti (1988, p. 81) sobre o “movimento da oralidade” ou o “modelo de Stuttgart” que se antagonizam com o “sistema de neutralidade judicial”, porque nele a participação do juiz é mais ativa, assim como maior é o diálogo com as partes. Todavia, o perfil da magistratura dogmática não é realista com a simples reforma da oralidade.

No plano da mudança do modelo decisório as mudanças: a) favoreceram a conciliação; b) deram origem a tribunais privados; c) promoveram a distinção entre conciliadores e julgadores, a fim de obter a mediação.

Finalmente, no plano da simplificação do direito as reformas adotaram: a) decisões por equidade; b) juízos locais e leigos de mediação (inclusive em matéria trabalhista e criminal); c) o divórcio sem culpa (denúncia vazia); d) responsabilidade objetiva; e) a especialização do direito do consumidor.

Capítulo 2

Da instrumentalidade do processo ao formalismo-valorativo

No Brasil, o movimento de acesso à justiça iniciado por Cappelletti e Garth foi retomado por Cândido Rangel Dinamarco, com a ideia de instrumentalidade do processo, e por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, com a ideia de formalismo-valorativo.

De acordo com Dinamarco, o sistema processual deve ser avaliado sob um “ângulo externo”, com base em seus fins (no plural). Essa premissa permitiria aferir os graus de utilidade e de legitimidade do processo numa perspectiva teleológica, sem ignorar os “[...] valores sociais e políticos da nação”. Essa nova abordagem teria a capacidade de superar a falta de sincronia entre fins políticos e meios jurídicos criada pela teoria tradicional. Numa frase, “[...] a instrumentalidade do processo é alimentada pela visão dos resultados que dele espera a nação” (DINAMARCO, 1990, p. 9-11; 206-209).

Referida teoria visa superar o caráter restritivo de duas visões antagônicas sobre o processo, a saber: 1) como “atuação da vontade concreta da lei”, que repousa na suficiência do direito material, sem

valorizar a participação do processo no resultado respectivo; 2) como “justa composição da lide”, na qual o processo é reduzido a uma única função de solucionar conflitos. Isso porque o processo tanto realiza interesses concretos como também reintegra a ordem jurídica objetiva, de modo que “[...] o correto enquadramento político do processo conduz à insuficiência da determinação de *um* escopo da jurisdição [...] É preciso, além do objetivo puramente jurídico da jurisdição, encarar também as tarefas que lhe cabem perante a sociedade e perante o Estado como tal” (DINAMARCO, 1990, p. 210-213).

Essas tarefas sociais destinadas ao processo devem coincidir com os objetivos eleitos pela sociedade política, nisso consistindo o resultado jurídico-substancial que dele se espera. Entre os vários fins almejados está o principal: a justiça, “[...] que é afinal expressão do próprio bem comum, no sentido de que não se concebe o desenvolvimento integral da personalidade humana, senão em clima de liberdade e igualdade” (DINAMARCO, 1990, p. 217).

Quanto à instrumentalidade em si mesma considerada, ela tem duplo sentido e dois lados, a saber: 1) quanto aos sentidos ela pode ser: a) interna, relativa ao processo; b) externa, relativa à jurisdição ou ao próprio sistema processual; 2) quanto aos lados ela pode ser: a) negativa, no sentido de não conceber o processo como um fim em si mesmo; b) positiva, no sentido de conceber a efetividade do processo, “[...] entendida como capacidade de exaurir os objetivos que o legitimam no contexto jurídico social e político”. Essas óticas são convergentes, porque, “no exame do processo a partir de um ângulo exterior, diz-se que todo o sistema não vale por si, mas pelos objetivos que é chamado a cultivar; e depois, em perspectiva interna, examinam-se os atos do processo e deles diz o mesmo. Cada um deles tem uma função perante o processo e este tem funções perante o direito substancial, a sociedade e o Estado” (DINAMARCO, 1990, p. 377-384).⁴

4 Na página 386 o autor resume de novo o sentido de efetividade do processo: “[...] a efetividade do processo, entendida como se propõe, significa a sua almejada

Como resultado pragmático, a instrumentalidade repousa sobre quatro aspectos fundamentais, a saber: 1) a admissão em juízo, que trata de ampliar o acesso à justiça com base no incremento da gratuidade dos serviços judiciais, na desformalização (p. ex., os juizados especiais cíveis e criminais), na legitimação ativa coletiva, na ampliação da eficácia subjetiva da sentença e nos sucedâneos da jurisdição ou equivalentes jurisdicionais (arbitramento, autocomposição); 2) o “modo-de-ser do processo”, representado pelo contraditório, pela inquisitividade, pela prova e pelo procedimento, e que cuida de superar os obstáculos à efetividade (contumácia, sistema de preclusões, “cerceamento de defesa” e o princípio dispositivo como regra); 3) a justiça das decisões, que aconselha ao juiz a busca do critério de justiça nas “[...] disposições contidas no ordenamento jurídico substancial [...]” e reclama um juiz ativo na condução do processo, porém não ativista, ou seja, observando-se “[...] o primado da lei sobre o juiz”; 4) a utilidade das decisões, no sentido de se obter “[...] a tutela mais ampla possível aos direitos reconhecidos [...]”, fazendo-se corresponder a pretensão com o tipo de provimento mais adequado para a espécie (DINAMARCO, 1990, p. 390-434).

Por fim, a instrumentalidade tem como ponto de chegada o acesso à justiça, como “[...] síntese de todos os princípios e garantias do processo [...]” (DINAMARCO, 1990, p. 484).

Dessa ordem de ideias podem ser feitas quatro observações.

A primeira delas diz respeito ao conceito de justiça, que ora aparece como algo reduzido ao “bem comum” (e este ao desenvolvimento da personalidade por meio da liberdade e da igualdade) e ora como algo reduzido ao direito material legislado.

aptidão a eliminar insatisfações, com justiça e fazendo cumprir o direito, além de valer como meio de educação geral para o exercício e respeito aos direitos e canal de participação dos indivíduos nos destinos da sociedade e assegurar-lhes a liberdade”.

O problema da primeira redução é que liberdade e igualdade constituem princípios antagônicos: enquanto o primeiro representa o ideal liberal da autonomia individual em relação à opressão estatal (especialmente econômica), o último expressa o ideal democrático da plena equalização (também econômica). Consoante Bobbio, “com respeito, portanto, aos vários significados possíveis de igualdade, liberalismo e democracia estão destinados a não se encontrar, o que explica, entre outras coisas, a contraposição histórica entre eles durante uma longa fase”. A compatibilização entre liberalismo e democracia teve início com a admissão da igualdade de oportunidades, para além da mera igualdade jurídica formal, finalizando com a aceitação da soberania popular, ou seja, com “[...] a atribuição ao maior número de cidadãos do direito de participar direta e indiretamente na tomada das decisões coletivas [...]” (BOBBIO, 1988, p. 42-43). O problema é que nas democracias representativas o chamado “procedimento de contratação” (pelo qual os acordos parlamentares são feitos no recesso dos gabinetes e levados ao parlamento apenas para chancela pública de uma decisão privada previamente estabelecida) tem obscurecido o princípio da maioria (BOBBIO, 1990, p. 118), comprometendo assim a noção de que a ordem jurídica objetiva expressa o “bem comum”, que não passa então de uma generalização simbólica desprovida de qualquer significado.

O problema da segunda redução decorre do primeiro, porque não se pode aceitar como critério intrínseco e preestabelecido de justiça uma legislação do direito material que não é propriamente o resultado da vontade da maioria, senão apenas retoricamente.

A segunda observação se refere à expressão “ângulo externo”, que corresponde à abordagem não dogmática do fenômeno jurídico, contrária portanto ao direito como sistema fechado de “normas”, ocupado em dar resposta a problemas concretos. Num sistema fechado ou dogmático, as soluções para os problemas estão preconcebidas e a tarefa do aplicador é a de encontrar a resposta normativa mais adequada para a *fattispecie*, ou seja, seu compromisso é o

de estabelecer uma relação de imputação entre um antecedente e um consequente. Já num sistema aberto, os problemas e as soluções não estão pressupostos, de modo que o sujeito cognoscente não tem compromisso com um resultado predeterminado, senão que com a especulação (potencialmente infinita) estabelecida a partir de perguntas e respostas (FERRAZ JÚNIOR, 1990, p. 40-42). Todavia, a abordagem não é genuinamente zetética, no sentido de que não mantém as premissas abertas à dúvida: ao contrário, parte-se da premissa insofismável de que a efetividade depende da relativização do formalismo. Embora essa premissa seja verdadeira, no sentido de ser aceitável, ela dogmatiza a teoria da instrumentalidade ao conceber um ponto de partida inegável.

A terceira observação tem sede na célebre polêmica da moralidade ou da moralidade dos meios e dos fins. A propósito, sustenta o autor que “[...] todo meio só é tal e se legitima, em função dos fins a que se destina”, de modo que, para além do processualismo estritamente técnico, o processo deve ser avaliado com base em seus fins, como critério de legitimação de seus resultados, deixando clara sua opção pela versão da moralidade dos meios e dos fins. Trata-se de questão que é tratada na teoria (ou ética) da justiça como racionalidade prática, ou melhor, o caminho existente entre a deliberação sobre o agir e a ação para que o resultado seja considerado justo ou injusto. Por exemplo, a conexão virtuosa de ambos (meios e fins) está presente em Aristóteles,⁵ enquanto que, em Kant, o que con-

5 De acordo com Michael J. Sandel, a teoria da justiça de Aristóteles é (i) teleológica, no sentido de que a definição de direitos depende de saber qual é a finalidade (*télos*) da prática social em que eles serão atribuídos ou reconhecidos, e também (ii) honorífica, no sentido de que essa atribuição depende das virtudes a honrar e a recompensar, diferindo-se assim das teorias contemporâneas, que buscam princípios neutros de justiça com base nos quais as pessoas possam escolher seus próprios objetivos. Em outras palavras, em Aristóteles o critério de justiça (mérito) não é neutro, porque para além do fim ou propósito do bem a ser distribuído é necessário que o beneficiário possua “excelência relevante”,

exemplificando essa combinação com o caso das flautas: se os bens a distribuir são flautas, elas devem ser atribuídas aos melhores flautistas, porque a excelência da música depende da excelência do músico. Se em Aristóteles a justiça é uma questão de adequação entre o fim das coisas a distribuir e as excelências das pessoas a recebê-las, para as teorias liberais da justiça, de Kant a Rawls, “atribuir direitos não é ajustar as pessoas a papéis adequados à sua natureza; é deixar que elas escolham sozinhas os próprios papéis”. No caso das instituições sociais e das práticas políticas esse raciocínio teleológico pode ser problemático nos dias de hoje, conferir Sandel (2011, p. 233-235; 239; 248) porque “atribuir por antecipação qualquer propósito ou finalidade à comunidade política seria privar o cidadão do direito de decidir por si mesmo”. Outrossim, a justiça distributiva por natureza é discriminatória, sendo então necessário saber quais discriminações são justas. Em Aristóteles, a comunidade política existe para honrar e recompensar a virtude cívica e o reconhecimento público dos merecedores tem papel pedagógico em uma boa cidade, cujas leis devem “[...] cultivar hábitos que façam de nós indivíduos de bom caráter”. Ao mesmo tempo, apenas em uma comunidade política podemos adquirir virtude moral, ou seja, capacidade de julgamento racional quanto a saber quais ações são justas (sabedoria prática ou racionalidade prática). Em resumo, conferindo Sandel (2011, p. 237-247), “primeiramente, as leis da *polis* incutem bons hábitos, formam o bom caráter e nos colocam no caminho da virtude cívica. Em segundo lugar, a vida do cidadão nos permite exercitar capacidades de deliberação e sabedoria prática que, de outra forma, ficariam adormecidas”. Para Alasdair MacIntyre, a justiça aristotélica é um tipo de virtude holística e política, e não particular e individual (como se atribui a Platão), sendo também realista (oposta à utopia platônica). Holística, porque o conhecimento científico (*epistémē*) somente pode ser obtido partindo-se do individual para o universal (*epagoge*), estando o homem representado como uma parte do todo que é a *polis*; política, porque a justiça (*dikaiosyne*) é uma norma de ordenação da *polis* (*dikē*) e somente nesta última as virtudes de caráter (*aretē*) podem ser desenvolvidas, necessariamente ao lado da inteligência prática (*phrónesis*); realista, porque apenas em *pólis* concretas é possível testar os princípios da ação que opõem o justo e o injusto para encontrar a essência ou princípio único (*archē*) por meio de um método de compreensão dialético (*noûs*). Para tanto, conferir Sandel (1991, p. 103-105; 110-112). Em outro capítulo, destinado a analisar especificamente a visão de Aristóteles sobre a justiça, MacIntyre explica que a melhor *polis* possui uma estrutura ocupacional hierárquica, excludente de certos

fere valor moral à ação são os motivos (ou móbil) do agente, e não seus resultados.⁶ Já em Maquiavel os meios são amorais, porque as

papéis sociais (como os artistas, os mercadores, os camponeses, as mulheres e os escravos), nos quais são desenvolvidas apenas em parte as virtudes do bom cidadão, e inclusiva do cidadão maduro, que adquire pela experiência em vários papéis propriamente políticos (governado e governante) as virtudes que o tornam merecedor das honras a distribuir. Assim, o princípio da justa distribuição implica o princípio do merecimento, sendo necessárias duas condições: (i) projeto comum em que as contribuições para o resultado possam ser comparadas; (ii) visão comum sobre a medida dessas contribuições e sobre a classificação das recompensas; conferir Sandel (1991, p. 118-121; 124).

6 Em Fundamentação da Metafísica dos Costumes, cujo objetivo declarado é o de fixar o princípio supremo da moralidade, Kant (2007, p. 19) define autonomia em contraposição a heteronomia (agir por motivo externo a si mesmo) (2007, p. 86), dizendo tratar-se do “[...] único princípio da moral”; conferir também Kant (2007, p. 85-86). Basicamente, da premissa de que todo ser humano livre e racional é capaz de dar leis a si mesmo, segue-se o dever moral de agir de acordo com elas de forma incondicionada (imperativo categórico), pois do contrário a ação não terá valor moral e será destarte injusta. O homem racional é assim um “legislador universal”, e as leis que estabelece *a priori* (vale dizer, antes de dadas as circunstâncias que venham a exigir a ação auto legislada) servem para “[...] julgar a si mesmo e às suas ações [...]”. Aqui conferir também Kant, (2007, p. 75). Outra premissa da racionalidade humana é a de que o homem deve tratar a si e aos demais como fins em si mesmos, e nunca como meios, ou seja, como instrumento ou objeto, porque intrínseca à razão está a “[...] ideia da dignidade de um ser racional que não obedece a outra lei senão àquela que ele mesmo simultaneamente dá”; nesse caso conferir Kant, (2007, p. 77). Em resumo, “autonomia é, pois, o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional”, nisso constituindo o princípio da moralidade; conferir Kant (2007, p. 79). O “legislador universal” é aquele que estabelece a lei universal das ações para si mesmo, e não para outrem: “devo proceder sempre de maneira que eu possa querer também que a minha máxima se torne uma lei universal”. Mais uma vez conferir Kant (2007, p. 33). Para isso é necessário fazer o teste da universalização: “[...] basta que eu pergunte a mim mesmo: — podes tu querer também que a tua máxima se converta em lei universal?” Conferir Kant (2007, p. 35). Quanto ao imperativo categórico, Kant (2007, p.

ações políticas são julgadas pelo resultado, e não pelo meio usado para alcançá-lo.⁷ Contudo, o trabalho de Dinamarco não expressa

50) o define como dever objetivo de agir, independentemente do fim ou resultado, ou seja, “se a ação é representada como boa em si, por conseguinte como necessária numa vontade em si conforme à razão como princípio dessa vontade, então o imperativo é categórico”. Trata-se de um imperativo da moralidade (p. 52), porque: 1) sua necessidade é incondicionada (por isso categórica - p. 74) em relação às inclinações que poderiam negar a razão (p. 53), seja porque é autogerada (p. 74), seja porque estabelecida antes de dadas as circunstâncias provocadoras da ação (*a priori*) (p. 57); 2) é objetiva ou de validade geral; 3) não é demonstrável empiricamente (p. 56); 4) o agir não está sujeito a qualquer condição, mas a uma máxima (princípio subjetivo da ação) para isso conferir Kant (2007, p. 58; 82; 97) de conformação a um mandamento/lei (p. 58): “Devo agir desta ou daquela maneira, mesmo que não quisesse outra coisa” (p. 86); 5) é possível graças à liberdade derivada da autonomia da vontade; conferir Kant (2007, p. 102; 104; 113). Por fim, injusto será agir de forma heteronômica ou de acordo com o imperativo hipotético, no qual “a ação não é ordenada de maneira absoluta, mas somente como meio para uma outra intenção”. Mais uma vez, conferir Kant (2007, p. 52). Trata-se de um imperativo condicionado, conferindo Kant (2007, p. 90), porque a condição da ação não é apriorística e somente se revela no momento de agir (p. 58). Em poucas palavras, “devo fazer alguma coisa porque quero qualquer outra coisa” (p. 90). Esse tipo de ação não tem valor moral, porque este “[...] não reside [...] no efeito que dele se espera” (p. 31) e tampouco das ações visíveis, “[...] mas dos seus princípios íntimos que não se veem” (p. 40): “[...] não é nem o medo nem a inclinação, mas tão-somente o respeito à lei que constitui o móbil que pode dar à ação um valor moral” (p. 85). As páginas referenciadas nessa nota relacionam-se a Kant, 2007.

7 A teoria do Estado de Maquiavel é realista, porque o descreveu como ele era, e não como devia ser, e em cujo contexto afirmou textualmente que “[...] na conduta dos homens, especialmente dos príncipes, da qual não há recurso, os fins justificam os meios” (“[...] nelle actione di tutti li uomini, e maxime de principi, dove non è iudizio a chi reclamare, si guarda al fine”). Conferir em Maquiavel (1995, p. 66). Cuida-se do oposto das teorias jusnaturalistas do Estado (Hobbes a Kant), que se ocuparam de descrever o Estado como ele deve ser, ou seja, “[...] modelos ideais de Estado, que delineiam o Estado tal como deveria ser a fim de realizar seu próprio fim”; conferir Bobbio (1994, p.19 e outras páginas).

fidelização a qualquer justificação ética e tampouco moral para o processo como meio de realização do direito material e de uma ordem jurídica “justa”.

Por fim, a última observação é a de que a adoção do “método teleológico” aproxima o autor da jurisprudência dos interesses, escola que preconiza a investigação das causas fáticas e valorativas dos preceitos legais e possibilita ao juiz a ponderação dos interesses em conflito, com base nos juízos valorativos do legislador, e o preenchimento de eventuais lacunas, de acordo com os interesses concretos em jogo.

Os autores que expressaram essa escola foram Heck, Stoll e Ihering, nessa ordem de importância. Em resumo, a jurisprudência dos interesses representa uma reação à jurisprudência dos conceitos, que tem por base a lógica deontica da relação de imputação entre hipótese e consequência. Para seus defensores, os preceitos legais são a representação dos interesses sociais antagônicos que os motivaram, numa relação causal fática de dependência (material, nacional, religiosa, ética). A interpretação, portanto, deve atentar para os interesses causais dos preceitos, que não passam de seus efeitos. Num segundo momento, os autores sustentam que os preceitos são também o resultado de juízos de valor dos legisladores sobre aqueles interesses causais, adotando assim duas abordagens contraditórias, já que, como uma ciência causal explica processos fáticos a partir de suas causas, uma ciência valorativa compreende valores a partir de dados psicológicos. Apesar disso, essa corrente contribuiu para uma libertação dos juristas do positivismo legalista, porque, ao admitir a existência de lacunas no ordenamento, abriu “[...] ao juiz a possibilidade de desenvolver o Direito não apenas ‘na fidelidade da lei’, mas de harmonia com as exigências da vida”, substituindo “[...] progressivamente o método de uma subsunção nos rígidos conceitos legislativos [...] pelo de um juízo de ponderação de uma situação de facto complexa, bem como de uma avaliação dos interesses em jogo, em harmonia com os critérios de valoração próprios da ordem jurídica” (LARENZ, 1997, p. 63-77).

Entretanto, a adoção do “método teleológico” não parece ter ocorrido de forma consciente, ou seja, como forma de reclamar determinado enquadramento epistemológico. Outrossim, a assertiva do “primado da lei sobre o juiz” não revela um modelo de pensamento absolutamente fiel àquela escola, sendo mais apropriada à jurisprudência dos conceitos.

Essas observações não comprometem a importância do trabalho em comento, que constitui notória abertura do formalismo processual, por meio da problematização de antigos dogmas arraigados na teoria processual.

Herdeiro direto da instrumentalidade do processo e da jurisdição é o formalismo-valorativo, que é definido por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira como as vertentes políticas, culturais e axiológicas condicionantes do processo. O formalismo garante previsibilidade às partes contra o arbítrio judicial, mas é também um produto da cultura, sofrendo assim os influxos dos principais valores processuais: justiça social, paz social, efetividade, segurança e organização interna. Seus fins são o processo “justo”, a celeridade e a justiça “material” da decisão, e isso porque “o formalismo, assim como o processo, é sempre polarizado pelo fim” (OLIVEIRA, s.d., p. 1-3).⁸

Daqueles valores, os que mais conduzem o processo a satisfazer seus fins são os da efetividade e da segurança, inclusive como orientação do juiz na aplicação de regras e princípios, funcionando assim como “sobreprincípios”, não obstante sua conflituosidade intrínseca, que deve ser resolvida pelo uso da proporcionalidade, com base nos fins dos valores em oposição (OLIVEIRA, s.d., p. 3-4).⁹

8 Na página 9, sustenta o autor expressamente que “[...] aqui, como na política e em outros campos de atuação do humano, deve prevalecer o lema de que os fins não justificam os meios: o direito material não deve ser realizado à custa dos princípios e garantias fundamentais do cidadão”.

9 O valor segurança tem como corolários: 1) a qualidade da lei, aferida pela clareza, acessibilidade (compreensão), eficácia e efetividade; 2) previsibilidade do

Nesse contexto, cabe ao juiz não exacerbar o formalismo, atendendo para as garantias processuais das partes, em especial o direito de igual participação na formação de seu convencimento, e para a sua segurança jurídica, “[...] sem confundi-la com a manutenção cega e indiscriminada do *status quo*”. Em outras palavras, deve o Juiz conceder “[...] ao vencedor no plano jurídico e social tudo a que faça jus”. Em caso de lacunas, o juiz deve encontrar a solução dentro do próprio sistema, observando “[...] a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica”, sem apelar para uma “[...] subjetiva valoração atribuída ao *status quo*”. Afinal, “[...] o juízo de equidade ocupa-se com a compreensão das características acidentais e particulares da hipótese individual verificada, mas sempre levando em conta o sistema em que inserido” (OLIVEIRA, s.d., p. 4-8).]

Como exemplos de formalismo-valorativo, o autor cita os seguintes: 1) o termo inicial da ação rescisória não deve coincidir com a data final de interposição do recurso especial, quando sua intempestividade somente se confirmar em sede de agravo de instrumento (REsp. 299-RJ); 2) após o encerramento da fase instrutória, com a colheita de provas, não se deve extinguir o processo sem a resolução do mérito; 3) o credor assim reconhecido em um título executivo extrajudicial tem interesse de agir para mover ação de conhecimento; 4) a ausência de peças não obrigatórias de formação do agravo de instrumento exige a supressão da falha por iniciativa do juiz, e não é causa de negativa de conhecimento; 5) no recurso especial por dissídio de julgados e nos embargos de divergência, simples

direito, aferida pela irretroatividade, pelo respeito aos direitos adquiridos, pelo princípio da proteção da confiança e pela estabilidade das relações. A ponderação entre efetividade e segurança, de acordo com “[...] uma relação razoável de proporcionalidade entre os meios empregados e o fim visado”, tem remissão a duas decisões da Corte Europeia dos Direitos do Homem (Brualla Gómez de la Torre *versus* Agne, de 19 de dezembro de 1997, e Garcia Manibardo *versus* Espanha, de 15 de fevereiro de 2000.

dessemelhanças em pontos fáticos irrelevantes não devem constituir pressuposto de admissibilidade do recursos; 6) o prazo de juntada dos originais que acompanham recursos interpostos via *fac simile* (art. 2º da Lei n. 9800/99 RJ) conta-se do fim do prazo de interposição, e não da data de recepção dos documentos; 7) o caráter ilegível do carimbo autenticador do próprio tribunal não pode ser causa de desconhecimento do recurso; 8) eventual ausência de uma peça obrigatória de formação do agravo de instrumento não deve ser causa de desconhecimento do recurso, se o recorrente indicou todas as peças no ato da interposição; 9) a prova de fato constitutivo cuja veracidade foi reconhecida na contestação da fazenda pública, com acolhimento no primeiro grau de um outro fato que lhe tenha sido impeditivo, modificativo ou extintivo, não pode ser exigida no segundo grau como determinante para a procedência, quando afastado o fato impeditivo, modificativo ou extintivo, “[...] pois o órgão judicial não poderia ter surpreendido a parte, sem ouvi-la previamente, em questão de fato fundamental para a decisão”; 10) deve-se aceitar a fungibilidade entre as ações de arresto e de apreensão e depósito de bem, visando a garantia de eficácia de execução futura por quantia certa; 11) o eventual não enquadramento nas hipóteses do artigo 813 do CPC para a ação de arresto pode ser contornado pelo poder geral de cautela do juiz (CPC, art. 798), mesmo que não haja pedido expresso a respeito.

Embora a premissa do formalismo-valorativo seja a mesma da instrumentalidade do processo, no sentido de que o processo deve ser avaliado com base em seus fins, e não de acordo com os meios por ele empregados, o seu enquadramento teórico é complicado pela falta de clareza de suas premissas.

No caso da jurisprudência dos interesses, em sua segunda fase, os interesses sociais que subjazem às leis são valorados pelo legislador, cabendo ao juiz não apenas considerar esses interesses, como também a valoração legislativa, sendo que em caso de lacuna os interesses concretos em jogo é que devem ser valorados, formando-se assim o preceito do caso concreto (LARENZ, 1997, p. 70-71). Esse

é um enquadramento problemático para a teoria em exame, porque os valores que exigem atenção do juiz dizem respeito ao próprio processo, e não especificamente ao material normativo que anima a lide entre as partes. A valoração, assim, caminharia do processo para o direito material, e não o contrário.

Já na jurisprudência dos valores, que é uma evolução da jurisprudência dos interesses, parte-se da premissa de que os interesses presentes numa lide não são representações dos interesses sociais contidos nas leis invocadas pelas partes, mas de uma pretensão particular específica: obter os efeitos jurídicos mais favoráveis no caso concreto. Esse dado retira do interesse qualquer autonomia digna de investigação, que deve assim se concentrar nos critérios legais de valoração. “Estes não seriam em si propriamente interesses, mas ‘corolários da ideia de justiça’, inferidos pelo legislador desse fim último”, de acordo com Larenz. Em outras palavras, para essa escola as leis são instrumentos de regulação de conflitos de interesses previsíveis, sendo que a prevalência de um interesse sobre o outro, num caso concreto, é resultado de uma valoração judicial da lei aplicável à espécie. Em caso de lacuna, o juiz deve lançar mão dos conceitos indeterminados e das cláusulas gerais, promovendo assim uma “valoração adicional” ao sistema, com base em sua “intuição valorativa” (LARENZ, 1997, p. 163-165).¹⁰

Logo se vê, portanto, que tampouco nessa segunda escola a teoria do formalismo-valorativo pode ser enquadrada, pelo mesmo motivo

10 O problema dessa “intuição valorativa” é que ela subtrai da teoria qualquer possibilidade de comprovação epistemológica com base em critérios objetivos. De qualquer modo, seus defensores, de acordo com Larenz (1997, p. 166-167), “defendem a possibilidade de enunciados susceptíveis de fundamentação sobre as valorações adequadas (no sentido de um dado ordenamento jurídico), mesmo que os fundamentos não sejam coagentes de um ponto de vista lógico”, embora admitam também, agora com base em Max Weber, que “[...] não pode a ciência produzir enunciados sobre a justeza dos juízos de valor [...]”. Quanto à ideia de justiça, ela é considerada nessa escola como “[...] a conduta socioeticamente correta”; conferir aqui Larenz (1997, p. 167-168).

de rejeição em face da escola anterior, já que os valores em consideração não dizem respeito às leis materiais, mas às leis processuais. Ademais, seu autor não parece defender qualquer espaço para uma “intuição valorativa”, posto que mesmo em caso de lacuna o juiz deve encontrar a solução “dentro do sistema”.

A propósito, esse é um ponto contraditório na teoria, porque “[...] a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica” exigidas desse juiz, e que dele retiram uma valoração subjetiva do *status quo* (obviamente no plano do direito material), não parecem confirmar uma interpretação livre mesmo das prescrições e determinações formais, ainda que em nome da equidade, que “[...] rejeita toda obediência cega ao Código”. Ora, juízos de equidade que sempre levem em conta “o sistema em que inserido” não permitem rejeitar a obediência ao código em qualquer circunstância, nem mesmo seletivamente, em torno dos preceitos formais cogentes. Se essa seleção equitativa fosse justificável, no plano material o juiz estaria fadado a sempre manter o *status quo*, de maneira “cega e indiscriminada”. Esse último problema ainda mais se agrava com o conceito de justiça empregado na teoria, reduzido à igualdade formal perante a lei.¹¹

Outra contradição importante encontrada na teoria em exame é o uso da proporcionalidade como critério de solução do embate entre valores em oposição, em específico os da efetividade e da segurança. Citando um caso julgado pela Corte Europeia dos Direitos do Homem, o autor estabelece como ponto de partida que a solução do embate exige “uma relação razoável de proporcionalidade entre os meios empregados e o fim visado”, concluindo logo em seguida que “[...] atualmente vários fatores vêm determinando uma maior

11 Na página 7, o autor afirma que na avaliação dos fatos revela-se uma “atitude epistemológica” do juiz, mas na página 9 sustenta que “[...] o fim do direito é servir à finalidade pragmática que lhe é própria! Ou bem o juiz é um aplicador da técnica, que tem compromisso com a pragmática, ou bem o juiz é um sujeito cognoscente, que tem compromisso com a episteme.

prevalência do valor da efetividade sobre o da segurança”. Essa determinação do resultado do embate em favor de um dos “valores” envolvidos é o maior problema da teoria dos valores quando aplicada na proporcionalidade, já que naquela teoria se admite uma escala hierárquica de valores, com atribuição de valor ou grau de importância que antecede cronologicamente o embate. Como consequência, a teoria de Robert Alexy sobre a máxima da proporcionalidade não pode ser usada como referencial teórico, ficando então a dúvida sobre se a teoria de Dworkin (que não é dogmática, como a teoria de Alexy) seria então o referencial escolhido para a solução do embate. O problema, aqui, é que pouco antes o autor cita um julgado do Tribunal Constitucional da Espanha, no qual se afirma que o valor da efetividade não é de caráter moral, mas um dever jurídico que se impõe aos juízes. Rompe-se assim com qualquer referência possível com a teoria de Dworkin (que tem íntima ligação com a jurisprudência dos interesses), retornando-se à lógica deontica da jurisprudência dos conceitos, da qual Alexy se diz egresso. Chega-se desse modo a um beco sem saída, no qual a solução pela proporcionalidade fica desprovida de qualquer referencial teórico seguro.

Na teoria de Robert Alexy, a ponderação entre direitos fundamentais com caráter de princípio como critério de solução de colisões não aceita uma definição prévia ou *a priori* antes do cotejo concreto entre os direitos. Conforme Alexy, entrando em colisão os princípios, a solução do embate exige que se faça uma ponderação entre eles, conforme a dimensão do peso. Isso porque, não havendo hierarquia, relação de tempo pregresso ou exceção entre os princípios, diferentemente do que ocorre com as regras, a escolha entre um deles não se faz por uma relação de prioridade incondicionada. Daí a necessidade de uma lei de colisão. Grosso modo, a lei de colisão diz que a precedência depende das consequências jurídicas dos princípios, sendo, pois, um pressuposto fático do princípio precedente, ou por outra, que os princípios não têm relação absoluta de precedência e não são quantificáveis. Logo, a dimensão do peso é apenas

uma metáfora, já que não é possível quantificar os interesses em colisão de forma abstrata ou absoluta, mas apenas de forma concreta e relativa. Essa lei de colisão se relaciona com outra, chamada por Alexy de lei de ponderação, que resume a máxima da proporcionalidade. Enquanto a lei de colisão diz que não é possível encontrar uma decisão previamente dada para o embate entre princípios, e que a decisão será encontrada em regras que definem certas condições fáticas, que, uma vez ocorrentes, indicam as consequências jurídicas de precedência de um princípio sobre outro, a primeira lei de ponderação procurar explicar racionalmente o grau de importância das consequências jurídicas de ambos os princípios em colisão. Em outras palavras, a lei de ponderação, na eventualidade de o embate não ter sido solucionado pelas máximas parciais anteriores (adequação e necessidade), coloca as consequências jurídicas dos princípios ainda em colisão numa balança (metáfora do peso), a fim de precisar qual delas é racionalmente mais importante naquele caso concreto (ALEXY, 2001, p. 94; 116; 159; 168; 161-162; 164; 166-167). Logo, jamais se poderia dizer que o princípio da efetividade vem prevalecendo sobre o princípio da segurança nos últimos dias, sem antes se calcular o peso concreto de cada direito em colisão em cada caso concreto em que a colisão se revelasse.

Já em Dworkin (1999), o direito é apresentado como uma integridade política, vale dizer, como um conjunto de princípios que a comunidade impõe à maioria no sentido de respeitar os direitos individuais, como decisões políticas passadas. Tais direitos assumem então uma natureza moral, que o governo deve respeitar diante de seu compromisso também moral de agir conforme princípios. Para Dworkin, os princípios são *standards* de exigência de justiça, equidade ou qualquer outra dimensão moral, enquanto as diretrizes são *standards* que propõem objetivos políticos, econômicos ou sociais de uma comunidade (DWORKIN, 1999, p. 72). Princípios, portanto, são diferentes das normas, nos seguintes pontos: a) os princípios não se excepcionam mutuamente, como as normas podem fazer umas com as outras;

b) os princípios não estabelecem as condições de sua aplicação, como as normas; c) não definem deveres específicos, como as normas (ex.: recomenda a conformidade de um negócio ao justo ou ao não demasiadamente oneroso); d) princípios estão sujeitos a cálculo de importância, quando um colide com outro, ao contrário das normas, cujo conflito é resolvido pela hierarquia ou pela regra *later in time* (p. 77-80).

A proporcionalidade proposta na teoria do formalismo-valorativo não tem matriz deontológica e tampouco moral, não podendo ser enquadrada em nenhuma das versões acima expostas.¹²

Por fim, os exemplos citados como de um formalismo-valorativo não foram acompanhados dos valores neles considerados, e tampouco se neles havia ou não outro valor colidente digno de ponderação pela máxima da proporcionalidade, omissões que obscurecem a teoria.

12 As diferenças básicas entre as teorias de Alexy e de Dworkin são as seguintes: 1) são egressos de diferentes escolas, pois Dworkin tem relação com a escola da jurisprudência dos interesses, enquanto que Alexy se diz expressamente egresso da tradição da jurisprudência dos conceitos; 2) Dworkin faz uma defesa ideológica dos direitos individuais, no sentido de que precisam ser levados a sério, mais do que o direito objetivo até agora prevalente nas correntes utilitarista e positivista, ao passo que a abordagem de Alexy não é ideológica e não se preocupa em defender o direito subjetivo do estatismo ou do formalismo jurídico; 3) Alexy se diz dogmático em sua teoria dos direitos fundamentais, já que se ocupa da decidibilidade dos conflitos/colisões, enquanto que Dworkin é flagrantemente não dogmático, ao não se preocupar com os critérios de solução para os *hard cases*, mas apenas com sua fidelidade com o padrão de moralidade pública; 4) a abordagem de Alexy não leva em conta a moral, enquanto que essa relação é imprescindível em Dworkin, especialmente em seu conceito de direito como integridade; 5) Dworkin diferencia princípios de diretrizes, enquanto Alexy diferencia princípios de regras; 6) enquanto Dworkin propõe uma figura de retórica para a solução dos *hard cases* (Juiz Hércules, como seu alterego), Alexy propõe a fórmula da proporcionalidade, mascarando o sujeito decisor que atribui peso aos princípios em colisão; 7) Dworkin parece influenciado pelo modo pragmático do modelo anglo-saxão, enquanto que Alexy sofre forte influência do dogmatismo do modelo romano-germânico.

Capítulo 3

Da instrumentalidade do processo ao formalismo-valorativo

Ainda como parte da primeira abordagem mencionada na introdução, deve ser analisado o papel do juiz no acesso à justiça. Nessa abordagem, cabe ao juiz tomar certas iniciativas antes negadas pela predominância do princípio dispositivo sobre o princípio inquisitório, especialmente na produção das provas (princípio da subsidiariedade) e na tarefa de igualizar as partes economicamente desiguais (“paridade de armas”).

Esse papel ativo do juiz não pode ser confundido, todavia, com o chamado ativismo judicial, que é, grosso modo, um movimento ideológico de justificação de decisões baseadas em princípios com alta carga moral, sem referência a um dispositivo legislativo ou constitucional expreso (*hard cases*). Tal distinção não tem sido observada com clareza, embora ela também represente uma linha divisória entre as abordagens propostas no início desse trabalho. Afinal, um juiz ativo na rápida solução do litígio, sem que isso condicione o resultado da decisão, não representa a mesma coisa que

uma decisão determinada por certos princípios atribuídos a uma moral pública supostamente compartilhada pela sociedade.

O movimento do ativismo judicial tem origem nos EUA, durante o período do chamado *legal realism*, e provocou um contra-movimento denominado de originalismo. O segundo deles reclama do Judiciário a observância do texto escrito, como forma de referência obrigatória a um documento que expressa a vontade da maioria num regime democrático representativo, sem desbordar para o total subjetivismo do intérprete. O primeiro reclama um poder discricionário do intérprete judicial na aplicação do direito constitucional ao caso concreto, com recurso a princípios nem sempre expressos no texto escrito.

Com base em referências como *the founding fathers* (algo como “os pais fundadores”), *the framers* (algo como “os estruturadores” ou “os moldadores”) e *the ratifiers* (algo como “os ratificadores”), a segunda corrente pretende controlar a interpretação constitucional com a permanente lembrança da constituição escrita, a fim de manter a rigidez do texto, que é a base de todo o sistema de *judicial review* no mundo inteiro, desde o célebre julgamento do caso *Marbury vs Madison*, de 1803. Nas palavras de H. Jefferson Powell, “a intenção dos ‘moldadores’ pode controlar a interpretação, porque é apenas por meio de sua ‘intenção original’ que o intérprete pode descobrir o significado normativo da Constituição (POWELL, 1994, p. 53-115).¹³

Enquanto os originalistas indagam se as decisões judiciais sobre a constituição podem ser de algum modo reconduzidas à vontade popular, os não-originalistas indagam apenas se a autoridade decisória tinha competência constitucional para fazê-lo. Para Michael J. Perry, a questão relevante para os primeiros é:

13 Especificamente nas páginas 54 e 88. “The intention of the framers should control interpretation, because it is only by examining their ‘original intent’ that the interpreter can discover the normative meaning of the Constitution”.

“Qual diretiva essa decisão representa, tal como originalmente entendida?” Uma equivalente indagação é “Qual diretiva constitucional se comunica a essa decisão tal como entendido pelo povo — ou aqueles que o representam, em particular os ratificadores?”; já para os últimos é: “Qual diretiva essa decisão representa, tal como entendido por X?” [...] Uma equivalente indagação: “Qual diretiva X entende que essa decisão representa?” (PERRY, 1994, p. 33)¹⁴

Então, consoante o mesmo autor:

De acordo com o originalismo, a ratificação de uma proposta de diretiva constitucional, promovida pelos representantes do povo, pode ser pressuposta como a diretiva do próprio povo — aquele que, por meio de seus representantes, “ordenou e estabeleceu” a proposta; ou: O argumento pelo originalismo — o argumento de que a abordagem originalista para a interpretação constitucional pode informar a prática do controle de constitucionalidade — continua enfatizando o ponto básico do controle de constitucionalidade, o qual, como eu explanei no capítulo anterior, é proteger as várias diretivas constitucionalizadas por nossos políticos ancestrais: as várias diretivas do texto constitucional, tais como entendidas ao tempo em que foram constitucionalizadas pelo povo, ou por seus representantes. (PERRY, 1994, p. 32; 39; 47)¹⁵

14 “What directive does this provision, as originally understood, represent?’, An equivalent inquiry is ‘What constitutional directive did the people — or those who represented them, in particular the ratifiers — understand this provision to communicate?’; “What directive does this provision, as understood by X, represent? ... An equivalent inquiry: ‘What directive does X understand this provision to represent?’”.

15 “According to originalism, the ratification of a proposed constitutional provision by the representatives of the people should be taken to presuppose the people's understanding of the provision — the people who, through their representatives, did 'ordain and establish' the provision”; The argument for

A polêmica é dupla: diz respeito tanto à legitimidade das decisões da Suprema Corte quanto à limitação de seus poderes interpretativos. Porém, a primeira delas parece ser mais relevante, porque, embora o eventual abuso da competência interpretativa do tribunal constitucional seja um ponto de dúvida, questiona-se com mais ênfase o papel secundário que o texto constitucional escrito vem desempenhando em relação às fontes informais “descobertas” por aquela Corte em suas decisões, por razões muito mais políticas (respeito à vontade da maioria, num regime representativo) do que jurídicas (limites do poder interpretativo do tribunal). Tanto assim que se acusa a Suprema Corte de praticar direito constitucional sem a Constituição (GRALIA, 1994, p. 35-50).¹⁶

Esse tema remete a dois outros que têm relação direta com assunto em exame, quais sejam: a clássica polarização entre subjetivistas e objetivistas, na teoria da interpretação, e a possibilidade ou não de os juízes criarem direito com as suas decisões.

O primeiro tema expressa a famosa dicotomia entre a vontade do legislador e a vontade da lei. Os defensores da primeira foram

originalism — the argument that the originalist approach to constitutional interpretation should inform the practice of judicial review — continues by emphasizing the basic point of judicial review, which, as I explained in the preceding chapter, is to protect the various directives constitutionalized by our political ancestors: the various directives the constitutional text was understood to communicate by the people at the time the text was constitutionalized, or by their representatives”.

16 Referido autor chama tal fenômeno de paradoxo da interpretação constitucional não interpretativa: “Porque o produto dessa revisão é sempre chamado de ‘direito constitucional’ e atribuído de algum modo à Constituição, o resultado é o paradoxo da interpretação constitucional não-interpretativa, ou seja, direito constitucional sem a Constituição” [“Because the product of this review is nonetheless always called ‘constitutional law’ and attributed in some way to the Constitution, the result is the paradox of non-interpretivist constitutional interpretation, constitutional law without the Constitution”].

chamados de subjetivistas (escola da exegese), enquanto os defensores da segunda foram chamados de objetivistas (movimentos da livre pesquisa científica e do direito livre).

Entre tais extremos não há um mediador que possa resolver satisfatoriamente o impasse entre o sentido histórico do ato criador do direito, que se põe no tempo de sua edição, e a sua aplicação aos casos e fatos atuais. As críticas recíprocas põem à mostra as deficiências de ambos, como bem resume Ferraz Júnior:

a) Os objetivistas contestam os subjetivistas: 1) pelo argumento da vontade, afirmando que uma vontade do legislador é uma mera ficção, pois o legislador raras vezes é uma pessoa fisicamente identificável; 2) pelo argumento da forma, pois só as manifestações normativas trazidas na forma jurídica têm força para obrigar, sendo, em consequência, aquilo que se chama legislador, no fundo, apenas uma competência legal *lato sensu*; 3) pelo argumento da confiança, segundo o qual o intérprete tem de conceder confiança à palavra da norma como tal, que deve, em princípio, ser inteligível por si; 4) pelo argumento da integração, pelo qual só a concepção que leve em conta os fatores objetivos na sua contínua mutação explica a complementação e até mesmo a criação do direito pela jurisprudência; b) Os subjetivistas contestam, por sua vez, dizendo: 1) o recurso à técnica histórica da interpretação, aos documentos e às discussões preliminares, que deram ensejo ao aparecimento da norma, é incontornável, donde a impossibilidade de se ignorar o legislador originário; 2) os fatores (objetivos) que eventualmente determinam a vontade objetiva da lei também estão sujeitos à interpretação: com isso os objetivistas criariam, no fundo, um curioso subjetivismo que põe a vontade do intérprete acima da vontade do legislador, tornando-se aquele não apenas mais “sábio” que o legislador, mas também “mais sábio” que a própria norma legislada; 3) seguir-se-ia um desgaste para a captação do direito em termos de segurança

e de certeza, que estaria a mercê da opinião do intérprete. (FERRAZ JÚNIOR, 1980, p. 71).

Na verdade, a opção entre esses extremos indica posições ideológicas de oposição entre duas forças políticas: de criação da lei, representada pelo Legislativo, e de sua aplicação aos casos concretos, representada pelo Judiciário. Isso produz uma inevitável tensão entre o objeto a interpretar (lei/dispositivo) e o sujeito ativo dessa interpretação (intérprete).

Num modelo de estado fundado no regime da legalidade e que reconhece o princípio da independência entre os poderes, duas coisas são certas: a lei escrita é o marco inicial da atividade interpretativa, ao mesmo tempo em que os intérpretes oficiais possuem certa dose de liberdade na aplicação da lei aos casos concretos¹⁷. O caso, portanto, é o de estabelecer os marcos com base nos quais a atividade interpretativa judicial pode se autolegitimar. Na opinião de María del Carmen Barranco Avilés, os requisitos de validade da interpretação (inclusive a constitucional) devem ser: 1) a referência a enunciados expressos ou inexpressos; 2) a justificação com base nos critérios clássicos de interpretação, com indicação de qual ou quais modelos são seguidos pelo intérprete (embora não sejam eles vinculantes), a fim de se assegurar um mínimo de certeza; 3) a sua realização pelo operador competente (AVILÉS, *op. cit.*, p. 42; 70; 86).¹⁸

17 Conferir Ferraz Júnior (1980, p. 72-73) e Camargo (2001, p. 138). Na opinião de María del Carmen Barranco Avilés (2004, p. 127-128), no sistema em que se confere ao Judiciário o poder de controlar a constitucionalidade das leis e atos normativos expedidos pelos demais poderes, isso representa uma supremacia desse poder sobre os demais, o que reforça a exigência de legitimidade das decisões judiciais.

18 A autora citada lembra ainda três problemas dos métodos clássicos, além da ausência de força vinculante: “[...] ni existe un catálogo cerrado de estos criterios, ni existe una comprensión homogénea de su estructura, ni existen reglas de prioridad en su uso, a pesar de que pueden arrojar soluciones contradictorias” [...]

O segundo tema correlato refere-se à possibilidade de o juiz criar ou não direito no exercício de suas competências interpretativas, ou melhor: ao interpretar o direito legislado no caso concreto e encontrar uma solução nele não evidente, o juiz estaria se convolvando em um legislador, contra o princípio da separação de poderes, ou estaria apenas respondendo às suas próprias competências?

Trata-se de enfoque diverso dos anteriores, porque aqui não discute-se o juiz tem legitimidade democrática para fundamentar sua decisão apenas em princípios não expressos nos chamados *hard cases*, e tampouco se o juiz deve referência à vontade do legislador ou se o texto tem autonomia objetiva para ser interpretado sem essa referência histórica e volitiva, mas sim se a regra concreta encontrada para a solução de uma lide, desprovida de uma solução clara no direito legislado, seria uma função legislativa ou apenas parte da função judiciária.¹⁹

Esclarecida assim a premissa desse tema, deve-se voltar a atenção para os estudos que tentaram enquadrar a função judiciária dentro da teoria da separação de poderes, cuja paternidade é normalmente atribuída a Montesquieu, no livro *Do Espírito das Leis* (1748). Todavia, Locke já havia escrito sobre a separação de poderes antes de Montesquieu, no livro *Segundo Tratado Sobre o*

nem existe um catálogo fechado desses critérios, nem existe uma compreensão homogênea de sua estrutura, nem existem regras de prioridade em seu uso, apesar de que podem ensejar soluções contraditórias]. Conferir Avilés (2004, p. 100).

19 Esse é um tema que retoma o problema das lacunas no ordenamento jurídico, porque a rigor a ausência de uma solução clara no direito legislado para uma lide concreta significa a falta de previsibilidade genérica e abstrata que oriente a solução respectiva, caso em que se indaga sobre a exigência de o juiz aplicar apenas meios de autointegração (analogia, extensão) ou se pode se valer de meios heterointegrativos do sistema (princípios gerais). Nesse sentido, há uma correlação mais direta entre este tema e o primeiro, relativo ao ativismo judicial, no que se refere à lacuna ou à inexistência de um dispositivo expresso que oriente a decisão, mas que não será tratado neste estudo, diante da limitação de seu objeto.

Governo (1690), dizendo que a primeira lei positiva fundamental de todas as sociedades civis é a que institui o poder legislativo, no qual deve residir o poder supremo da própria comunidade. Como as leis dependem de sua execução prática para continuarem em vigor, é necessário também um poder executivo, que deve se ocupar também da tarefa de julgar. Quanto aos negócios do estado com outros estados, Locke defendeu a existência do poder federativo, submetido, porém ao poder executivo. Nessa bipartição (legislativo e executivo/judiciário/federativo), o poder legislativo é o prevalente, de modo que a teoria de Locke é assimétrica, diferentemente da de Montesquieu, para quem a separação é tripartite e equilibrada.²⁰

20 A teoria da separação de poderes de Montesquieu está ligada ao seu conceito de governo moderado que, por sua vez, é apenas uma parte de sua “teoria geral da sociedade”. Montesquieu parte da hipótese conforme a qual as leis naturais (inclusive as de ordem religiosa) são as mesmas em todas as partes do mundo, mas como a natureza humana está inclinada a desobedecê-las (segunda hipótese), segue-se a necessidade das leis positivas, tendentes a obrigar os homens a cumprir as regras das leis naturais (terceira hipótese). As razões pelas quais os vários países adotam distintas leis positivas para atingir aquele mesmo propósito têm três explicações: 1) físicas ou naturais, como o clima; 2) econômico-sociais, como o modo de subsistência; 3) espirituais, como a religião. Essas características explicam também os tipos de organização política de cada sociedade. Assim, para Montesquieu, existem três espécies de governo: o republicano, o monárquico e o despótico. A república pode ser democrática ou aristocrática, conforme a titularidade do poder supremo pertença ao povo ou a apenas uma parte dele. A monarquia é aquela em que a titularidade do poder supremo pertence a uma só pessoa, sujeita, porém, a leis fixas e preestabelecidas (é a forma preferida pelo autor). O despotismo coincide com o conceito clássico de tirania, ou seja, é aquele no qual o governante abusa do poder supremo, ignorando as leis preestabelecidas. A principal característica que distingue a república democrática das demais formas de governo é o respeito ao princípio da igualdade, enquanto a principal diferença entre as duas primeiras formas de governo para a terceira é a falta de limites ao poder supremo. Nesse último caso, Montesquieu se vale de dois critérios distintivos: um descritivo, para os dois primeiros tipos (titularidade do poder), e outro prescritivo, para o terceiro tipo (como se

Tal tema, contudo, não era novo nem mesmo na época de Locke. Consoante J. W. Gough:

[...] a teoria não era mais nova no tempo de Locke do que no de Montesquieu. Como praticamente tudo no sistema político de Locke, ela era bastante comum no pensamento político inglês; e isto não surpreende, pois ela corresponde ao

governa). A teoria de Montesquieu, relativamente às teorias anteriores sobre as formas de governo, inova em três pontos: 1) o despotismo passou a ser tratado como forma de governo autônoma, coisa que não ocorrera anteriormente, já que era classificado como uma subespécie degenerada da monarquia; 2) a sua classificação foi feita com base em dois planos: a) o da natureza do governo, segundo o qual ele pode ser identificado por sua “estrutura”, ou seja, com relação às instituições e competências previstas nas constituições de cada país, que estabelecem “quem” e “como” deve governar; b) o dos princípios (“virtudes” = moral pública, ou seja, ações boas conforme o interesse geral) de governo, segundo o qual ele pode ser identificado pelos motivos que induzem os governados a seguir as leis positivas (visão *ex parte populi*): na república, o civismo/patriotismo; na monarquia, a honra (= moral privada, ou seja, ações boas por si mesmas); e no despotismo, o medo; 3) o conceito de governo moderado, cujo melhor exemplo era a monarquia, moderação essa que advinha de um sistema de contrapoderes, no qual o poder era limitado: a) horizontalmente: no sentido de ser dividido entre o monarca e alguns corpos intermediários (dentro do mesmo poder/função); b) verticalmente: no sentido de ser dividido em funções distintas: legislativo, executivo e judiciário (entre poderes). A ideia de governo moderado de Montesquieu guarda proximidade com a noção de governo misto de Políbio (200-118 a.C.), mas apenas quanto à desconcentração do poder. De acordo com Bobbio (2000, p. 127-138), a distinção entre ambos é a seguinte: “o governo misto deriva de uma recomposição das três formas clássicas, e, portanto, de uma distribuição do poder pelas três partes componentes da sociedade, entre os diversos possíveis ‘sujeitos’ do poder, em particular entre as duas partes antagônicas — os ricos e os pobres (patrícios e plebeus). O governo moderado de Montesquieu deriva, contudo, da dissociação do poder soberano e da sua partição com base nas três funções fundamentais do Estado — a legislativa, a executiva e a judiciária”.

funcionamento da constituição inglesa como então era geralmente entendida. Devido à luta pelo poder entre rei e parlamento, que era o traço dominante da História inglesa do século XVII, e os constantes esforços do parlamento no sentido de contestar e opor-se às ações do rei e seus ministros, a distinção entre executivo e legislatura era óbvia, e ela pode ser encontrada em vários autores antes da publicação dos *Treatises* de Locke. Igualmente óbvia era a separação do poder judiciário. Durante todo o século XVII os Comuns acusaram os juízes de subserviência à influência real, e a fim de assegurar sua independência insistiam em que eles deviam ser indicados *quandiu se bene gesserint* ao invés de *durante beneplacito regis* — uma questão que finalmente foi ganha na Lei de Sucessão do Trono (GOUGH, 1980, p. 183-205).

Nessa primeira formulação, a atribuição judiciária estava inserida na função de executar as leis do poder legislativo, de modo que nela não se podia encontrar qualquer poder de criação do direito. Essa percepção ficou depois mais evidente na teoria da separação radical dos poderes, porque seu pressuposto é o de que as funções respectivas não podem ser confundidas ou sobrepostas, sob pena de violação do princípio da independência ou da autonomia entre os poderes. Numa frase: essa última versão da teoria adota como premissa que as funções dos três poderes são típicas e exclusivas.

A propósito, adverte Kelsen que se o critério classificatório da distribuição de poderes for a natureza da função por eles desempenhada, a rigor haveria apenas as funções de criação e aplicação do direito, não obstante a existência numérica de três poderes. Para referido autor, o poder legislativo goza de certa prioridade sobre os demais (executivo e judiciário) caso o ordenamento jurídico confira a ele a prerrogativa da criação de normas gerais. Nessa hipótese, os demais poderes somente poderão editar normas gerais uma vez autorizados pelo poder legislativo. De todo modo, é um fato da

realidade que os demais poderes também desempenham funções legislativas: o poder judiciário, quando proclama a invalidade de leis por inconstitucionalidade, anula decretos-lei contrários à lei, edita precedentes vinculantes ou aplica o costume nos países que admitem o direito consuetudinário; o poder executivo, quando edita leis delegadas em circunstâncias especiais (guerra, rebelião ou crise econômica), exerce o poder de veto e toma a iniciativa de projetos de lei. Da mesma forma, pode o poder executivo desempenhar funções judiciárias, quando no contencioso administrativo aplica determinada sanção administrativa por infração às leis fiscais, sanitárias e de comércio²¹. Em resumo, inexistente exclusividade das atribuições de cada poder, mas apenas uma tipicidade que comporta exceções. Consoante Kelsen:

[...] não se pode falar de uma separação entre a legislação e as outras funções do Estado no sentido de que o chamado órgão “legislativo” — excluindo os chamados órgãos “executivo” e “judiciário” — seria, sozinho, competente para exercer essa função. A aparência de tal separação existe porque apenas as normas gerais criadas pelo “órgão” legislativo são designadas como “leis” (*leges*) [...] Esse órgão nunca tem um monopólio da criação de normas gerais, mas, quando muito, uma determinada posição favorecida, tal como a previamente caracterizada. A sua designação como órgão legislativo é tão mais justificada quanto maior for a parte que ele possui na criação de normas gerais (KELSEN, 1990, p. 263-268).²²

21 Sob a ótica da solução da controvérsia, no contencioso administrativo a função do poder executivo é ontologicamente a mesma do poder judiciário.

22 Na Teoria Pura do Direito, Kelsen nega as lacunas normativas e vincula a discricionariedade judicial ao circuito fechado da “moldura”, representativa de um sistema jurídico autossuficiente. Em resumo, sustenta referido autor que, quando duas condutas não reguladas entram em conflito, ambas são igualmente

Logo, cabe resposta negativa à pergunta sobre se os juízes podem atuar como legisladores, se assim o fizerem com o propósito de editar normas gerais reservadas ao poder legislativo. Outrossim, se o poder judiciário ostenta função legislativa excepcional e ao exercê-la não se transforma em legislador, com mais razão ainda quando exerce a sua função típica de resolução de controvérsias, mesmo nos casos de lacunas ou de imprecisão normativa. A produção judiciária do direito é portanto um fenômeno, que Mauro Cappelletti atribui basicamente

permitidas e, por isso, qualquer decisão a respeito deve rejeitar a pretensão do autor da demanda, porque a ordem jurídica somente protege “interesses bem determinados”. Nesse caso, não se há de falar em lacuna, porque a ausência de uma norma geral sobre uma conduta positiva autoriza a conduta negativa. Somente quando essa ausência é considerada “indesejável” pelo tribunal, “do ponto de vista da política jurídica”, por “não equitativa ou desacertada”, pode ele criar uma norma individual, via decisão, a partir de uma norma geral que lhe pareça correta/satisfatória/adequada/desejável/acertada. A isso Kelsen denomina de função criadora de uma norma individual, ou “margem de livre apreciação” na falta de norma geral, porque ela mesma, quando existente, não pode prever todas as “particularidades do caso concreto”. A norma jurídica geral é uma “moldura”, mais larga quando autoriza simplesmente ao tribunal a criar a norma individual. Portanto, somente existe discricionariedade judicial na falta de norma jurídica geral, quando o tribunal considera essa ausência “injusta ou não equitativa”, “quer dizer, como não satisfatória”. Nesse caso, o tribunal recebe a competência para criar uma norma jurídica individual “*ex novo* de direito material”, que não tem índole legislativa, precisamente por se referir a uma norma individual, e não geral. Apenas quando o tribunal cria uma norma também geral é que ocorre uma “concorrência com o órgão legislativo”, representando uma “descentralização da função legislativa”. Em resumo, o tribunal cria: 1) norma individual (como “direito material novo”): quando a norma geral prevê uma conduta negativa, ou seja, não tem seu conteúdo predeterminado por uma norma geral; 2) norma geral: quando a norma geral cria conduta positiva, ou seja, confere conteúdo predeterminado a uma norma individual, mas de modo não unívoco. Em ambos os casos, o tribunal gera um precedente, que é ele mesmo uma norma geral, porque vinculante de decisões futuras, cujo objetivo é unificar a jurisprudência. Sobre tais colocações conferir Kelsen (1990, p. 261-268).

a dois acontecimentos do séc. XX: o crescimento da função legislativa decorrente do *welfare state* e o movimento de “revolta contra o formalismo” (CAPPELLETTI, 1993, p. 19; 31; 35-36; 89-90).²³

No primeiro deles, as respostas às demandas sociais prometidas pelo estado de bem-estar ou de providência exigiram não apenas a expansão do executivo (e, por conseguinte, da tributação) como também da função legislativa. Nesse modelo de Estado, essa última função visa fundamentalmente a produzir transformações na sociedade, num primeiro momento por intermédio de regras de conduta (proteção/repressão) e, em seguida, por meio de medidas institucionais, de fomento e controle de programas de governo, que excluem critérios de justo/injusto, já que o desenvolvimento prometido se põe no futuro e se justifica com base no utilitarismo (prevalência do interesse público sobre o privado). Isso produziu um incremento da demanda legiferante que acabou por obstruir o próprio legislativo, gerando assim um movimento gradual de transferência da função normativa para o executivo. Contudo, a inoperância tanto do legislativo quanto do executivo no cumprimento dos atos normativos que previam genericamente aqueles programas de governo levou descrédito à lei, motivando demandas que exigiam por meio do judiciário o atendimento das promoções estatais prometidas. Ao mesmo tempo, ocorreu também a ampliação das declarações de direitos fundamentais, de segunda e de terceira gerações, que passou a produzir

23 Referido autor segue declaradamente o método fenomenológico, ou seja, de exame e comparação dos fatos, não se baseando em pesquisa puramente conceitual (p. 20; 111). Nesse livro, a criação do direito pelo judiciário e o ativismo judicial são apresentados como sinônimos, mas isso não condiz com o enfoque até aqui examinado. Conforme se viu acima, no ativismo se discute a legitimidade democrática do juiz para fundamentar sua decisão apenas em princípios não expressos nos chamados *hard cases*, enquanto na criação do direito se questiona se a regra concreta encontrada para a solução de uma lide, desprovida de uma solução clara no direito legislado, seria uma função legislativa ou apenas parte da função judiciária.

conflitos de classe (*class litigation*) cuja solução exige dos juízes uma atitude criativa, diante da generalidade das previsões constitucionais desses novos direitos, naquilo que se chama de “justiça constitucional das liberdades” (CAPPELLETTI, 1993, p. 40-46; 55; 61-62; 129).²⁴

O segundo deles representa uma dupla reação: ao formalismo do *case method* da *common law* e ao positivismo jurídico da *civil law*, nesse último caso contra a lógica dedutiva e o caráter meramente declaratório das sentenças. As escolas que expressam esse movimento de “revolta contra o formalismo” são o *legal realism* americano, a jurisprudência dos interesses alemã e a livre investigação científica francesa. Essas escolas rejeitaram basicamente a afirmação histórica da escola da exegese sobre os juízes como mera boca da lei, em favor de uma função menos limitada e mais criativa (CAPPELLETTI, 1993, p. 31-32).²⁵

24 De acordo com Cappelletti, a expansão geral do estado de providência permitiu também a expansão do estado corporativo, ou seja, o surgimento de grandes empresas de capital supraestatal, cujos interesses em conflito foram equilibrados no sistema de “economia mista” como critério de justiça distributiva, ou seja, mediante compensações não espontâneas das diferenças econômicas, fora do sistema de preços do mercado (1993, p. 38-39). Esse será o enfoque predominante das teorias da justiça social, adiante examinadas, ou seja, se o estado deve ou não atuar como árbitro dessas diferenças econômicas e promover ou não mecanismos de compensação mediante distribuição de bens, interesses, direitos, conhecimento etc.

25 Cappelletti adverte que esse movimento gerou, contudo, uma contrarrevolta, representada pela teoria de Dworkin (nota 29, p. 31). Na sequência do positivismo de Hart, Dworkin empenha-se em criticar não apenas o positivismo jurídico, em especial na versão do poder discricionário dos juízes, mas também o utilitarismo, quanto ao privilégio dos interesses coletivos sobre os individuais. Essas duas versões teóricas do direito não levaram o direito a sério, quer dizer, o direito dos indivíduos, ao sobrepor a ele a norma do estado ou a estrita obediência às leis estatais. A sua proposta, em resumo, é a de apresentar o direito como uma integridade política, vale dizer, como um conjunto de princípios que a comunidade impõe à maioria no sentido de respeitar os direitos individuais, como decisões políticas passadas. Tais direitos assumem então uma natureza

Cappelletti afirma que o problema não está, portanto, em admitir a criatividade judicial na interpretação do direito legislado, mas sim em estabelecer seus limites e sua aceitabilidade, apresentando as seguintes distinções entre as funções legislativa e jurisdicional: 1) substanciais: a rigor não diferenciam ontologicamente legislação de jurisdição, já que ambas criam direito, ou seja, a diferença entre ambas não é qualitativa (quanto à natureza), mas quantitativa (quanto ao grau) da criatividade, porque a atividade legislativa está menos

moral, que o governo deve respeitar diante de seu compromisso também moral de agir conforme princípios. Diante disso, a contracrítica positivista, de acordo com A. Casalmiglia, chegou a dizer que a crítica era mais aparente do que real, pondo-se ao lado do positivismo; ou que uma pequena modificação na regra de reconhecimento seria suficiente para superar a crítica; ou mesmo que o pensamento crítico era neojusnaturalista. Conferir Casalmiglia (Prefácio) e Cappelletti (1993, p. x). Mas Dworkin não se perfila com o positivismo, nem parece se contentar com uma simples maquiagem da regra de reconhecimento nem tampouco se converte a um novo jusnaturalismo. Destinando seu tempo às críticas ao positivismo e ao utilitarismo, ela retorna ao liberalismo político e reintroduz no direito o elemento moral, por meio de uma ideia sistemática que não põe os princípios do lado de fora do ordenamento. Se nesses traços não se pode ver mais o positivismo, que propõe a separação entre o direito e a moral, nem tampouco o jusnaturalismo, que admite uma moralidade extra e supra-ordenamento, a qualificação de neopositivista parece ser mais adequada a Dworkin, ao menos até que outra melhor lhe possa ser imputada. J. W. Harris (1997, p. 188-190), por exemplo, chama Dworkin de antipositivista, e enumera o seu pensamento em três fases. A primeira delas, presente na edição original de *Taking Rights Seriously*, destinou-se à crítica a Hart, no sentido de que o direito não é um sistema de regras determinadas por seu *pedigree* e que supostamente autoriza os juízes a decidirem discricionariamente nos casos não regulados. Na segunda, contida na reedição do mesmo livro em 1978, nasce o juiz Hércules, para a solução dos *hard cases* segundo uma perspectiva holística, ou seja, conforme as melhores políticas. Na terceira, com o livro *Law's Empire* (1986), Dworkin introduz o holismo de Hércules a uma “interpretação construtiva”, como num “romance em cadeia”, de decisões e leis passadas aos direitos que sejam objeto de decisão atual.

predeterminada do que a atividade judiciária, que está previamente vinculada pela lei, pelos precedentes e pela doutrina; 2) formais: a) no plano judicial: a.1) a conexão com o caso concreto;²⁶ a.2) a imparcialidade em relação aos interesses envolvidos; a.3) o contraditório; a.4) a independência em face das pressões externas; a.5) a inércia da jurisdição;²⁷ b) no plano legislativo: b.1) a parcialidade dos interesses envolvidos; b.2) a ausência de lide e de contraditório;²⁸ b.3) o antagonismo de interesses é resolvido com base na negociação política e na representação de forças; b.4) a iniciativa *ex officio*. Dessas distinções, a que realmente diferencia as funções em exame é a de caráter formal, inclusive porque não determina o conteúdo das decisões, numa espécie de procedimentalismo que visa assegurar a correção democrática das regras do jogo, mais do que impor valores substanciais (CAPPELLETTI, 1993, p. 67, nota 127; 80-81).²⁹

Em geral, as limitações que normalmente se apresentam contra a criatividade judicial do direito são as seguintes: 1) reduzida abrangência das informações, ou seja, a baixa publicidade das decisões, problema que somente é contornado pelos precedentes vinculantes; 2) eficácia retroativa das decisões, que impede os terceiros não demandantes de se comportar de acordo com o significado normativo

26 Conferir Cappelletti (1993, p. 80-81) sobre: apenas no exercício do poder regulamentar de seu próprio funcionamento e na edição de precedentes vinculantes o judiciário se equivale ao legislativo.

27 Os exemplos dos itens a.2, a.3 e a.5 constituem as regras fundamentais de “justiça natural” ou as garantias de legitimidade democrática da função judicial criadora; conferir aqui Cappelletti (1993, p. 101-102).

28 Nem mesmo as *hearings*, que são exemplo de jurisdicionalização do legislativo, alteram a ausência de contraditório. Conferir Cappelletti (1993, p. 77).

29 Esse procedimentalismo será colocado em oposição ao substancialismo das teorias da justiça social mais adiante, nos itens respectivos. Cappelletti (1993, p. 132), portanto, faz parte da primeira abordagem citada no início deste trabalho, já que para ele apenas as garantias formais/procedimentais podem reduzir o risco de uma criação jurisprudencial arbitrária.

encontrado na decisão final; 3) incompetência funcional, em especial diante da carência de meios executivos de algumas decisões de cunho político; 4) caráter não majoritário e antidemocrático do judiciário (CAPPELLETTI, 1993, p. 83-93; 126).

Dessas limitações, a mais séria e digna de resposta é a última, em especial porque o controle de constitucionalidade das leis não torna o poder judiciário superior ao legislativo, ao menos num sistema equilibrado de divisão de poderes (*checks and balances*). As objeções a esses limites são as seguintes: 1) o consenso da maioria é uma utopia, diante do chamado procedimento de contratação, ou seja, diante do fato de as leis, como decisões políticas, não serem em verdade o resultado do interesse da maioria, mas sim de acordos tomados no recesso dos gabinetes e somente chancelados nos parlamentos, antes representando os interesses de grupos organizados, que de um modo formalmente reconhecido (*lobbies*) ou não exercem influência parlamentar (BOBBIO, 2000, p. 117-118); 2) a composição política das cortes supremas (especialmente dos tribunais constitucionais) expressa em última análise a representação do Senado, que aprova ou não a indicação do poder executivo, o que confere representatividade política indireta ao judiciário; 3) a fundamentação e a publicidade das decisões garantem a prestação de contas exigida para a representatividade democrática; 4) o acesso à justiça de grupos sem representação adequada é um meio de justificação da representatividade democrática dos tribunais; 5) a exigência de contraditório torna o processo mais participativo do que os processos legislativo e executivo; 6) o “procedimento de revisão”, ou seja, a edição de emendas constitucionais que contornam decisões dos tribunais constitucionais, comprova que mesmo as decisões dessas cortes não são definitivas e estão, portanto, sujeitas ao controle de uma maioria qualificada; 7) as regras da inércia da jurisdição, da imparcialidade e do contraditório são garantias suficientes de legitimidade democrática das decisões judiciais, isto é, o “isolamento” (imparcialidade) e a “concretude” (resolução de casos concretos) expõem o judiciário mais proximamente

das aspirações coletivas do que a abstração e a generalidade do legislativo; 8) as decisões podem interessar a mais pessoas do que as partes, numa espécie de *hearing* incompleta dos interesses envolvidos, gerando assim generalização a longo prazo e tornando a decisão uma espécie de razão pública; 9) o judiciário deve ser um órgão contramajoritário, que controle o abuso do argumento da maioria em nome dos direitos fundamentais (BOBBIO, 2000, p. 94-107).

Capítulo 4

A teoria da justiça de Kelsen

Na *Teoria Pura do Direito*, de Kelsen, a norma confere significado jurídico objetivo a um ato, como “esquema de interpretação”, mas ela é o produto de outro ato, que recebe o seu significado de outra norma, até a norma fundamental. Sendo uma “ciência” objetiva, a TPD, estruturada num sistema escalonado de normas, não admite que elas tenham conteúdo, porque isso exige a mistura de direito e política e sugere um núcleo “justo” e, portanto, valorativo (KELSEN, 1990, p. 3-5; 11-44; 53; 214; 236).

A norma regula o comportamento humano como um dever-ser, no sentido de prescrever (comandar) ou permitir condutas, e isso é o que faz do direito uma “ordem normativa da conduta humana”. Nesse dever-ser da conduta é que está o conteúdo das normas, acrescido de seus efeitos. Uma conduta é prescrita ou permitida mediante coação estatal, que é exercida por meio da sanção. Esta última compreende prêmio e castigo como o “motivo da conduta socialmente desejada”. Este é o elo do direito e do Estado, entendido como ordem social

idêntica ao direito ou a “personificação da ordem jurídica” (KELSEN, 1990, p. 7; 13; 15; 27; 37; 58; 1990, p. 4-5).³⁰

A regulamentação da conduta, por intermédio das normas, ocorre de duas maneiras: 1) positiva: a) no sentido de obrigar a uma conduta; b) no sentido de conferir poder ou competência para produzir ou intervir na produção de normas; 2) negativa: conduta não regulada, nem proibida. Somente nesse sentido a norma atende a um valor: 1) positivo (ou “bom”): quando a conduta está de acordo com a norma; 2) negativo (ou “mau”): quando não está de acordo com ela. Assim, “a norma considerada como objetivamente válida funciona como medida de valor relativamente à conduta real” (KELSEN, 1991, p. 16-18).

Esse valor é correlato ao conceito de norma, mas diverso de sua ciência (TPD), que é objetiva, sendo de natureza humana, e não divina. Com ele apenas se quer dizer que a conduta de acordo com a norma é positiva (“boa”), e que a conduta contrária é negativa (“má”), como ponto de partida para a sanção (KELSEN, 1991, p. 20; 23; 71).

Fora do contexto da teoria pura, numa coletânea de textos publicada em 1957, Kelsen se ocupa em responder sobre o que é a justiça, concluindo que o seu conceito é subjetivo e relativo, baseado numa doutrina relativista de valores, regida por sua vez pelo princípio da tolerância das diferenças, compatível apenas com a forma democrática de governo (KELSEN, 2001, p. 24).³¹ Logo se vê, portanto, que

30 Na teoria pura, as condutas não estão predeterminadas nas normas, ou seja, as condutas em concreto serão ainda definidas pela autoridade competente, de acordo com o procedimento previsto na norma imediatamente superior.

31 Num dos capítulos desse livro, intitulado de Direito, Estado e Justiça na Teoria Pura do Direito, Kelsen explica as razões de referida teoria não conter um conceito substancial de justiça, que são as mesmas acima indicadas. Em resumo, o autor diz que a TPD visa combater o animismo, ou seja, o uso de entidades transcendentais para explicar o fenômeno jurídico, como, por exemplo, o binômio Estado e direito. Para Kelsen, o Estado é a personificação da ordem jurídica e o direito é o Estado como ordem social. Logo, não são nem

esse conceito não tem pretensão de universalidade e tampouco tem índole meramente formal, já que se ocupa em refutar qualquer conceituação objetiva e absoluta.

Esse relativismo decorre da premissa de que somente se exige um conceito de justiça quando há conflito de interesses ou, por outras palavras, na ausência de antagonismo os interesses não exigem qualquer tipo de intervenção corretiva com base em parâmetros de justo ou de injusto. Todavia, critérios de justiça existem precisamente para dar resposta a um conflito de interesses, sendo que a solução respectiva implica sempre na satisfação de apenas um deles, já que “[...] um interesse só pode ser satisfeito à custa de outro”. A solução desse conflito requer uma proporção de valores, que não é resolvida racionalmente, mas com base em fatores emocionais, sendo assim relativo ao juízo do sujeito que valora. Isso ocorre porque juízos de valor dependem de escolhas que priorizam um valor sobre o outro, diferentemente dos juízos de realidade, que se limitam a verificar um fato pela experimentação, como, por exemplo, que os metais se expandem com o calor ou que o ferro é mais pesado que a água (KELSEN, 2001, p. 4-5). Desse modo, há sempre um componente arbitrário na escolha ou no estabelecimento de prioridade entre os valores pelo juízo do agente decisório, que Kelsen parece identificar na figura do legislador.

coisas distintas, como entendem as teorias animistas, e tampouco a mesma coisa, embora tenham íntima ligação. O Estado é uma elaboração jurídica cujos atos são praticados por seres humanos, os quais, nessa condição, atuam como órgãos estatais, de modo que eles são assim imputados ao Estado, ou seja, são atos jurídicos. De acordo com o autor, a função da ideia de justiça é a de servir de modelo para o bom direito, ou seja, para distinguir o bom do mau direito, sendo, porém, uma abordagem que refoge do conceito formal da TPD. Justiça e direito não são a mesma coisa, como pressupunha o jusnaturalismo, de modo que não se pode dizer que em todo direito há justiça, mas juízos subjetivos de valor. O direito pode ser observado objetivamente, como um dado sensível correspondente à realidade, enquanto a Justiça é um juízo de valor e, como tal, de caráter subjetivo (p. 285-294).

No início do texto, Kelsen estabelece um conceito literal de justiça, segundo o qual “justiça é felicidade social, é a felicidade garantida por uma ordem social”. A felicidade, por sua vez, como objetivo de uma ordem social justa, não coincide com a felicidade individual, mas com a felicidade coletiva, isto é, uma ordem social justa regula os comportamentos com o fim de “contentar a todos”, fazendo com isso com que todos encontrem a felicidade. Assim, o conceito de felicidade não pode ser subjetivo-individual, mas objetivo-coletivo, a depender de definição do legislador, como autoridade social. Em resumo, a felicidade coletiva seria uma regra objetiva pressuposta pela moral positiva contida no direito legislado ou, dito de outro modo: um sistema de valores é resultado da influência recíproca entre indivíduos componentes de um grupo, e não de uma ética individual, ou seja, trata-se de um “fenômeno social”. Essa influência recíproca não é racional e produz um juízo de valor subjetivo e relativo, porém de ordem coletiva, que se transforma em valor objetivo absoluto, enquanto não alterado por outra ética social (por exemplo, a passagem do capitalismo para o socialismo) (KELSEN, 2001, p. 2-3; 8-9; 18).³²

O problema dessa definição é duplo: 1) antes de tudo ela reconduz a subjetividade do conceito de justiça a um conceito objetivo, imputado a um determinado modelo de estado e a uma ética coletiva que apenas se pode pressupor como aceita pela sociedade; 2) ela coincide de algum modo com as ideias platônica, aristotélica e kantiana de justiça que o próprio Kelsen critica. Enquanto (i) para Platão a justiça se reduz à felicidade e está se reduz à legalidade, no sentido de que somente é feliz e portanto justo o cidadão que se conduz de acordo com as leis, (ii) para Aristóteles a justiça é uma virtude

32 Em outra passagem, Kelsen (2001, p. 10-11) explica que a justiça está vinculada a critérios de justificação condicionada, sendo por isso relativa, ou por outra: critérios absolutos de justificação ou de justificação incondicionada estão além da razão humana e só podem ser encontrados na transcendência ou no mundo não sensível da religião ou da metafísica.

mediana de dois extremos (*mesotes*), no sentido de que se põe entre virtudes e defeitos cujo ponto de equilíbrio é confiado ao direito positivo como expressão de uma moral positiva, e (iii) para Kant o justo é um imperativo categórico, no sentido de que se deve agir conforme as normas que se pressupõe obrigatórias para todos. Em Platão se deve pressupor que somente o justo é feliz, mesmo que as leis não expressem verdadeiramente essa afirmação, ou seja, “Platão coloca a justiça — e isso significa aqui o que o governo considera como tal, ou seja, a legalidade — acima da verdade”. Em Aristóteles se deve pressupor que o legislador é dotado de discernimento/sabedoria suficiente para encontrar o ponto mediano entre vícios e virtudes. Em Kant se deve pressupor que o justo deriva de um comportamento padrão, ou melhor, “o comportamento humano é bom ou justo se for determinado por normas que o homem, ao agir, pode ou deve esperar que sejam obrigatórias para todos”. A crítica de Kelsen a Platão é a seguinte: numa doutrina relativista de valores, racionalmente não se justifica conferir-se à legalidade um valor superior à verdade; a crítica de Kelsen a Aristóteles é a seguinte: numa doutrina relativista de valores, a ideia de justiça não pode ser encontrada em um critério objetivo e preestabelecido (além do fato de que ela não está propriamente na *mesotes*, mas na ordem social estabelecida, tendo assim uma função conservadora dessa ordem); a crítica de Kelsen a Kant é a seguinte: numa doutrina relativista de valores é necessário que se conheça quais são as normas que podemos ou devemos esperar que sejam genericamente obrigatórias, ou seja, o conceito de justiça kantiano é desprovido de conteúdo e, portanto, “[...] qualquer ordem social é compatível com esse princípio, uma vez que expressa, unicamente, que o homem deve agir de acordo com normas gerais” (KELSEN, 2001, p. 6; 19; 21).³³

33 Esse conceito desidratado de justiça de Kant tem perfeita simetria com o conceito de norma que Kelsen desenvolveu em sua teoria pura do direito: ambos são desprovidos de conteúdo predeterminado, que somente será atribuído pela

Assim, o conceito kelseniano de justiça depende da seguinte variação para que as afirmações contidas no início e o final do texto sejam coerentes: a redução da justiça à legalidade somente não ocorre quando se pressupõe que o legislador, como autoridade social, não está autorizado a colocar o valor contido nas leis acima da verdade, no pressuposto de que a verdade daquilo que se contém nas normas gerais obrigatórias é perfeitamente conhecida e consentida pela população a elas sujeita, sem representar qualquer noção matemática-geométrica. Trata-se, todavia, de um novo reducionismo, porque tudo depende de pressuposições que não podem ser conferidas pela experiência, confirmando assim que os juízos de valor não são mesmo racionais e que valores absolutos não podem conceituar satisfatoriamente o que é justiça, ainda que a pretexto de expressar uma espécie de razão pública.

O que absolve a contradição presente no texto é a aceitação de um conceito subjetivo de justiça para si mesmo (“[...] só posso declarar o que significa justiça para mim: uma vez que a ciência é minha profissão e, portanto, a coisa mais importante em minha vida, trata-se daquela justiça sob cuja proteção a ciência pode prosperar e, ao lado dela, a verdade e a sinceridade”) e de um outro conceito de caráter coletivo, diante do “fenômeno social” do conflito de interesses, que exige um sistema de valores capaz de produzir decisões aceitas pela sociedade ou que de algum modo se legitimem mediante atribuição de seus resultados a uma ética social compartilhada por todos, enquanto não alterada por outra.

Num outro texto de 1960, intitulado de *O Problema da Justiça* (KELSEN, 1998), Kelsen retorna ao tema com mais detalhes e permite que a contradição anterior seja esclarecida. É que, a rigor, Kelsen não tem uma teoria da justiça, limitando-se a refutar todos os enunciados ou princípios de justiça que reuniu em dois grupos: os metafísicos e

autoridade competente, de acordo com o procedimento previsto na norma superior, quando de sua edição em concreto.

os racionais ou pseudoracionais. É sintomático que nesses dois grupos existam duas versões de justiça que adotam como premissa de justiça a felicidade: Platão, como exemplo metafísico, e o princípio comunista de justiça, como exemplo racional.

Conforme visto acima, em Platão a justiça se reduz à felicidade e esta se reduz à legalidade, no sentido de que somente é feliz e, portanto, justo o cidadão que se conduz de acordo com as leis. Já no princípio comunista de justiça, a exigência de satisfação das necessidades das pessoas, sob a ótica subjetiva, pretende realizar “[...] a profecia da sociedade comunista como promessa da felicidade completa de todos os seus membros” (KELSEN, 1998, p. 44).

Logo, a remissão inicial do primeiro texto à felicidade social não deve ser tomada como uma conceituação de justiça, restringindo-se o autor em comentário ao conceito subjetivo e relativista adotado para si mesmo. Com isso, o conceito que Kelsen tem de justiça pode ser qualificado como cético, porque não apresenta nenhum conceito melhor do que aqueles que ele critica, ou seja, todos os conceitos de justiça ficam em aberto, inclusive o do autor, que não o dogmatiza (JAPIASSÚ, 1999, p. 41-42).

No segundo texto, Kelsen desconstrói os seguintes enunciados ou princípios: I - racionais ou pseudo racionais: 1) “a cada um o que é seu” (*suum cuique*): referido princípio pressupõe uma ordem jurídica que predetermine o que cabe a cada um como seu, porque ele mesmo conduz a uma tautologia (“a cada qual deve ser dado aquilo que lhe deve ser dado”), tendo ademais uma função conservadora da própria ordem jurídica positiva que defina o que é de cada um (KELSEN, 1998, p. 18); 2) “devemos tratar os outros tal como gostaríamos de ser tratados” (regra de ouro): referido princípio pressupõe uma ordem jurídica que predetermine como devemos ser tratados, porque ele também contém uma petição de princípio, uma vez que, por exemplo, ninguém deseja ser punido, de modo que a sanção não deveria existir, do mesmo modo que muitos gostam de ser lisonjeados, embora a lisonja seja um engano sobre si mesmo

(KELSEN, 1998, p. 19-21); 3) imperativo categórico de Kant: referido enunciado parte da premissa de que uma ação deve ser moralmente boa em si mesma para ser justa, como uma máxima que seja válida em qualquer circunstância e de forma geral (“lei universal”). Kant supõe que ações boas e ruins são autoevidentes e por isso deduz que a ação individual que se deseja como lei universal seja moralmente boa em si mesma, rejeitando, por exemplo, o suicídio, as promessas que se sabe não serão cumpridas, as dívidas assumidas sem capacidade de pagamento e o bem-estar próprio sem preocupação com o bem-estar alheio como máximas de uma ação moralmente boa. Segundo Kelsen, o problema do enunciado está na seleção das ações que devemos querer que se transformem em uma lei universal, de modo que “o que ele exige nada mais é que a conformidade da ação com uma lei, isto é, a sua harmonização com uma norma geral”. Em outras palavras, também esse enunciado pressupõe uma ordem que diga como devemos agir para proceder bem, de modo que o conteúdo moral da ação não é dado por si mesmo, mas por essa ordem (KELSEN, 1998, p. 21-28); 4) “os homens devem ser bem tratados” (Tomás de Aquino): referido princípio de justiça supõe que o bem esteja no bom tratamento do homem, mas ela também incide em uma tautologia (tratar bem os homens significa tratá-los como devem ser tratados), exigindo portanto uma ordem normativa que defina como os homens devem ser bem tratados (KELSEN, 1998, p. 28-29); 5) “devemos nos conduzir tal como os membros de uma comunidade” (direito consuetudinário): trata-se de princípio de justiça determinado pelo costume, ou seja, pelo modo como historicamente as pessoas de uma comunidade têm se conduzido, presumindo assim uma ordem normativa, porém baseada no costume, e não no direito positivo (KELSEN, 1998, p. 29); 6) meio-termo aristotélico (*mesotes*): para Aristóteles, a justiça é uma virtude mediana entre dois vícios extremos, ou seja, é um meio termo entre praticar e sofrer uma injustiça. O problema desse princípio é que a definição da virtude é atribuída à moral positiva da época e,

portanto, ao direito positivo, servindo assim a ética aristotélica para a manutenção da ordem social de seu tempo (KELSEN, 1998, p. 29-31); 7) princípio retributivo (*vergeltung*): de acordo com esse enunciado de justiça, para cada ato há uma sanção ou um prêmio, o que pressupõe uma ordem normativa que predetermine o bem e o mal, “[...] quer dizer: o que devemos fazer e o que devemos omitir — como nós devemos conduzir”; 7.1) quando associado com o princípio da igualdade, postula um tratamento desigual, já que reserva o prêmio para quem age bem, e a sanção para quem age mal, havendo igualdade em tese apenas entre os prêmios para os bons e entre as sanções para os maus em iguais circunstâncias, mas essa igualdade não passa de uma consequência lógica do caráter geral do princípio de justiça da igualdade; 7.2) quando associado com a lei da ação e da reação (lei de talião), postula novamente um tratamento desigual, porque ação e reação expressam valores opostos e equivalentes. Logo, a igualdade entre eles teria de ser também entre valores, mas quando se apregoa tratar o mal com o mal, a sanção respectiva expressa um valor negativo sob o aspecto subjetivo, de quem o sofre, expressando também um valor positivo sob o aspecto objetivo, em favor da ordem normativa que previu a sanção, de modo que “[...] ação e reação não são — como valores — de forma alguma iguais, mas desiguais”; 7.3) quando associado com o princípio da recompensa ou do mérito, ele revela um valor positivo, porém agora não apenas subjetiva como também objetivamente, já que o merecimento atende tanto ao merecedor quanto a ordem jurídica que estabeleceu o prêmio, sendo que a retribuição ao merecedor, aqui, não passa novamente de uma consequência lógica do princípio da retribuição; 7.4) quando associado com o princípio da proporcionalidade, ele revela de novo a existência de valores e pressupõe que eles tenham graus distintos entre si, requerendo porém que eles sejam quantificados ou mensurados. Não sendo isso possível, “[...] não se pode falar de proporcionalidade num sentido estrito mas apenas num sentido aproximado” (KELSEN, 1998, p. 31-37); 8) “a cada um segundo

a sua prestação”: referido enunciado é também chamado de princípio da equivalência entre prestação e contraprestação e pressupõe que a prestação devida deve estar prescrita em uma norma, diferindo assim do princípio retributivo, porque a prestação não expressa em valor em sentido objetivo (KELSEN, 1998, p. 37-39); 9) “para trabalho igual cabe igual salário ou igual participação no produto do trabalho” (princípio comunista): esse princípio ignora as diferentes capacidades de trabalho e, portanto, cria um direito injusto, de modo que, nele, a igualdade estaria na fórmula segundo a qual “a cada um segundo as suas capacidades, a cada um segundo as suas necessidades”, que expressa o princípio de justiça da economia comunista. Em relação à primeira parte do princípio, ela representa um dever geral de produzir de acordo com as capacidades e pressupõe uma ordem que as exija e as defina. Em relação à segunda parte do princípio, ela expressa um direito individual de ver supridas as necessidades e pressupõe uma ordem que, uma vez definidas as capacidades, promova a distribuição ou atenda às necessidades. Segundo Kelsen, Marx pressupõe autonomia individual para a produção conforme as capacidades uma vez satisfeitas as necessidades pela sociedade comunista, o que coloca o princípio em antagonismo com o princípio da retribuição (KELSEN, 1998, p. 39-46); 10) “devemos satisfazer a necessidade dos outros”: trata-se do princípio chamado de “amor ao próximo”, segundo o qual devemos libertar quem sofre de seu sofrimento, e que pressupõe uma ordem social “[...] segundo a qual possa ser decidido quando é que um sofrimento ou um estado de necessidade é inculposo”, ou seja, o sofrimento nesse caso tem ser involuntário para que mereça resgate. Nesse caso a necessidade teria um sentido objetivo, enquanto que a necessidade em sentido subjetivo seria aquela que não exige culpa para o resgate, caso em que o princípio “[...] não pressupõe na sua aplicação nenhuma espécie de ordem social e assim se distingue das outras normas de justiça” (KELSEN, 1998, p. 46-48); 11) “os últimos serão os primeiros”: trata-se do princípio da justiça futura ou do devir, conforme o qual

as coisas do presente são injustas e num futuro inexorável serão alteradas, com inversão das posições entre desfavorecidos e favorecidos da atualidade. Referido princípio expressa a subversão ou a revolução do presente e, consoante Kelsen, “é o princípio da retribuição, tal como é interpretado pelos desprotegidos da sorte, sob a forma de ressentimento contra os favorecidos pelo destino” (KELSEN, 1998, p. 48); 12) princípio da liberdade: referido princípio apregoa que o homem deve ser livre de qualquer ordem não consentida, de modo que a liberdade somente pode ser limitada mediante o consenso. Nesse sentido, “[...] a ideia da liberdade é um princípio antissocial” e somente deixa de sê-lo se a ordem social for concebida pelo consenso (KELSEN, 1998, p. 48-49); 13) princípio da autodeterminação: tal princípio tem o mesmo sentido do anterior, sendo porém formulado de outro modo, segundo o qual o homem somente pode ser vinculado por sua própria vontade (KELSEN, 1998, p. 49-51); 14) princípio do contrato social: decorre da autodeterminação, porém para a criação de uma ordem social sem predeterminação de seu conteúdo, o que exclui sua aplicação ao processo sucessivo de modificação da própria ordem, já que a vontade de todos não pode ser mais reunida. O princípio então se relativiza no princípio de justiça da democracia, pelo qual a maioria autodetermina o futuro da ordem social. De todo modo, a compatibilidade dos dois princípios ocorre pelo princípio de justiça da democracia liberal, segundo o qual as restrições à liberdade individual devem ser mínimas, ou seja, de caráter negativo (KELSEN, 1998, p. 49-51); 15) princípio da igualdade: a) “todos os homens devem ser tratados por igual”: esse princípio pressupõe a desigualdade, porque requer que as desigualdades de fato existentes entre os homens sejam ignoradas para que haja o tratamento igualitário. Ele também pressupõe uma norma geral que predetermine o conteúdo da igualdade. Para Kelsen, essa é a única fórmula que vale como princípio de justiça, porque “se uma norma de justiça não determina que todos os homens devem ser tratados de maneira igual [...], a justiça não é igualdade”. Trata-se,

porém, de mera consequência lógica do caráter geral de toda norma de justiça. Nesse sentido, igualdade perante a lei significa apenas que a norma geral da igualdade foi observada; b) “todas as desigualdades devem ser levadas em conta”: corresponde à “política da livre descoberta do direito” ou da plena flexibilidade do direito, que se opõe a sua rigidez, porque postula uma norma individual para cada caso de aplicação do princípio; c) “só os que são iguais é que devem ser tratados igualmente”: pressupõe desigualdades relativas que devem ser consideradas, ignorando-se todas as outras possíveis, deixando portanto de ser um princípio de igualdade. Trata-se da combinação das duas fórmulas anteriores e não é sequer um postulado de justiça, mas de exigência lógica: para certos pressupostos de igualdade ou desigualdade seguem-se determinadas consequências (KELSEN, 1998, p. 51-62); II - metafísicas: os princípios que serão aqui analisados expressam aquilo que Kelsen chamou de animismo e que representa a “duplicação do mundo”, ou seja, a adoção de uma entidade transcendente da realidade: 1) teoria das ideias de Platão: segundo essa teoria, existe o mundo visível, no qual os homens são prisioneiros de seus próprios sentidos, que são apenas representações imperfeitas dos objetos que se apresentam à visão, e o mundo das ideias, no qual a conceituação desses objetos encontra-se livre das percepções reais equivocadas. Nesse segundo mundo a ideia principal é a do bem absoluto, que contém a ideia de justiça, mas essa ideia somente poderia ser intuída por alguns poucos escolhidos. Por isso, de acordo com Kelsen, a própria ideia de justiça se torna obscura, “pois, com efeito, a Justiça é um segredo que Deus confia... apenas a alguns poucos eleitos [...]” (KELSEN, 1998, p. 62-63); 2) princípio da justiça divina: referido princípio também pressupõe a existência de uma entidade transcendente, representada na figura de Deus, e recomenda que os homens sejam tratados conforme a vontade divina, mas como tal vontade também é incognoscível ele sofre do mesmo problema de obscuridade do princípio anterior (KELSEN, 1998, p. 63-65).

Em resumo, todos esses princípios não são capazes de que definir com precisão um conceito de justiça aceitável, na opinião de Kelsen, que também não oferece um conceito de justiça digno de um quadro teórico.

Capítulo 5

A justiça traída pelo processo: a legitimação pelo procedimento de Niklas Luhmann

O título do presente item é sugestivo de seu conteúdo: desde o início do trabalho se manifesta a intenção de diferenciar um acesso formal e substancial à justiça de um acesso à justiça formal e substancial, entendida a primeira abordagem como as condições de se obter uma decisão judicial ainda desprovida de conteúdo, do modo mais rápido (celeridade) e com o maior índice de aceitação do resultado (efetividade), e a segunda como as condições pelas quais o Estado atua ou deve atuar como árbitro distribuidor de bens. Nesse contexto, a teoria do direito de Kelsen³⁴ e a teoria da legitimação pelo procedimento

34 Nessa teoria, o fundamento de validade do direito (e, portanto, do próprio Estado) reside em uma norma fundamental pressuposta, que não passa de uma hipótese (“norma pensada”): ela não pode ser posta no mundo dos fatos,

de Luhmann podem ser enquadradas na passagem da primeira para a segunda abordagem, já que nelas as normas jurídicas e as decisões tomadas em certos procedimentos dispensam razões valorativas para

vale dizer, não poder ser criada por uma autoridade. Cuida-se, portanto, de um imperativo, que visa unicamente fundamentar a ordem jurídica estatal, e não de um ato de vontade constituinte, como se passa com a constituição. Sendo um pressuposto lógico-teórico, ela fundamenta a validade de qualquer ordem jurídica positiva, qualquer que seja a sua coloração política, não sendo destarte nem justa e nem injusta. A validade da ordem jurídica, assim, passa a ser garantida por uma norma politicamente desidratada, já que seu único conteúdo é a dinâmica jurídica, ou seja, o poder/competência para a geração de normas concretas (postas), cujo conteúdo não é predeterminado e corresponde apenas à conduta ideal desejada (dever-ser). A teoria pura do direito tem a pretensão de ser uma “ciência” objetiva (neutra), e por isso não admite que as normas concretas tenham um conteúdo predeterminado, circunstância que exigiria a mistura de direito e política e que sugere um núcleo “justo” e, portanto, valorativo. A perpetuidade desse ordenamento politicamente desidratado se vê garantida pelo princípio da legitimidade, segundo o qual “[...] a norma de uma ordem jurídica é válida até a sua validade terminar por um modo determinado através desta mesma ordem jurídica, ou até ser substituída pela validade de uma outra norma desta ordem jurídica [...]” Em caso de uma revolução (popular ou não = golpe de estado) bem sucedida, todavia, prevalece o princípio da efetividade, segundo o qual a validade da ordem jurídica dura enquanto durar a sua eficácia concreta. Se a nova autoridade revolucionária exerce efetivo domínio sobre a população do país, independentemente do auxílio ou da oposição de outros países, o direito internacional a reconhecerá como legítima, de acordo com Kelsen (1998). Nesse sentido, “o princípio da legitimidade é limitado pelo princípio da efetividade” e a norma fundamental se desloca do plano interno para o plano externo (p. 9; p. 25; 207 (sobre ser pressuposta); p. 50 (sobre ser hipotética); p. 219; 236 (sobre ser pensada); p. 34, p. 50; 213 (sobre sustentar a validade da ordem); p. 235 (sobre a sua pretensa neutralidade política); p. 207-209 (sobre o conteúdo da NF); 7, 13 e 15 (sobre o conteúdo da norma concreta); 53, 214 e 236 (sobre a objetividade e o motivo da falta de conteúdo da norma); p. 223-233 (sobre os princípios da legitimidade e da efetividade).

a obediência, ou aquilo que Bobbio chama de “justificação ética” para definir o conceito de legitimidade.

Grosso modo, o tema da legitimidade pode ser dividido entre os conceitos que dispensam a relação entre política e moral e aqueles que a incluem. Nestes últimos, recusa-se a redução do poder político a uma questão de força, já que esse enfoque não dá conta das razões de se mandar (do lado de quem governa) e de se obedecer (do lado de quem é governado). Nesses conceitos, entende-se que o poder político necessita de um fundamento que legitime o uso da força (justificação ética) e que Bobbio associa ao fundamento jurídico: “[...] ao problema da legitimidade está estreitamente ligado o problema da obrigação política, à base do princípio de que a obediência é devida apenas ao comando do poder legítimo”. Naqueles primeiros, Kelsen e Luhmann são exemplos paradigmáticos (BOBBIO, 1990, p. 86-91).³⁵

Para Luhmann:

[...] o direito é a estrutura de sistemas sociais como a eleição, o processo legislativo, o processo administrativo e o processo judicial. Ou seja, é ele que garante as perspectivas e possibilidades decisórias selecionadas nesses sistemas. Para tanto é necessário que o sistema constitua expectativas de comportamento e utilize uma auto-interpretação simbólico-significativa como estrutura de comportamento para a aceitabilidade da decisão (JEVEAUX, 1999, p. 33).

Em outras palavras, as sociedades complexas contemporâneas já não legitimam o direito (assim como o poder) por verdades invariáveis, mas por meio da participação em certos procedimentos, que funcionam como sistemas sociais sincronizados com os processos de decisão. A ideia central é a de assegurar aos procedimentos uma esfera

35 De modo geral, a obediência significa seguir as regras, que são o objeto do direito.

de comunicação mais livre e mais independente contra as influências da sociedade (LUHMANN, 1980, p. 7-8; 11; 27; 62-63).

De acordo com Luhmann, o conceito de legitimidade perdeu seu fundamento moral com a positivação do direito, enquanto o consenso e a coação não são mais capazes de explicar, por si sós, a legitimidade, que não passa de uma disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda indefinido. A legitimação pelo procedimento substitui os antigos fundamentos *jusnaturalistas* (inclusive o consenso), assegurando que as decisões obrigatórias sejam consideradas como premissas do comportamento. O compromisso necessário para a aceitação das decisões passa a ser a assunção simbólica de papéis sociais implícitos pelos participantes dos procedimentos (*role-taking theory*), que os obriga a se conduzir de acordo com as expectativas correspondentes a esses papéis, no sentido teatral do termo (LUHMANN, 1980, p. 29-32; 73-74; 181).

No caso do procedimento judicial, a separação dos papéis significa comportar-se conforme as regras do jogo, sendo que a incerteza do resultado motiva a aceitação dos papéis. Nele, não existem instruções suficientes para que a decisão possa ser previamente avaliada como justa ou injusta ou como um ato que atente à verdade. Afinal, um sistema que tem de assegurar a resolução de todos os problemas não pode simultaneamente garantir a justiça da decisão, de modo que a verdade que nele se apresenta se reduz ao compromisso que os participantes têm entre si com as expectativas dos comportamentos socialmente programados para esse subsistema social (processo). Essa é a função específica da verdade nesse tipo de procedimento legitimador. Consoante Luhmann, “cada papel é obrigado a um comportamento complementar nos papéis dos outros donde implica um convite a conduzir-se de uma forma correspondente”. Em outras palavras, cada participante chega a uma decisão prévia como parte de seu comportamento (representação) dentro do processo, e compromete-se a uma atuação cooperante a longo prazo. E é esse compromisso que obriga ao reconhecimento do resultado, ou seja, “como

projeto de futuro, o processo jurídico absorve a incerteza, enquanto a história converte-se em compromisso” (LUHMANN, 1980, p. 21; 24-26; 32; 34; 39; 44; 46; 73-74; 93-94; 96-97; 81).³⁶

Para Luhmann, cada procedimento de legitimação fundamenta-se basicamente em mecanismos extralegais, para além da persuasão e das considerações fundadas nas normas. Por isso, ao contrário do que sustenta o pensamento processual, a participação das partes no processo não é apolítica, mas essencialmente política, diante da exigência de aceitação do resultado. O sucesso desse mecanismo depende, todavia da internalização do diálogo entre os participantes, de modo que a crítica às decisões só pode ser feita nas interações dos papéis internos aos procedimentos. A finalidade dessa internalização é o de assegurar a estabilidade dos papéis contra a influência social externa, vale dizer, de outros subsistemas sociais, resguardando a expectativa dos comportamentos, de modo que não sejam transpostos (parte/pai, parte/sócio, parte/patrão etc.). É necessário, em resumo, a neutralização política do conflito, por intermédio da admissão limitada ao processo apenas dos interessados, criando com isso um mecanismo de isolamento contra contingências partidárias, sentimentais etc. (LUHMANN, 1980, p. 44; 46; 55; 57; 59; 68; 71; 82-83; 103-104)

Ao mesmo tempo, a incerteza do resultado exige do juiz alguns comportamentos simbólicos, como a independência, a imparcialidade, o tratamento igualitário das partes e a publicidade dos atos, tendentes a obter a confiança numa decisão “correta” e “justa”. Neste particular, a legitimação pelo procedimento judicial depende da simbologia criada pela dogmática jurídica acerca da justiça, porque somente a crença de que as decisões serão justas é capaz de manter o compromisso entre os

36 Os fatos verdadeiros e os inverídicos não são denunciados pelo direito positivo, e por isso são confrontados dentro do processo, aliviando-o assim da pressão social externa (p. 62-63). A legitimação é um mecanismo de reestruturação de expectativas jurídicas, e não um veículo de consenso efetivo (p. 35; 99-100; 103-104; 181; 190-192).

participantes. Por isso é que no processo não são usados programas de objetivos, mas programas condicionais como premissas da decisão, isto é, a função da legitimação não é realizada mediante a escolha de meios apropriados para atingir um objetivo, mas mediante aspectos que se verificam no comportamento social, com base na atribuição de papéis. Isso explica que a legitimação não é declarada como objetivo do procedimento, mas sim as garantias legais ou a elaboração de decisões obrigatórias e justas. (LUHMANN, 1990, p. 97-98; 104-105; 107-108; 112-113; 142; 168-170; 173; 181).

Enfim, “a legitimação é a institucionalização do reconhecimento de decisões como obrigatórias” (LUHMANN, 1990, p. 104).

O pensamento de Luhmann tem origem na escola funcionalista de Durkheim e no decisionismo de Carl Schmitt, representando uma concepção empírica da realidade jurídica, de acordo com João Maurício Adeodato, que descreve sua teoria como uma sequência das teorias tradicionais e contemporâneas sobre a legitimidade, a saber: 1) teorias tradicionais: a) da soberania divina (representada por Tomás de Aquino): segundo a qual a legitimidade decorre da adequação das leis seculares/terrenas às leis divinas, embora essas últimas sejam intangíveis aos seres humanos, que delas se aproximam apenas de uma forma imperfeita; b) da soberania racional (representada por Hugo Grotius): segundo a qual a legitimidade não é atribuída a uma entidade transcendente, mas a atos humanos observados como dados da experiência sensível, por meio da razão; c) da soberania popular (representada por Rousseau): segundo a qual a legitimidade decorre da “vontade geral”, que não passa de “[...] um princípio abstrato e universal de legitimidade da dominação política [...]”, embora “[...] pretensamente objetivo e até mensurável [...]”; 2) teorias contemporâneas: a) legalismo: segundo a qual a lei é a única fonte legítima do direito e, portanto, também do poder político; b) normativismo (representada por Kelsen): segundo a qual a legalidade não mais garante a legitimidade como limite ao arbítrio, tornando-se um axioma lógico, ou seja, a lei retira seu fundamento de legitimidade da “norma

fundamental”, e não de uma norma concreta; c) realismo (representada por Karl Deustsch): segundo a qual efetividade e legitimidade se identificam, ou melhor, “a legitimidade não mais deriva do legal ou da compatibilidade vertical de normas jurídicas mas sim da simples obtenção de obediência: tudo o que a produz é poder — e legítimo”. As teorias tradicionais têm em comum (i) a recorrência a um título prévio para a explicação da legitimidade, (ii) externo ao próprio poder e ao modo como é exercido, (iii) dotado de um conteúdo ético imanente (verdade, justiça, amor) e (iv) tendente a limitar o exercício do poder e a evitar a sua autoperpetuação. Já as teorias contemporâneas têm em comum o fato de explorarem a legitimidade não mais como algo externo e prévio ao poder, mas como algo interno ou autoconstruído (ADEODATO, 2002, p. 53-62; 75).

Para Adeodato, a legitimação pelo procedimento de Luhmann tem pontos de contato com todas as teorias contemporâneas acima indicadas, a saber: 1) com o legalismo, porque “[...] sua ênfase na necessidade de regras jurídicas anteriormente postas, e na adequação do procedimento a elas, aproxima-a mais do legalismo em sua compreensão de um direito positivado”, embora dele se afaste por rejeitar o formalismo jurídico; 2) com o normativismo, do qual toma as ideias de monopólio estatal da decisão e de positivação do direito; 3) com o realismo, porque em sua teoria a legitimidade também tem um papel ideológico, e não apenas instrumental, dele se afastando porém por não adotar como objetivo para o procedimento a busca da verdade ou da verdadeira justiça. Em outras palavras, a “verdade racional” como critério de justiça das teorias contemporâneas não se aplica à teoria de Luhmann, que pressupõe a “legitimidade da pura legalidade”. A legitimidade, assim, deixa de contar com qualquer justificação ética e se reduz à validade que, por sua vez, se reduz à legalidade (ADEODATO, 2002, p. 74-75; 78-79).

Para finalizar, Adeodato faz algumas críticas à teoria de Luhmann, sendo que duas merecem destaque para o presente trabalho, a saber: 1) a primeira delas diz respeito à pretensão de

universalidade de sua teoria, que ignora o fato de que em sociedades em desenvolvimento existe a possibilidade real da exclusão de muitas pessoas do subsistema processual, diante das dificuldades econômicas e culturais de acesso à justiça, caso em que “optam” por procedimentos não oficiais de solução de conflitos, quebrando o monopólio estatal de resolução de problemas. Nesse caso, seria necessário ampliar o acesso à justiça, com o objetivo de aumentar o grau de diferenciação funcional do subsistema judicial; 2) a neutralidade axiológica da legitimação pelo procedimento renova o problema da inexistência de conteúdo predeterminado de decisões que serão obrigatórias, que não distingue entre convencimento orientado pelo consenso e coação orientada pela violência:

O problema é: desde que o procedimento esteja juridicamente organizado, como distinguir a dominação pela mera violência de uma dominação consentida e mais participante? Se não cabe tal distinção, não há sentido no termo “legitimidade”. Ele é supérfluo. E é a isso que leva a “legitimação” de Luhmann (ADEO-DATO, 2002, p. 73-74; 79-80).

Capítulo 6

A justiça política de Otfried Höffe

O problema da indiferença (ou pseudoneutralidade) do conteúdo da norma em Kelsen e do conteúdo da decisão em Luhmann é também apontado por Otfried Höffe, que os identifica no formalismo jurídico. Contudo, Höffe não vê uma total esterilidade nem na norma kelseniana e nem no decisionismo de Luhmann. No caso de Kelsen porque, assim como a “carta em branco” do soberano de Hobbes, o mandato da autoridade está limitado ao menos formalmente pela hierarquia das autorizações/competências. Em outras palavras, a coerção que se contém nas normas concretas (limitação substancial) não está predetermined para a autoridade competente para editá-las, mas limita formalmente as autoridades inferiores na sua aplicação, porque nesse caso o mandato está predeterminado formalmente. Isso contém um caráter de justiça (limitação do poder), embora apenas secundário. Nesse particular, Höffe não recrimina Kelsen, recomendando interpretar a afirmação segundo a qual qualquer conteúdo pode se tornar jurídico num sentido realista ou amoral, e não num sentido legitimador. No caso de Luhmann, que associa o procedimentalismo ao

pensamento liberal, porque os procedimentos decisórios criados no liberalismo foram forjados com base em princípios de justiça tanto formais (democracia, maioria, separação de poderes) quanto substanciais (dignidade humana, direito políticos, liberdade) (HÖFFE, 1991, p. 125-133; 139-140; 148-149).

De qualquer modo, essas teorias teórico-jurídica (Kelsen) de correção do próprio positivismo,³⁷ seja como alternativa ao direito natural,³⁸ seja como complemento da teoria da justiça de Rawls³⁹ ou seja, ainda, como uma teoria independente, Höffe propõe a sua justiça política, cujo objetivo de base é o de reabilitar a ética moral do direito e do estado, isto é, “a justiça política é o conceito fundamental de uma crítica ética do direito e do estado”, num sentido “neutro” e filosófico tendente a limitar (no sentido de rejeitar o poder absoluto)

37 Para Höffe, a justiça política somente se compatibiliza com o positivismo caso se adote um conceito de direito unidimensional, no qual se pratique uma teoria geral do direito, não restrita ao direito positivo, reconhecendo-se como válido não apenas o direito positivo, como também sua ligação com a moral (Hart), a justiça política e “[...] até um direito natural independente” (1991, p. 96-97).

38 A justiça política comunga com o direito natural apenas da crítica suprapositiva (1991, p. 78) ética (p. 80) e moral (p. 91), embora na p. 92 Höffe pareça vincular ambas as coisas, ou com base no conceito normativo de Kant, ou com base na tradição jusnaturalista. Para o autor, “o direito natural é uma ideia jurídica suprapositiva a partir da qual pode ser julgado como legítimo o conceito ilegítimo do direito positivo” (1991, p. 83).

39 Höffe elogia a teoria da justiça de Rawls na parte em que prega a invulnerabilidade dos direitos individuais contra o princípio do bem-estar coletivo do utilitarismo, criticando-a, contudo, por não examinar a questão ética, embora retome uma espécie de direito natural argumentativo com base em Kant ((1991, p. 18; 26; 41; 78; 90-01). Diz o autor que “[...] o princípio de justiça sistematicamente primário não consiste no primeiro princípio de Rawls, mas reside, um degrau mais baixo, na vantagem distributiva. É a partir deste princípio que os princípios de justiça de Rawls devem poder fundamentar-se como acertados ou então como não acertados” (1991, p. 71). O princípio da vantagem distributiva, no conceito de Höffe, será tratado adiante.

e legitimizar (no sentido de rejeitar a dominação contra a liberdade) o direito e o estado. Em verdade, essa crítica ética diz respeito à legitimidade da dominação política, devendo-se entender a ética como uma obrigação suprapositiva e, portanto, transcendental do poder político (HÖFFE, 1991, p. 15-17; 22).⁴⁰

Enquanto teoria, a justiça política se propõe aos seguintes objetivos: 1) a ideia de justiça é irrenunciável (diversamente do positivismo); 2) a ordem jurídica estatal limita a liberdade, mas é ela mesma que legitima essa limitação; 3) essa restrição legítima à liberdade está presente em princípios de justiça. Enquanto filosofia, a justiça política se propõe a: 1) superar o dogmatismo político (justificação inquestionada do direito e do estado no positivismo) e o ceticismo político (recusa do positivismo sem compromisso com uma recusa ao poder absoluto do direito e do estado); 2) discutir a legitimidade ética da coerção (HÖFFE, 1991, p. 11; 22; 27).⁴¹

Para Höffe, as experiências do chamado projeto político da modernidade, mais especificamente as revoluções ou guerras civis (que produziram o positivismo) e a opressão política do absolutismo (que produziu o princípio da liberdade), formam a base da filosofia política, que tem por conceitos elementares o direito, a justiça

40 Em outras passagens o autor repete em paráfrase a mesma ideia inicial: 1) “[...] a justiça política significa a perspectiva ética sobre o direito e o estado” (p. 28); 2) “a justiça política quer dizer o ponto de vista moral em face do direito e do estado” (1991, p. 36); 3) “[...] a justiça política significa a perspectiva ética sobre direito e estado” (1991, p. 44); 4) “em última análise, 'moral' significa aqui o ponto de vista ético em face do direito e do estado, portanto a justiça política” (1991, p. 102). Para Höffe, direito e moral têm sentidos diferentes e, por isso, não tratam de um problema homogêneo. Enquanto o direito deve ser entendido como direito positivo, porém como moral crítica sob a perspectiva institucional, a moral deve ser concebida como um ponto de vista ético em face do direito e do estado 1991, p. 102).

41 De todo modo, a sanção está também presente na justiça política, porém de forma secundária (p. 121-122).

e o estado. E são esses conceitos que constituem a tese-guia tripartite da filosofia da justiça política, a saber: 1) “o estado está obrigado à justiça”; 2) “a justiça política forma a medida normativo-crítica do direito”; 3) “o direito justo é a forma legítima da convivência humana”. Com isso, a justiça política se identifica não apenas com um evento histórico determinado, o liberalismo, como também com sua ideologia, o que explica duas afirmações do autor, a saber: uma primeira, acerca da desintegração da Europa ocidental como algo além da simples vitória do livre mercado, porque “com o tempo se desacredita qualquer dominação que contradiz princípios elementares de justiça” (no caso, a liberdade); uma segunda, sobre o fato de a ordem econômica livre ser pressuposto da justiça política, porque sua eficiência advém da vontade dos próprios envolvidos (HÖFFE, 1991, p. 12-13; 23; 25-26).

Numa tentativa de exemplificar aplicação da justiça política, Höffe cita o direito à vida e ao meio ambiente natural como objeto concreto da teoria, em três etapas: 1) limiar: nessa fase se indaga sobre quando se inicia a vida humana e quais bens são dignos de proteção (simples ameaças ou prejuízos concretos; significado econômico ou também estético do meio ambiente); 2) primeiro nível: nessa fase se indaga sobre se a proteção a tais direitos é uma função do estado e do direito ou pertence ao domínio da consciência pessoal e do livre mercado; 3) segundo nível: nessa fase se indaga se direito e estado podem intervir na liberdade das pessoas em tais questões. O autor afirma que a filosofia da justiça política começa na terceira fase (ou segundo nível), na qual estão presentes as “condições históricas”, embora as respostas já estejam presentes ou pressupostas na fase limiar (HÖFFE, 1991, p. 31-33).

Considerando que o objeto da justiça política são o direito e o estado, Höffe aceita que seu conceito tem natureza normativa, como ocorre em geral com as definições de justiça (inclusive as positivistas), que se constroem com base em critérios de justo e injusto. Porém, a análise daquele objeto deve ser feita em dois níveis: 1) análise ética

(propriamente normativa); 2) objeto da análise (não-normativa), ou seja, o direito e o estado sob a ótica do político que, por ser uma categoria histórica, exige a pesquisa de elementos comuns: a) entidade comunitária (associação de pessoas); b) comunidade de gerações (rede social); c) instituição social: direito e estado com caráter coercitivo, tanto positivo quanto negativo. Tais elementos, conjugados, formam a comunidade política, mas outros elementos também a constituem, a saber: a) instituição de dominação: monopólio dos mandatos/ordens; b) estado territorial; c) soberania; d) legitimação: mandato para o exercício da coerção, que expressa: d.1) a autorização para a sanção positiva e negativa; d.2) a limitação da liberdade, que não é legítima em si mesma e por isso exige justificação ética; d.3) um juízo de preferência entre viver ou não sob coerção social, mediante uma relação custo/benefício. Em suma, é o mandato para o exercício da coerção que servirá de medida da legitimidade da dominação política, ou melhor, de limite para o exercício legítimo dessa dominação.

A ética dessa dominação adota a seguinte semântica descritiva, que por fim define a própria justiça política: 1) justo e injusto são juízos de valor objetivos sobre algum objeto, que se pressupõe assim legítimo e ilegítimo, respectivamente; 2) o objeto da justiça política é a práxis humana (os atos ou ações, os sujeitos, as regras e as instituições) socialmente relevantes, ou seja, todas as situações de conflito; 3) o conceito de justiça implica numa obrigação social de caráter moral, mais propriamente numa legitimação crítica, cujas razões são pré e supra positivas (HÖFFE, 1991, p. 44-50; 54; 60-61).

Em resumo, só existe legitimidade do domínio político ou do poder quando os próprios sujeitos envolvidos consentem com a limitação de suas liberdades no pressuposto de que esse é um mal menor do que a simples ausência do estado e do direito (anarquismo) ou do que o controle ilimitado do direito pelo estado (utilitarismo e positivismo). Essa autolimitação da liberdade constitui assim o mandato para o exercício da coerção, para o qual a justiça é um imperativo categórico.

Tendo em vista que somente se atinge legitimamente o mandato para o exercício da coerção mediante um juízo ponderado ou de preferência entre viver ou não sob coerção social, pelos próprios envolvidos, são necessários princípios de justiça que orientem a escolha, sendo que o primeiro deles é o princípio da justiça como vantagem distributiva, pelo qual são feitas as seguintes indagações: 1) uma ordem social oriunda do mandato para o exercício da coerção é mais vantajosa do que uma ordem não coativa?; 2) a coerção estatal é mais vantajosa do que outras formas de coerção?; 3) a vantagem favorece os indivíduos sujeitos à coerção? Esse princípio se erige em capacidade de concordância de cada um, definindo assim a legitimidade, com base no princípio da capacidade universal de concordância, que por sua vez justifica a liberdade de dominação, ou seja, a aceitação de uma coerção desprovida de dominação incontrollada. A esses princípios acresce o princípio da generalização, que se ocupa com a vantagem para cada um, e não com a máxima vantagem do utilitarismo, evitando assim a tomada de partido individual ou de grupos. É nesse último princípio, também chamado por Höffe de princípio de legitimação “vantajoso para cada um”, que se encontram os princípios morais: universalização, imparcialidade, capacidade de consenso, liberdade de dominação (HÖFFE, 1991, p. 66; 68-69; 71-74).

Como se percebe, a teoria da justiça de Höffe, embora pretensamente “neutra”, tem intrínseco compromisso com a ideologia liberal, disfarçado nos princípios de justiça que ele considera incontroversos mesmo para as teorias divergentes, ou seja, aéticas sobre a justiça (justiça da troca, fundada na equivalência subjetiva, e princípios procedimentalistas, como a imparcialidade e o contraditório). Além disso, sua teoria não deixa de ter sinais de positivismo, ao não negar caráter normativo a seus critérios de justiça, ou melhor, aos princípios de justiça que condicionam a escolha sobre viver ou não sob coerção social.

Outrossim, não se pode negar o que há de melhor na teoria, que é a retomada da relação entre direito e moral e o restabelecimento

de um conceito substancial de justiça, fora do procedimentalismo, para o qual as medidas democráticas residem no procedimento ou nas regras do jogo, e não nas metas ou fins.

Acesso qualitativo à justiça e teoria da argumentação: Alexy, Habermas e Dworkin

Apesar do esforço de Höffe de restabelecer um conceito substancial de justiça, o problema da ausência de conteúdo prévio seja para a norma (Kelsen) seja para a decisão (Luhmann) é retomado em Robert Alexy em seu conceito de justiça como correção.

De acordo com Alexy, a justiça corresponde sempre a questões de distribuição e de compensação, que se comunicam reciprocamente e condicionam a própria moral contida no conceito de justo/injusto. Enquanto o modelo distributivo diz respeito à relação entre os sujeitos envolvidos (quem distribui e quem recebe), o modelo comutativo diz respeito às relações entre objetos (o que se compensa), mas ambos têm um problema atávico: a ausência de critérios racionais de justificação do discurso da distribuição e da compensação. Sua teoria da justiça se propõe então a corrigir argumentativamente a

distribuição e a compensação, sendo assim uma teoria discursiva da justiça (ALEXY, 2003, p. 161-163).

Enquanto tal, a teoria tem caráter normativo, já que tem por objeto normas de distribuição e de compensação, do mesmo modo que outras teorias normativas da justiça. Porém, somente ela pode dar resposta satisfatória ao dilema do extremismo entre as teorias subjetivas (emotivas/relativistas/decisionistas) e objetivas (racionalistas, absolutistas, cognoscitivistas), porque não considera nem que juízos de justiça são simples tomadas de posição (decisões) e tampouco que são simples juízos de fato, devendo antes ser problematizados argumentativamente. Outrossim, uma teoria assim construída não pressupõe que juízos de justiça devam necessariamente corresponder a valores morais para que sejam verdadeiros (ALEXY, 2003, p. 164).

Isso porque a teoria discursiva da justiça é uma teoria processual de correção de normas de justiça, baseada em um procedimento discursivo prático racional, o que significa dizer que é um procedimento argumentativo, e não decisional, que pressupõe que (i) a justiça admite argumentação racional e (ii) deve ter por objeto os interesses e necessidades dos envolvidos em questões de justiça, conforme sua tradição e cultura. Por esse motivo, Alexy a difere das teorias procedimentalistas de matriz hobbesiana, porque elas buscam maximizar a utilidade mediante a negociação e a decisão, e não os argumentos corretos (ALEXY, 2003, p. 164-165).

Referido discurso prático racional está sujeito às seguintes condições: 1) genéricas: não contradição, universalidade, clareza linguística e conceitual, verdade empírica, atenção às implicações e ponderação; 2) regras do discurso: a) os interessados são os sujeitos do discurso; b) todos os sujeitos do discurso podem: b.1) problematizar qualquer questão; b.2) introduzir qualquer questão para debate (regra de imissão, pela qual os participantes podem introduzir suas próprias concepções de justiça); b.3) expressar suas opiniões, desejos e necessidades; c) nenhum interessado pode ser impedido

de participar do discurso e tampouco coagido a dele participar caso não queira (ALEXY, 2003, p. 165-166; 168).

Nas regras do discurso estão os elementos principais da teoria discursiva da justiça, porque protegem tanto a liberdade e a igualdade dos participantes quanto a neutralidade e a objetividade dos argumentos (que devem se sujeitar à prova, ou seja, à conferência ou à correção). Outros elementos essenciais dessa teoria são: 1) a procedimentalização, segundo a qual as regras do discurso não têm um conteúdo predeterminado, o que exige uma “teoria da substância”⁴² para resolver os problemas decorrentes dessa nova desidratação à moda kelseniana e luhmanniana. Os procedimentos em específico são a legislação e a jurisdição, que têm por base a constituição, que é o objeto primário da teoria; e 2) a idealização, segundo a qual no plano da realidade ou dos fatos não se pode esperar que todas as regras do discurso sejam atendidas, motivo pelo qual ela implica a necessidade do direito (ALEXY, 2003, p. 166-167; 170).

A soma da procedimentalização com a idealização conduz a um discurso ideal, que tem as seguintes características: ausência de restrição, completa clareza linguística e conceitual, informação completa, capacidade e disponibilidade de troca de papéis e não prejuízo. Trata-se daquilo que Alexy chama de “ideia reguladora”, segundo a qual “são corretas, e, portanto, justas, precisamente aquelas normas, relativas a distribuições e compensações, as quais todos os participantes, em um discurso ideal, dariam o próprio assentimento”. Nesse caso, o consenso é obtido pela “discussão ilimitada”,⁴³ porém não num sentido temporal ou extensivo, mas quanto à ausência de limites à participação e às informações do discurso. Para Alexy, o discurso ideal equivale à posição original de Rawls, porém com uma importante

42 Essa teoria tem como ponto de partida o fato do pluralismo de Rawls (2003, p. 167).

43 Essa “discussão ilimitada” sofre restrição pelo princípio do equilíbrio, baseado na teoria dos princípios, que será analisada adiante (2003, p. 169-170).

distinção: a neutralidade, aqui, não é obtida pelos limites às informações disponíveis aos sujeitos representativos, e sim pela remoção desses limites informativos para os sujeitos participantes, tendo assim uma função idealizante (Habermas) (ALEXY, 2003, p. 166-167).

Quanto aos princípios de justiça, Alexy cita a relação dos seis princípios mencionados por Perelman em um trabalho de 1945, mas que prefere chamar de normas, a saber: 1) a cada um a mesma coisa; 2) a cada um segundo seus méritos; 3) a cada um segundo sua produção; 4) a cada um segundo suas necessidades; 5) a cada um segundo seu nível; 6) a cada um aquilo que lhe corresponde o direito. Tais normas de justiça podem ser encaradas como regras ou como princípios.⁴⁴ No primeiro caso, haverá uma ordenação prioritária das normas de justiça, à moda de Rawls. No segundo, ao contrário, haverá uma ponderação entre as normas de justiça, conceito que é considerado preferível por Alexy. A ponderação será regida pelo princípio do equilíbrio racional, mais especificamente entre os direitos fundamentais à liberdade (liberal) e os direitos fundamentais sociais (*welfare state*) e entre a igualdade jurídica e a igualdade de fato (ALEXY, 2003, p. 169-170).

Não obstante a introdução de uma teoria da substância para corrigir os problemas gerados pela desidratação do conteúdo das regras do discurso, que caracteriza a procedimentalização, e apesar de seu procedimentalismo não tratar da decisão (e tampouco do direito, embora necessário para a idealização), mas sim da argumentação, a teoria discursiva da justiça de Alexy adota a mesma premissa das teorias procedimentalistas, qual seja, o distanciamento da moral, agora não mais entre direito e moral ou entre decisão e moral, mas entre moral e argumentação.⁴⁵ Trata-se de um problema não apenas de abs-

44 Conferir Jevaux (2015, p. 121-127), para a distinção entre regras e princípios, como espécies de normas na teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy.

45 Nas palavras de Maria Lúcia de Paula Oliveira (apoiada em Lênio Streck), “[...] o substancialismo identificaria valores substanciais dos quais a Constituição

tração, que Alexy entende ser em verdade uma vantagem, mas principalmente de coerência, porque se a moral da justiça está limitada a divisões (justiça distributiva) e compensações (justiça comutativa) de bens e interesses, nos argumentos ponderáveis entre os princípios de justiça existirá um núcleo moral antecedente que de todo modo influenciará o discurso.

Enfim, esse problema revela o aparente retorno infinito à indagação sobre se a justiça pode ou não ter um conteúdo, ou melhor, se ela é alcançada apenas pelo respeito às regras do jogo ou se permite o cálculo do resultado, seja do direito, seja da decisão, seja da argumentação.

Em Habermas esse problema não é diferente, porque para ele o direito não adquire sentido normativo por conta de sua forma ou por qualquer conteúdo moral estabelecido *a priori*, mas por meio de um procedimento que o instaura e que lhe confere legitimidade. Esse procedimento se caracteriza pela discussão e pela publicidade, de modo que o direito nele produzido somente se legitima se o resultado for aceito racionalmente por todos que dele participam, “[...] numa formação discursiva da opinião e da vontade” (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 172).

e o sistema de controle judicial deveriam ser tutores, enquanto o procedimentalismo proporia ‘um modelo de democracia constitucional que não tem como condição prévia fundamentar-se nem em valores compartilhados, nem em conteúdos substantivos, mas em procedimentos que asseguram a formação democrática da opinião e da vontade’ [...]”. Conferir Oliveira (2009, p. 41). Por ora, seguimos esse conceito provisório de procedimentalismo e substancialismo, sem olvidar que existe outra definição mais fina, conforme a existência (substancialismo) ou não (procedimentalismo) de critérios de justiça para avaliar as decisões políticas, nelas incluídas as leis e as decisões judiciais, e que será examinado no próximo item.

A defesa dessa tese representa o resgate do nexo interno que deve existir entre autonomia privada e autonomia pública⁴⁶ e que se perdeu no liberalismo e no estado social, que as exacerbaram respectivamente, separando os direitos à liberdade do poder estatal, quando em verdade o que há é um nexos interno do direito, como sistema de direitos subjetivos, com o poder político. Essa conexão ocorre porque os direitos subjetivos são criados pelo poder político por decisões obrigatórias e coletivas, cuja obrigatoriedade provém precisamente de sua forma jurídica. Como a forma jurídica não legitima por si mesma as decisões, essa legitimidade apenas exsurge quando a sociedade se revela capaz de influenciar o poder político a produzir um direito em regime de coparticipação. De acordo com Habermas, “isso traz como consequência uma incorporação do exercício da autonomia política dos cidadãos no Estado - a legislação constitui-se como um poder *no* Estado” (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 170-172).

Habermas pretende reconstruir conceitualmente a gênese do direito e do estado com sua teoria do discurso, resolvendo a tensão entre faticidade e validade, ou seja, entre o uso do direito pelo poder político para alcançar objetivos coletivos e a exigência de legitimidade do direito e da coerção numa sociedade cuja dominação é juridicamente organizada. Para ele, o direito tem uma função estabilizadora de expectativas, como sistema de direitos subjetivos, que permite o cálculo das consequências das ações individuais (autonomia privada) ou a segurança jurídica, mas o problema é que no estado representativo liberal o poder político foi profanado e o direito não mais o legitima por si mesmo ou, em outras palavras, nesse modelo de estado o direito passou a servir como meio para

46 Conferir Japiassú e Marcondes (1999, p. 21): por autonomia, aqui, se entende a liberdade política de uma sociedade governar a si mesma, ou seja, com autodeterminação.. Em Habermas, a autonomia pública diz respeito basicamente à soberania popular, enquanto a autonomia privada diz respeito basicamente aos direitos humanos.

o estado organizar o próprio poder político. Esse direito derivado se separou da moral racional originária e passou a ser justificado de forma estritamente racional, deixando assim de se legitimar “[...] por intermédio de um direito legítimo a partir de si mesmo”. Daí a proposta de reconstruir o direito com base na “[...] mobilização das liberdades comunicativas dos cidadãos”, ou melhor, numa autonomia política apoiada numa teoria do discurso, que confira legitimidade ao produto jurídico do estado (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 181-185).

A autonomia política acima referida “[...] significa a formação discursiva de uma vontade comum [...]”, que se manifesta nas leis como resultado dos direitos de participação política que, por sua vez, institucionalizam juridicamente a formação pública da opinião e da vontade. Com isso se confere legitimidade ao direito como resultado de uma participação discursiva dos próprios sujeitos aos quais ele se destina. Logo, a legitimidade do direito não deriva de qualquer moral estabelecida *a priori* ou intrínseca, mas de “[...] uma autocompreensão autêntica da comunidade jurídica [...]”, ou ainda, de uma ideia de autolegislação (HABERMAS, 1997, v. 1, p. 185-197).

Na interpretação de Flávio Quinaud Pedron, Habermas não libera os participantes do discurso de uma conexão entre direito e moral, negando, porém, que as regulamentações jurídicas sejam legitimadas por princípios morais, diante de sua complexidade. Assim, toda moralidade possível estaria já pressuposta no princípio do discurso, segundo o qual “são válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais”. Esse princípio seria “neutro” relativamente ao direito e à moral, “[...] uma vez que sua referência se assenta em toda e qualquer norma de ação, sem qualquer especificação” (PEDRON, 2010, p. 156-157). Em Habermas, a moral condiciona a validade de qualquer norma voltada à solução de conflitos a sua aceitação espontânea pelos sujeitos envolvidos,

com base no melhor argumento e não na coerção, consoante Gisele Cittadino. Já a sua ética discursiva “[...] define apenas as regras de um amplo e irrestrito processo argumentativo, sem indicar qualquer orientação relativa ao conteúdo das normas elaboradas pelos sujeitos capazes de linguagem e ação” (CITTADINO, 1999, p. 91; 93-95; 110-111; 118; 135; 172).⁴⁷

No caso da decisão judicial, que também expressa uma decisão política e igualmente exige para sua legitimidade uma autocompreensão e uma coparticipação dos sujeitos do discurso, Habermas recomenda que o juiz interprete o direito aplicável de modo cooperativo, ou seja, como resultado de uma comunicação pública entre os envolvidos, na qual a cooperação envolve também um esforço para invalidar qualquer suspeita ideológica em torno daquela compreensão. Tudo isso ocorreria mais ao menos ao modo dworkiniano, ou seja, no contexto de uma comunidade de princípios, na qual “[...] todo cidadão é um participante da corrente histórica do Direito, mesmo que virtual; autores e destinatários estão, então, ligados a um esquema coerente de princípios” (PEDRON, 2010, p. 149-150).⁴⁸

47 Para referida autora, Habermas representa o pluralismo crítico-deliberativo, que aceita tanto a dimensão do pluralismo liberal, ou seja, a diversidade das concepções acerca da vida digna (Rawls e Dworkin), quanto a dimensão do pluralismo comunitário, ou seja, a multiplicidade de identidades socioculturais (p. 1-2). Como consequência, “ao configurar uma concepção de pluralismo que inclui tanto as subjetividades das visões acerca do bem, quanto as intra-subjetividades das diversas identidades culturais, Habermas não precisa estabelecer nenhuma ordenação hierárquica entre autorrealização ética e autodeterminação moral ou, em outras palavras, entre soberania popular e direitos humanos. Mais do que isso, Habermas procura estabelecer uma conexão entre as liberdades subjetivas privadas, defendidas pelos liberais, e a efetiva participação cidadã nos assuntos públicos, tão cara aos comunitários” (p. 135). O ponto comum das críticas a Habermas é o de que “[...] ele não leva em consideração adequadamente o caráter conflitivo da cultura moderna” (p. 117, nota 201).

48 Conferir especialmente nota n. 28. De acordo com o mesmo autor, a legitimidade da decisão judicial depende tanto de uma justificação interna (motivada no

Logo se vê, portanto, que a preocupação maior não é propriamente com um “eticismo duvidoso” ou com uma “autorrealização ética”, mas com o isolamento ideológico do discurso, mediante pressupostos comunicativos e “[...] processos de justificação normativa que possibilitam o aporte de razões e interesses de amplo espectro, de tal modo a possibilitar a seleção dos melhores argumentos”, nos dizeres de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (OLIVEIRA, 2010, p. 119).⁴⁹

direito positivo) quanto de uma justificação externa (aceitação racional de uma fundamentação jurídica), mas a teoria do discurso habermasiana requer também que os sujeitos participantes desempenhem seus papéis por meio de uma “troca interpretativa”, ou seja, como se fossem não apenas os destinatários das leis (partes) ou terceiros observadores (juizes), mas como coautores de um discurso público, que deve transcender o particularismo do caso em julgamento, observando a opinião pública, e se manter aberto à crítica externa, que relembra o papel figurativo dos sujeitos participantes e para isso conferir Pedron (2010, p. 162-165). Para Maria Lúcia de Paula Oliveira, porém, a legitimidade da decisão judicial (especialmente a dos tribunais constitucionais) teria melhor explicação na teoria argumentativa de Frank I. Michelman, que considera mais adequada às democracias contemporâneas do que a teoria de Habermas. Segundo ela, com base nessa teoria, “[...] a legitimidade da atividade de uma corte constitucional assenta não só na sua capacidade de se remeter a um passado comum, parte da identidade coletiva de um povo, mas também em considerar os julgamentos de legitimidade dos cidadãos, institucionalizados ou não, de forma que os próprios cidadãos se considerem envolvidos com o futuro de todos”. Conferir aqui Pedron (2010, p. 43-49).

49 A propósito da desideologização do discurso, Habermas se apresenta como um representante da escola crítica de Frankfurt, partilhando com ela de suas três teses básicas: 1) a crítica da sociedade é inseparável da crítica de sua ideologia predominante; 2) essa crítica é uma forma de conhecimento, e não apenas uma crítica moralizante; 3) que difere da ciência natural em estrutura cognitiva. De acordo com Raymond Guss, essa teoria crítica “[...] deve esclarecer os agentes sobre seus verdadeiros interesses, libertando-os de erros e ilusões sobre sua situação real no mundo”, sendo que tais interesses reais “[...] são aqueles que os agentes formariam se eles tivessem conhecimento perfeito”. Os efeitos de uma teoria crítica bem-sucedida são o esclarecimento (libertar os

O curioso da conexão entre Habermas e Dworkin, no plano de uma comunidade de princípios coparticipativa, é que se o primeiro não rejeita a relação entre direito e moral, isolando-a, contudo, pelo princípio do discurso, o segundo antes pressupõe que o direito é não apenas uma integridade coerente de decisões políticas passadas, como também uma integridade moral. Ao procedimentalismo discursivo de Habermas, desprovido de predeterminação acerca do conteúdo do direito autoproduzido pelos participantes, se opõe assim um procedimentalismo que exige coerência entre decisões presentes e passadas (“romance em cadeia”) com base na moral.

De acordo com Dworkin, o positivismo jurídico, que tem início com Austin, no séc. XIX, e termina elaborado por Hart, é a parte conceitual da teoria utilitarista, sendo, portanto, teorias dependentes. A primeira reduz a validade do direito às normas positivas, rejeitando a ideia da “vontade geral” na sua criação, enquanto a última confere ao direito a função de “servir ao bem-estar geral e nada mais”, rejeitando a existência de direitos individuais contra o Estado e prévios ao direito legal (DWORKIN, 1999a, p. 31; 34; 36; 42; 64-65; 164).

Tal visão do direito não leva os direitos a sério, porque não os considera como fonte e limite da autoridade coletiva. Os direitos individuais são não apenas a fonte e o limite dessa autoridade, simultaneamente, como trunfos políticos que não podem ser prejudicados por metas coletivas, sendo derivados do direito abstrato à igual consideração e respeito por parte do Estado (DWORKIN, 1999a, p. 37-41).

O positivismo jurídico afirma que as normas são a via exclusiva do direito e que ele se reduz a um comando condicionante de comportamentos. Mas, em verdade, na sua aplicação judicial,

agentes da falsa consciência) e a emancipação (libertá-los da coerção autoimposta), por meio de uma autorreflexão. Conferir Guss (1988, p. 45; 60; 86; 92; 96-97; 115).

especialmente nos casos difíceis (*hard cases*), as normas funcionam como princípios ou diretrizes políticas,⁵⁰ diante da necessária dimensão moral que se põe diante da interpretação jurídica, entre alternativas possíveis de decisão.

Para Dworkin, os princípios são *standards* de exigência de justiça, equidade ou qualquer outra dimensão moral, enquanto as diretrizes são *standards* que propõem objetivos políticos, econômicos ou sociais de uma comunidade (DWORKIN, 1999a p. 72). Princípios, portanto, são diferentes das normas, nos seguintes pontos: a) os princípios não se excepcionam mutuamente, como as normas podem ser umas com as outras; b) os princípios não estabelecem as condições de sua aplicação, como as normas; c) não definem deveres específicos, como as normas (ex.: recomenda a conformidade de um negócio ao justo ou ao não demasiadamente oneroso); d) princípios estão sujeitos a cálculo de importância, quando um colide com outro, ao contrário das normas, cujo conflito é resolvido pela hierarquia ou pela regra *later in time*.

A teoria do direito de Dworkin considera que “as decisões judiciais impõem direitos políticos existentes”, colocando-se entre duas moralidades: a pessoal e a institucional. A norma (instituição) é um elemento do juízo político dos juízes (pessoa), e os direitos políticos são uma criação histórica e moral, e dependem da prática das instituições. O que se exige é que a decisão possa se justificar razoável e coerentemente, sem ter de se repetir em todas as ocasiões semelhantes (DWORKIN, 1999a, p. 154-155).⁵¹

50 Nas páginas 150 e 166, diz que a solução dos casos difíceis é orientada por princípios, e não por diretrizes, sendo que princípios adotados em casos difíceis dão margem à criação de uma nova norma determinada (p. 80).

51 Coerência e congruência, nesse caso, significam exigências de justiça (p. 156, p. 189-190; 194), enquanto a justificação alude a razões de reconhecimento ou negativa de um direito que uma decisão deve conter (p. 175).

Um direito político, conforme Dworkin, além de ser algo concreto,

[...] é uma finalidade política individualizada. Um indivíduo tem direito a certa expectativa, recurso ou liberdade se [tal coisa] tende a favorecer uma decisão política em virtude da qual resultará favorecido ou protegido pelo estado de coisas que lhe permita desfrutar do direito, ainda quando com essa decisão política não se sirva de nenhum outro objetivo político, e inclusive quando o prejudique [...].

Em resumo, “os indivíduos têm direito a que se façam respeitar de maneira coerente os princípios nos quais se baseiam as suas instituições” (DWORKIN, 1999a, p. 159; 203; 171).⁵²

A teoria dos direitos apoia-se em três bases: 1) os direitos individuais são distintos dos objetivos sociais: os direitos são descritos por princípios, como finalidades políticas individualizadas e concretas, e os objetivos são descritos por políticas, como finalidades genéricas e abstratas, de tal modo que “da definição de um direito se segue que nem todos os objetivos sociais podem anulá-lo”; 2) os precedentes judiciais estão ligados à história institucional e podem ser alterados se injustos: eles são dotados de uma “força gravitacional” sobre os casos posteriores, que exige equidade⁵³ de tratamento entre casos semelhantes; 3) juízes formulam juízos de moralidade política sobre os direitos dos litigantes:

52 “[...] es una finalidad política individualizada. Un individuo tiene derecho a cierta expectativa, recurso o libertad si [tal cosa] tiende a favorecer una decisión política [en virtud de la cual] resultará favorecido o protegido el estado de cosas que le permita disfrutar del derecho, aun cuando con esa decisión política no se sirva a ningún otro objetivo político, e incluso cuando se lo perjudique [...]”; “los individuos tienen derecho a que se hagan respetar de manera coherente los principios en que se basan sus instituciones”.

53 Essa equidade exige a imposição congruente/justa dos direitos (p. 189-190; 194), incide sobre a história institucional (p. 197) e não se aplica aos objetivos sociais (p. 187).

os direitos individuais são direitos morais que podem ser opostos à maioria, inclusive contra o “interesse geral”, ao mesmo tempo em que “[...] a Corte não tem direito a impor à nação a sua própria visão do que é o bem social”. (DWORKIN, 1999a, p. 157-159; 161; 162; 184-185; 211-212; 223; 229; 230; 232-233).⁵⁴

Para formular juízos de moralidade política sobre direitos individuais de índole também moral, adequar com equidade os precedentes aos casos novos e reconhecer os princípios como manifestações morais da comunidade, Dworkin resolve parir o juiz Hércules, um “juiz filósofo” capaz de “[...] elaborar teorias sobre a intenção contida na lei e nos princípios”, e “[...] dotado de habilidade, erudição, paciência e perspicácia sobre-humanas [...]” (DWORKIN, 1999a, p. 177).⁵⁵

Esse super-juiz deve, em resumo: 1) limitar a “força gravitacional” dos precedentes aos argumentos de princípios neles contidos; 2) supor que a decisão precedente baseada no direito costumeiro incorpora princípios, sendo essa a “[...] enunciação metafórica da tese dos direitos”; 3) supor que o sistema é completo e “[...] construir um esquema de princípios abstratos e concretos que ofereça uma justificação coerente para todos os precedentes de direito consuetudinário e [...] para as estipulações constitucionais e legislativas”; 4) admitir que a história institucional pode se mostrar inadequada e, portanto, sujeita a mudança (DWORKIN, 1999a, p. 186-190; 196).⁵⁶

54 “De la definición de un derecho se sigue que no todos los objetivos sociales pueden anularlo”; “[...] la Corte no tiene derecho a imponer a la nación su propia visión de lo que es el bien social”.

55 “[...] elaborar teorías sobre qué es lo que exigen la intención de la ley y los principios jurídicos”; “[...] dotado de habilidad, erudição, paciência y perspicacia sobrehumanas [...]”.

56 “[...] enunciação metafórica da tese de los derechos”; “[...] construir un esquema de principios abstractos y concretos que ofrezca una justificación coherente para todos los precedentes de derecho consuetudinario e [...] para las estipulaciones constitucionales y legislativas”.

Na sua atividade, Hércules resolve um *hard case* a partir de suas convicções políticas e do direito posto em jogo. Tais convicções pessoais somente são utilizadas se Hércules puder justificá-las conforme as “tradições populares”, ou seja, de acordo com a “[...] concepção particular da moralidade comunitária [...]”, combinando então as moralidades pessoal e institucional (DWORKIN, 1999a, p. 202-203; 205-206).⁵⁷

Enfim, “a técnica de Hércules estimula o juiz a que formule seus próprios juízos sobre os direitos institucionais” (DWORKIN, 1999a, p. 208).⁵⁸

Para Dworkin, direito e moral são fundidos pela constituição. É o que ocorre, por exemplo, com o controle de constitucionalidade de leis que violem o princípio da igualdade. Nesse contexto é que se diz que a constituição define os direitos individuais como direitos morais protegidos da maioria, quer as estipulações constitucionais sejam precisas, quer sejam vagas, porque “[...] fazer com que a maioria seja juíza em sua própria causa parece incongruente e injusto. Significa dizer que os princípios de equidade não falam em favor do argumento da democracia, mas contra” (DWORKIN, 1999, p. 211-212; 223; 230).⁵⁹

Direitos morais são direitos fundamentais que não podem de regra ser impedidos em seu exercício, nem mesmo a pretexto de se atender a uma “utilidade geral”, isto é, de se atender a mais benefícios do que danos. Apenas em dois casos excepcionais tais direitos podem ser limitados: 1) quando direitos constitucionais

57 “[...] concepción particular de la moralidad comunitaria [...]”.

58 “[...] la técnica de Hércules estimula al juez a que formule sus propios juicios sobre los derechos institucionales”.

59 “[...] hacer que la mayoría sea juez en su propia causa parece incongruente e injusto. Es decir que los principios de equidad no hablan en favor del argumento de la democracia, sino en su contra”.

concorrem entre si, isto é, onde há conflito entre direitos individuais,⁶⁰ hipótese em que o Estado pode limitar um dos dois em favor do mais importante; 2) quando o Estado se encontra em estado de guerra, circunstância que autoriza a censura da liberdade de expressão, desde que haja “autêntica emergência” (DWORKIN, 1999a, p. 282-290).⁶¹

Dworkin considera que entre os direitos individuais e os interesses coletivos não existe equilíbrio propriamente dito. Entre a restrição de direitos e a sua ampliação o governo deve escolher a última alternativa, por gerar um custo social menor. Serve de exemplo o caso do processo criminal, em que se prefere libertar um suspeito a condenar um inocente (DWORKIN, 1999a, p. 295-296; 299).

Os direitos são levados a sério a partir de duas ideias mínimas: dignidade humana e igualdade política. Significa um dever do Estado de seguir uma teoria coerente sobre os direitos dos cidadãos e de ser congruente com as ações que professa nesse sentido. Em resumo, levar os direitos a sério representa: 1) o respeito do Estado ao direito de resistência dos cidadãos contra decisões que restrinjam direitos injustamente; 2) a impossibilidade de os direitos individuais serem anulados por razões de “bem geral”; 3) as normas básicas não devem ser a lei do conquistador, ou da “classe dominante” sobre a “classe dominada”, como em Marx; 4) “a instituição dos direitos [...] representa a promessa que

60 Sem a presença do Estado, portanto, já que a “maioria” não é propriamente titular de direitos. Logo, daí não exsurge logicamente conflito entre interesses individuais e coletivos, sob pena de eliminação dos primeiros. Conferir Dworkin (1999a, p. 296). O conflito de direitos individuais contra o Estado é típico da crise entre ambos ou da falta de cooperação a um objetivo comum (p. 276).

61 A última hipótese de limitação foi vivenciada nos EUA após os ataques terroristas do dia 11 de setembro de 2001, quando se cogitou da restrição temporária de liberdades civis e a própria imprensa impôs uma autocensura, com receio de veicular manifestações que contivessem possíveis mensagens codificadas para novas ações terroristas.

a maioria faz às minorais de que a dignidade e a igualdade destas serão respeitadas” (DWORKIN, 1999a, p. 278; 295; 302-303).⁶²

Em outro livro, Dworkin introduz em sua teoria do direito a ideia de integridade (moral), que em resumo considera que: a) a vinculação ao direito beneficia a sociedade, criando previsibilidade e equidade formal e respeitando o direito e responsabilidades como decisões políticas passadas; b) é necessário combinar elementos do passado e do futuro: “[...] começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determina”; c) é “presentista” de parâmetros passados em seu *status* e conteúdo; d) é construtivo no sentido do “presentismo” (“romance em cadeia”): d.1) é contrário à “restrição temporal”, conforme a qual “o significado de uma lei está fixado no ato inicial de criação”, porque Hércules interpreta a história em movimento; d.2) a lei é uma “[...] decorrência do compromisso atual da comunidade com o esquema precedente de moral política”; e) os juízes são simultaneamente autores e críticos; f) na sequência dos direitos associados a precedentes, o juiz deve dar continuidade ao “romance”, por meio de sua opinião acerca da moral política (DWORKIN, 1999b),⁶³ e não de sua opinião

62 “[...] la institución de los derechos [...] representa la promesa que la mayoría hace a las minorías de que la dignidad y la igualdad de éstas serán respetadas”.

63 Convicções amplamente difundidas na comunidade (1999b, p. 297; 305), ou “convicções predominantes na legislatura como um todo” (1999b, p. 394; 409) ou “declarações da própria comunidade” (1999b, p. 418), coincidentes com “alguma coisa com a qual o conjunto da comunidade está comprometido” (1999b, p. 411). A isso Dworkin chama de “comunidade de princípios” ou de “esquema coerente” (p. 396) ou “sistema coerente de princípios” (p. 403). Porque “as leis [e também a Constituição, p. 474] precisam ser lidas de algum modo que decorra da melhor interpretação do processo legislativo como um todo” (1999b, p. 404; 433). Aqui reside o aspecto holístico de sua teoria. No livro *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution* (Cambridge and Massachusetts: Harvard University Press, 1996), Dworkin chama isso de leitura moral da constituição, que pede a seus intérpretes que encontrem a melhor concepção dos

“estética” (para si, exclusiva) ou da opinião do legislador; g) esse é o papel de Hércules;⁶⁴ h) o direito é um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal formal= “comunidade de princípios”; “O direito é uma questão de direitos defensáveis no tribunal”; i) envolve uma interpretação histórica substancial dos casos passados (DWORKIN, 1999b, p. 119-120; 164; 186; 274; 380; 413; 275-276; p. 452; 415-417; 419; 413; 275; 286; 293; 400; 405; 287; 294; 316; 473; 291; 478; 482-483; 292).

Nos casos difíceis, o juiz se põe entre o direito e a moral política, assim como em casos novos, que são então decididos como uma “questão de princípio”. Os direitos individuais são exemplos de uma “questão de princípio”, quando se afirmam contra o Estado e a nação. Eles são levados a sério pela Constituição, tanto para aqueles direitos explícitos quanto, principalmente, para os implícitos (DWORKIN,

princípios morais constitucionais, e o melhor entendimento da igualdade moral para homens e mulheres (p. 11). Por leitura moral se deve entender: 1) a proposta “[...] that we all — judges, lawyers, citizens - interpret and apply these abstract clauses on the understanding that they invoke moral principles about political decency and justice” (p. 2) (“[...] que todos nós — juízes, advogados, cidadãos — interpretemos e apliquemos essas cláusulas abstratas no sentido de que elas invocam princípios morais acerca de decência política e de justiça”); 2) a leitura dos direitos e garantias em sua linguagem abstrata e moral, ou seja, como limites ao poder estatal: “according to the moral reading, these clauses must be understood in the way their language most naturally suggests: they refer to abstract moral principles and incorporate these by reference, as limits on government's power” (1999b, p. 7) (“de acordo com a leitura moral, essas cláusulas devem ser entendidas no sentido de que sua linguagem mais naturalmente sugere: elas se referem a princípios morais abstratos e os incorpora por referência, como limites ao poder do governo”).

64 Hércules tem sobrenome: chama-se Dworkin. É o alterego imaginário de Dworkin, que fala em seu nome, o defende das críticas e propõe as suas soluções mais “adequadas” (*fit*): “[...] Hércules nos mostra a estrutura oculta de suas sentenças, deixando-as assim abertas ao estudo e à crítica” (1999b, p. 287, 294, 316; 473).

1999b, 440-441; 450; 455). A integridade se propõe a “descobrir normas [e direitos (DWORKIN, 1999b, p. 450)] implícitas” a partir das explícitas (DWORKIN, 1999b, p. 261).

Os direitos individuais “[...]” são trunfos capazes de influenciar [...] decisões políticas, direitos que o governo é obrigado a respeitar caso por caso, decisão por decisão”. São direitos essenciais que não sucumbem nem a pretexto de se contribuir para o bem-estar geral, como, por exemplo, o direito de igualdade no voto, o direito a igual liberdade de expressão ou de consciência e o direito a indenização por dano (DWORKIN, 1999b, p.268).

A Constituição americana não outorga a interpretação dos direitos constitucionais a qualquer instituição majoritária e, como resultado, tornou-se mais justa do que seria em caso contrário (DWORKIN, 1999b, p. 426-427).

Enfim, esses três autores não têm uma teoria da justiça e a reduzem ou às condições de uma teoria discursiva procedimentalista, ou a um principiologismo moral coletivo, submetido ao controle de coerência de um “romance em cadeia”. Nos dois primeiros inexistente conteúdo moral apriorístico em jogo, enquanto no último há moral sucessiva em excesso.

Capítulo 8

Panorama das teorias da justiça social, procedimentalismo e racionalidade prática

Até agora o presente trabalho enfatizou, na primeira parte, o acesso formal e o acesso substancial à justiça, e nessa última parte o acesso à justiça formal, no sentido do procedimentalismo, ou seja, da inexistência de critérios prévios de julgamento do resultado das decisões políticas como justas ou injustas. Falta agora definir o substancialismo, ou seja, se é possível adotar um critério de aferição da justiça ou da injustiça das decisões políticas (como o mérito, a necessidade, a autonomia, a igualdade etc., ou como, ainda, a racionalidade prática), sem se contentar apenas com o respeito às regras do jogo que conduzem a essas decisões.

Àquela definição anterior e provisória (nota de rodapé n. 44) se acrescentam esses conceitos, supra, que todavia não se antagonizam, porque a tutoria de certos princípios morais coletivos,

que identificam a sociedade, por meio da Constituição e do sistema de controle judicial, exige que se adotem critérios de aferição da justiça ou injustiça das decisões políticas em nome daquela identidade, enquanto que a formação democrática da opinião e da vontade por meio de procedimentos nos quais seja garantida a participação política de todos os sujeitos envolvidos prescinde desses princípios para validar a decisão política numa deliberação ulterior.

Esses dois conceitos disputam também a arena em que se define a justiça social, com base na qual se pretende explorar o acesso a uma justiça substancial, no sentido do substancialismo. Trata-se de abordagem que de antemão se reconhece problemática, porque nem todos os autores da teoria da justiça social são considerados substancialistas e, portanto, não se pode associar automaticamente essas duas coisas. De qualquer modo, as teorias da justiça social lidam basicamente com problemas distributivos ou redistributivos (corretivos), que podem perfeitamente ser avaliados conforme o resultado, especificamente sob a ótica da racionalidade prática.

De acordo com Ubiratan Borges de Macedo, o conceito mínimo de justiça social envolve a correção de uma situação social considerada injusta e cuja perpetuação comprometeria o próprio caráter normativo das questões de justiça, ou seja, dos conflitos existentes na sociedade e que reclamam uma solução pela autoridade. Valendo-se do exemplo do magnata que ao sair de casa ignora o pedido de esmola de um mendigo, toma um táxi e ao deixá-lo se recusa a pagar a corrida, referido autor estabelece como premissa que questões de justiça somente dizem respeito a posições moralmente justificáveis e, portanto, exigíveis, de modo que não se reconhece como justo o pedido de esmola do mendigo, mas perfeitamente justo o pedido do taxista de receber pela corrida. Em outras palavras, “a justiça é, pois, um imperativo ético específico do tipo atributivo, ou exigível pela autoridade, suscetível de vir a

ser incorporado ou recebido no ordenamento jurídico” (MACEDO, 1995, p. 76-77; 81).⁶⁵

Grosso modo, o conceito de justiça social deriva de uma especial associação com a ideia de igualdade, herdeira por sua vez da noção de justiça aristotélica. Com isso, diferentes tipos de justiça social foram construídos com base em noções não coincidentes da própria igualdade, como por exemplo os conceitos liberal e socialista de justiça social. No primeiro, o princípio elementar é o da igualdade de oportunidades, seu critério é o mérito, sua aplicação se dá numa sociedade aberta, seu objetivo é reformista da sociedade e seu principal agente é o Estado. No segundo, o princípio elementar é o da igualdade de resultados, seu critério é o padrão de necessidades, sua aplicação se dá numa sociedade fechada, seu objetivo é revolucionário da sociedade e seu principal agente é a ditadura do proletariado (MACEDO, 1995, p. 81-82; 85-87).⁶⁶

65 Para referido autor, a mais correta interpretação da justiça social é a procedimental, dizendo respeito tanto ao indivíduo quanto ao Estado. Ao indivíduo, no sentido de observar as “[...] regras éticas gerais da atividade econômica, das da profissão e no respeito às leis tributárias”, e ao Estado, no sentido de instaurar “[...] uma ordem econômica competitiva que permita o desenvolvimento de cada um e de todos, bem como ações afirmativas que restaurem, sempre que necessário, um mínimo de igualdade de oportunidades entre indivíduos, setores, regiões, etc.” (p. 75). O exemplo citado no texto demonstra, do ponto de vista racional, que não se pode atribuir qualquer padrão de justo/injusto a uma divindade ou a um fato da natureza, mas apenas às ações humanas, conclusão que será importante para a ideia de racionalidade prática, que sugere um procedimentalismo diverso daquele usado por Macedo, como se verá adiante.

66 Em Aristóteles, divisam-se dois tipos de justiça, uma geral e outra particular, a primeira no sentido de agir conforme a lei, que pressupõe a perfeição moral de se conduzir não apenas de acordo consigo mesmo, mas de acordo com o próximo (ou seja, como igualmente se exige de todos em geral), e a segunda no sentido de agir com igualdade. Esse segundo tipo de justiça se desmembra em: 1) justiça distributiva, na qual os governantes distribuem honras e encargos de modo proporcional ou geométrico entre os membros da

sociedade; 2) justiça retificadora (corretiva e comutativa), na qual os envolvidos numa relação social fazem concessões recíprocas de modo aritmético (p. 79-80). No livro *Ética a Nicômanos*, Aristóteles diz que uma lei bem elaborada é aquela que atende ao interesse comum das pessoas, representando assim a felicidade para os elementos da comunidade política. Essa lei consagra as formas de excelência moral em relação ao próximo, por ser a prática dessa excelência. Desse modo, a justiça legal é a forma perfeita da excelência moral, porque as pessoas que têm sentimento de justiça podem praticá-la. Em outras palavras, a justiça significa o bem dos outros, enquanto a injustiça é uma deficiência moral. Existem duas abordagens para a justiça: uma ampla ou irrestrita, na qual a justiça se identifica com a lei, e outra estrita, em que a justiça se identifica com a equidade e ocorre sob a ótica política, ou seja, nas relações regidas pela lei. Nessa segunda abordagem da justiça estão a justiça distributiva e a justiça corretiva ou comutativa. São características da justiça distributiva: 1) tem por objeto relações públicas, como funções de governo, dinheiro público, benefícios públicos; 2) que são distribuídas conforme o mérito; 3) de acordo com uma proporcionalidade descontínua ou geométrica, sendo que injusto é o que viola essa proporcionalidade; 4) estabelece a superioridade da autoridade e, conseqüentemente, a submissão dos súditos. São características da justiça corretiva ou comutativa: 1) tem por objeto relações privadas entre as pessoas, tanto voluntárias (negócios em geral) quanto involuntárias (sub-reptícias, como o furto, ou violentas, como o homicídio); 2) nas quais se pressupõe a igualdade por excelência, porém uma igualdade objetiva; 3) a proporção aplicada é aritmética por compensações, no equilíbrio (igualdade) entre perda e ganho; 4) o juiz tenta restabelecer a igualdade, subtraindo do ofensor o excesso de ganho; 5) a lei não diz que isso ou aquilo é justo ou injusto, fornecendo apenas os critérios para atingi-los (justo e injusto). A reciprocidade não se aplica à justiça, porque ela é mercantil, baseada na troca, que implica uma retribuição não exatamente igual, e que tem no dinheiro o igualizador do valor dos produtos e das atividades diferentes. A justiça tem uma dimensão política e existe entre pessoas cujas relações são regidas pela lei, e a lei existe justamente para pessoas entre as quais pode haver injustiça. Por isso, quem governa não é um homem, mas a lei. Sendo o governante um guardião da justiça e, portanto, da igualdade, deve-se dar a ele uma recompensa, constante de honrarias e privilégios. A justiça do senhor para com o escravo e a do pai para com o filho não é igual à justiça política, porque não pode haver

Uma tentativa de aproximar os extremos de uma igualdade liberal e de uma igualdade socialista foi feita por John Rawls, cujo igualitarismo teórico o afasta do liberalismo clássico sem o transformar em um socialista, ficando antes na linha de um *liberal* norte americano ou de um social-democrata europeu. Referido autor adota uma teoria pela qual se ordenam princípios de justiça de forma prioritária: antes de tudo se reduz a liberdade à igualdade, ou seja, todos devem ter o mesmo direito às liberdades básicas; depois, eventuais desigualdades devem ser justificadas pelo maior benefício que tragam aos menos privilegiados (princípio da justa poupança) e pela igualdade de oportunidades de acesso aos cargos e às posições; por fim, caso as desigualdades permaneçam, deve-se compensar (princípio da diferença) os menos privilegiados com mecanismos de ações afirmativas. Com isso se rejeita o mérito dos liberais como critério de justiça, temperando o conceito com uma dose de igualdade de resultados sociais (RAWLS, 2000, p. 89-92).

Em resumo, nas palavras de Wayne Morrison, o objetivo de Rawls “[...] é o de oferecer uma teoria razoável que contenha um conjunto básico de princípios com os quais possamos obter consenso no debate sobre a justiça”, “[...] tentando equilibrar a necessidade de crescimento da riqueza com o respeito aos menos favorecidos na sociedade”. Com isso, Rawls coloca o justo acima do bem, no sentido de que os princípios de justiça precedem racionalmente a maximização da riqueza social reclamada pelos utilitaristas, e por isso priorizam a maximização do mínimo (princípio *maximin*), ou seja, é preferível maximizar a porção mínima do que praticar a igualdade absoluta, já que “[...] a igualdade pode mostrar-se restritiva para os interesses dos menos favorecidos”. Isso significa, também, que direitos individuais não podem ser sacrificados em nome do bem geral, como faz o utilitarismo, ao mesmo tempo em que não existe uma única concepção de vida digna (*eudaimonia*),

injustiça em relação às coisas que nos pertencem. A equidade é um corretivo da justiça legal, onde a lei é omissa devido a sua generalidade.

como faz o liberalismo clássico, o que explica a existência de mais de um princípio de justiça (MORRISON, 2006, p. 469-470; 472-473; 491).

Essa concepção de justiça será então criticada: 1) pelos autores comunitários (Walzer à frente), para os quais a concepção de bem precede a concepção de justo, já que apenas em uma comunidade seus membros definem quais são os bens sociais básicos pela participação política, dos quais decorrem então os direitos; 2) pelos autores neoliberais ou libertários (Nozick e Hayek à frente), que rejeitam qualquer concepção centralizadora das decisões políticas no Estado, a quem não reconhecem a paternidade dos direitos e tampouco legitimidade para neles intervir. Logo se vê, portanto, que a tentativa de Rawls em combinar as concepções de vida digna de liberais e críticos deliberativos não foi facilmente recebida.

Isso expressa a dificuldade operatória que tradições teóricas têm de se comunicar por uma linguagem comum e explica o antagonismo entre elas e seus adeptos, fato que Alasdair MacIntyre atribui a uma internalização subjetiva decorrente da vida em uma sociedade dividida e em conflito no que concerne à natureza da justiça (MORRISON, 2006, p. 12).

Referido autor parte do princípio de que os desacordos sobre a concepção ou as concepções de justiça dizem respeito à racionalidade prática, ou seja, ao modo como nossas ações são avaliadas como justas/corretas ou injustas/incorretas. Mesmo que cada um aceite se desvincular das tradições às quais aderiu consciente ou inconscientemente para tentar chegar a um consenso sobre a concepção da justiça, nada garante que o resultado seja racionalmente aceitável, o que significa dizer que mesmo procedimentos pretensamente neutros e imparciais de decisão ou deliberação não garantem consenso sem que se adote também um conjunto substantivo de princípios racionais relativizado por sua contextualização histórica. Trata-se de um quadro que deriva do fracasso do projeto iluminista “[...] em fornecer padrões de julgamento racional, neutros, impessoais e independentes da tradição [...]” (MORRISON, 2006, p. 13-17; 423).

Assim, a coerência de uma pesquisa racional sobre tradições contraditórias acerca do mesmo tema requer que ela ocorra no plano histórico de cada uma delas, porque a própria racionalidade é um conceito com uma história. Demonstrando-se assim as diferenças entre essas tradições, por meio de exemplos, será possível superar o insucesso do projeto iluminista, como se dispõe MacIntyre ao analisar as teorias de Aristóteles, Agostinho, Tomás de Aquino e Hume sobre a justiça e a racionalidade prática (ou como se chega da deliberação à ação) (MORRISON, 2006, p. 19-21).

Em resumo, a racionalidade prática diz respeito às teorias da ação, ou sobre como as ações humanas podem ser julgadas por critérios de justo/correto e injusto/incorreto, ou ainda sobre como o *iter* usado por uma pessoa para se alcançar um fim pode ser avaliado conforme aqueles critérios. Isso significa um novo tipo de procedimentalismo, no qual o *iter* é usado para avaliação do resultado, embora o próprio resultado tenha de se justificar conforme um padrão moral prévio que oriente a ação correta ou justa.

O primeiro dos autores exemplares das tradições comparadas por MacIntyre é Aristóteles, para quem as ações boas somente podem ser assim consideradas no ambiente de uma *polis* determinada, o que significa que seus conceitos de justiça e de racionalidade prática são particulares, e não universais (ao contrário da concepção dos liberais modernos). O bem da *polis* depende do bom governante e do bom governado, que é aquele que respeita as leis. A melhor forma de governo seria a aristocracia, porque somente nela haveria uma indiferença sobre as consequências das ações em benefício próprio. Nessa sociedade se destaca o seguinte: 1) o critério distributivo é a virtude ou excelência (mérito); 2) o princípio do merecimento ou da justa distribuição pressupõe experiência histórica como governado e governante, experiência essa que ensina a virtude para a justiça geral; 3) essa experiência deve ser vivida em cada virtude a julgar (*epagagé*); 4) as ocupações sociais são hierarquizadas conforme o maior e o menor grau de aprendizado, que permite a avaliação sobre o maior e o menor grau

de virtuosidade das ações; 5) as virtudes, portanto, são: a) ações racionais finalísticas e não instrumentais, que fornecem o *lógos* da justiça, ou seja, a justificação racional para as ações; b) pontos medianos entre pontos extremos viciosos (*mesotes*), quais sejam, entre praticar uma injustiça a outro pensando em si mesmo (pleonexia, ou mal não justificado e, portanto, ilegítimo) e sofrer uma injustiça; c) orientações para uma ação justa, no sentido de ser moralmente boa em si mesma (virtude moral) (MORRISON, 2006, p. 117-137).⁶⁷

Em Agostinho, a concepção de justiça e de racionalidade prática deixa de ser particular, por exigência do universalismo católico (no que se aproxima dos liberais modernos), como declarou em seu famoso livro *A Cidade de Deus* (413-427), no qual sustenta o devir (necessário ou determinante) da “glória de Deus”, mediante uma teoria linear da história: começa com a Criação e termina com a Ressurreição dos justos, que são aqueles que trabalham não apenas para a sua própria salvação, ao respeitar as leis cristãs divinas, como também para assegurar o triunfo espiritual da igreja católica. Nas palavras de Châtelet, Duhamel e Pisier-Kouchner:

[...] desse modo, ele se opõe tanto à concepção greco-romana, que coloca como ideal a constituição e manutenção da cidade feliz e virtuosa quanto à história profética do Velho Testamento, substituindo-as pelo militantismo da fé, esclarecido pelo ensinamento de Cristo e pela busca da máxima intelegibilidade.⁶⁸

Apoiando-se em Cícero, Agostinho identifica a justiça/injustiça em termos de obediência/desobediência à lei suprema (divina), que

67 São condições para o princípio do merecimento: 1) quantitativa: quantidade de contribuição para um projeto comum; 2) qualitativa: avaliação das contribuições conforme a classificação das recompensas (para a distribuição) e dos danos e privações (para as correções).

68 Conferir Châtelet, Duhamel e Pisier-Kouchner (1990, p. 28-30).

é anterior à *polis* grega e à *civitas* romana e é o resultado de uma reta razão compartilhada por Deus com os seres humanos. Desse modo, sua noção de justiça também deriva do conceito platônico, porque o conhecimento do seu significado não pode ser encontrado na experiência sensível. De Platão se afasta quanto ao plano desse conhecimento, que não ocorre no mundo das ideias, mas no mundo de Deus. Em Agostinho, o padrão de justiça deriva do amor por Deus, cuja maior virtude é a humildade e o maior defeito é o orgulho. A ação justa ou correta é aquela orientada por esse amor, que não é motivado pela razão, mas pela vontade, que é orientada pela fé. Afinal, definir a fé pela razão não era uma opção sustentável. A razão é secundária à vontade, porque pode apenas orientar a compreensão da fé.⁶⁹

Em Tomás de Aquino, a visão aristotélica do raciocínio prático e a influência agostiniana da vontade sobre a ação são integradas por meio de vários outros conceitos dedutivos, a saber: *synderesis*, *conscientia* e *intentio*. A primeira delas expressa a predisposição em apreender os preceitos básicos da lei natural; a segunda expressa as capacidades de inferir desses princípios gerais princípios mais específicos e destes últimos os juízos práticos de ação; a última expressa a vontade agostiniana. O *iter* da ação pode ser assim descrito: 1) no intelecto se encontra a capacidade de julgar; 2) que orienta a *intentio* a identificar o fim ou objetivo visado; 3) de acordo com a vontade, que contém a deliberação sobre como alcançar o fim; 4) essa escolha do meio se dá então pela *electio*, que é dirigida pela *prudentia*; 5) que leva à *proairesis* ou desejo racional; 6) que orienta a ação justa ou correta. Uma ação reta deve visar o fim último do ser humano, que é o reino divino. A justiça exige assim a reverência a Deus, cuja virtude (moral) é a religião,

69 Conferir MacIntyre (1991, p. 161-179), que se declara expressamente um agostiniano.

criando-se assim uma teologia metafísica. Como exemplo de uma ação bem orientada, MacIntyre cita o seguinte:

Consideremos alguém que decide construir uma casa para sua família. O primeiro modo no qual essa pessoa tem de julgar sua atividade boa diz respeito ao tipo da atividade: sua bondade reside no fato de ser bom para os seres humanos viverem juntos comodamente em famílias e essa atividade de construção é um bem como meio dirigido para essa *inclinatio* fundamental. Em segundo lugar, é à medida que essa pessoa usa apenas terra, materiais e mão-de-obra genuinamente seus que a ação é moralmente boa, conformando-se ao preceito básico da lei natural de não tomar o que pertence a outro, garantindo, dessa forma, que a casa seja genuinamente resultado de seu trabalho e posse da família. Em terceiro lugar, a atividade é boa à medida que não ocorre nenhuma consequência danosa *per acidem*, como, por exemplo, impedir que o terreno de alguém receba a luz do sol. E, em quarto lugar, a atividade é boa à medida que sua causa é o tipo relevante de bondade do indivíduo ou indivíduos que estão realizando a atividade, nesse caso a virtude da justiça (MacINTYRE, 1991, p. 201-213).⁷⁰

Na concepção tomasiana, as regras da ação reta ou justa são valorizadas, mas elas não se reduzem a um esquema deontológico de proibido/permitido, devendo informar as razões que superam os motivos da desobediência, de modo que o puro procedimentalismo é insuficiente.

70 De acordo com MacIntyre, Tomás de Aquino ainda: 1) correlaciona justiça e direito positivo, numa simbiose do pensamento de Aristóteles, Cícero e Agostinho (p. 217); 2) se antagoniza com a concepção liberal de propriedade, porque a admite de forma condicionada à carência humana (p. 218); 3) defende o direito de resistência contra as leis injustas, que sequer teriam força de lei, como em Agostinho (p. 219).

Finalmente, o último autor exemplar é Hume, que adota um procedimento assaz diferente dos anteriores para descrever a ação justa ou correta. A ação é antecedida pelo esforço da vontade em superar a dor ou o prazer. Esses sentimentos extremos dão origem às paixões, que são impressões controladas pela razão por meio de inferências/ deduições. A razão orienta a escolha dos meios mais eficazes para se alcançar o fim perseguido pelas paixões. As paixões, destarte: 1) não são nem razoáveis e nem irrazoáveis, nem verdadeiras e nem falsas; 2) são pré-conceitos presentes numa pré-linguagem e, portanto, não são julgamentos internos ou uma razão para a ação; 3) compreendem a intenção e contém uma representação de seu objeto, que é o motivo da ação; 4) são impressões que resultam do artifício e da convenção humanos, ou seja, de um consenso (concordância de raciocínio) que se obtém com o tempo, mediante a experiência negativa (desprazer) compartilhada com os atos de injustiça (erro) que, por sua vez, produz o sentimento de retidão da justiça, no equilíbrio entre o desejo de realizar nossos objetivos de acordo com a ordem social e o nosso desejo de subvertê-la para alcançar os mesmos fins. A obrigação com a justiça passa a ser assim uma obrigação moral, enquanto a justiça representa uma virtude específica: seguir as três leis da natureza: 1) respeito à propriedade; 2) reconhecimento do direito à transmissão sucessiva da propriedade; 3) cumprimento das promessas (MacINTYRE, 1991, p. 323; 349).

A todo momento, MacIntyre procura indicar os pontos de concordância entre esses autores e o modo como um segue as noções do outro, sem privilegiar as suas distinções, como algo digno de mais destaque do que as semelhanças. Ao fim, referido autor conclui que não se pode ignorar o relativismo das concepções de justiça e de racionalidade prática, recusando assim um conceito universal para ambas, em especial aquele que o liberalismo acabou criando por conta do antagonismo discordante entre as tradições examinadas. De acordo com o autor, as concepções liberais encontram-se de tal modo arraigadas nas sociedades contemporâneas a ponto de monopolizar os pontos

de partida do tema da justiça e da racionalidade prática, inibindo a crítica e o debate por ausência de um foro verdadeiramente liberto dessa hegemonia. Assim, “[...] a racionalidade específica das tradições de pesquisa só pode se reestabelecer o suficiente para questionar, efetivamente, a hegemonia cultural e política do liberalismo, evitando ou subvertendo os modos liberais de debate” (MacINTYRE, 1991, p. 420-421; 429).

Disso tudo se pode concluir que não existe apenas uma concepção de procedimentalismo, de modo que as normas, as decisões e os processos argumentativos também podem ser avaliados sob o prisma da racionalidade prática.

Capítulo 9

A teoria da justiça de Rawls

A hegemonia dos pontos de partida liberais no debate contemporâneo da justiça tem como marco a teoria da justiça de Rawls, que tem dois perfis básicos: representa o realinhamento dos *liberals* norteamericanos (*new democrats*) após a crise igualitarista da década de sessenta, quando os programas de assistência do Presidente Lyndon Johnson resultaram em mais marginalização do que pretendiam extirpar, e apresenta uma justificação racional para as desigualdades sociais, mediante um mecanismo de correção ou de atenuação. No segundo plano, a igualdade de Rawls não se traduz em medidas proporcionais – de Pitágoras a Aristóteles – ou em uma ordem universal do relacionamento humano – como Tomás de Aquino (RECASÉNS SICHES, 1934, p. 92-93),⁷¹ mas em benefícios gerais que não excluam os menos favorecidos, ainda que parcelas numérica

71 Para quem a igualdade, embora dependa de uma medida de cálculo, não oferece ela mesma qualquer critério de comparação, enquanto a justiça exige uma medida entre partes diferentes e desiguais conferir ainda Recaséns Siches (p. 95-96).

e qualitativamente maiores não lhes sejam entregues. Numa frase: desde que os benefícios sejam distribuídos publicamente, e que todos recebam uma parte, com prioridade para os menos favorecidos, o seu critério de justiça será minimamente atendido.

No primeiro plano, a qualidade de *liberal* enquadra Rawls como um social-democrata, no sentido europeu do termo, vale dizer, daquela dissidência do socialismo que pretende empreendê-lo na sociedade de mercado, por meio dos mecanismos da democracia (BOBBIO, 1990, p. 145). Nos EUA, os *liberals* têm lugar no Partido Democrata, que em boa parte almeja elevar a renda da minoria que não tem chances iguais no mercado. Difere, portanto dos liberais ou neoliberais, que, para os americanos, são chamados de *conservative* ou *new conservative* (CARDIM, 2000, p. 5-7).

O ponto central de toda a teoria é o conceito de posição original (RAWLS, 2000a, p. 574; 651),⁷² que vem a ser o estado hipotético e anistórico no qual são forjados os princípios de justiça pública, que irão subministrar a distribuição de todos os bens necessários para uma vida digna. O conceito equivale aos pressupostos de antecedência e justificação abstrata do poder, que começam na explicação teológica de existência divina das coisas, passando pela metafísica da hereditariedade do trono até o contratualismo iluminista-racional, cujo último expoente foi Kant.⁷³ E é com base nas noções kan-

72 “A ideia da situação inicial é central para toda a teoria”; “Os méritos da ideia da posição original não podem ser avaliados quando se enfoca algum de seus aspectos isoladamente, mas [...] apenas através da teoria como um todo, que se constrói a partir dela”.

73 De acordo com Bobbio (1997, p. 64; 67; 122), a justiça distributiva, em Kant, é associada ao estado civil, e não ao estado de natureza, sendo um imperativo categórico, ou seja, um dever de ação boa por si mesma, com índole transcendental, porque não empírica, ao contrário do direito, que é um imperativo hipotético, ou seja, um dever de ação com vista a um fim, de natureza temporal, porque empírico.

tianas de autonomia, imperativo categórico, “eu em si” e de injusto que a teoria é elaborada.

Na autonomia, os princípios de ações são escolhidos racionalmente por seres humanos livres e iguais, naquilo que Rawls chama de “véu de ignorância”; no imperativo categórico, que representa um princípio de conduta que se aplica a todo ser humano racional (livre e igual) pelo simples fato de ser humano, independentemente de qualquer objetivo, Rawls inclui os princípios de justiça e os bens primários a distribuir; no “eu em si” encontra-se a própria posição original, como escolha pessoal conforme a natureza humana racional, livre e igual; por fim, injusto, em Kant, significa agir fora da natureza humana racional, livre e igual. Todas essas noções convergem na ideia de posição original (RAWLS, 2000a, p. 276-278; 280-281).

Para Rawls, “[...] a interpretação kantiana da posição original significa que o desejo de fazer o que é correto e justo é o principal meio que as pessoas têm para expressar a sua natureza de seres livres iguais e racionais”, ou, por outras palavras:

[...] a interpretação kantiana nos possibilita dizer que o fato de todos agirem para promover as instituições justas constitui um bem para cada um. Os seres humanos têm um desejo de expressar a sua natureza de pessoas éticas livres e iguais, e o fazem da forma mais adequada agindo segundo os princípios que reconheceriam na posição original. Quando todos se esforçam para obedecer a esses princípios, e cada um consegue esse objetivo, então, individual e coletivamente, a sua natureza de pessoas morais está realizada da forma mais plena possível, e com ela o seu bem individual e coletivo (RAWLS, 2000a, p. 493; 587).⁷⁴

74 Para Bobbio, a sociedade originária, em Kant, significa uma sociedade pressuposta, criada por um contrato puramente racional, que não é fundado no consenso concreto, e sim no seu dever-ser, o que depura do contrato as

Embora kantiano, Rawls declaradamente promove acréscimos e afastamentos de Kant. Nos primeiros, ao aplicar os princípios morais como escolha racional à estrutura básica da sociedade, dela deduzindo os princípios de justiça. Nos últimos, ao refutar qualquer concepção metafísica da posição original, a ideia de escolha individual do “eu em si mesmo” (mas sim coletiva) e a indiferença da situação social dos homens, em favor do conhecimento das condições da vida humana (RAWLS, 2000a, p. 276-277; 282; 292).⁷⁵

Em *Uma Teoria da Justiça*, Rawls apresenta um modelo de justiça distributiva baseado no contrato. Não na figura do contrato social de matiz política, de constituição da sociedade civil, onde constem os limites ou a extensão do poder do governante, nem tampouco gerado na passagem de um estado de natureza precedente, de justificação do mesmo poder⁷⁶. Trata-se de um contrato como figura de representação, no sentido teatral do termo: representação de um consenso hipotético em torno de escolhas racionais de princípios de justiça pública (RAWLS, 2000a, p. 13; 35-36; 45; 79; 111; 120; 125; 131; 153; 171; 272-273; 288; 666).

ideias de revolução e de direito de resistência, tornando-o anistórico (1997, p. 124-129; 147-148).

75 Isso explica que Rawls efetivamente tem sua própria interpretação dos pressupostos kantianos, de modo que a ambiguidade ou dilema de que é acusado (desprezar os condicionamentos históricos para os princípios na posição original e, ao mesmo tempo, valer-se da experiência concreta para aplicar o senso público de justiça) não parece ser precisa. Conferir em Oliveira, (2000, p. 131-132; 135).

76 O poder está na natureza das coisas, ou na natureza humana, racional, e não em Deus ou na sua associação com o Rei, ou no próprio Rei, como algo ontológico. Na Antiguidade, a natureza foi utilizada para distinguir a atividade do homem das coisas naturais e, em relação à norma, para uma antítese com a sociedade; no Medievo, a natureza passa a ser um produto divino, inscrito no coração dos homens ou por eles revelado por intermédio da razão; na modernidade, a natureza se transforma nas leis da conduta humana e, contemporaneamente, em algo que o homem encontra e revela, sem formulá-lo. Conferir em Bobbio (1997, p. 27-32).

Sendo, pois, uma figura de representação, o contrato não passa de um pressuposto teórico para uma sociedade democrática mais igual, sendo por isso um contrato social mais abstrato do que aquele imaginado pelos autores jusnaturalistas do período moderno, e com objeto diverso: contratar não o estado civil ou o governante, mas os princípios de justiça que deverão ser aplicados na distribuição de bens públicos.

Diferentemente das teorias jusnaturalistas, o consenso, aqui, não conduz ao contrato, mas sim o contrário. Ademais, o consenso também é uma mera hipótese, porque somente ocorre se possível (RAWLS, 2000a, p. 240; 267). De qualquer modo, ele visa a dar legitimidade ou justificação ao sistema de distribuição, traduzindo-se assim em um consenso justo. Cumpre ainda as seguintes funções: estabilizar as expectativas do cumprimento dos deveres do compromisso e da entrega dos benefícios acordados; definir imparcialmente uma concepção de justiça, no sentido de um acordo entre as partes divergentes; indicar a prioridade entre os princípios de justiça numa situação de igualdade (RAWLS, 2000a, p. 18; 20; 48; 129; 133; 164; 206; 215-216; 235-236; 245; 262). Ao lado desse consenso possível, o contrato exige a atenção espontânea aos deveres naturais/morais, ou seja, aqueles que devemos cumprir independentemente de nossa vontade, em especial o dever da justiça (RAWLS, 2000a, p. 122-124).

O contrato gera a publicidade e os limites do acordo, onde os homens não são meros instrumentos, mas fins em si mesmos. Esses limites têm o objetivo de refrear os desejos individuais, por meio de duas prioridades: da justiça sobre a eficiência, e da liberdade sobre as vantagens econômicas e sociais. A manutenção do acordo é garantida para aqueles que cooperam mediante a sanção aos recalcitrantes, inclusive de ordem penal (RAWLS, 2000a, p. 191; 195-196; 288; 297; 348; 640-642). A isso Rawls chama de “força do compromisso”, que exige adesão e obrigatoriedade, respeito mútuo e autoestima e o dever de organização das desigualdades (RAWLS, 2000a, p. 191; 194; 197-199; 268).

O lugar onde o contrato deve ser firmado é chamado de posição original, decerto para indicar o ponto de partida do consenso em torno dos princípios de justiça.

Conforme Rawls, a posição original é um “[...] *status quo* no qual qualquer consenso atingido é justo”. Tal consenso tem por objeto os princípios da justiça que serão escolhidos racionalmente por pessoas representativas (homem ou cidadão). Como a posição original é também uma hipótese contratualista (RAWLS, 2000a, p. 130; 148; 155; 180; 574-575), a escolha não é o resultado de uma assembleia (como ocorrerá posteriormente, com a constituição) e tampouco de uma negociação ou coalizão (salvo a poupança para as gerações futuras),⁷⁷ mas da racionalidade dos homens representativos, que são figuras objetivas do consenso, e não pessoas fisicamente presentes num ato concreto (RAWLS, 2000a, p. 68; 82; 89; 102; 111-112; 129-131; 146-147; 150; 177; 180; 213; 221; 227; 270; 745).

A posição original aparece como um exemplo de justiça procedimental pura, vale dizer, um modelo de justiça no qual o consenso sempre leva a resultados justos, quaisquer que eles sejam, em contraposição com a justiça procedimental imperfeita, na qual as regras são impostas e, por isso, o resultado é incerto quanto à justiça. Rawls utiliza como exemplos paradigmáticos o processo judicial, no último caso,⁷⁸ e o jogo, no primeiro. No processo, especialmente o penal, existem garantias de que o resultado do julgamento será justo, independentemente de a lei ser cumprida ou não. Assim, “um homem inocente pode ser considerado culpado, um homem culpado pode ser libertado. Nesse caso falamos de um erro judiciário: a injustiça

77 Poupança significa a reserva de ganhos culturais, de civilização e capital (2000a, p. 321) para os menos favorecidos (2000a, p. 315), sendo obrigatória no contrato (2000a, p. 323-324).

78 Também são exemplos de justiça procedimental imperfeita o estado de direito (2000a, p. 259), a constituição (2000a, p. 213-214; 241; 327), o processo político e as leis (2000a, p. 212; 250).

não nasce da falha humana, mas de uma combinação fortuita de circunstâncias que frustra a finalidade das normas legais”. Já no jogo, o consentimento sobre as regras conduz a um resultado certo. Assim, num jogo de apostas, o resultado de ganhar ou perder é creditado a regras previamente aceitas pelos participantes, e não a contingências incontrolláveis e subjetivas que possam ocorrer durante a partida, de maneira que, independentemente do melhor mérito desse ou daquele jogador, a soma final é sempre justa. É o caso, por exemplo, do jogo de futebol, no qual o melhor time, embora merecendo vencer, não vence porque não fez gols, enquanto o outro, embora sem jogar bem, faz um único gol e vence o jogo, o que exclui da justiça qualquer consideração acerca do mérito pessoal (RAWLS, 2000a, p. 91-92; 343-346).

Essa justiça procedimental pura surge desde o início, na posição original, e para sempre, ou seja, “de uma vez por todas”, ao representar uma posição inicial de igualdade, sobre a qual se baseia o conceito de justiça como equidade (RAWLS, 2000a, p. 12-14; 33; 51; 53; 74; 124; 129; 142; 147; 149; 191).⁷⁹ Tal tipo de justiça é o papel do princípio da igualdade equitativa de oportunidade (RAWLS, 2000a, p. 93), cujo conceito será apresentado adiante.

Ainda na posição original, algumas circunstâncias de justiça devem ocorrer: a) objetivas, relacionadas à união necessária contra-ataques e a escassez de recursos; b) subjetivas, pertinentes às necessidades e interesses em face dos diversos planos de vida existentes entre as pessoas representativas (de uma sociedade

79 Conferir ainda em Rawls (2000a, p. 116; 122; 126; 130-131; 141-142): “Uma vez que o acordo original é definitivo e tem caráter perpétuo [...] Uma pessoa está escolhendo em caráter definitivo todos os padrões que devem governar suas perspectivas de vida”. Essa situação de igualdade é hipotética e ocorre, na posição original, na figura retórica do “véu de ignorância”. Trata-se então, nas palavras de Neiva Afonso de Oliveira, de uma “igualdade do não-saber”, que tem uma dimensão moral e expressa um procedimento metodológico (heurético, equitativo e de racionalidade prática) que, de par com o “equilíbrio reflexivo”, permite alcançar a melhor concepção de justiça, ou seja, a concepção mais aceitável.

premiada pelo conflito e a identidade). Nela, presume-se minimamente que: 1) as pessoas representativas conhecem as circunstâncias da justiça; 2) tentam promover a sua concepção do bem da melhor maneira possível; 3) são mutuamente indiferentes/desinteressados (RAWLS, 2000a, p. 160).

Sendo as partes representativas pessoas indiferentes e desinteressadas, devem elas ignorar os dados que poderiam influenciar o seu processo de escolha dos princípios, ao mesmo tempo em que devem ter um conhecimento mínimo de outros dados importantes. Esse misto de desconhecimento e conhecimento parciais é chamado de “véu de ignorância”, cuja principal função é gerar a imparcialidade (RAWLS, 2000a, p. 137-138; 140; 162; 204-205; 243; 247-248).

Entre os dados ignorados estão: 1) o seu *status* social; 2) a sua sorte na distribuição; 3) a concepção do bem; 4) a situação econômica, política e cultural da própria sociedade; 5) qual a sua geração; 6) e qual o seu “registro histórico”, ou seja, qual a época em que vivem, já que devem ser contemporâneas (RAWLS, 2000a, p. 147; 216-217; 200). Entre os dados conhecidos estão: 1) as relações políticas; 2) os princípios da teoria econômica; 3) a base da organização social; 4) a psicologia humana; 5) a maximização das alternativas favoráveis; 6) a igual liberdade de consciência (RAWLS, 2000a, p. 148; 154-156; 224).

Trata-se de mais uma categoria kantiana, baseada no conceito de autonomia, vale dizer, de escolha humana racional, livre e igual (RAWLS, 2000a, p. 276), que vigora até a aplicação concreta da Constituição e das leis (RAWLS, 2000a, p. 217).

Assim desenhada a posição original, as partes convencionam quais princípios de justiça distributiva de bens públicos devem adotar. Eles são aplicados à determinação das expectativas de vida, mediante vantagens recíprocas (RAWLS, 2000a, p. 193-194). Para isso devem ser observadas as seguintes características: 1) são genéricos, para valer para todos igualmente; 2) são universais; 3) devem ser coerentes e resultantes do consenso; 4) são públicos, no sentido kantiano do termo, ou seja, não admitem as informações reservadas em nome do

Estado ou do interesse público (*arcana imperi*); 5) obedecem a uma ordem serial, vale dizer, de preferência; 6) têm caráter terminativo, ou seja, os princípios são a última instância do raciocínio prático (RAWLS, 2000a, p. 142-143; 144-145; 667).

Essa ordem serial de escolha determina a preferência do princípio da igualdade sobre o princípio da diferença.⁸⁰ Assim, num primeiro estágio, a ordem seria: 1) a igualdade: a) na divisão; b) de liberdades básicas: individual (acima da liberdade política), consciência, pensamento e de direitos políticos; c) de oportunidades equitativas; d) na divisão da renda e da riqueza; 2) a diferença: para equilibrar a desigualdade para quem ficou com menos (RAWLS, 2000a, p. 162-163; 218; 213-214;).

A fim de deixar o processo de escolha equilibrado, Rawls recomenda a solução *maximin* ou heurística, na qual o mínimo deve ser maximizado, ou seja, entre as alternativas possíveis, devem ser escolhidas aquelas que, na pior das hipóteses, ainda assim sejam melhores do que outras, de modo a excluir o risco (RAWLS, 2000a, p. 165; 670). Tal processo de escolha é chamado de “equilíbrio reflexivo”, resultado de avanços e recuos em torno das circunstâncias nas quais se deve obter o acordo. Consoante Rawls, “trata-se de um equilíbrio porque finalmente nossos princípios e opiniões coincidem; e é reflexivo porque sabemos com quais princípios nossos julgamentos se conformam e conhecemos as premissas das quais derivam” (RAWLS, 2000a, p. 23).⁸¹

80 Conferir em Rawls (2000a, p. 71) sobre o princípio da diferença significar o uso de meios de fazer algo melhor com menos mal a alguém.

81 De acordo com Romeu Costa Ribeiro Bastos e Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, essa solução é um dos recursos da teoria da decisão, empregada por técnicas diferentes conforme os cenários em que os elementos decisórios são conhecidos ou não ou estão em conflito. Assim, num cenário de certeza quanto aos elementos que orientam a decisão aplica-se a técnica determinista; num cenário de risco aplica-se a técnica probabilística; num cenário de incerteza aplica-se a técnica dos critérios decisórios; num cenário de conflito aplica-se a técnica da

teoria dos jogos. A posição original sob o véu de ignorância expressa um cenário de incerteza, preferindo Rawls o critério de Wald (*maximin*) aos critérios de Laplace (princípio da razão insuficiente) e de Bayes. Pelo primeiro deles, entre as várias alternativas decisórias num cenário de incerteza se deve adotar as mais desfavoráveis e, entre estas, a melhor entre as piores; pelo segundo, supõe-se que todos os resultados são prováveis e, assim, se deve adotar a alternativa mediana mais provável; pelo terceiro, infere-se a probabilidade dos resultados (predição) conforme a frequência com que ocorreram no passado (evidência), adotando-se a alternativa mais provável. A opção rawlsiana, como se vê, pressupõe sujeitos decisórios com tendência pessimista e com aversão ao risco, como no exemplo da sorte entre duas urnas: uma com moedas de platina e cobre e outra com moedas de ouro e prata. Pela solução *maximin* a segunda urna deve ser a escolhida, porque na pior das hipóteses pode-se receber uma moeda de prata, ao passo que na primeira há o risco de receber uma moeda de cobre. Em outras palavras, não se escolhe entre as probabilidades mais vantajosas (platina ou ouro), mas entre as probabilidades menos desastrosas (prata ou cobre). Uma crítica ao critério de Wald é feita por Harsanyi, que utiliza um exemplo para demonstrar sua irracionalidade. Uma pessoa recebe duas propostas de emprego: uma em sua própria cidade, com remuneração baixa e trabalho entediante, e outra em outra cidade distante, com remuneração alta e trabalho estimulante. A segunda opção exige que o pretendente viaje de avião, que implica o risco de um acidente e, portanto, de morte. Embora a probabilidade de um acidente aéreo ser remota, entre as duas opções a menos ruim é a primeira, já que no máximo o pretendente terá um emprego entediante e mal remunerado, mas permanecerá vivo. Esse exemplo foi rebatido por Rawls, tanto pelo fato de Harsanyi ser utilitarista, quanto pelo fato de a solução *maximin* não se aplicar em situações particulares e simplórias. Conferir em Bastos e Teixeira (2003, p. 427-444). Já a teoria dos jogos, que tem origem na matemática pura, é aplicada em procedimento decisórios que envolvem dois ou mais protagonistas. Como o comportamento de um dos agentes influencia de algum modo o comportamento do outro, ambos recorrem a estratégias, visando obter ganhos com a decisão futura. Assim, o resultado decisório (recompensas ou *payoffs*) é o reflexo das estratégias adotadas no procedimento por cada agente. As estratégias, por sua vez, podem ser de várias ordens. Como exemplo de estratégias em jogos evolucionários, jogados por populações, tem-se a seguinte tipologia: a) poliana: cooperação de uma das partes independentemente do comportamento da outra; b) anti-social: defecção (não cooperação) de uma das partes independentemente

Tais princípios de justiça são assim enumerados:

Primeiro Princípio

Cada pessoa dever ter um direito igual ao mais abrangente sistema total de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para todos.

Segundo Princípio

As desigualdades econômicas e sociais devem ser ordenadas de tal modo que, ao mesmo tempo:

- a) tragam o maior benefício possível para os menos favorecidos, obedecendo às restrições do princípio da poupança justa, e
- b) sejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades.

Primeira Regra de Prioridade (A Prioridade da Liberdade)

Os princípios da justiça devem ser classificados em ordem lexical e, portanto, as liberdades básicas só podem ser restringidas em nome da liberdade.

do comportamento da outra; c) retaliadora: cooperação de uma das partes num primeiro procedimento com defeção da outra, de modo que nos procedimentos posteriores a parte “enganada” adota a mesma estratégia da outra parte (*tit-for-tat*); d) oportunista: parte antissocial que escolhe a sua estratégia de acordo com o perfil da outra parte, optando pela defeção quando a outra for poliana, pela defeção quando a outra também não coopera, pela regra *tit-for-tat* quando a outra for oportunista; e) retaliadora disfarçada: parte antissocial que se disfarça de *tit-for-tat*, provocando na outra a cooperação e respondendo com a defeção. Referida teoria é criticada por Adam Przeworski (1992, p. 5-48, especificamente p. 36, para a citação direta), para quem “o problema com a teoria dos jogos é que ela combina uma metodologia útil com uma ‘ontologia’ de indivíduos — ideologicamente derivada e flagrantemente irracional —, os quais, além do mais, são apresentados como homogêneos, por terem disponíveis para si as mesmas estratégias e frequentemente os mesmos resultados”.

Existem dois casos:

- (a) uma redução da liberdade deve fortalecer o sistema total das liberdades partilhadas por todos;
- (b) uma liberdade desigual deve ser aceitável para aqueles que têm liberdade menor.

Segunda Regra de Prioridade (A Prioridade da Justiça sobre a Eficiência e sobre o Bem-Estar)

O segundo princípio da justiça é lexicalmente anterior ao princípio da eficiência e ao princípio da maximização da soma das vantagens; e a igualdade equitativa de oportunidades é anterior ao princípio da diferença. Existem dois casos:

- (a) uma desigualdade de oportunidades deve aumentar as oportunidades daqueles que têm uma oportunidade menor;
- (b) uma taxa excessiva de poupança deve, avaliados todos os fatores, tudo é somado, mitigar as dificuldades dos que carregam esse fardo (RAWLS, 2000a, p. 333-334).

Dois portanto são os princípios de uma justiça distributiva de bens públicos: o princípio da igualdade equitativa de oportunidades e o princípio da diferença, o primeiro preferencial ao segundo. Eles podem ser sintetizados pela seguinte fórmula geral: “todos os valores sociais — liberdade e oportunidade, renda e riqueza, e as bases sociais da autoestima — devem ser distribuídos igualitariamente a não ser que uma distribuição desigual de um ou de todos esses valores traga vantagens para todos”. De forma que a injustiça “[...] se constitui simplesmente de desigualdades que não beneficiam a todos” (RAWLS, 2000a, p. 66).

A existência dessa ordem de princípios objetiva criar uma democracia da propriedade privada, que se realiza por meio da ampla posse de ativos produtivos e de capital humano, com as suas qualificações e habilitações (RAWLS, 2000a, p. xviii; 246-247), apesar das desigualdades. Tais desigualdades são pressupostas pelo segundo princípio,

desde a posição original, que tem o papel de compensá-las, dando acesso às oportunidades ou vantagens a todos (RAWLS, 2000a, p. 65-67; 82; 222; 333; 345). Porque as contingências sociais e a sorte na distribuição são inevitáveis, assim como as diferenças naturais (de nascimento, origem, posição, etc.), é imperioso haver um princípio de reparação (RAWLS, 2000a, p. 107), distribuindo preços, por exemplo, mediante a taxação da herança (RAWLS, 2000a, p. 306).

Tais princípios são aplicados à estrutura básica da sociedade, ou seja, a uma associação cooperativa de divisão de encargos e benefícios, que se considera bem-organizada quando: a) promove o bem-estar de seus membros; b) conhece e aceita aqueles princípios; c) tem instituições que satisfaçam esses mesmos princípios. Quando tais condições estão reunidas, tem-se uma concepção pública de justiça (RAWLS, 2000a, p. 4-5; 14; 36; 90; 59; 138; 504).

Embora tal sociedade não exista concretamente, porque os critérios de distribuição e os princípios estão sempre sob disputa, ela é também uma representação abstrata para uma distribuição ideal de bens primários, que são aqueles necessários para a vida social cooperativa de homens racionais, livres e iguais (RAWLS, 2000a, p. xv-xvi; 5).

São as instituições presentes na sociedade que devem orientar a distribuição dos benefícios e encargos. Essas instituições são a constituição e os acordos econômicos e sociais.

A constituição, chamada por Rawls de “carta constitucional de fundação”, equivale ao estado de natureza lockeano, sendo, pois, uma representação abstrata do contrato social (RAWLS, 2000a, p. 7-8; 11; 13-14; 26; 35-36; 45; 74; 213). Ela é elaborada depois do acordo sobre os princípios, mediante uma convenção por delegação, com: a) um sistema de poderes de governo; b) direitos básicos do cidadão. Trata-se também de uma abstração, necessária para a teoria da justiça, e não para explicar essa ou aquela constituição. Nela, o principal direito básico é a liberdade, que só pode ser limitado em nome da própria liberdade, dentro de um sistema único de direitos, que não pressupõe a superioridade de qualquer limite, nem mesmo em nome do “interesse

público”. A propósito, a justiça representa precisamente a inviolabilidade individual, mesmo contra a maioria. Enquanto o segundo princípio atua no plano da legislação ordinária, o primeiro atua no plano da constituição (RAWLS, 2000a, p. 212-215; 218-220; 230-231; 235).

Com base naquelas instituições, o governo assume os seguintes deveres para uma distribuição justa: 1) manutenção de despesas sociais básicas; 2) assegurar oportunidades iguais de educação e cultura, por intermédio de escolas públicas ou de subsídios às escolas particulares; 3) assegurar igualdade de oportunidades econômicas e de trabalho; 4) fiscalizar empresas e associações; 5) prevenir monopólios; 6) garantir um mínimo social, constituído de: salário-família e auxílios previdenciários e de desemprego (RAWLS, 2000a, p. 303-304; 315).

Para tal mister, o governo deve possuir quatro setores, a saber: 1) alocação: para manter a competitividade dos preços e corrigir os desvios da eficiência; 2) estabilização: para criar o pleno emprego razoável, ou seja, a possibilidade de encontrar trabalho e de escolher livremente a ocupação, mediante o fomento da demanda; 3) transferências: para garantir um mínimo de bem-estar e as exigências dos necessitados, por intermédio de instituições básicas, porque “[...] é racional que asseguremos para nós e nossos descendentes uma proteção contra essas contingências do mercado”; 4) distribuição: justiça aproximativa das partes, por meio da tributação sobre heranças e doações, não para aumentar a receita, mas para impedir a concentração de poder da propriedade, e também de um sistema geral de tributação proporcional sobre as despesas. Rawls inclui um quinto setor, chamado de setor de trocas, no qual os representantes decidiriam que para cada gasto deve haver uma fonte de receita, mas ele não pertence à sequência desses quatro setores, e sim ao “véu de ignorância” (RAWLS, 2000a, p. 304-305; 306-307; 312-314).

Os bens a distribuir numa sociedade bem-organizada, onde vigora uma concepção pública de justiça, são aqueles considerados primários, ou seja, os necessários para a vida social cooperativa de homens livres e iguais. Esses bens determinam a escolha racional já

na posição original, e estão sob tensão, vale dizer, localizam-se entre o conflito e a identidade de interesses. Eles têm natureza pública e indivisível, respectivamente porque devem ser assegurados pelo processo político, e não pelo mercado, e o produto deve ser dividido igualmente (RAWLS, 2000a, p. xv-xvi, 66; 97; 99; 136; 227; 294-295).

O principal bem primário é a autoestima, que se traduz em: 1) um senso do próprio valor na realização de sua concepção de bem ou de seu plano de vida: a) tendo um plano racional de vida, de acordo com o princípio aristotélico: prazer em praticar as capacidades, quanto maior quanto for a dificuldade; b) com estima alheia do mesmo nível que são estimados; 2) em confiança na habilidade de realizar as intenções. Nesse contexto, os vínculos associativos são importantes para reduzir a probabilidade de fracasso e as dúvidas sobre nós mesmos (RAWLS, 2000a, p. 487-489; 114; 194; 471; 587-588; 635; 649; 605-606).

A concepção de bem, aqui, de acordo com Rawls, significa a execução bem-sucedida de um plano racional de vida, que somente uma pessoa boa pode realizar. Uma pessoa boa, conforme o valor moral, pode ser identificada como uma pessoa: 1) acima da média, que tem propriedades que é racional que os cidadãos queiram encontrar uns nos outros; 2) na média, tem um bom desempenho em seus papéis específicos; 3) acima da média, tem propriedades genéricas (ainda não especificadas) que é racional que as pessoas queiram encontrar nas outras; 4) acima da média, tem traços de caráter moral genérico que é racional que as pessoas na posição original querem encontrar umas nas outras; 5) tem traços de caráter moral que é racional que os membros de uma sociedade bem ordenada querem encontrar em seus consortes. Nesses dois últimos perfis se enquadram as pessoas na posição original (RAWLS, 2000a, p. 479; 481-484).

Uma pessoa boa ou ética é sempre capaz de: 1) ter uma concepção do próprio bem; 2) ter um senso de justiça. Esse senso de justiça, além de ser aquele que assegura que todos tenham direitos iguais, é aquele que pertence ao próprio bem dos indivíduos numa sociedade

bem ordenada, controlando ou eliminando a instabilidade, porque é o senso de justiça que confere estabilidade à sociedade (RAWLS, 2000a, p. 561; 623; 3; 118; 145; 161; 561; 630-631; 566; 553; 571).

Os outros bens primários Rawls os classifica em: 1) sociais: direitos, liberdades, oportunidades, renda e riqueza; e 2) naturais: saúde, vigor, inteligência e imaginação. Os primeiros estão sob algum tipo de controle das pessoas, enquanto os últimos não estão sob o seu controle direto (RAWLS, 2000a, p. 66-67).

Capítulo 10

A crítica neoliberal de Robert Nozick

Nozick é o teórico do estado mínimo, no qual o mercado é o lugar da vida privada, e não da vida pública, e onde prevalece a neutralidade, ou seja, a dispersão de informações através dos preços e a coordenação das atividades pessoais. Somente ele é capaz de garantir os direitos da pessoa (NOZICK, 1991, p. 170; 184).

Nesse estado mínimo, a justiça é encontrada na propriedade, em três níveis: 1) na aquisição inicial das propriedades (originária); 2) na transferência de propriedades (derivada); 3) na reparação da injustiça na propriedade, decorrente do modo de aquisição originária ou derivada. No primeiro deles encontra-se o princípio de justiça na aquisição, de origem lockeana, o que equivale a dizer que o homem, sendo proprietário de si mesmo, tem propriedade sobre o seu trabalho e, por consequência, quando aplicado sobre a natureza, lhe confere a propriedade da coisa trabalhada. Nele, inexistente transferência de propriedade, porque a sua aquisição foi originária. No segundo acha-se o princípio de justiça nas transferências, que regula a passagem de uma distribuição originária para a derivada, e no qual os meios de troca é que

preservam a justiça. No terceiro está o princípio de reparação, o qual preserva os direitos contra as interferências criadas pelos princípios anteriores, a partir da análise das situações históricas antecedentes até o presente. Um princípio completo de justiça ocorre com a distribuição justa conforme as formas de aquisição (NOZICK, 1991, p. 171-173).

Esse modelo de justiça, de acordo com Nozick, é histórico, situado e concreto, assim como os princípios de justiça, porque os objetos vêm de algum lugar, ou seja, “as coisas surgem no mundo já ligadas a pessoas que têm direito a elas”. Além disso, esses princípios não são padronizados, no sentido de que não exigem interferência na vida privada e tampouco promovem apropriações de atos alheios, numa espécie de individualismo com violência (NOZICK, 1991, p. 173-177; 180; 183; 186; 191-192; 236).

Disso exsurgem duas regras de justiça: 1) “de cada um, como eles escolheram, a cada um como foram escolhidos”; e 2) “a cada um de acordo com os direitos legítimos que legitimamente lhe foram transferidos”. A primeira característica da livre escolha é determinante para o regime da propriedade privada, porque ela existiria até mesmo no socialismo, se as pessoas tivessem a liberdade de usar os seus recursos pessoais como escolhessem. Isso explica que o direito, em lugar de determinar a ordenação social, traduz-se em limitações às escolhas ou opções, como, por exemplo, dispor ou não da propriedade. Assim, a propriedade representa a disposição e escolha de opções aceitáveis (NOZICK, 1991, p. 181; 185-186; 190; 234).

Embora sem dizer expressamente, essas considerações criticam a Teoria da Justiça de Rawls, por ser ahistórica e abstrata e ainda padronizada. Além disso, a sua pretensão de universalidade é falsa, porque as regras de justiça somente poderiam ser universais “[...] se o mundo fosse inteiramente justo” (NOZICK, 1991, p. 172).

Expressamente, Nozick apresenta pelo menos dez críticas, a saber:

1) Para Rawls, a conflituosidade surge onde há cooperação, ou seja, na sociedade bem ordenada, mas ela surge também onde a cooperação inexistente; do contrário, uma teoria da justiça é desnecessária,

desde que, na falta de cooperação, cada propriedade seja resultado do esforço próprio e por isso exclua qualquer reivindicação de justiça sobre tal propriedade; de mais a mais, a cooperação não é equivalente, e apenas as “razões de troca (preço)” parecem justas (NOZICK, 1991, p. 204-206);

2) a justificação das desigualdades pela melhora da posição dos menos favorecidos isola a contribuição aos produtos, já que elas se justificam se, acaso ausentes, o grupo permanece em situação ainda pior, o que obscurece a tese de que a cooperação social cria problemas de justiça distributiva (NOZICK, 1991, p. 207);

3) a escolha por princípios de grupos e não de indivíduos na posição original não é bem explicada, enquanto o princípio *minimax* toma em consideração “o mais infeliz ou deprimido”, que não permite uma definição do grupo beneficiado (NOZICK, 1991, p. 209);

4) o princípio da diferença não é neutro, porque, embora presuponha a simetria dos ganhos na cooperação social (mais e menos dotados ganham ao cooperarem), o resultado quantitativo é assimétrico; a simetria, nesse caso, somente ocorreria no interior de cada grupo, e a média seria sempre mais vantajosa para os menos do que para os mais dotados; isso cria restrições à propriedade, porque os maiores benefícios da cooperação se renovam sempre para o mesmo grupo: “cooperaremos com vocês apenas se ganharmos tanto quanto seja possível”, o que equivale à maximização da parcela; disso deriva um resultado não menos injusto do que a proposta contrária, dos mais dotados: “cooperaremos com vocês enquanto nós conseguirmos tanto quanto possível”, razão pela qual o princípio da diferença é ainda injusto (NOZICK, 1991, p. 211-213; 220; 234);

5) a conformação dos menos favorecidos com parcelas menores não é racional, porque não explica que, nesse caso, os motivos de queixa não são eliminados (NOZICK, 1991, p. 207);

6) sabendo-se desde já quem é o destinatário de um benefício, cria-se um direito preferencial, embora haja a presunção de direitos não diferenciais no título ou direito à totalidade dos bens naturais

comuns; isso também torna o princípio da diferença injusto, além de contrariar o “véu de ignorância”, que torna os princípios da Teoria da Justiça a-históricos (NOZICK, 1991, p. 215; 218; 220; 244);

7) a Teoria da Justiça, como justiça distributiva, torna fundamentais os princípios de justiça de resultado final, ou seja, os princípios anistóricos de conteúdo padronizado, quando, na verdade, fundamentais são os princípios históricos de direito, porque somente eles explicam a origem das coisas e da propriedade (NOZICK, 1991, p. 177; 191-192, 215; 218-219);

8) a Teoria da Justiça abstrata seria tolerável se nenhuma teoria histórica pudesse ser proposta, o que não é o caso (NOZICK, 1991, p. 219);

9) os princípios da justiça, aplicados apenas à macroestrutura da sociedade, não permitem uma concepção independentemente do direito de propriedade; o mais próximo disso está na ideia de liberdade natural (NOZICK, 1991, p. 220; 229);

10) a Teoria da Justiça apresenta um “quadro medíocre” dos seres humanos, ao supor que os dotes naturais são arbitrários e, por isso, as pessoas, na posição original, rejeitariam o sistema de liberdade natural. A propriedade seria um dote natural e, para Rawls, algo imerecido e arbitrário do ponto de vista moral. Assim, a Teoria contradiz a ideia de dignidade humana dela própria. Além disso, dotes naturais não são amorais, independentemente de sua arbitrariedade, enquanto que distribuições maiores do que outras são arbitrárias e, para Rawls, não são amorais. Apenas o reconhecimento do direito aos dotes naturais afasta a injustiça do princípio da diferença (NOZICK, 1991, p. 230-235; 243).

Capítulo 11

A crítica neoliberal de F. A. Von Hayek

O inimigo eleito por Hayek é a concepção de uma justiça distributiva ou social. Apesar de lamentar o uso da mesma expressão por Rawls, considera não ter:

[...] desavença básica com um autor que, antes de abordar essa questão, reconhece que a tarefa de definir como justos sistemas específicos ou formas de distribuição de coisas desejadas deve ser “relegada como errônea em princípio, não sendo, de qualquer maneira, suscetível de uma resposta definida”.

Ao contrário, a sua teoria esbarra na Teoria da Justiça em inúmeros pontos, como demonstrado abaixo.

Consoante o autor, a ideia de uma justiça distributiva ou social, além de pressupor uma relação entre superiores e inferiores, é imposta à sociedade, e não ao indivíduo. Entretanto, a distribuição de cotas do produto da sociedade se faz aos indivíduos ou grupos de indivíduos, por intermédio de instituições não pretendidas ou

previstas por ninguém, o que torna esse resultado injusto. Ademais, o conceito subjaz à aspiração socialista, depois de aceitar a tributação como forma anterior da socialização dos meios de produção, assim como da igreja católica, por substituição da fé por uma revelação sobrenatural. Por fim, transformou-se numa crença quase religiosa usada como pretexto para a coerção e uma ameaça à liberdade. Assim:

[...] a expressão “justiça social” não é, como a maioria das pessoas provavelmente o supõe, uma expressão ingênua de boa vontade para com os menos afortunados, tendo, antes, se tornado uma insinuação desonesta de que se tem o dever de concordar com uma exigência feita por algum grupo de pressão incapaz de justificá-la concretamente.

Na verdade:

[...] o evangelho da “justiça social” visa a sentimentos muito mais sórdidos: a aversão aos que estão em condições melhores, ou simplesmente a inveja, [...] essa animosidade para com a grande fortuna, que considera um “escândalo” que alguns desfrutem da riqueza enquanto outros têm necessidades básicas insatisfeitas, e esconde sob o nome de justiça o que nada tem a ver com ela (HAYEK, 1985, v. 2, p. 82-84; 99; 107; 118; 120).

Para Hayek, a injustiça está precisamente na má compreensão sobre os ganhos alheios, ao ignorar-se que o excesso de bens ou riqueza, antes de ter origem no esforço ou na economia e no ato de investir, é o resultado do uso produtivo da riqueza, com a qual são criadas muito mais oportunidades aos menos favorecidos do que com a simples distribuição da própria riqueza. E isso representa a prosperidade das pessoas, coisa mais importante do que definir direitos ou atribuir algo a elas (HAYEK, 1985, 97; 120; 128). Assim, uma justiça social seria válida apenas se se conhecesse a injustiça, mas ela não

pode ser aferida sem um sujeito que a pratique, já que justo ou injusto é somente a conduta humana, ou a ação combinada de muitos indivíduos ou de uma organização, como o governo (não a sociedade), e não a natureza ou a atividade legislativa. Do mesmo modo, fatos ou situações inalteráveis são bons ou maus, mas não justos ou injustos (HAYEK, 1985, 36-37; 97-98).

Ao mesmo tempo, toda distribuição “[...] sugere inevitavelmente um agente distribuidor pessoal cuja vontade ou escolha determina a posição relativa das diferentes pessoas ou grupos”, sendo certo que esse agente concreto não existe. Ademais, qualquer setor de distribuição, ao tentar igualizar as diferenças, decidirá por discricionariedade, e não por justiça, criando-se ainda a dependência das pessoas, em agressão à liberdade. Por fim, inexistem padrões para definir a própria distribuição, quanto mais para defini-la como justa ou injusta (HAYEK, 1985, 91; 103-104; 107; 113; 121).

Uma justiça distributiva, portanto, somente tem lugar numa organização de governo, onde grassa o direito público, mas nunca numa ordem espontânea, que é a base de uma sociedade fundada no direito privado. No primeiro caso, vigoram normas dependentes de fins (distribuir bens públicos) e, no segundo, normas independentes de fins.⁸² Somente estas últimas são abstratas, por não derivarem de qualquer “vontade” ou “interesse” e, portanto, podem ser aplicadas repetidamente em situações futuras, por falta de conhecimento prévio de situações individuais ou fatos particulares, o que exclui a figura do contrato social (HAYEK, 1985, 35; 38; 41; 49-50; 68; 51). Portanto, não sendo a ordem espontânea dirigida por um ato de vontade, também não o é pela moral, donde exsurge que as

82 Trata-se de uma distinção kantiana dos imperativos categórico e hipotético. Em pelo menos outros dois pontos, Hayek renova ideias kantianas: à p. 91, em torno da recompensa como benefício, e não pelo mérito, vale dizer “sem importar o motivo”; à p. 110, sobre os direitos adquiridos, que em verdade foram dados pelo Estado.

suas normas não garantem resultados justos ou injustos. Em verdade, uma tal ordem não se importa com os resultados, mas com o modo da concorrência interna. A isso Hayek chama de “concepção liberal de justiça”, porque trata a todos conforme as mesmas normas numa sociedade aberta (HAYEK, 1985, 38; 47-49; 80).

Nessa ordem estão presentes normas de conduta justa, que tratam das ações de indivíduos que afetem outros indivíduos, no sentido de limitar as interferências ao domínio de cada um. Destarte, as leis não devem controlar as ações dos indivíduos quando digam respeito apenas a eles. Esses “domínios protegidos”, entretanto, não atribuem coisas a pessoas, mas apenas permitem inferir a pertença de algo a alguém, sendo criados pelas próprias pessoas, já que as normas de conduta justa estão na esfera do permissível. Ou seja, as normas de conduta justa protegem apenas as “expectativas legítimas” daqueles domínios, além de formular as condições sobre as quais os direitos podem ser adquiridos, sem conferi-los a qualquer pessoa determinada. São elas que dão significado à “propriedade”, assim como aos direitos adquiridos e perdidos (HAYEK, 1985, 38; 40; 46-47; 72-73).

Tais normas têm por fim: 1) evitar o conflito; 2) facilitar a cooperação, eliminando as incertezas através da proteção dos meios contra as interferências, embora sem garantir sucesso no uso deles, seja na dependência de fatos materiais ou de ações previstas de outros. Elas dão origem a uma “grande sociedade” quando presentes três leis fundamentais idealizadas por Hume: 1) estabilização da propriedade; 2) sua transferência pelo consentimento; 3) cumprimento das promessas (HAYEK, 1985, 48; 50-51).

Como essas normas não se originam num contrato social, podem ser alteradas, desde que observados motivos racionais como critério de justiça da mudança, e não qualquer motivo intuicionista. Por essa razão a ideia de uma posição original como uma situação criada para sempre, de uma vez por todas, resulta falsa. Logo, as normas de conduta justa, presentes numa ordem espontânea, não protegem posições materiais previamente adquiridas, já que inexistem circunstâncias

imutáveis que mantenham o nível de riqueza, além de ninguém ser moralmente merecedor daquilo que ganhou honestamente no passado. Somente há conduta injusta quando algum direito adquirido nos é retirado enquanto observávamos as regras do jogo, para o bem ou para o mal. Já que as aceitamos, temos o dever de nos conformar com resultado, qualquer que ele seja, nada havendo aí de justo ou injusto (HAYEK, 1985, 52; 54; 115-117).

Capítulo 12

A crítica comunitária de Michael Walzer

Ao contrário dos neoliberais, Walzer parte do pressuposto de que “a sociedade humana é uma comunidade distributiva”, e que “as pessoas distribuem bens às (outras) pessoas”, depois de os conceberem e criarem. Também supõe que: 1) existem vários centros de distribuição de bens sociais (pluralismo); 2) a sociedade é de providência ou bem-estar; 3) as comunidades políticas são estados sociais (WALZER, 1990, 21-24; 75; 78; 91).

Os bens sociais são o objeto da justiça distributiva, e o seu significado é o próprio critério da distribuição. Esse significado é histórico e, por isso, muda com o tempo, sendo compartilhado por todos, já que a sua concepção e criação são processos sociais, que variam conforme cada sociedade. Os bens, portanto, não são mercadorias, devendo atender ao interesse da sociedade, e não a grupos ou indivíduos. Precisamente pelo fato de esses bens serem históricos, os sujeitos representativos não podem ser indivíduos abstratos, mas pessoas

historicamente situadas em esferas⁸³ distintas da sociedade, onde a justiça faz itinerário. A propósito, a qualidade dos bens e das pessoas só tem significado em sua e em cada esfera de existência, de modo que a distribuição só pode ocorrer no âmbito de cada esfera,⁸⁴ o que exclui desde já a universalidade dos princípios de Rawls. Isso dá origem a um princípio distributivo ilimitado, conforme o qual “nenhum bem social X deverá ser distribuído a homens e mulheres que possuam um bem Y, só por possuírem este último e sem ter em atenção o significado daquele X” (WALZER, 1990, 23-25; 35-36; 42; 88; 97).

Como decorrência desse princípio, três critérios de distribuição podem ser apresentados: 1) livre troca: todos os bens são conversíveis em outros bens pelo dinheiro, como instrumento neutro, inexistindo predomínios ou monopólios; as distribuições são feitas por indivíduos, que não têm compromisso com o significado social desses bens; 2) merecimento: não tem papel na distribuição social; 3) necessidade:⁸⁵ princípio de uma esfera distributiva especial, onde os bens distribuídos não são dominados por outros bens. O último deles é que é tomado em conta na

83 Tais esferas, no conceito Macedo (1997, p. 193), são “zonas nas quais há específicos critérios para alocação justa”, e podem ser exemplificadas pelo dinheiro e as mercadorias, as profissões e carreiras, a educação, o trabalho duro e perigoso, o lazer, o afeto e o amor, o sagrado, o reconhecimento, o poder político.

84 Assim, a situação das pessoas em relação aos bens sociais só pode ser afetada em relação às esferas nas quais eles existem, e não por circunstâncias de outras esferas, resultando na seguinte regra: “bens diferentes para grupos diferentes de homens e mulheres, por razões diferentes e de acordo com processos diferentes”. Conferir Macedo (p. 35; 41).

85 As necessidades, no sentido de satisfação social, sempre existiram na história como fator distributivo. São, portanto, coletivas, e dependem da vida comum e variam conforme a vida em comum, que pode limitá-las. Servem de exemplo os banhos públicos e os ginásios atenienses, e a sinagoga, os médicos e a educação na comunidade judaica da alta Idade Média. Conferir também em Macedo (1990, p. 77-78; 82-84; 92; 96).

distribuição pela comunidade política, que é ela própria um bem, o mais importante a ser distribuído, e por natureza destinado a prover (WALZER, 1990, 37; 43-44).⁸⁶

Não sendo mercadorias, muitos bens não podem ser convertidos em dinheiro, numa relação compra-e-venda, como: 1) o ser humano e a sua liberdade, embora o seu trabalho possa; 2) o poder político e a influência, com a incriminação do suborno; 3) a justiça em matéria criminal; 4) a liberdade de expressão oral, de imprensa, religião e reunião; 5) os direitos ao matrimônio e a procriação; 6) o direito de abandonar a comunidade política; 7) os serviços militar, de júri e obrigatórios; 8) os cargos políticos e os cargos em geral; 9) a profissão; 10) a polícia e as escolas primária e secundária; 11) as trocas desproporcionais de salário, de horas de trabalho, de saúde e de seguridade; 12) os prêmios e honrarias; 13) a graça divina; 14) o amor e a amizade; 15) os delitos: assassinatos, chantagem, drogas, etc; 16) o poder de impor riscos aos outros; 17) a cidadania, porque o ato de pertença não pode ser comprado (WALZER, 1993, p. 111-114; 117; 118; 140; 141; 161).⁸⁷

Aliás, a cidadania é um bem de primaz importância, porque a partir dela é que a distribuição dos demais tem início (MACEDO, 1997, p. 194), sendo também o primeiro cargo dos indivíduos numa sociedade, entendido o cargo como uma posição de interesse da comunidade política, que escolhe ou estabelece os procedimentos de escolha da pessoa que virá a ocupá-lo.

Embora concorde com Rawls, em torno da publicidade de oferta de cargos em igualdade de oportunidades, de acordo com o princípio da diferença, Walzer entende que nem todo cargo pode ser colocado

86 A provisão é conhecida desde a Antiguidade (p. 76), devendo cobrir minimamente a segurança e o bem-estar (1990, p. 78), sendo que ela também define a distribuição, ao lado da necessidade (p. 90).

87 As citações posteriores à página 106 referem-se a edição mexicana, enquanto as anteriores dizem respeito à edição portuguesa.

em disputa⁸⁸, como aqueles que exigem capacidade especial de liderança, sendo, pois, necessário um sistema misto de seleção, porque, “se os cargos pudessem ser merecidos, com toda a sua autoridade e prerrogativas, estaríamos à mercê dos merecedores”. Por isso, quem ocupa os cargos não tem direito exclusivo à sua distribuição, a fim de se evitar o domínio ou a “insolência do cargo”, que é o abuso do conhecimento qualificado. O controle da comunidade se faz com a exigência de qualificação e parâmetros de competência e de conduta ética (WALZER, 1993, p. 142; 145-146; 149; 158).⁸⁹

Walzer faz ainda outra crítica ao princípio da diferença, a saber: como o valor dos bens é escalonado, consoante a “versão social do escalão ouro”, os bens predominantes determinam o valor dos demais bens nas esferas de distribuição. Assim, no capitalismo, o capital representa os valores do prestígio e do poder; na tecnocracia, a técnica representa a mesma coisa etc. Quando esses bens são monopolizados, ocorrem os conflitos sociais, que são conflitos de distribuição. O princípio da diferença, entretanto, não elimina o monopólio, cuidando apenas de limitá-lo com novos padrões de conversão, coisa que somente é possível através do Estado, que, nessa tarefa, se transforma também em monopólio (WALZER, 1993, p. 29; 31-32).

Para uma justiça distributiva, então, é necessário reconhecer: 1) a necessidade coletiva; 2) a qualidade de membro (cidadania). Logo, são erigidos os seguintes princípios: 1) as necessidades coletivas devem ser consideradas pelas comunidades políticas; 2) a distribuição deve ocorrer conforme as necessidades; 3) a distribuição deve reconhecer e

88 E, portanto, aceita o nepotismo de John F. Kennedy, que nomeou seu irmão, Robert, para o cargo de procurador-geral. Conferir em Macedo(1993, p. 158).

89 Para Walzer (1993 , p. 149), mérito e qualificação são coisas diversas: o primeiro é expresso por títulos que precedem e determinam a seleção (veja o roteiro da seleção à p. 154), enquanto o último exige habilidades especiais que os títulos não dão. Assim, a pessoa que faz o curso de medicina merece ser médico, após passar por todos os exames, mas somente pode obter os cargos de interno ou de residência se tiver qualificação.

apoiar a igualdade das posições de membro. Esses princípios servem para libertar a segurança e o bem-estar do predomínio econômico, na esteira da máxima de Marx: “de cada um, segundo a sua capacidade (ou os seus recursos); a cada um, segundo as suas necessidades socialmente reconhecidas” (WALZER, 1993, p. 87; 92; 96; 98-99).

Com exceção dos bens que não podem ser negociados, numa relação de compra-e-venda, todos os demais são valorados pelo dinheiro, como meio universal de intercâmbio. Mas “o dinheiro é inocente até que se demonstre a sua culpabilidade”, como no caso da aquisição da dispensa militar por trezentos dólares, na convocação de 1863 para a guerra civil. Nessas circunstâncias, a objeção teria sido justa até mesmo contra a decisão da maioria, a pretexto de ter interpretado equivocadamente as suas próprias instituições, já que a maioria, no estado moderno, era naturalmente instável. Para essas contingências o direito serve como limite das preferências populares, embora não seja uma barreira absoluta, em casos de crise ou de perigo (WALZER, 1993, p. 107; 109-110; 154; 164).

Sobre o mercado, Walzer diz que: 1) não confere nada às pessoas por razão de mérito; 2) deve ser aberto a todos, mas não extinto, porque é o lugar da relação das pessoas com as coisas e entre si, como fator importante para a identidade social contemporânea; 3) não é o lugar onde encontramos o que queremos, mas onde encontramos as coisas úteis previamente selecionadas pelos mercadores, o que exclui a ideia de que o mercado é dominado pela soberania do consumidor; 4) as intervenções do Estado não são feitas em nome da democracia, mas da livre troca; 5) não é um foro de discussão pública; 6) não produz igualdade; 7) o trabalhador não deve assumir os riscos, e deve ser protegido deles; 8) é uma esfera sem fronteiras, uma cidade sem zonas, porque o dinheiro é insidioso e as relações do mercado são expansivas, o que pode gerar o imperialismo de mercado, de toda sorte menos perigoso do que o imperialismo de Estado, porque é passível de controle. O mercado, então, deveria atender ao seguinte princípio geral: “o exercício do poder pertence à esfera da política,

enquanto o que ocorre no mercado deve pelo menos cercar-se de um intercâmbio entre iguais (um intercâmbio livre)”, de modo a gerar um preço justo e uma justa recompensa ao trabalhador, mas essa classe de justiça é alheia ao mercado (WALZER, 1993, p. 119-121; 124-127; 130-132).

As mudanças da teoria da justiça de Rawls em “O Liberalismo Político”

Em *O Liberalismo Político*, Rawls promove algumas mudanças importantes em sua Teoria da Justiça, reconhecendo expressamente alguns de seus problemas, a saber: 1) a TJ não distingue a doutrina moral da justiça como uma concepção pública de justiça, como *fairness*; 2) a estabilidade resulta incoerente com a sua totalidade, porque a ideia de sociedade bem ordenada é pouco realista; 3) a própria TJ é pouco realista quando ignora a convivência de doutrinas antagônicas na sociedade, fato chamado de pluralismo razoável; 4) omite questões importantes, como: as reivindicações da democracia na empresa e no local de trabalho, a justiça entre Estados, a justiça penal, a proteção ao meio ambiente e da vida silvestre, a justiça da e na família; 5) tem uma visão defeituosa da poupança justa. Em resumo, as principais peças que faltam à TJ são:

- 1) a ideia de justiça como equidade, como visão autossustentada, e a de um consenso sobreposto como um componente

de sua interpretação da estabilidade; 2) a distinção entre pluralismo simples e pluralismo razoável, acompanhada da ideia de uma doutrina abrangente razoável; 3) uma interpretação mais completa do razoável e do racional entretecida na concepção do construtivismo político (em contraposição ao construtivismo moral), de modo que fique claro o embasamento dos princípios do direito e da justiça na razão prática. (RAWLS, 2000b, p. 23-26; 32; 36-38; 45; 63)

Depurando essas ausências, Rawls promove os seguintes ajustes:

I- no item 1, supra: a) a justiça como equidade é uma concepção política de justiça, eliminando assim a ambiguidade da TJ, que as tratava como coisas aparentemente distintas; b) tem como ideia fundamental a sociedade, como um sistema equitativo de cooperação de uma geração para a outra, com base num acordo hipotético e anistórico, firmado por partes representantes racionais e artificiais (contrato social); c) é uma concepção política liberal de justiça, no sentido de admitir um pluralismo estável e razoavelmente harmonioso de várias teorias abrangentes, através do regime do constitucionalismo, que superou a intolerância religiosa e a intolerância em geral; d) essa concepção política de justiça possui três características: d.1) aplica-se às instituições políticas na estrutura básica da sociedade; d.2) é autossustentada, no sentido de conviver com outras doutrinas razoáveis; d.3) seu conteúdo é extraído de ideias implícitas na cultura política pública de uma sociedade democrática; e) o consenso sobreposto é o acordo que assegura o pluralismo e a tolerância, garantido assim: e.1) a estabilidade: entendida como a aceitação, pelos cidadãos politicamente ativos da sociedade, de várias doutrinas abrangentes compatíveis com os seus interesses essenciais, “[...] tais como formados e incentivados pelos arranjos sociais dessa sociedade”; e.2) a legitimidade política da sociedade; f) esse consenso sobreposto: f.1) é ilustrado por exemplos históricos de pluralidade doutrinária; f.2) é diferente daquele usado em TJ, porque alude ao apoio de cidadãos

razoáveis que professam doutrinas abrangentes razoáveis, e não a uma “[...] forma de minorar as condições para a razoabilidade da desobediência civil numa sociedade democrática aproximadamente justa” (RAWLS, 2000b, p. 7; 25; 32; 34; 48-49; 52; 56-57; 66-67; 69; 71; 79-80; 82-83; 109; 117; 149; 152; 168; 179-181; 184; 189-190; 200; 203; 221-222; 272-273);

II- no item 2, supra: a) o pluralismo significa a coexistência de várias doutrinas, algumas delas antagônicas entre si, fato que pode ser simplesmente notado nas sociedades; b) mas o pluralismo razoável significa que essa diversidade de doutrinas exige um consenso entre pessoas iguais, dispostas a cooperar equitativamente para atender a seus fins racionais; c) esse pluralismo razoável: c.1) diz respeito a doutrinas abrangentes razoáveis; c.2) é essencial para o conceito de sociedade bem ordenada; d) e uma sociedade bem ordenada é regulada por uma concepção política e pública de justiça, através: d.1) da publicidade dos princípios de justiça; d.2) do reconhecimento público dos princípios; d.3) de pessoas que têm senso de justiça; e) a respeito do qual o Estado é neutro, vale dizer, satisfaz ao fim de que “[...] as instituições básicas e a política pública não sejam planejadas para favorecer qualquer doutrina abrangente específica”; f) assim, uma sociedade democrática é caracterizada por: f.1) uma diversidade de doutrinas (fato do pluralismo razoável); f.2) onde a unicidade é impossível sem opressão estatal; f.3) um apoio da maioria, voluntário e livre, dessa diversidade de doutrinas razoáveis; f.4) uma cultura política pública, consistente em ideias fundamentais de uma justiça política;⁹⁰

III- no item 3, supra: a) a autonomia requerida ao ser humano racional, livre e igual, é a política, e não a moral, tendo ela dois níveis: a.1) racional: são faculdades intelectuais/morais para a concepção do bem e o acordo; a.2) plena: adquirida no reconhecimento/aplicação pública dos princípios, conforme o senso de justiça; b) do mesmo

90 Conferir ainda em Rawls (2000b, p. 24-26; 28; 32; 45; 80-81; 87; 86; 79; 98; 106; 120; 126; 139; 250; 242-243.

modo, o construtivismo aplicado aos princípios da justiça é político, e não moral: “diz apenas que, para uma concepção política razoável e viável, não é preciso mais que uma base pública de acordo em relação aos princípios da razão prática conjugados às concepções de sociedade e pessoa”; c) esse construtivismo político conduz à cooperação social e ao acordo, porque, pelo fato do pluralismo razoável, nenhuma autoridade externa (de fora) pode ser concebida (RAWLS, 2000b, p.138-139; 142; 172; 174; 185-186).

O principal objetivo do livro é, de acordo com Rawls, incluir no debate o consenso sobre políticas fundamentais e o pluralismo (RAWLS, 2000b, p. 27; 33; 36).⁹¹ Mas duas outras coisas são essenciais nesse novo livro, em relação à TJ, consoante Carlos Henrique Cardim: 1) a prioridade do direito, para a igualdade de acesso aos bens primários; 2) o conceito de razão pública (tomada a Suprema Corte como exemplo paradigmático) como característica de um povo democrático, tendo por conteúdo os direitos básicos como prioritários (RAWLS, 2000b, p. viii-ix).

Essa prioridade dos direitos fundamentais deriva de sua fixação, “de uma vez por todas”, pelos princípios liberais. Esses direitos são, pois, retirados da agenda política para o estabelecimento das normas de sua competição, o que equivale dizer que não podem ser negociados politicamente e não devem ser alterados. Trata-se do primeiro requisito de um consenso constitucional, alusivo aos procedimentos políticos-eleitorais da democracia. O segundo requisito é a razão pública, adotada desde a posição original e retirada do senso comum, que vem a ser um misto de valores políticos quase insuperáveis com outros valores compatíveis, oriundos do fato do pluralismo.⁹² O terceiro requisito são as virtudes cooperativas, ou seja, a razoabilidade,

91 Rawls apresenta vários resumos parciais dos assuntos tratados no livro (p. 78; 119; 131-132; 150; 174-175; 210; 304).

92 Conferir ainda em Rawls (2000b, p. 218-219, 261-262; 264-265) a razão pública substitui o compromisso, mantendo o consenso, sendo aplicável aos

o senso de justiça e a disposição para o consenso/transação (RAWLS, 2000b, p. 208; 210; 216 ; 222).

Obtido o consenso constitucional, torna-se possível a constituição, que é a instituição legitimadora do exercício do poder político. E uma constituição tem por elementos essenciais os princípios políticos fundamentais e os direitos e garantias fundamentais, que se acham sujeitos a pouca variação. São eles que condicionam a regra da maioria, que geralmente não respeita os limites da razão pública e não reconhece o dever de civilidade. Trata-se de um fato político normalmente justificado pelo dualismo de dois princípios constitucionais,⁹³ conforme os quais os poderes constituinte e de reforma são distintos, assim como existem leis superiores e inferiores. Entretanto, a promessa original, traduzida na prática histórica dos direitos fundamentais, é o limite da reforma de uma constituição (RAWLS, 2000b, p. 266; 268-269; 277-278; 281-284; 289-290; 293-294).

poderes constituídos, mormente ao Judiciário e à Suprema Corte, no controle de constitucionalidade, que é o melhor meio de garantir os direitos fundamentais.

93 Os outros princípios do constitucionalismo são: a) a constituição democrática como lei superior: expressão de um ideal político do povo em se governar, conforme princípios; b) uma carta de direitos fundamentais, vinculante das leis ordinárias; c) detenção do poder supremo pelos três poderes (separação de poderes) (p. 281-283).

Conclusão

No início do trabalho foi proposta a aproximação das versões do acesso formal e substancial à justiça às vertentes do acesso à uma justiça formal e substancial, sendo assim necessário responder se tal objetivo foi alcançado.

Como se viu, os meios mais céleres e efetivos de obtenção de uma decisão judicial ainda desprovida de conteúdo têm comunicação direta com as teorias procedimentalistas de justiça, porque também nelas se defende a inexistência de critérios prévios de julgamento do resultado das decisões como justas ou injustas.

Isso permitiria colocar um ponto final no tema proposto e encerrar o trabalho, mas permanece a angústia pragmática dos profissionais e acadêmica dos professores da área jurídica precisamente com a avaliação ou valoração das decisões políticas e judiciais, já que após a publicação do resultado não resta apenas o descontentamento dos perdedores, mas também a perplexidade com uma decisão eventualmente “injusta”. Para os perdedores e os que ficaram perplexos, somente uma teoria substancial da justiça pode legitimar o acesso à justiça. O maior problema nesse caso é a obtenção de um acordo sobre qual critério de justiça seria o melhor ou mais adequado para avaliar ou valorar a decisão (mérito, necessidade, autonomia, igualdade), e a dificuldade de obter consenso

a tal respeito explica certamente a predominância da versão procedimentalista entre os autores estudados.

Tal quadro pode ser bem exemplificado pela teoria de Rawls, mormente após as alterações feitas em *O Liberalismo Político*, no qual o fato do pluralismo é usado para distinguir a particularização de sua teoria da justiça das demais teorias metafísicas, com pretensão de universalidade, e para identificar o modelo de estado ao qual ela se aplica: as democracias constitucionais ou liberais. Somente nesse modelo de estado foi possível desenvolver a ideia de tolerância, que permite a convivência, no plano substancial, de várias concepções divergentes (religiosas, filosóficas, morais), assim como a estabilidade do contrato sobre os princípios da justiça, garantindo assim uma relação duradoura com as gerações sucessivas. Por isso, nas palavras de Paul Ricoeur, “[...] apenas uma justiça procedimental pode garantir a coexistência entre visões de mundo rivais, principalmente as centradas em ideias divergentes de bem [...]” (RICOEUR, 2008, p. 103-104).

Não há dúvida de que a aceitação da vertente procedimentalista contorna o problema do consenso sobre os critérios de justiça, ao mesmo tempo em que eterniza a hegemonia das concepções liberais de justiça, denunciada por Alasdair MacIntyre, que bem ou mal são as mais tolerantes com as concepções divergentes.

De qualquer modo, o procedimentalismo de Rawls tampouco é isento de um princípio moral, que Ricoeur identifica no argumento *maximin*, contra aquilo que chama de princípio sacrificial do utilitarismo. Esse último princípio representa basicamente a lógica do bode expiatório, segundo a qual num ambiente de escassez se deve aceitar o sacrifício individual em nome do bem da maioria. Trata-se de uma premissa contrária ao caráter teleológico do utilitarismo, porque nesse caso os indivíduos são tratados como meios, e não como fins em si mesmos. Daí a solução deontológica de Rawls, de maximizar o mínimo naquele mesmo ambiente de escassez, saída que contém uma forte carga moral, porque “[...] em toda partilha desigual o que se deve tomar como pedra de toque da equidade da partilha é

a sorte do menos favorecido” ou, mais dramaticamente, “o grito de injustiça é o grito da vítima, da vítima que o utilitarismo está disposto a sacrificar em benefício do interesse geral”. (RICOEUR, 2008, p. 82-83; 85; 100; 105).

Esse mesmo tipo de pesquisa em torno dos argumentos morais ocultos poderia ser feito em relação às demais teorias procedimentalistas, mas o que interessa é muito mais o que ela provoca do que o que ela resolve, ou seja, mesmo as concepções procedimentalistas não estão totalmente isentas de argumentos ou princípios morais, embora não confessados.

Tudo depende do tipo de discurso que se adota em torno da justiça, que pode se manifestar de dois modos: como ciência, na qual se encontra uma teoria da justiça, de caráter descritivo, ou como filosofia, na qual se encontra uma ideologia da justiça, de caráter prescritivo, de acordo com Giuseppe Lumia (LUMIA, 2003, p. 12-13).⁹⁴

94 Para referido autor, a justiça tem por objeto a ação humana, cujo discurso pertence ao universo da filosofia ética, que se divide em ética normativa, na qual se valorizam os critérios de justo e injusto, e em metaética, na qual se analisam criticamente tais critérios. As teorias metaéticas de justiça possuem as seguintes classificações: I - 1) cognitivistas, que consideram os valores como algo inerente às coisas e pessoas: 1.1) empiristas, nas quais os valores são conhecidos pela experiência (utilitarismo, jusnaturalismo); 1.2) racionalistas, nas quais os valores são conhecidos pela razão, que é fonte de produção e conhecimento do justo (Kant, São Tomás de Aquino e seu teologismo intelectualista); 1.3) intuiçãoistas, nas quais os valores são conhecidos pela intuição (Platão); 2) não cognitivistas, que consideram os valores como expressões subjetivas ou escolhas preferenciais ditadas pela vontade: 2.1) voluntaristas, nas quais os valores são conhecidos pela vontade (materialismo jurídico de Marx; contratualismo, salvo o de Rousseau e Kant, que são racionalistas; estatismo de Hobbes, ou positivismo jurídico que identifica a justo com o direito vigente; teologismo voluntarista de Santo Agostinho); 2.2) emotivistas, nas quais os valores são conhecidos pela emoção (empirismo lógico ou neopositivismo ou positivismo lógico), e que assumem duas formas: 2.2.1) psicológica, na qual os juízos de valor são pessoais; 2.2.2) sociológica, na qual os juízos de valor são coletivos; II - 1) absolutistas, nas

Embora as concepções procedimentalistas e substancialistas se apresentem em geral como teorias, no plano do discurso acabam assumindo um caráter ideológico e prescritivo.⁹⁵

quais o critério do justo é absoluto e, portanto, imutável, atemporal e universal (jusnaturalismo, racionalismo jurídico, teologismo jurídico, intuicionismo); 2) relativistas, nas quais o critério do justo está condicionado pela história e pela cultura (utilitarismo, contratualismo, estatismo, positivismo jurídico, emotivismo). Consoante Lumia, “[...] a distinção entre teorias absolutista e teorias relativistas não coincide com aquela entre teorias cognitivistas e não cognitivistas, apesar de, sempre em via de regra e com as devidas ressalvas, se poder afirmar que as doutrinas cognitivistas tendem a tornar absoluto o critério de justiça, enquanto sustentam que se trata de um critério objetivo, inerente ao objeto, seja ele a ação ou a norma que a regula, enquanto as doutrinas não cognitivistas tendem a afirmar a relatividade do critério de justiça, que para elas é um critério subjetivo, originado de um ato de vontade ou impulso do sentimento” (2003, p. 121-134).

95 Para Lumia, os vários conteúdos ou critérios de justiça encontrados na história (ordem, comportamento social do homem, igualdade, liberdade, bem comum) são ao mesmo tempo formais, quanto aos critérios primordialmente determinados, e materiais, quanto aos critérios mais gerais. Em outras palavras, quando se estabelece como critério de justiça a igualdade ou a liberdade, p. ex., indaga-se formalmente sobre o objeto da igualdade (igual em que?) ou da liberdade (liberdade para fazer o que?), para depois se determinar materialmente os critérios do tratamento isonômico ou da extensão da liberdade (2003, p. 134-140). Essa distinção não guarda, porém qualquer relação com as concepções procedimentalista e substancialista da justiça, porque nestas está em questão o cabimento ou não de critérios de justiça, enquanto no enfoque de Lumia são precisamente os critérios de justiça que recebem aquela dupla conotação. De qualquer modo, para Lumia as sociedades contemporâneas adotam mais de um critério de justiça, como, p. ex., a necessidade na distribuição de remédios e o mérito na atribuição de um prêmio de rendimento escolar, que podem ser invertidos em determinadas circunstâncias, a saber: numa epidemia com escassez de vacinas, provavelmente seria adotado o mérito, vacinando-se prioritariamente os profissionais de saúde envolvidos na erradicação da doença; e num prêmio de rendimento escolar consistente em uma bolsa de estudos, em caso de empate provavelmente seria priorizada a necessidade do economicamente

Respondendo então sobre se é possível uma teoria da justiça para o acesso à justiça e, caso positivo, qual concepção de justiça seria mais correta ou adequada, pode-se dizer que o acesso a uma justiça formal satisfaz apenas os vencedores, que se contentam com o procedimentalismo, enquanto para os perdedores e os espectadores somente o acesso a uma justiça substancial permite encontrar razões para a aceitação do resultado ou para manter o assunto na pauta de discussão pública.

menos favorecido. Por isso, “[...] a escolha de um ou de outro critério é ditada em grande parte [...] pela ideologia” (2003, p. 140-141).

Referências

ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002.

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ALEXY, Robert. Justicia como Corrección. **Doxa**: Cuadernos de Filosofía del Derecho, La Rioja, España, n. 26, 2003, p. 161-171.

BARRANCO AVILÉS. María del Carmen. **Derechos y Deciones Interpretativas**. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2004.

BASTOS, Romeu Costa; TEIXEIRA, Maria Elisabeth Guimarães. A ética jurídica de John Rawls e o princípio Maximin. Uma reflexão sobre o Estado Constitucional Moderno e a Teoria da Decisão. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 5, n. 54, jul.-dez. 2003.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1988.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade**. Para uma Teoria Geral da Política. São Paulo: Paz e Terra, 1990a.

BOBBIO, Norberto. **As Ideologias e o Poder em Crise**. Brasília: UNB, 1990b.

BOBBIO, Norberto. **O Conceito de Sociedade Civil**. Rio de Janeiro: Graal, 1994.

BOBBIO, Norberto. **Locke e o Direito Natural**. Brasília: UNB, 1997.

BOBBIO, Norberto. **Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant**. Tradução: Alfredo Fait, 4. ed. Brasília: Editora UNB, 1997.

BOBBIO, Norberto. **Teoria das Formas de Governo**. Brasília: UNB, 2000.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação. Uma Contribuição ao Estudo do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: SAFE, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: SAFE, 1993.

CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. **História das Ideias Políticas**. Rio de Janeiro: Zaahar, 1990.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. São Paulo: RT, 1990.

DWORKIN, Ronald. **Los Derechos en Serio**. Barcelona: Ariel Derecho, 1999a.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999b.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Atlas, 1990.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A Ciência do Direito**. São Paulo: Atlas, 1980.

GOUGH, J. W. A Separação de Poderes e Soberania. *In*: QUIRINO, Célia Galvão; SOUZA, Maria Teresa Sader R. de (Org.). **O Pensamento Político Clássico**. Rio de Janeiro: T. A. Queiroz, 1980.

GRALIA, Lino A. **How the Constitution Disappeared. Interpreting the Constitution. The Debate Over Original Intent**. Boston: Northeastern University Press, 1994.

GUSS, Raymond. **Teoria Crítica. Habermas e a Escola de Frankfurt**. Campinas: Papirus, 1988.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia. Entre Facticidade e Validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1.

HARRIS, J. W. **Legal Philosophies**. Londres: Butterworths, 1997.

HAYEK, Friedrich August von. **Direito, Legislação e Liberdade. A Miragem da Justiça Social**. São Paulo: Visão, 1985. v. 2.

HÖFFE, Otfried. **Justiça Política**. Petrópolis: Vozes, 1991.

JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. Ceticismo. **Dicionário Básico de Filosofia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

JEVEAUX, Geovany Cardoso. **A Simbologia da Imparcialidade do Juiz**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

JEVEAUX, Geovany Cardoso. **Teorias do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: GZ, 2015.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1990.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

KELSEN, Hans. **O Que é Justiça?** São Paulo: Martins Fontes, 2001.

KELSEN, Hans. **O Problema da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo Procedimento**. Brasília: UNB, 1980.

LUMIA, Giuseppe. **Elementos de Teoria e Ideologia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MACEDO, Ubiratan Borges de. **Liberalismo e Justiça Social**. São Paulo: IBRASA, 1995.

MACEDO, Ubiratan Borges de. A Crítica de Michael Walzer a Rawls. **An. Filos.**, São João del-Rei, n. 4, jul. 1997.

MacINTYRE, Alasdair. **Justiça de Quem? Qual Racionalidade?** São Paulo: Loyola, 1991.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito. Dos Gregos ao Pós-Modernismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Rio de Janeiro: Zahar Editor, 1991.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **O Formalismo-valorativo no Confronto com o Formalismo Excessivo**. Disponível em: <http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina>. Acesso em: 27 jun. 2010.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Contribuições para uma Teoria Discursiva da Constituição e do Processo Constitucional a Partir do Caso Brasileiro. In: THEODORO JÚNIOR, Humberto; CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle (Org.). **Processo e Constituição. Os Dilemas do Processo Constitucional e dos Princípios Processuais Constitucionais**. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula. O Neoconstitucionalismo, a Teoria da Justiça e o Julgamento. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (Org.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

OLIVEIRA, Neiva Afonso de. **Rousseau e Rawls. Contrato em Duas Vias**. Porto Alegre: EdPUCRS, 2000.

PEDRON, Flávio Quinaud. Reflexões Sobre o “Acesso à Justiça” Qualitativo no Estado Democrático de Direito. *In*: THEODORO JÚNIOR, Humberto; CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle (org.). **Processo e Constituição. Os Dilemas do Processo Constitucional e dos Princípios Processuais Constitucionais**. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

PERRY, Michael J. **The Constitution in The Courts. Law or Politics?** New York and Owford: Oxford University Press, 1994.

POWELL, H. Jefferson. **The Original Understanding of Original Intent. Interpreting the Constitution. The Debate Over Original Intent**. Boston: Northeastern University Press, 1994.

PRZEWORSKI, Adam. A Escolha de Instituições na Transição para a Democracia: uma abordagem da teoria dos jogos. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 35, n. 1, p. 5-48, 1992.

RAWLS. John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000a.

RAWLS. John. **O Liberalismo Político**. São Paulo: Ática, 2000b.

RECASÉNS SICHES, Luis. **Los Temas de la Filosofía del Derecho**. Barcelona: Bosch, 1934.

RICOEUR. Paul. **O Justo 1**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SANDEL, Michael J. **Justiça. O que é fazer a coisa certa?** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

SANDEL, Michael J. **The Constitution in The Courts. Law or Politics?** New York; Owford: Oxford University, 1994.

WALZER, Michael. **As Esferas da Justiça**. Lisboa: Fundamentos, 1990.

WALZER, Michael. **Las Esferas de la Justicia. Una Defensa del Pluralismo y la Igualdad**. México: Fondo de Cultura Económico, 1993.

Índice

A

autoridade 33, 51, 53, 55, 64, 71,
87, 97, 99, 136, 142
autoridade coletiva 87
acesso à justiça 4, 5, 8, 15, 17,
32, 48, 63, 70, 96, 144, 148

B

bem comum 16, 17, 18, 147

C

caráter restritivo 15
concepção de justiça 101,
103, 112, 114, 148
Constituição 33, 35, 81, 93, 94,
95, 97, 115, 152, 154, 157
contraditório 11, 17, 28, 47, 48, 76
crítica 7, 46, 54, 67, 72, 73,
74, 75, 86, 94, 107, 117,
124, 128, 133, 136

D

direitos individuais 30, 31,
45, 72, 87, 89, 90, 91,
92, 94, 95, 100

E

estado de direito 113
ética 19, 23, 53, 55, 58, 65, 69,
72, 73, 74, 75, 85, 86,
122, 136, 146, 149

F

fenômeno jurídico 18, 51

I

igualdade 10, 16, 17, 18, 28,
39, 58, 59, 60, 61, 80, 81,
91, 92, 93, 94, 95, 96, 98,
99, 100, 108, 112, 114,
116, 118, 119, 121, 135,
137, 142, 144, 147

instrumentalidade 6, 15, 16,
17, 19, 24, 26, 32

J

juízo 20, 33, 86,
96, 101, 113, 144

jurídico 16, 17, 18, 25, 27, 29,
31, 38, 41, 42, 45, 50,
51, 65, 67, 69, 71, 84,
87, 98, 146, 147

justiça 4, 5, 6, 8, 9, 10, 15, 16,
17, 18, 19, 20, 24, 27, 28,
30, 32, 45, 47, 48, 50, 51,
52, 53, 54, 55, 56, 57, 58,
59, 60, 61, 62, 63, 66, 67,
69, 70, 71, 72, 73, 74, 75,
76, 77, 78, 79, 80, 81, 82,
88, 94, 95, 96, 97, 98, 99,
100, 101, 102, 103, 104,
105, 106, 107, 108, 109,
110, 111, 112, 113, 114,
115, 118, 119, 120, 121,
122, 123, 124, 125, 126,
127, 128, 129, 130, 131,
133, 134, 135, 136, 138,
139, 140, 141, 142, 143,
144, 145, 146, 147, 148

L

legislação 13, 18, 42,
46, 80, 83, 121

legislador 21, 23, 26, 27, 35, 36,
38, 43, 52, 53, 55, 94

liberdade 16, 17, 18, 22, 37,
60, 72, 73, 74, 75, 76,
80, 81, 83, 89, 92, 95,
100, 112, 115, 116,
118, 119, 120, 125, 127,
129, 130, 135, 147

legitimação 6, 17, 19, 66, 67, 68,
69, 70, 75, 76

O

ordenamento jurídico
17, 27, 38, 41, 98

P

positivismo 23, 45, 46, 72, 73,
75, 76, 87, 146, 147

positivismo jurídico
45, 87, 146, 147

S

sistema processual 15, 16

Sobre o autor

Geovany Cardoso Jevaux é Mestre pela Pontifícia Universidade Católica(RJ) e Doutor pela Universidade Gama Filho(RJ). Integra o Departamento de Direito e o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (ES), além de atuar em Pesquisa na área de Jurisdição Constitucional.

Publicou os livros: *Teorias do Estado e da Constituição* (Rio de Janeiro: GZ, 2015) e *Comentários às Súmulas Vinculantes* (Belo Horizonte: Forum, 2017).

E-mail: geovany.jevaux@hotmail.com

